

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية



النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: قانون عام

إشراف الأستاذ:

أ.د. بن سهلة ثاني بن علي

إعداد الطالبة:

عطار نسيمة

لجنة المناقشة :

- | | | |
|--------------------------|-----------------|---------------------------|
| د. بمرزوق عبد القادر | أستاذ محاضر "أ" | جامعة تلمسان رئيسا |
| أ.د. بن سهلة ثاني بن علي | أستاذ | جامعة تلمسان مشرفا ومقررا |
| أ.د. نعيمة فوزي | أستاذ | جامعة سيدي بلعباس مناقشا |
| د. غراس عبد الحكيم | أستاذ محاضر "أ" | جامعة سيدي بلعباس مناقشا |

السنة الجامعية: 2017-2018

شكر وتقدير

أنتدّم بالشكر الجزيل والامتنان العظيم، للأساتذة الأجلاء رئيس لجنة المناقشة والأعضاء
الممتحنين، على تفضلهم المشاركة في مناقشة هذا العمل العلمي المتواضع، وإثراءه بأفكارهم
ومعلوماتهم القيمة، التي لن تزيد لهذه الرسالة إلا إنارة ووضوحاً.

كما أرفع أخلص آيات شكري وعرفاني إلى الأستاذ الدكتور "بن سهلة تاني بن علي" الذي
تفضّل بالإشراف على هذه الرسالة، بل الذي شرفني بتوجيهاته، وتأطيره منذ أن خطيت خطواتي
الأولى في الدراسات ما بعد التدرج . لقد كانت إرشاداته وملاحظاته السديدة خير مُعين لهذا
العمل، فشكراً جزيلاً لأستاذي الفاضل.

الطالبة الباحثة

إهداء

أهدي هذا العمل إلى:

من لم يبخل علي يوماً بحبه وحنانه ونصائحه السديدة، إلى مثلي الأعلى في الحياة وقُدوتي، "أبي العزيز" أطال الله في عمره.

إلى من يعجز اللسان عن وصفها، الحنان ميزتها، التضحية خصلتها، الحب زادها "الأم الحنون، إليها يعود الفضل في كل ما وصلت إليه.

إلى رفقاء دربي إخواني وأحبائي، بوزيان، نسيم، ويونس.

إلى خالي العزيز جيلالي، وبراعمه إسلام، إلياس، ومحمد نجيب.

إلى كل الأهل والأقارب كل باسمه.

إلى توءم روحي ورفيقة دربي كريمة عمروش الصديقة والأخت.

إلى عزيزتي وصديقتي سويتي حورية، التي جهدت معي في اتمام هذه الأطروحة، بنصائحتها وتشجيعاتها.

إلى عزيزة قلبي باية بوقادة.

إلى كل من أيديني بيد العون من قريب أو من بعيد.

إليهم جميعاً أهدي هذه الأطروحة

عطار نسيم

قائمة بأهم المختصرات

أولا باللغة العربية:

- ج ر: الجريدة الرسمية.

- د د ن: دون دار النشر.

- ص: صفحة.

- د ط: دون طبعة.

- ق: قانون.

- ق إ م: قانون الاجراءات المدنية.

- ق إ م إ: قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ثانيا: باللغة الأجنبية:

- ALÉNA: L'Accord de libre-échange nord-américain

-AR: Arbitrage.

-ASJEP: Revue Algerienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques

-BOT: Build Opérate and Transfert.

- CCI: La Chambre de Commerce International.

-CIRDI: Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.

-CNUDCI: Commission des nations Unies pour le Droit Commercial International.

-FILJ: Foreign Investment Law Journal

-ED: Edition.

-ICSID: The International Centre for Settlement of Investment Disputes.

-JDI :Journal du Droit international.

-LGDJ: Librairie Générale de droit et de Jurisprudence.

-N: Numero.

-ONU: Organisation des Nation Unies.

-OP.CIT: Référence précitée.

-P: page.- VOL: Volume.

-RÉDI : Revue égyptienne de droit international.

مقدمة

تعد قضية التنمية الاقتصادية في الدول العالم الثالث، واحدة من أهم قضايا القرن الحالي، الأمر الذي يجعلها تشغل بال المشرعين، وتستهوئ شغل الباحثين، وتجعل الدول النامية تلهث وراء ما يحقق أفضل السبل، للوصول إلى تنمية مستدامة، ترتقى بها على صعيد العلاقات الاقتصادية الدولية. ولعل عالمنا في وقتنا الحاضر، يمر بفترة نشاط وتنافس واضح في مجال التنمية الاقتصادية، في زمن سادت فيه ثقافة العولمة، وهيمنت فيه اليد الطولى للتكنولوجيا والتقنية الحديثة، وأصبح الاقتصاد هو السلاح الأكبر في ميزان القوى¹.

وأمام حقيقة أن الاقتصاد العالمي يتشكل انطلاقاً من إقامة العلاقات الاقتصادية الدولية، وتوسع نطاقها ومجالاتها، سواء بين الأشخاص العامة أو الخاصة، بسبب الوفرة والندرة للسلع والخدمات والعوامل المنتجة لها، وذلك بدافع الرغبة في تبادل المصالح وتعزيز الوجود والهيمنة الاقتصادية بين أعضاء المجتمع الدولي. إذ تؤكد أنه لا يمكن للجماعات البشرية، سواء في صورتها القديمة المتمثلة في القبائل والأقوام، أو في صورتها الحديثة ممثلة في الدول، العيش في عزلة عن بعضها البعض².

وإن هذا التشعب والتنوع في ميادين العلاقات الاقتصادية الدولية، بغية النهوض بالاقتصاد من جهة، وتجسيد المكانة الدولية المرموقة في مجال الاقتصاد والتصنيع ونقل التكنولوجيا من جهة أخرى، قد صاحبها انتشار نوع خاص من المعاملات البنائية، يعرف بعمليات الاستثمار الأجنبي، الذي يتم بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مجسدة في إطار عقود الاستثمار المبرمة بين الدول المضيفة للاستثمار أو إحدى مؤسساتها أو هيئاتها العامة، وبين مستثمرين أجنبية خواص، سواء كانوا أشخاصاً طبيعياً أو معنوية، والتي تسعى كل الدول - خاصة النامية منها - إلى إبرامها، خدمة للتنمية الاقتصادية والتقدم الحضاري.

وأمام الأهمية المعترف بها للعمليات الاستثمارية الأجنبية، في مجال الدفع بعجلة التنمية، وتطوير الاقتصاد الوطني، فقد تعاظم دور الاستثمارات الأجنبية على الصعيد الدولي، وأصبحت من وسائل

¹ محمود حافظ غانم، ضمان استثمار الأموال العربية، مج مصر المعاصرة، ع 349، السنة الثالثة والستون، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، يوليو، 1972، ص. 159.

² كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991، ص. 15.

التمويل للاستثمار بالدول النامية، ولاسيما تلك التي تمر بمراحل انتقالية للتوجه نحو اقتصاد السوق. حيث بدأت هذه الحركة في مستهل التسعينات من القرن العشرين، وأخذت تتفاقم نتيجة لمساهمة الشركات المتعددة الجنسية، في نقل وتدوير الأموال عالميا من خلال تخطيطها للحدود، وبناء شبكاتها عبر دول العالم وما لها من أثر إيجابي في الدفع بعجلة التنمية الاقتصادية¹.

وبذلك أصبحت معظم دول العالم محتاجة للاستثمار الأجنبي، لكونه يستطيع أن يلعب دورا أساسيا في عملية تنمية الدول المضيفة له، فهو يمكنها من استغلال مواردها الطبيعية، كما يساهم في تنمية بنيتها التحتية، كالاتصالات والطرق والمطارات، وكذلك تدريب الأيدي المحلية العاملة، وتنمية وتطوير الصناعات، من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة، منها رأس المال والتكنولوجيا والقدرات والمهارات الإدارية والوصول إلى الأسواق الأجنبية.

فعقود الاستثمار الأجنبي التي تبرم بين الدولة ذات السيادة أو أحد مؤسساتها، مع مستثمر أجنبي أيا كانت صفته، تهدف في المقام الأول إلى تنمية القدرة الاقتصادية للدولة المتعاقدة، بمساعدة رأس المال أو التكنولوجيا المتقدمة أو المواد الأولية التي يملكها المستثمر الأجنبي. وفي نفس الوقت يستهدف المتعاقد الأجنبي تحقيق الربح من وراء تعاقدته، وهو ما يجعل هذا الأخير حريصا على ضمان مستقبل استثماره، بالاتفاق على مجموعة من الشروط التعاقدية، التي تكفل له أكبر قدر من المزايا والحصانات طوال مدة العقد².

لذلك أضحى من الثابت أن من أهم الخصائص، المميزة للسياسة الاقتصادية للدول في العصر الحالي، ولاسيما النامية منها، هو تطلعها بشكل لافت للنظر، إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تنميتها الاقتصادية، سواء أكان ذلك في صورة استثمارات أجنبية عامة أو خاصة³.

¹ أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية "دراسة قانونية تحليلية مقارنة"، دط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2016، ص. 7.

² صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين "دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بواشنطن"، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2001، ص. 05.

³ علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998، ص. 02.

حيث تلجأ الدول عادة لأجل هذا الغرض، إلى إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب، بحسب ما تقتضيه خططها التنموية، كعقود استغلال ثرواتها الطبيعية، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود بناء المصانع، وعقود الأشغال التي تستلزمها لبنيتها التحتية، وعقود امتياز المرافق العامة، وعقود المساعدة، والاستثمارات الفنية ... إلخ، مما يدخل في إطار عقود الاستثمار.

وبهذا تسعى حكومات الدول، وخاصة منها النامية إلى جذب وتشجيع الاستثمار الأجنبية، نظراً للدور الذي تلعبه في تحقيق التنمية الاقتصادية، إذ تعتبر أداة فعالة للنمو الاقتصادي وعنصر حساس في الطاقة الإنتاجية، وتقوم بنقل التكنولوجيا المتقدمة إليها، حيث أن تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى دولة ما يعتمد على ملائمة مناخ هذه الدولة للاستثمار من وجهة نظر المستثمرين الأجانب.

إلا أنه ما يمكن أن يقال عن هذا النوع من العقود أنها عادة ما تستغرق فترة زمنية طويلة، تتغير خلالها ظروف الاستثمار من الناحية الاقتصادية والسياسية، مما يؤثر على التزامات الأطراف في العقد، من منطلق امكانية نشوء حيث نزاع بين أطراف العلاقة الاستثمارية، مما يؤدي إلى ضرورة إعادة النظر في بعض بنود العقد، مع إبقاء الاستثمار قائماً، لكن غالباً ما تفشل هذه المفاوضات.

وأمام حقيقة أنه إذا كان ما يصدق على أي نظام قانوني، من حيث حتمية ظهور المنازعات بين أطرافه، يصدق على العلاقة الاستثمارية بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب، فإنه من أولى الأمور الضرورية في تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة، يعتبر بحق هو إرساء الضمانات القانونية، التي تشكل سياجا يحمي العلاقات القانونية الناشئة في هذا المجال، وما يتمخض عنها من آثار، ذلك أن هذه العلاقات بصفة عامة، هي رابطة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، أي تلك التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب¹.

وبالتالي فإن العلاقة وإن ظهرت حسنة في بدايتها، إلا أنها سرعان ما تتبدل المعطيات الأولى، خاصة وأن عقود الاستثمار الأجنبي تنطوي على نوع من الحساسية لسبب تدخل هذا الأخير -

¹ مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الاجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة "دراسة مقارنة"، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص. 09.

المستثمر الأجنبي - وإملائه لبعض الضمانات الحامية له، والتي كانت في الزمن قريب تشكل اعتداء على السيادة الوطنية، مثل اشتراط التحكيم الدولي واستبعاد القضاء الوطني، في حالة نشوب نزاع ما. ضف إلى ذلك المدة الزمنية الطويلة التي تتصف بها عقود الاستثمار الأجنبي، وهو الأمر الحتمي الذي يؤدي إلى تغير المعطيات الأولى، التي سبق الاتفاق على أساسها وإبرام الاتفاقية الاستثمارية.

ونتيجة للطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فإن هذه الأخيرة تثير العديد من المشكلات القانونية والمنازعات التي تتسم بصعوبتها وحدتها، فإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة أو أحد أجهزتها العامة وبين الأشخاص الوطنية الخاصة، في إطار القانون الوطني الداخلي تثير العديد من الخلافات، وتقتضي في العديد من الدول أن تفرض لها قانونا ليحكمها. فإن هذه المشكلات تتضاعف إذا كانت العقود قد أبرمت بين الدولة وبين الأشخاص الأجنبية، على صعيد العلاقات الدولية، لما تثيره هذه العلاقات من المشكلات، من احتكاكات مباشرة وغير مباشرة بين الدول المضيفة للاستثمار، بصفتها الدول المستوردة لرأس المال الأجنبي، وبين الدول المصدرة له بصفتها من جهة دول جنسية المستثمرين، وبصفتها من جهة أخرى الدول صاحبة الحق، في منح الحماية الدبلوماسية لمواطنيها في حالة وقوع الضرر بهم أو بممتلكاتهم.

وعليه نشير إلى أن صعوبة وحدة المشكلات، التي تثيرها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، مصدرها الأول هو التفاوت وعدم التكافؤ في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود، حيث أن هذه العقود تبرم بين طرفين غير متكافئين، الدولة المضيفة من جهة، والشخص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية.

فالدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام الداخلي تتمتع بمزايا سيادية استثنائية، لا يتمتع بها الشخص الأجنبي الخاص المتعاقد معها، والذي يعد كأصل عام شخص من أشخاص القانون الخاص. فقد تتخذ الدول المضيفة للاستثمار بعض الاجراءات، بإرادتها المنفردة مما يؤثر سلبا على الاستثمار الأجنبي، كسياسة هذه الدول في التأميم، ونزع الملكية، أو الإنهاء المفاجئ للعقد، وإذا

كانت هذه الاجراءات تستلزم دواعي المصلحة الوطنية، فإنه لا يبقى أمام المستثمر الأجنبي في هذه الحالات سوى المطالبة بالتعويض العادل¹.

وإذا كانت صعوبة المشكلات الناجمة عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، مبعثها التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، فإن هذا التفاوت لا يقتصر فقط على المركز القانوني لأطراف، بل إن أطراف هذه العقود لا تقف على قدم المساواة من الناحية الاقتصادية في معظم الأحيان، فالدولة على الرغم من أنها شخص سيادي يتمتع بمزايا استثنائية، لا تتوافر للطرف الأجنبي المتعاقد معها، فإنها تعد في الكثير من الأحيان في مركز اقتصادي أضعف بكثير من المركز الاقتصادي، الذي تتمتع به الشركات المتعددة الجنسيات التي تتعاقد معها، والتي قد تبلغ ميزانيات بعضها الميزانيات المجتمعة للدول المضيفة لاستثمارها في آن واحد.

فهذا التفاوت في القوة الاقتصادية للأطراف المتعاقدة، يؤدي للتشدد من قبل الدول المتعاقدة في موافقتها تجاه المستثمر الأجنبي، وذلك خشية أن تصبح لقمة سائغة، أمام التفوق الاقتصادي الكبير له، على نحو يدفع تلك الدول إلى التمسك بخضوع المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بينها، وبين المستثمر الأجنبي، لقضائها الوطني ولقانونها الداخلي.

أما على الصعيد المقابل نجد أن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة له، نظرا لشعوره بضعف مركزه القانوني خيفة من عدم حياد قضائها، وحماية لمصالحه يسعى إلى سلخ العقد المبرم بينه وبين الدولة المتعاقدة، من سيطرة القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ومحاولة توصيفه في إطار القانون الدولي²، فمن خلال هذا التقديم والطرح لعقود الاستثمار الأجنبي، وهنا نلمح الخصوصية والتعقيد الذي تنطوي عليه هذه العقود، وهو الأمر الذي يزيد الطين بلة، في حالة نشوب أي نزاع بين طرفي هذه العلاقة الاستثمارية الأجنبية.

¹ منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص. 06.

² حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية "تحديد ماهيتها والقانون الحاكم لها"، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003، ص. 8 إلى 13.

وبالرغم من كل الضمانات التي توفرها الدول للمستثمرين الأجانب، من خلال عقودهم معها أو من خلال تشريعاتها الداخلية، أو اتفاقيات الاستثمار مع الدول الأخرى، تبقى حقوق والتزامات المستثمرين الأجانب، محل منازعات مع الدول المضيفة للاستثمار، حيث نشأت وما زالت تنشأ العديد من النزاعات بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة للاستثمار، هذه المنازعات تتمتع بخصوصية، مستمدة من خصوصية العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له.

فهذه الخصوصية ناجمة من عدم التساوي في المراكز القانونية بين الطرفين لاعتبارات السيادة التي تتمتع بها الدولة، مما يجعل المستثمرين الأجانب في ريبة، من حياد المحاكم الوطنية للدولة المضيفة، ويخشون من تأثر القاضي بالإيديولوجية السائدة في دولته.

فكل هذه الأسباب أدت إلى ضعف ثقة المستثمر الأجنبي، بالوسائل الداخلية لتسوية المنازعات، التي تثور بينه وبين الدول المضيفة للاستثمار، وأمام كل هذا فإنه من الضروري إيجاد وسائل محايدة وفعالة لحل هذه المنازعات، وذلك بما يتلاءم مع طبيعتها الخاصة، وسعياً لإيجاد التسهيلات لتسوية المنازعات التي تتعلق بعقود الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.

وإزاء قصور القانون الدولي عن تحقيق الحماية الكافية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، فلم تقتصر حماية المستثمر الأجنبي فقط على الحماية التي توفرها الأدوات القانونية الوطنية، سواء أكانت تشريعات الاستثمار، وذلك فيما يتعلق بالدول المصدرة لرأس المال، أو حتى الحماية التي تقدمها قواعد القانون الدولي، بل تجاوز الأمر تلك الأنواع من الحماية إلى الاهتمام بتوفير الحماية الاتفاقية الدولية للمستثمر وأمواله، وجعل الإخلال بها موجبا للمسؤولية الدولية¹، ولهذا قامت الدول بإبرام العديد من الاتفاقات الثنائية والجماعية، هادفة من ذلك تحرير التدفقات الاستثمارية وتنظيمها وحمايتها.

¹ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمارات الأجنبية في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2005، ص. 463.

وبهذا أدرك المجتمع الدولي بالأهمية البالغة التي تنطوي عليها عقود الاستثمار الأجنبي، والفرغ الدولي في مجال تسوية المنازعات الناجمة عنه، باعتبارها ضماناً لاستقطاب المستثمرين الأجانب، في جو مريح مطمئن، مادام أن عملية الاشراف على تسوية منازعاته، في يد جهاز دولي متخصص. وبذلك أصبحت تحظى دراسة وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية، باهتمام بالغ، سواء أكان من قبل المشتغلين بالقانون الدولي بصفة عامة، أم من قبل المشتغلين بالقانون الدولي التجاري بصفة خاصة¹. ولعل هذا الاهتمام يرجع في فحواه إلى ضراوة الطرق القضائية الدولية، لحل المنازعات. لما تشتمل عليه من مجهود شاق وطويل الأمد، بحيث أصبحت لا تتوافق ومرونة المعاملات الدولية التجارية.

وأمام كل هذا أصبح من الضروري توفير وسائل محايدة وفعالة، لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن هذه العقود، بما يتلاءم مع طبيعتها الخاصة، ولاشك أن اللجوء إلى التحكيم يعد طريقة مناسبة في هذه الحالة، حيث يعد ضماناً إجرائياً للمستثمرين، لحسم منازعاتهم مع الدولة الجاذبة للاستثمارات، ولأنهم ينظرون إلى قضاء تلك الدولة نظرة شك وريبة، فضلاً عن ذلك السرية التي يمتاز بها التحكيم والتي تناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، فهو يأتي متوافقاً مع رغبة المستثمرين بالابتعاد عن اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المستثمرة.

فأسلوب التحكيم ينطوي على مجموعة من الخصائص، التي هي غير متوفرة في سائر الوسائل الأخرى ومما لا شك فيه أن رواج أسلوب التحكيم الدولي، وتجيده كأسلوب للتسوية، قد أدى إلى ارتفاع الأصوات التي تنادي بتعميمه، بل وفرضه على المجتمع الدولي - إن أمكن ذلك - الأمر الذي جعل القضاء الدولي العادي أصبح طريقاً استثنائياً، وتدنت مرتبته إلى الدرجة الثانية².

¹ أحمد فوزي عبد المنعم، وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، مج المصرية للقانون الدولي، ع 61، صادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 2005، ص. 503.

² منيرة عبد الله البشاري، فض المنازعات التجارية "دراسة لمبدأ التفاوض في إطار منظمة التجارة العالمية"، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2003، ص. 214.

ومن ناحية أخرى وعبر تداخل وتشابك العلاقات الدولية، في المجالات التجارية، وبخاصة بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، فقد اتجهت الأنظار إلى ضرورة تسهيل عملية التجارة الخارجية، وتحقيق مستوى أفضل للمعيشة، وتطوير موارد الثروة العالمية، وتنمية وتوسيع الانتاج وتبادل السلع والخدمات... إلخ. ولتحقيق هذه الأهداف كان لزاما وجود تعاون اقتصادي على المستوى الدولي.

وبذلك فقد تعددت المحاولات الدولية الرامية، إلى إيجاد نوعا من التوازن والحماية والمساواة بين طرفي رابطة الاستثمار، ليس فقط على مستوى القانون الدولي العرفي والاتفاقي، بل أيضا من قبل المنظمات الدولية العامة منها، والمتخصصة على وجه الخصوص.

حيث بدأت محاولات إيجاد نظام دولي لتسوية منازعات الاستثمار، انطلاقا من أواخر الأربعينات حتى السنوات الأولى من الستينات، خلال هذه الفترة أجريت عدة محاولات لتجسيد هيئة دولية لتسوية منازعات الاستثمار¹.

وأمام فشل المحاولات السابقة من جهة، وحاجة المجتمع الدولي لهيئة دولية لتسوية المنازعات الاستثمارية القائمة، بين الدول والمستثمرين الأجانب، تصدى البنك العالمي للانشاء والتعمير لهذا الفراغ القانوني.

وكتعريف مبسط للبنك العلمي، يمكن القول أنه يعد أهم مؤسسة دولية تقدم القروض للأغراض الانتاجية في الدول الأعضاء، ويهدف إلى تيسير استثمار رؤوس الأموال، في الأغراض الإنتاجية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة، من خلال برنامج مناخ الاستثمار، وانشاء العديد من المؤسسات الدولية المتخصصة لتحقيق ذلك²، حيث بدأ البنك أعماله بالمساعدة في إعادة تعمير أوروبا بعد الحرب العالمية الثانية، وهي الفكرة التي تبلورت في مؤتمر بريتون وودز سنة 1944، وكانت قيمة أول قرض قدمه كان لفرنسا عام 1947، بقيمة 250 مليون دولار، واستمر محور عمل البنك

¹ حيث تمت على مستوى منظمة الأمم المتحدة، وكذا المبادرة التي اتخذتها بعض جمعيات رجال القانون والخبراء مثل الجمعية من أجل حماية وترقية الاستثمارات الخاصة في الأقاليم الأجنبية، أو تلك التي تقدمت بها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، إلا أن كل هذه المحاولات باءت بالفشل نظرا لعدم قبول اقتراحاتها من قبل الدول النامية بصفة خاصة، بسبب إفراطها في وضع نظام حائمي مميز للاستثمارات.

² لمياء متولي يوسف مرسي، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2006، ص. 97.

البنك لمواجهة حالات الكوارث الطبيعية والطوارئ الانسانية، واحتياجات إعادة التأهيل اللاحقة النزاعات، ومساعدة الاقتصادات النامية التي تمر بمراحل تحول، وتخفيف حدة الفقر كهدف موسع لجميع أعماله.

ويتألف البنك من خمس مؤسسات انمائية مرتبطة في ما بينها ارتباطا وثيقا، البنك الدولي للانشاء والتعمير، المؤسسة الدولية للتنمية، ومؤسسة التمويل الدولية، ومن أهم تلك المؤسسات التي تهدف إلى وضع قواعد قانونية تساهم في تنظيم الاستثمار الأجنبي، هي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين المستثمر والأطراف، والوكالة الدولية لضمان الاستثمار.¹

وفيما يتعلق بدوره في خلق أهم صرح لتسوية النزاعات الاستثمارية الأجنبية، التي تجمع بين الدول ذات السيادة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، يمكن تلخيصها بإعلان رئيس البنك أوجان بلاك Eugen Black، أن دراسة هذا الموضوع ستجرى تحت رعاية البنك العالمي، لإيجاد تسهيلات لتسوية منازعات الاستثمار، وبالفعل قدم المستشار العام للبنك العالمي أرون بوكز Aron Broches، مذكرة موضحة مدى حاجة المجتمع الدولي لهذا الجهاز الدولي.

وبعد تقديم مذكرة المستشار العام للبنك العالمي، أصدر محافظو البنك توصية، تحول للمديرين التنفيذيين دراسة امكانية انشاء نظام مؤسسي تحت رعاية البنك العالمي لتسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية، عن طريق التوفيق والتحكيم في إطار اتفاقية دولية.

لنتوج التوصية المقدمة من قبل محافظوا البنك، بفتح باب المشاورات مباشرة مع الدول الأعضاء في البنك، حيث قرر المديرين التنفيذيون عقد اجتماعات استشارية جهوية بين ممثلي البنك، والخبراء القانونيين لسته وثمانون دولة، وتمت هذه الاجتماعات في أديس أبابا، وسانتياجو، جنيف، وبانكوك.²

¹ أحمد محمد مصطفى نصير، دور الدولة إزاء الاستثمار وتطوره التاريخي، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص. 100.
² جلال وفاء محمددين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزريطة، مصر، 1995، ص. 16.

بعد هذه المرحلة قرر مجلس المحافظين تكليف المديرين التنفيذيين، بإعداد الصياغة النهائية للاتفاقية مع مشاوررة الدول الأعضاء، فشكلت لجنة قانونية لهذا الغرض، وتم إعداد الصياغة النهائية للاتفاقية بعد ثلاثة أسابيع من المشاورات، وتم المصادقة عليها في واشنطن من طرف المديرين التنفيذيين بتاريخ 18/03/1965، تحت تسمية اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، والتي يصطلح أيضا تسميتها باتفاقية واشنطن لعام 1965¹.

بموجب مجهودات البنك في تشجيع العمليات الاستثمارية الأجنبية، التي تجمع بين طرفين يختلفان في المركز القانوني، يكون قد خطى خطوة هامة في تشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي الخاص، في الدول النامية، وتمثل هذه الخطوة في انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI) « Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements. »

تحت رعاية البنك الدولي، وهذا المركز هو المنظمة الوحيدة المنتسبة للبنك الدولي، والتي لا تمارس النشاط التمويلي، بل أنها تقدم المنبر، الذي من خلاله يمكن إجراء التوفيق أو التحكيم، حول المنازعات بين الدول الأعضاء من ناحية وبين المستثمرين الخواص الأجانب، وتبنى صلاحية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، على موافقة الطرفين على تسوية نزاع حول الاستثمار من خلال جهود المركز في التوفيق أو التحكيم بين الطرفين².

وشيئا فشيئا تحول المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، قبلة لتسوية حل المنازعات الاستثمارية، والذي تعددت أساليب الإشارة إليه كوجهة لحل المنازعات القائمة أو التي سوف تقوم في المستقبل، حيث يتم الإشارة إليه في جل التشريعات الداخلية للدول المستوردة لرؤوس الأموال، أو

¹ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص. 06.

² حسين عمر، المنظمات الدولية "هيئات ووكالات منظمة الأمم المتحدة ومنظمات التنمية والتجارة والتعاون الاقتصادي، دط، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 1993، ص. 175.

النص عليه في صلب عقود الاستثمار المبرمة بموجب الاتفاقيات المتعددة الأطراف أو الثنائية بين الدول والمستثمرين الأجانب الخواص.

وعليه نشير إلى أنه إلى جانب إنشاء هذه المؤسسة الدائمة لتسوية منازعات الإستثمار، وضعت اتفاقية واشنطن نظاما تحكيميا متميزا نظرا لاستقلاله عن الأنظمة الأخرى، وانفصاله شبه الكلي عن كل نظام قانوني، بداية بشروط انعقاد الاختصاص الشخصي والموضوعي للمركز، مروراً بإجراءات التسوية وتنوعها بين التوفيق والتحكيم، وصولاً إلى المرونة التي تنطوي عليها إجراءات التوفيق والتحكيم أمام المركز لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وأخيراً تمام تنفيذ الحكم التحكيمي. وبالتالي يتميز نظام التحكيم في إطار اتفاقية واشنطن بالاكتمال الذاتي، وذلك سعياً من واضعيها إلى توفير مناخ الثقة المتبادلة بين الدول والمستثمرين الأجانب في مجال تسوية المنازعات، الشيء الذي سينعكس إيجابياً على تدفق الاستثمارات إلى الدول المستوردة¹.

وفي سعي الدول اتجاه جلب الاستثمار الأجنبي، فإنها تبذل كل ما بوسعها لتنظيم مجالاته من خلال صياغة نصوص وقواعد، تضمن وتحدد حقوق وواجبات المستثمرين، إلا أن دقة وتعقيد عقود الاستثمار الأجنبي من جهة، وتخوف المستثمرين من قضاء الدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى، أدى إلى تبني آليات أخرى لتسوية منازعات الاستثمار²، وبالخصوص الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم باعتباره ضماناً اجرائية ووسيلة تتميز بالمرونة والسرية والسرعة³.

ومما لا شك فيه أن دراسة هذا النوع المنازعات التي وقع عليها الاختيار، تكتسي أهمية علمية وعملية، حيث تتمثل الأهمية العلمية، في أن تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تعمل على النهوض بالتنمية الاقتصادية، من خلال تحقيق التوازن بين مصالح المستثمرين الأجانب من جهة، والدولة المضيفة له من جهة أخرى. ففيما يخص المستثمر الأجنبي فإن اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات

¹ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، ص. 07.

² رفيقة بسكري، التحكيم كضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية، مع الباحث للدراسات الأكاديمية، ع9، باتنة، الجزائر، جوان 2016، ص. 172.

³ فهد الرفاعي، التحكيم والخبرة الفنية في منازعات الاستثمارات السياحية، ورقة عمل مقدمة بمناسبة انعقاد أعمال الملتقى الدولي للاستثمار وتسوية المنازعات، المنعقد يومي 25-26 أبريل 2014، الدار البيضاء، المغرب، ص. 11.

الاستثمار الأجنبي، من شأنه تبديد مخاوفه، بخضوع المنازعات الاستثمارية لقضاء الدولة المضيفة، وجعله يقدم على الاستثمار في هذه الدولة.

أما ما يتعلق بالدولة المضيفة، فإن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يوفر لها مناخا استثماريا ملائما، يعزز من حجم الاستثمارات على أراضيها، كما أنه يشكل ذرعا واقيا للدولة من إجراءات الحماية الدبلوماسية، التي تتخذها دولة المستثمر.

أما الأهمية العملية فتظهر من خلال اعتبار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، الصرح الدولي الوحيد الذي ينفرد بتسوية مثل هذه المنازعات، ذلك أن الاجراءات الخاصة بالمركز، هي مسألة جوهرية تمتاز بالمرونة والبساطة في مدة التسوية، فكل هذا يدفع المستثمرين الاجانب إلى اللجوء لتسوية منازعاتهم.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن موضوع منازعات عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى يثير العديد من الإشكالات، الناجمة عن التفاوت في المراكز القانونية، وعدم التكافؤ في المراكز الاقتصادية لأطرافها، الأمر الذي يستدعي التعرض لها وبيان الحلول القانونية المعتمدة في إطار اجتهاد الفقه وقضاء التحكيم.

كما نشير إلى أن موضوع التحكيم تحت اشراف المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يثير العديد من المسائل القانونية الهامة، المتعلقة بصفة أساسية بقواعد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وأهلية الأطراف المتنازعة للجوء إليه، بمعنى بعض المفاهيم القانونية، فاعلية حكم التحكيم، كلها أمور تستدعي البحث والتوضيح والتحليل.

وبالرغم من أن موضوع تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وكذا دور المركز الدولي في تسوية هذه المنازعات ليس بالموضوع الحديث، إلا أنه موضوع لا يزال يكتنفه الغموض وي طرح العديد من التساؤلات والاشكاليات، تتمثل أساس فيما يلي:

من منطلق أن دراستنا تركز على عقود الاستثمار الأجنبي فما المقصود بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر؟ وماهي الأسباب والدوافع التي تؤدي إلى قيام منازعات الاستثمار الأجنبي؟ وهل تعدد أساليب تسوية المنازعات الاستثمارية؟ وماهي الأساليب الأكثر توافقا مع طبيعة المنازعة الاستثمارية؟ وأخير مامدى فعالية المركز الدولي لاتفاقية واشنطن، في احتواء المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، وتسويتها؟

محاولة منا للامام بجميع أبعاد وتفاصيل موضوع النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر، سيتم بالاستعانة بعدة مناهج قانونية يكمل أحدها الآخر، ومن أجل تحقيق هذه الغاية اتبعنا المنهج التحليلي، وذلك من خلال دراسة وتحليل بعض المواد القانونية الدولية والوطنية، المتفرقة حول موضوع تسوية منازعات الاستثمار، بالإضافة إلى المنهج المقارن بين القوانين المختلفة سواء المعدلة في التشريع الوطني، أو التشريعات المتفرقة بين الدول، وكذا الواردة في الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية.

وأخيرا المنهج التطبيقي الذي يبرز من خلال عرض كل فكرة، وتدعيمها بالتطبيقات العملية، المأخوذة من واقع العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب، والتي تؤديها وتساهم في زيادة إيضاحها.

وإذا كان موضوع هذه الدراسة، يعد من بين أهم مواضيع التنمية الاقتصادية، والتي تمت فيها العديد من الدراسات والبحوث القانونية والاقتصادية، إلا أن البحث فيه تعترضه العديد من الصعوبات، لعل أهمها هو التعقيدات والتشعبات التي تكتنف هذا الموضوع، وخاصة موضوع التحكيم الدولي باعتباره أنجح وأفضل وسيلة لتسوية المنازعات الاستثمارية، ضف إلى ذلك كثرة المراجع والتي إن كانت تحسب له الباحث في إثراء الموضوع، إلا أن فحواها هو تكرار لأفكار واحدة.

ومع ذلك ستم المحاولة قدر المستطاع الاجابة على التساؤلات التي يطرحها هذا الموضوع، وفق خطة ستأتي في مجملها مقسمة إلى بابين يسبقهما فصل تمهيدي يأتي تحت عنوان: القواعد العامة التي تحكم سير المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يليه الباب الأول نعالج فيه موضوع الاستثمار

الأجنبي بصفة عام، من خلال التعرض إلى أهم الأسباب المؤدية لقيام النزاع الاستثماري، والذي تمت صياغته تحت عنوان: ماهية عقد الاستثمار الأجنبي وأسباب المنازعات الناجمة عنه.

وباب ثان تحت عنوان: الأساليب المختلفة لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي مع التركيز على دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفصل التمهيدي:

القواعد العامة التي تحكم سير المركز الدولي

لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

جاء التفكير في محاولة انشاء جهاز دولي، لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، متفقا مع اتجاه المجتمع الدولي، نحو التعاون في حل وتجاوز المشكلات الدولية، المصاحبة لتطور واتساع العلاقات الاقتصادية الدولية.

إذ أن تعدد المشكلات التي نشأت في إطار هذه العلاقات، اقتضى تجمع شعوب العالم في مؤسسات دولية، لتلبية احتياجات هذا التطور، ويعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية المنشئ بموجب اتفاقية واشنطن لسنة 1965، أمودجا فعالا في مجال تسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية. ومن خلال هذا الفصل التمهيدي سنتعرض إلى كل من ماهية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من خلال التعرض إلى النظام القانوني للمركز الدولي، والهيكلة التنظيمية له، كمبحث أول. وكذا التعرض إلى الشروط المطلوبة لأجل عقد الاختصاص للمركز الدولي، في النظر في المنازعات الاستثمارية المعروضة عليه، كمبحث ثان.

المبحث الأول: ماهية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

تم انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، كهيئة دولية، تشرف على تسوية المنازعات الاستثمارية القائمة، بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأطراف الأخرى، كهيئة دولية استثنائية تسمح للفرد باللجوء إليها مباشرة، بحكم أنه رعية لأحدى الدول المتعاقدة في الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي، وعليه ومن خلال هذا المبحث سنتعرض إلى كل من النظام القانوني للمركز الدولي كمطلب أول، وكذا التعرف على الهيكل التنظيمي المكون له كمطلب ثان.

المطلب الأول: النظام القانوني للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

من خلال هذا المطلب سنحاول التعرف على كل من نشأة المركز الدولي لتسوية الاستثمار الأجنبي كفرع الأول، والأهداف التي يصبوا إليها المركز كفرع ثان، والعضوية فيه كفرع ثالث.

الفرع الأول: نشأة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

يعد البنك الدولي للإنشاء والتعمير، بمثابة مؤسسة دولية تختص بتقديم القروض الإنتاجية، وتسعى إلى توفير الضمانات والمعونات الفنية، الرامية إلى تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية. وقد عمل البنك الدولي في سبيل تحقيق هذه الأهداف، على إنشاء مجموعة من الآليات الدولية، المتخصصة في هذا المجال، من بينها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI.

وتحقيقاً للهدف المنشود، المتمثل في انشاء هيئة متخصصة، لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، بدأ العمل والتجهيز للمعاهدة المنشئة للمركز، حيث اقترح محافظوا البنك الدولي، لعقد معاهدة دولية متعددة الأطراف لتسوية هذه النزاعات في عام 1961، لأجل توفير الإطار المؤسسي الدولي، الذي يتم من خلاله تسوية المنازعات الناشئة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لهم.

وفي الخامس من يونيو 1962 قدم المستر بروكس Mr. Brockes مستشار البنك آنذاك، مشروعاً إلى المديرين التنفيذيين لإنشاء مركز دولي لتسوية منازعات الاستثمار، وطلب يوجين بلاك مدير البنك الدولي من المديرين التنفيذيين، مناقشة هذا المشروع مع حكوماتهم، وإعداد تقرير بخصوصه.

وفي الثامن عشر من سبتمبر 1962، عرض مدير البنك الدولي مشروع الاتفاقية على مجلس المحافظين، وقد أصدر هذا الأخير قرارا بتكليف المديرين التنفيذيين بدراسة الموضوع. وفي الفترة الممتدة من ديسمبر 1963 وحتى مارس 1964، عقدت أربعة اجتماعات في أديس أبابا وستياجو وجنيف وبانكوك، بمشاركة خبراء من ست وثمانين دولة حول مشروع تمهيدي أعده موظفو البنك على ضوء مناقشات المديرين التنفيذيين وآراء حكومات الدول الأعضاء¹. وفي الاجتماع السنوي المنعقد في طوكيو عام 1964، قدم المديرون التنفيذيون تقريرا إلى المجلس المحافظين تضمن حصيلة ما تم التوصل إليه في الاجتماعات، وقد أصدر المجلس قرارا بتكليف المديرين التنفيذيين بإعداد الاتفاقية، وتقديمها لحكومات الدول الأعضاء، وقد أنشأ المديرون لجنة قانونية لتساعدهم في إنجاز هذه المهمة، وقامت هذه اللجنة بمراجعة مشروع الاتفاقية خلال ثلاثة أسابيع².

وقد تم التوصل إلى الصيغة النهائية للاتفاق والتي أحييت من المديرين التنفيذيين للبنك الدولي، إلى الدول لأجل التوقيع عليها في 18/03/1965 في واشنطن، وبموجبها تم انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث دخلت حيز النفاذ في 14/10/1966³. وذلك بعد مضي ثلاثين يوما على اكتمال تصديق عشرين دولة على الاتفاقية، وهذا وفقا للفقرة الثانية من المادة 68 من الاتفاقية⁴. والتي تنص على أنه "تدخل الاتفاقية الحالية دور النافذ بمضي ثلاثين يوما من تاريخ إيداع عشرين وثيقة تصديق، وبالنسبة لأية دولة تودع وثيقة تصديقها فيما بعد، تدخل الاتفاقية دور النفاذ بمضي ثلاثين يوما على الإيداع."

¹ عبد الكريم عوض خليفه، القانون الدولي الاقتصادي، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2012، ص. 110.

² عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972، ص. 198.

³ طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008، ص. 322.

⁴ عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص. 65.

وتأخذ هذه الاتفاقية بعين النظر، متطلبات التعاون الدولي، لتحقيق التنمية الاقتصادية، وما تلعبه الاستثمارات الدولية الخاصة، من دور في هذا النطاق، سواء ما بين الدول الصناعية نفسها، أو ما بينها وبين دول العالم الثالث، والتي تشدد على أهمية التحكيم كوسيلة لحل النزاعات¹.

ويقع مقر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بالمكاتب الرئيسية للبنك الدولي للانشاء والتعمير كقاعدة عامة، مع جواز نقل مقره إلى مكان آخر بقرار من المجلس الاداري بأغلبية ثلثي الأعضاء، وهذا بحسب نص المادة الثانية من الاتفاقية².

ويعتبر هذا المركز، الهيئة الوحيدة المتخصصة في تسوية المنازعات، التي تنشأ بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب من الأفراد أو الهيئات الخاصة، ولكن لا يمنع ذلك من أن يقوم الأطراف بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم تحت مظلة أحد المراكز التحكيمية الأخرى.

الفرع الثاني: أهداف المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

ورد في ديباجة الاتفاقية المنشئة للمركز ما يلي: " إن الدول المتعاقدة...

تقديرا لضرورة التعاون الدولي من أجل التنمية الاقتصادية، ولأهمية الدور الذي تلعبه الاستثمارات الخاصة الدولية في هذا المجال.

ونظرا إلى أنه من ممكن أن تنشأ منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات، من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى.

ومع التسليم بأنه مثل هذه المنازعات يجب كقاعدة عامة أن تطرح على القضاء الداخلي، فإن اللجوء إلى طرق التسوية الدولية، في شأن هذه المنازعات يمكن أن يكون مناسبا في بعض الأحيان.

¹ عبد الحميد الأحذب، آليات فض المنازعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، مج الملف العربي الأوروبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي، باريس، فبراير 2001، ص. 23.

² تقضي المادة الثانية من الاتفاقية بما يلي: " مقر المركز هو مقر البنك العالمي للانشاء والتعمير (والذي يسمى فيما يلي بالبنك العالمي)، ومع ذلك يمكن نقل المركز إلى مكان آخر، بقرار من المجلس الاداري للمركز، يصدر بأغلبية ثلثي أعضائه."

ومع إعطاء أهمية خاصة لتوفير أداة دولية للتوفيق أو التحكيم، بحيث يمكن للدول المتعاقدة، وكذلك لرعايا الدول الأخرى أن يطرحوا عليها مثل هذه المنازعات إذا ما ارادوا ذلك.

ورغبة في انشاء مثل هذه الأداة تحت رعاية البنك الدولي للانشاء والتعمير.

ومع التسليم بأن رضاء الطرفين المشترك بأن يعرضوا مثل هذه المنازعات للتوفيق أو التحكيم، بواسطة مثل هذه الأداة، يكون اتفاقا ملزما يستوجب بصفة خاصة، أن توضع أي توصيات للتوفيق موضع الاعتبار، وأن تحترم وتنفذ أحكام المحكمين.

ومع تقرير أن الدولة الموقعة لا تعتبر بمجرد التصديق، على هذه الاتفاقية أو قبولها أو إقرارها - وبغير رضاها - ملزمة بعرض أي نزاع معين للتوفيق أو التحكيم."

وعليه فإنه ما يستشف، من نص الدباجة لاتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، هو سن النصوص والقواعد الرامية إلى النهوض بالتنمية الاقتصادية، من خلال توفير مناخ ملائم للاستثمار، تسوده الثقة المتبادلة بين الدولة المضييفة والمستثمرين الأجانب، من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة. بالإضافة إلى تشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي إلى الدول النامية، في إطار تشجيع شركات البلدان المصنعة على الاستثمار في البلدان الأقل نموا¹.

بالإضافة إلى ما سبق سعت الاتفاقية، إلى انشاء آلية دولية تتصدى لتسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية خاصة، ذلك أن بقاء المنازعات الاستثمارية، دون تسوية يمكن أن يؤثر على المصالح الاقتصادية للدولة المضييفة، ويشكل عائق أمام تدفق الاستثمارات نحوها².

وتأتي هذه الاتفاقية لتعطي ضمانا أكبر للمستثمرين الأجانب، بأن أموالهم لن تضيع سدى، في حال حدوث أي مخاطر سياسية، أو أي اجراءات تتخذها الدولة ضدهم، وذلك عن طريق إيكال مهمة الفصل في أي نزاع ناشئ عن الاستثمار إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ،

¹ كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2003، ص. 191.

² بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية 'دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون العلاقات الدولية الاقتصادية، الجامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017، ص. 186.

وإبعاده عن ساحة القضاء الوطني - كونه يميل لتغليب مصلحة الدولة المضيفة - من وجهة نظر المستثمر الاجنبي، المتشكك دوماً في مصداقية قضاء الدولة المضيفة لاستثماره. وقد أتت صيغت هذه الاتفاقية خصيصاً لتحقيق نوع من كسب ثقة التجارة الدولية، في بلدان العالم الثالث، بعلاقتها الخاصة مع البلدان الصناعية، وبجهد وتنظيم من البنك الدولي للإنشاء والتعمير¹.

وبالتالي فإن الغرض الأساسي من إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، هو تهيئة الوسائل لتسوية منازعات الاستثمار، بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة، عن طريق التوفيق والتحكيم، وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، وهذا بحسب ما بينه نص الفقرة الثانية من المادة الأولى بنصها: " وغرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم، من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية، ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية، طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية." فالتركيز على إيجاد وسائل لتسوية المنازعات الاستثمارية، يفضي إلى خلق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين - الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي - من خلال توفير لهذا الأخير كل الضمانات التي يرغب فيها، ويمكنه توقعها من الظروف العملية، ويجعله بمنزلة واحدة مع الدولة المضيفة لاستثماره².

ومعنى ما تقدم أن الغرض الأسمى من إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، هو توفير مناخ من الثقة المتبادلة بين المستثمرين الأجانب وحكومات الدول الأطراف في الاتفاقية³، وهو الأمر الذي يكون من شأنه زيادة تدفق رؤوس الأموال للأغراض الانتاجية بشروط مناسبة⁴.

¹ عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية (دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص. 111.

² ويصاح، تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى، مج مصر المعاصرة، ع 379، السنة الواحد والسبعون، يناير 1980، ص. 142.

³ منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص. 49.

⁴ عبد الكريم عوض خليفه، المرجع السابق، ص. 112.

الفرع الثالث: العضوية في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

الأصل أن للدول وحدها الحق في اكتساب العضوية في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ولا تقتصر العضوية في المركز على الدول التي وقعت على الاتفاقية، بمعنى الأعضاء الأصليين فقط¹، بل يمكن لأية دولة الانضمام لعضوية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي. ولكي تكتسب دولة معينة عضوية المركز لا بد من توافر مجموعة من الشروط، الموضوعية والشكلية، التي ينص عليها ميثاق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار².

وتتمثل الشروط الموضوعية في أن تثبت السيادة، للدولة المتقدمة للعضوية في الاتفاقية، من خلال ثبوت عناصرها المتمثلة في الإقليم والشعب، والسلطة الحاكمة، وأن تكون عضوا في البنك الدولي للإنشاء والتعمير.

كما أنه يمكن لأي دولة أخرى، عضو في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، الانضمام للمركز، إذا دعاها المجلس الإداري للمركز بأغلبية ثلثي الأعضاء، وهذا بحسب ما تقضي به المادة 67 من اتفاقية واشنطن³.

أما الشروط الشكلية فتتمثل في تقديم طلب، من قبل الدولة الراغبة في الانضمام إلى الاتفاقية، موجه إلى المجلس الإداري للمركز، وذلك لأجل إبداء الرأي فيه⁴.

كما نشير إلى أنه يمكن لأي دولة عضو في الاتفاقية، الانسحاب من الاتفاقية، عن طريق تقديم إشعار مكتوب، معلنة فيه عن رغبتها في الانسحاب موجه إلى البنك الدولي. وبحسب القواعد العامة المنصوص عليها في الاتفاقية، يصبح الانسحاب نافدا بعد مرور ستة أشهر، من تاريخ تقديم الإشعار للبنك، غير أن الانسحاب لا يؤثر على الحقوق والالتزامات للدولة المنسحبة، أو حقوق والتزامات أي من مواطنيها الناشئة بمقتضى الاتفاقية⁵، وهذا بحسب نص المادة 71 من الاتفاقية

(1) عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، 178.

(2) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 334.

(3) عبد الكريم عوض خليفه، المرجع السابق، ص. 113.

(4) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 335.

(5) عبد الكريم عوض خليفه، المرجع السابق، ص. 113.

بنصها: "يجوز لكل دولة متعاقدة أن تنسحب من الاتفاقية، وذلك بإخطار موجه إلى المودع لديه، ويتم الانسحاب بعد مرور ستة أشهر من استلام الاخطار المشار إليه."

وإن الجدير بالذكر أنه قد تم التوقيع على الاتفاقية من قبل 161 دولة إلى غاية سنة 2016، ثماني دول منها وقعت على الاتفاقية دون أن تدخل حيز التنفيذ في إقليمها، من بينها جمهورية الدومنيك، وأثيوبيا، وتيلاند، نامبيا، بليز، غينيا بيساو وغيرها، وهذا بحسب التقرير السنوي المنشور على مستوى الموقع الإلكتروني للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار¹. وتعد الجزائر من الدول المصادقة والمنظمة للاتفاقية²، حيث صادقت عليها في 17/04/1995، ودخلت حيز التنفيذ في 22/03/1996، بموجب الأمر رقم 95-346.

وبهذا أصبح المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، اتجاها لجميع الدول الأطراف فيه، لأجل تسوية منازعاتها الاستثمارية، بحيث أصبح يمثل في مجال التحكيم، صرحا من صروح التحكيم الدولي، متبوا مكانة دولية متميزة، عبر ما يبذله من مجهودات في طريق تسوية منازعات الاستثمار³.

المطلب الثاني: الهيكل التنظيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

يحكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي نظاما أساسيا، وهيكل تنظيميا تتحدد من خلاله الوظائف التي تقوم بها الأجهزة الداخلية فيه، والتي تعمل جاهدة على تيسير العمل بالقواعد واللوائح، التي يقرها هذا النظام الأساسي، وذلك ضمنا للتنفيذ العملي لأحكام الاتفاقية⁴. ومن أجل ضمان التنفيذ العملي لأحكام اتفاقية واشنطن، فقد تم صياغة مجموعة من القواعد، التي تحكم الهيكل التنظيمي للمركز، الذي يتكون من المجلس الإداري (فرع أول)، الأمانة العامة (فرع ثان)،

¹ الموقع الإلكتروني للمركز الدولي:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_AR16_French

اطلع عليه بتاريخ 10-02-2017.

² صادقت الجزائر على اتفاقية البنك الدولي المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المتعاقدة، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج، ع 66، الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

³ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 335.

⁴ بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 195.

هيئة الموفقين والمحكمين (فرع ثالث)، وهذا بحسب ما نصت عليه المادة الثالثة من الاتفاقية بنصها: "يتألف المركز من مجلس إداري وسكرتارية. ويحتفظ المركز بقائمة تضم عددا من الموفقين وأخرى تضم عددا من المحكمين"، وهو ما سيتم تبياناه على النحو الآتي:

الفرع الأول: المجلس الإداري:

سنتعرض في هذا الجزء من الدراسة إلى كل من تشكيلة المجلس الإداري، واختصاصاته، وكذا دوراته.

أولا: تشكيلة المجلس الإداري للمركز الدولي:

وفقا للنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اتفاقية واشنطن، يتألف المجلس الإداري، من ممثلين للدول المتعاقدة، ممثل واحد عن كل دولة، ويجوز أن ينوب عن الممثل الأصلي، في حالة غيابه، عن حضور إحدى الجلسات أو عدم قدرته، ممثل مناوب.

وفي حالة عدم وجود ممثل لأي دولة، فإن محافظ بنك تلك الدولة، أو نائبه المعينين لدى البنك الدولي للإنشاء والتعمير، هما اللذان يقومان قانونا بدور ممثل تلك الدولة ونائبه، بحكم الوظيفة المنوطة بهما، إلا إذا وجد تعيين بخلاف ذلك¹. وهذا بحسب ما تقضي به المادة الرابعة من اتفاقية واشنطن بنصها:

"1- يضم المجلس الإداري ممثلا عن كل دولة متعاقدة. ويمكن لنائب هذا الممثل أو من يقوم مقامه أن يجلس باعتباره ممثل الدولة، في حالة غياب الأخير أو مرضه.

2- وما لم يكن هناك تعيين آخر، فإن محافظ البنك ونائب المحافظ اللذين تعينهما الدولة المتعاقدة، يقومان بحكم القانون بالوظائف الخاصة بممثل الدولة ونائبه."

ويكفي لصحة انعقاد المجلس حضور الأغلبية المطلقة من الأعضاء، ويكون لكل ممثل صوت واحد كقاعدة عامة، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأصوات، إلا في حالة تطلب الاتفاقية لأغلبية

معينة².

¹ عبد الكريم عوض خليفه، المرجع السابق، ص. 114.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 336.

ويقوم برئاسة المجلس الإداري، رئيس البنك الدولي، دون أن يكون له حق التصويت، وهذا يدل أن على وظيفته هي وظيفة إشرافية، وعلى عدم مساواة عضويته مع عضوية الدول الأطراف، وأنه في حالة غياب رئيس المجلس، تنتقل مسؤولية رئاسة المجلس الإداري، لمن يحل محله في البنك¹.

ثانيا: اختصاصات المجلس الإداري للمركز الدولي:

يقوم المجلس الإداري بالدور الأساسي المحرك لنشاط المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بحيث يمكن اعتباره الآلية الحاكمة والمسيرة للمركز، حيث يقوم بعدة وظائف حيوية. فقد بينت المادة السادسة من اتفاقية واشنطن، أنه إضافة إلى الاختصاصات الأخرى، التي يمكن أن تمنحها نصوص الاتفاقية، يختص المجلس بما يلي²:

تبنى اللوائح الإدارية والمالية والإجرائية المتعلقة بتقديم النزاعات إلى التوفيق أو التحكيم. كما له صلاحية الموافقة على كل الترتيبات التي تتخذ بالاشتراك مع البنك الدولي، بهدف استخدام امكانيته وخدماته الإدارية.

¹ قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار)، ط الثانية، دار هوم، الجزائر، 2006، ص.324.
² تنص المادة 6 من الاتفاقية على ما يلي: "

1- مع عدم الإخلال بالاختصاصات التي يمكن أن تمنح إلى المجلس الإداري بمقتضى النصوص الأخرى في هذه الاتفاقية، فإنه يختص بما يلي:

- (أ) تبني اللائحة الإدارية واللائحة المالية للمركز.
- (ب) تبني لوائح الإجراءات المتعلقة بتقديم المنازعات إلى التوفيق والتحكيم.
- (ج) تبني لوائح الإجراءات المتعلقة بدعاوى التوفيق والتحكيم (المسميتان فيما بعد لائحة التوفيق ولائحة التحكيم).
- (د) الموافقة على كافة الترتيبات التي تتخذ مع البنك العالمي، بغرض استخدام أمكنته وخدماته الإدارية.
- (هـ) تحديد شروط تعيين السكرتير العام والسكرتيرين العامين المساعدين.
- (و) إقرار الميزانية السنوية لإيرادات ومصروفات المركز.
- (ز) الموافقة على التقرير السنوي - بشأن أوجه نشاط المركز - ونلاحظ أن القرارات التي تتخذ في المسائل الواردة بالفقرات (أ، ب، ج، و) يجب أن تصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري.

2- وللمجلس الإداري أن ينشئ أية لجان يراها ضرورية لإنجاز أعمال المركز.

3- ويباشر المجلس الإداري كافة الاختصاصات الأخرى التي يراها ضرورية من أجل وضع أحكام هذه الاتفاقية موضع التطبيق.

كذلك تحديد شروط عمل السكرتير العام، ونائب السكرتير العام، واعتماد ميزانية المركز السنوية، وكذا إقرار التقرير السنوي عن أعمال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وتعيين ما يراه ضروريا من اللجان، وكذلك يباشر من الوظائف الأخرى، ما يراه ضروريا لتنفيذ أحكام هذه الاتفاقية¹.

فمن خلال الإطلاع على المهام المختلفة التي يختص بها المجلس الإداري للمركز، نجده يتولى كل من مهمة التسيير الإداري والمالي للمركز الدولي، بالإضافة إلى المهمة التنظيمية، التي يتمتع بها في مجال وضع القواعد الإجرائية المتعلقة بتقديم النزاعات، إلى التوفيق أو التحكيم.

ما يستوقفنا هنا، هو المهمة التي يتمتع بها المجلس الإداري في مجال التنظيم، حيث يضع لوائح خاصة بالإجراءات، سواء تعلقت بإجراءات تقديم الدعاوى أو بإجراءات الخصومة ذاتها، وسواء تعلق الأمر بالتوفيق أو التحكيم. علما أن الأحكام الإجرائية الرئيسية قد وردت في الاتفاقية المنشأة للمركز، فاللوائح التي يضعها المجلس الإداري في هذا المجال تعتبر أحكاما إجرائية ذات طابع تكميلي، ولا تطبق إلا إذا لم يتفق الأطراف على مخالفتها.

ولضمان تطبيق أحكام اتفاقية واشنطن، فقد اعترفت هذه الأخيرة للمجلس الإداري، بعدة اختصاصات تخرج عن نطاق المادة السادسة من الاتفاقية، نجدها في نصوص متفرقة من مواد الاتفاقية يمكن إدراجها في مايلي:

بموجب أحكام الاتفاقية معترف له بإمكانية نقل مقر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي إلى مكان آخر، بقرار يصدره بأغلبية الثلثين. كما يتولى دعوة الدول غير الأعضاء في البنك العالمي، وغير أطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، من أجل التوقيع على الاتفاقية وبنفس صيغة التصويت².

¹ عبد الكريم عوض خليفه، المرجع السابق، ص. 115.

² قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 289.

فتنص المادة الثانية من الاتفاقية على ما يلي: " مقر المركز هو مقر البنك العالمي للإنشاء والتعمير (والذي يسمى فيما يلي بالبنك العالمي)، ومع ذلك يمكن نقل المركز إلى مكان آخر بقرار من المجلس الإداري للمركز، يصدر بأغلبية ثلثي أعضائه." وتنص المادة 67 أيضا ما يلي: "..وأیضا للدول التي يقرها المجلس الإداري، بأغلبية ثلثي أعضائه دعوة للتوقيع على الاتفاقية."

ثالثا: اختصاصات رئيس المجلس الإداري للمركز الدولي:

يتدخل رئيس المجلس الإداري في عدة مجالات يمكن جمعها فيما يلي:

- يساهم رئيس المجلس الإداري، بحسب نص المادتين 13 و 14 من الاتفاقية، في تشكيل قوائم الموفقين والمحكمين، حيث يعترف له بأحقية تعيين عشرة أشخاص من كل قائمة، طبقا للشروط المطلوبة في الاتفاقية.

- إذا لم تُشكّل لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم خلال التسعين يوما من تاريخ تقديم الطلب، يتدخل رئيس المجلس الإداري، بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل، من أجل تعيين الموفق أو المحكم الذي لم يعين بعد، وفقا للمادتين 30 و 38 من الاتفاقية¹.

- كما يقوم الأمين العام للمجلس بدور هام في مجال الطعن بالإلغاء، الموجه ضد حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث يتدخل هذا الأخير، على إثر تقديم طلب الإلغاء، من أجل تشكيل لجنة التحكيم الخاصة، للبت في الطعن، وهذا بحسب ما تقضي الفقرة الثالثة من المادة 52 من الاتفاقية².

⁽¹⁾ المادة 30 من الاتفاقية بخصوص تدخل رئيس المجلس في تعيين الموفق أو هيئة الموفقين. والمادة 38 من الاتفاقية بخصوص تعيين المحكم أو هيئة المحكمين.

⁽²⁾ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، 290.

- يتدخل رئيس المجلس الإداري في تقديم المرشحين لشغل وظيفة الأمين العام للمركز، وكذا نوابه من أجل انتخابهم من طرف أعضاء المجلس، حتى يتم تشكيل الأمانة العامة للمركز¹.

رابعاً: دورات المجلس الإداري:

للمجلس الإداري أن يعقد دورة عادية سنوياً، إلا أنه له حق عقد دورات استثنائية بموجب قرار خاص من المجلس ذاته، أو بدعوة من رئيسه أو الأمين العام، بناء على طلب خمس أعضاء للمجلس على الأقل.

أما حق التصويت فإنه بحسب نصوص الاتفاقية، فإنه لكل دولة عضو في الاتفاقية صوت واحد، ويتطلب التصويت على كافة المسائل التي تعرض على المجلس، أغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين المشتركين في التصويت. إلا إذا كانت هناك استثناءات تقرها الاتفاقية المنشئة للمركز.

ويمكن للمجلس أن يخول بأغلبية ثلثي أعضائه، للرئيس الحق في أن يطلب من المجلس إجراء التصويت بالمراسلة، فيما يتعلق بموضوع معين. ويكون ذلك التصويت بالمراسلة صحيحاً، إذا شاركت فيه أغلبية أعضاء المجلس، خلال الفترة المحددة في القرار، الذي خول للرئيس ذلك الحق المذكور².

الفرع الثاني: الأمانة العامة:

تعتبر الأمانة العامة بمثابة الجهاز الأساسي للمركز الدولي، ولأجل التعرف على هذا الجهاز، لا بد من التعرض إلى كل من تشكيلتها، وتبيان اختصاصات الأمين العام فيها.

¹ وهذا بدليل نص الفقرة الأولى من المادة 10 بنصها: " يتم اختيار السكرتير العام والسكرتيرين العامين المساعدين، بواسطة الانتخاب بناء على ترشيح الرئيس، من قبل المجلس الإداري بأغلبية ثلثي أعضائه..."

² (قادي عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 325).

أولاً: تشكيلة الأمانة العامة أو السكرتارية:

بينت المادة 9 من اتفاقية واشنطن، تركيبة الأمانة العامة، حيث بينت المادة أن الأمانة العامة للمركز الدولي، تتكون من سكرتير أو أمين عام، وأمين عام مساعد أو أكثر. بالإضافة إلى مجموعة الموظفين والمستخدمين¹.

ويعد الأمين العام الموظف الرئيسي الأول في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ويتم تعيين هذا الأخير ومساعديه بموجب الانتخاب، من قبل أعضاء المجلس بأغلبية الثلثين، بعد تقديمهم من طرف الرئيس، لمدة عضوية لا تزيد عن ستة سنوات، مع امكانية تجديدها، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 10 من الاتفاقية.

ولأجل ضمان الحياد الإداري في الاتصال مع حكومات الدول الأعضاء، فإن الاتفاقية تحظر على الأمين العام ومساعديه، ممارسة أية وظيفة سياسية. أما ما يتعلق بسائر الوظائف الأخرى غير الوظيفة السياسية، فإنه يسمح لهم ممارستها بناء على إجازة من طرف أعضاء المجلس الإداري، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 10 من الاتفاقية².

الأمر الذي يستنتج مما سبق أن ممارسة أي نشاط سياسي، من قبل الأمين العام أو أحد مساعديه، تعتبر حالة تعارض مطلقة. أما ما يتعلق بسائر الوظائف الأخرى، فهي حالة تعارض نسبية، مادام أنه بإمكان المجلس الإداري أن يسمح بممارستها، كاستثناء عن القاعدة العامة³.

¹ (تنص المادة 9 من اتفاقية واشنطن على ما يلي: " تشمل السكرتارية على سكرتير عام، وسكرتير عام مساعد واحد أو أكثر بالإضافة إلى مجموعة من الموظفين والمستخدمين".

² (تقضي الفقرة الثانية من المادة 10 بما يلي: " -ولا يجوز للسكرتير العام أو السكرتيرين العامين المساعدين، ممارسة أية وظيفة سياسية. ومع عدم الاخلال بأية استثناءات يمكن أن يقرها المجلس الإداري في هذا الصدد، فلا يجوز للسكرتير العام أو السكرتيرين العامين المساعدين شغل أية وظائف أخرى أو ممارسة أية أنشطة مهنية أخرى.

³) Amadio Mario, Le contentieux international de L'Investissement privé et la Convention de la Banque mondial du 17 Mars 1965, LGDJ, Paris, 1967, p. 81.

وفي حالة غياب أو حصول مانع للأمين العام أو شغور منصبه، يحل محله الأمين العام المساعد، وإذا كان يوجد أكثر من أمين عام مساعد، فإنه تطبيقاً لنص الفقرة 3 من المادة 10¹، يحدد المجلس الإداري مسبقاً النظام أو الأسلوب، الذي بموجبه يؤدون أعمال وظيفة الأمين العام².

ثانياً: اختصاصات الأمين العام:

يشغل الأمين العام منصباً هاماً في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، نظراً لمجالات تدخله الواسعة، فهو يعد الممثل القانوني، والموظف الرئيسي المكلف بإدارة المركز. ويظهر ذلك من خلال المهام المخولة له والتي يمكن تعدادها فيما يلي:

- يتولى الأمين العام طبقاً لأحكام اتفاقية واشنطن، تعيين الموظفين بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهذا بحسب ما تقضي به المادة 11 من الاتفاقية³.

- يتم استشارة الأمين العام من قبل هيئة التحكيم أو هيئة التوفيق، لأجل إقامة إجراءات التحكيم أو التوفيق في مكان آخر غير مقر المركز بالبنك الدولي، وهذا بحسب نص الفقرة الثانية من المادة 63 من الاتفاقية⁴.

- يتولى تقرير المرحلة التمهيديّة من ظاهر طلب عرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ما إذا كانت شروط اختصاص المركز قد توافرت من عدمه. كما تخول الاتفاقية للسكرتير العام، القيام بتعيين المحكمين والموفقين، في حالة غياب اتفاق الأطراف على ذلك⁵.

¹ تنص الفقرة الثالثة من المادة 10 على ما يلي: " في حالة غياب السكرتير العام أو مرضه، أو خلو منصبه، يؤدي السكرتير العام المساعد أعمال وظيفة السكرتير العام، وإذا كان يوجد أكثر من سكرتير عام مساعد واحد، فإن المجلس الإداري يحدد مقدماً النظام الذي بموجبه يؤدون أعمال الوظيفة المشار إليها".

² قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 290.

³ تنص المادة 11 على ما يلي: " يمثل السكرتير العام المركز قانوناً، ويتولى توجيهه، ويكون مسؤولاً عن إدراته بما في ذلك تعيين الموظفين طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية، واللوائح التي يقرها المجلس الإداري".

⁴ تنص الفقرة الثانية من المادة 63 على ما يلي: " وفي أي مكان آخر، توافق عليه لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم بعد التشاور مع السكرتير العام".
⁵ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 338.

- يتولى الأمين العام للمجلس تلقي جميع الإخطارات والتبليغات، الواردة من الدول المتعاقدة المتعلقة بما يلي:

-أنواع النزاعات التي يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي لأجل تسويتها¹.

-الجهة القضائية الوطنية المعنية للحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم².

-مشروع التعديل المقترح للاتفاقية³.

- كما يتولى الأمين العام إرسال نسخ من الحكم المعتمد دون تأخير، إلى أطراف النزاع، وبذلك يعتبر الحكم قد صدر في تاريخ إرسال الصور أو النسخ عن الحكم، وهذا بحسب نص المادة 49 من الاتفاقية⁴.

- وتطبيقا للوائح التي يقررها للمجلس الإداري، يحدّد الأمين العام الرسوم والمصاريف، التي يتحمّلها الأطراف، مقابل الانتفاع بخدمات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي. كما يستشار من قبل لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم، لتحديد أتعاب أعضائها، وهذا بحسب ما تقضي به المادتين 59 و60 من الاتفاقية⁵.

ومن خلال الإطلاع على المهام المختلفة المشار إليها أعلاه، نلمح الدور الهام والأساسي الذي يتولاه الأمين العام، وبذلك نرى أن اشتراط أغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري لأجل انتخابه، هو مبرر على أن الأمين العام يجوز ثقة الأغلبية الخاصة، لأعضاء المجلس بحكم الوظيفة المسندة إليه.

(1) بحسب نص الفقرة 4 من المادة 25.

(2) وهذا بحسب نص الفقرة 2 من المادة 54: "...ويجب على كل دولة متعاقدة أن تحظر السكرتير العام بالمحكمة المختصة، أو أية سلطات تعينها لهذا الغرض.."

(3) تنص المادة 65 على ما يلي: "...ويجب أن يقدم نص التعديل إلى السكرتير العام..."

(4) تنص الفقرة الأولى من المادة 49 على ما يلي: " يرسل السكرتير العام بدون تأخير، إلى أطراف النزاع صوراً معتمدة من الحكم، ويعتبر الحكم أنه صدر في يوم إرسال الصور المذكورة."

(5) تنص المادة 59 على ما يلي: "يحدد السكرتير العام الرسوم والمصاريف، التي يتحملها الأطراف مقابل الانتفاع بخدمات المركز..."

كما تنص المادة 60 على ما يلي: " تحدد كل لجنة توفيق وكل محكمة تحكيم، أتعاب ومصاريف أعضائها في الحدود التي يقرها المجلس الإداري، وذلك بعد التشاور مع السكرتير العام."

الفرع الثالث: هيئة المحكمين والموفقين:

لمركز قائمة بأسماء الموفقين والمحكمين، من المؤهلين للقيام بمهام التوفيق أو التحكيم. بحيث يكون لكل دولة متعاقدة أن ترشح أربعة أشخاص، ولا يلزم بالضرورة أن يكونوا من رعاياها. بمعنى يمكن أن يكونوا من رعايا دولة أخرى، وهذا لكل من قائمة الموفقين وقائمة المحكمين، وعلاوة على ذلك يمكن لرئيس المجلس، أن يعين عشرة أشخاص للهيئة، على أن يكون هؤلاء من جنسيات مختلفة¹، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 13 من الاتفاقية بنصها:

" 1- يجوز لكل دولة متعاقدة أن تعين أربعة أشخاص لكل قائمة، ولا يلزم بالضرورة أن يكونوا من رعاياها.

2- ويجوز للرئيس أن يعين عشرة أشخاص لكل قائمة. ويتعين أن يكونوا من رعايا دول مختلفة بالنسبة للقائمة الواحدة."

ويجب أن تتوفر في الأشخاص المعينين في قوائم التوفيق والتحكيم، شروط النزاهة، والحياد، والأخلاق العالية، والكفاءة في مجالات القانون والتجارة والصناعة والمال، وهذا بحسب نص المادة 14 من الاتفاقية².

ونشير إلى أن الاتفاقية، وفقا لنص المادة 16 منها، سمحت للشخص الواحد أن يرد اسمه في قائمة الموفقين وفي قائمة المحكمين في نفس الوقت. وفي حالة ما إذا عين شخص في إحدى القائمتين من طرف عدّة دول، أو من طرف دولة أو أكثر أو الرئيس، فإنه يعتبر مُعيّنا من طرف الجهة التي سبقت في تعيينه، بالنظر إلى تاريخ تسلّم تبليغ التعيين من طرف الأمين العام للمركز. أما في الحالة التي يحمل فيها الشخص جنسية دولة اشتركت في تعيينه، فإنه يعتبر معينا من قبل دولته دون الحاجة للنظر إلى الأسبقية في التعيين³.

¹ جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 36.

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 326.

³ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 302.

وتشير الاتفاقية إلى أنه في حالة وفاة، أو استقالة أحد الأشخاص المعينين في القائمة، فيتم تعيين شخص آخر من طرف الجهة التي قامت بتعيينه، كبديل عن الشخص المتوفي، أو المستقيل لبقية المدة المتبقية له¹.

تجدر الإشارة في الأخير، أن المدّة التي يبقى فيها المحكم معيناً، سواء تمّ ذلك من طرف الدولة المتعاقدة، أو رئيس المجلس الإداري، هي ستة سنوات قابلة للتجديد، وهذا تطبيقاً لنصّ المادة 15 من الاتفاقية. يبدأ سريان مدّة التعيين من تاريخ تسلّم الأمين العام، تبليغ التعيين من الجهة المكلفة بذلك.

وفي الأخير نشير إلى أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ولأجل ضمان السير الحسن لإجراءاته وأحكامه، قد أقرت مواد الاتفاقية له حصانة قضائية، من المادة 19 إلى غاية المادة 24 منها²، له ولجميع هيكله الادارية، و ممتلكاته، وأرشيّفه، وكل المشرفين والمسيرين فيه، من أعضاء المجلس الاداري، وموظفي الأمانة العامة والموفقين والمحكمين. وأعضاء اللجان المشار إليهم في نص الفقرة 3 من المادة 52 من الاتفاقية، وهو الأمر الذي يضمن لهم ممارسة مهامهم، دون متابعتهم قضائياً في حالة ارتكابهم لأخطاء بمناسبة تأديتهم لوظائفهم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

¹ بحسب نص الفقرة الثانية من المادة 15 من الاتفاقية.

² حيث نجد نص المادة 20 من الاتفاقية ينص على ما يلي: " يتمتع المركز بالحصانة القضائية، فلا يجوز أن يكون المركز أو ممتلكاته أو أرضه محلاً لأي عمل قضائي، إلا إذا تنازل عن هذه الحصانة."

المبحث الثاني: شروط انعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

تنص الفقرة الأولى من المادة 25 من الاتفاقية على ما يلي: " يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني، التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز. ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة، فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده."

من خلال استقراء نص المادة المشار إليه أعلاه، يفهم منها أنها قد جعلت اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، اختياريا قائم على مبدأ الرضائية، في اللجوء إليه كجهاز لتسوية المنازعات الاستثمارية، كما حددت طبيعة المنازعات التي يختص بها، التي تنشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات دون غيرها، بين الدول الأطراف في الاتفاقية وأحد المستثمرين الأجانب من رعايا الدول الأخرى المتعاقدة، بشرط أن يصدر الرضا بطرح النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من جانب كليهما.

ومن خلال هذا التقديم سنتعرض إلى كل من الاختصاص الرضائي، لعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي كمطلب أول، والاختصاص الشخصي والموضوعي كمطلب ثان.

المطلب الأول: الاختصاص الرضائي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

تعتبر موافقة ورضاء أطراف المنازعة الاستثمارية الأجنبية، على تسوية منازعاتهم في إطار المركز الدولي، لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، شرطا جوهريا لانعقاد اختصاص المركز، لأجل النظر في النزاع. حيث تأتي في مقدمة نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي أنه نظام اختياري من جميع الجوانب، وعليه فإنه لا يجوز السير في اجراءات تحت إشراف المركز إذا لم يكن الأطراف قد قبلوا تقديم المنازعة إليه. وفي الواقع يحتل شرط الرضا مكانا أساسيا في نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهو ما حدا القول بأن الرضا هو حجر الأساس في اتفاقية المركز

الدولي. غير أنه إذا قبل الطرفان تقديم المنازعة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنهما يلتزمان بالمضي في الاجراءات وبالالتزام بالحكم في حالة التحكيم¹.

كما أنه لا تجبر الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي، أي طرف من الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حتى ولو تم الانضمام إليها، ذلك أن اختيار حل المنازعات الاستثمارية، بالأسلوب المنصوص عليه في الاتفاقية، هو اختياري بحت من قبل الأطراف المتنازعة². حيث أسست الاتفاقية، انعقاد الاختصاص على أساس رضائي اختياري، ذلك أن مجرد توقيع وتصديق الدولة على الاتفاقية، لا يعني البتة إلزامها بإخضاع منازعاتها الاستثمارية، التي تنشأ بينها وبين المستثمرين الأجانب الخواص، لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي³.

فكل دولة تتمتع بقدر وافر من الحرية، في أن تقرر رضائها أو رفضها على إخضاع المنازعات الاستثمارية الحالية، أو المستقبلية للمركز الدولي. وذلك على الرغم من توقيعها وتصديقها على الاتفاقية، كما يتمتع المستثمر الأجنبي بنفس القدر من الحرية⁴.

وبالتالي فإن الاتفاقية تمنح للأطراف المتنازعة الحرية الكاملة في إبداء موافقتها من عدمها، وهو ما يعرف بقاعدة الاختصاص الرضائي⁵، وفما يلي سنتعرض إلى كل من وقت صدور الموافقة، وشكل الموافقة، وكذا الآثار المترتبة عنها.

وعلى هذا، لكي يكتمل اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لا يكفي مجرد أن تكون الدولة طرف في العقد عضواً للاتفاقية، وأن يكون المستثمر الأجنبي من رعايا دولة عضو أخرى عضو، إذ يجب تحرير موافقة كتابية من الدولة المتعاقدة ومن المستثمر الأجنبي. ولا يمكن

¹ ابراهيم شحاته، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مج مصر المعاصرة، العددان 417، 418، السنة الثمانون، صادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريعي، القاهرة، مصر، اكتوبر 1979، ص. 297.

² عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 50.

³ ويصا صالح، المرجع السابق، ص. 97.

⁴ بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 198.

⁵ جلال وفاء محمددين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 31.

الاستغناء عن الوفاء بهذين الشرطين، من أجل منح أي سلطة لعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي¹.

الفرع الأول: وقت صدور الموافقة:

إذا كانت الموافقة هي حجر الزاوية لعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإن اتفاقية واشنطن لم تحدد وقتاً لإعلانها، وعلى ذلك فيستوي أن يصدر الرضا بقبول عقد اختصاص المركز، قبل أو بعد نشوء النزاع². إلا أنه وفي جميع الأحوال يجب أن تكون الموافقة، سابقة على تقديم طلب التحكيم أو التوفيق³. والملاحظ أن الاتفاقية لم تحدد وقتاً محدداً للإعراب عن تلك الموافقة، ومن ثمة يجب أن تكون تلك الموافقة قد تمت عند عرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي⁴.

ومن خلال عدم تحديد وقت محدد - قبل أو بعد نشوء النزاع - بإبداء الرضا في قبول اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تكون اتفاقية واشنطن، قد اختلفت عن اشتراطات هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس⁵، التي توصي الأطراف الراغبين في اللجوء إلى هيئتها للتحكيم أن يضمنوا عقودهم ذات الطابع الدولي النص التالي: "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً، وفقاً لنظام التوفيق والتحكيم بغرفة التجارة الدولية، بواسطة محكم أو عدة محكم يتم اختيارهم وفقاً لهذا النظام."⁶

¹ محمد أبو العينين، قواعد اليونيسترال للتحكيم "هل هي البديل الملائم لحسم منازعات الاستثمار الأجنبي"، مع التحكيم العربي، ع 10، الصادرة عن الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، سبتمبر 2007، ص. 15.

² مصطفى خالد مطفي النظامي، المرجع السابق، ص. 162.

³ جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 32.

⁴ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 329.

⁵ تأسست هذه الغرفة سنة 1919، بهدف خدمة قطاع الأعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة والاستثمار، وفتح الأسواق للسلع، والخدمات، والتدفق الحر لرؤوس الأموال، وتم انشاء محكمة تحكيم دولية تابعة للغرفة سنة 1923.

CCI: La Chambre de Commerce International.

ICC :International Chambre of Commerce.

⁶ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 342.

الفرع الثاني: شكل الموافقة:

لم تشترط الاتفاقية، سوى الكتابة كشكل للموافقة، وهذا من خلال تأكيدها عليها في نص الفقرة الأولى من المادة 25 "بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز". ولكن حرصاً منها على الطابع الاختياري لم تغال في الشروط الواجب توافرها في هذا الرضا المتبادل، إذ اكتفت بضرورة أن يكون مكتوباً¹.

ومن خلال اشتراط اتفاقية واشنطن لشرط الكتابة لعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنها بهذا الشرط لم تختلف عن اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالأحكام الأجنبية لسنة 1958²، حيث استلزمت هذه الأخيرة شرط كتابة اتفاق التحكيم، حتى تلتزم الدول أطراف الاتفاقية بالاعتراف به، وترتيب آثاره، وهذا بحسب ما ورد في نص الفقرة الأولى من مادتها الثانية على: "أن تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق الأطراف المكتوب، الذي يلزمهم باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات، التي تنشأ بينهم أو سنتشأ من علاقة قانونية معينة بينهم، سواء كانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بالتحكيم"³. وإن كانت اتفاقية واشنطن تتفق مع اتفاقية نيويورك بشأن شرط الكتابة، فإن اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 تختلف عنهما في هذا الشأن، من حيث كون هذه الأخيرة تجيز الاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب، في شأن المعاملات التي تتم في إطار الدول التي لا تتطلب قوانينها، كتابة اتفاق التحكيم. وذلك وفقاً للفقرة الثانية من مادتها الأولى بنصها: "وفي العلاقات ما بين الدول التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد، تعتبر أية اتفاقية تحكيم معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين".

¹ مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، الجزء الأول، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ط1، دار وائل، الأردن، 2013، ص. 130.

² صادقت الجزائر على اتفاقية هذه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق ل 5 نوفمبر 1988، المتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر ج، ع48، الصادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

³ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 343.

وعليه يفهم من نص المادة المشار إليه أعلاه، أنه إذا لم تكن تشترط القوانين الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية، كتابة اتفاق التحكيم، فإن اتفاق التحكيم في هذه الحالة يعد حكما ملزما، ولو لم يصدر في الشكل المكتوب، كما تقر الأخيرة الاتفاق متى ورد في خطابات أو بقرقيات متبادلة بين الأطراف¹.

وإن عدم اشتراط شكل محدد للموافقة المكتوبة في اتفاقية واشنطن، يفتح المجال أمام الأطراف المتعاقدة في أن تكون صورة الموافقة في شكل شرط تحكيمي في نص اتفاقية الاستثمار، أو في صورة اتفاق يتم ابرامه بعد الاتفاقية الاستثمارية، أو أن تتم وفقا للشروط المعدة سلفا من قبل المركز - الشروط النموذجية- وقد يكون ذلك عبر نص قانون الاستثمار -بالنسبة للدولة- بحيث تلتزم بعرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وعند وجود الموافقة يستبعد عرض النزاع على الجهات الأخرى²، وهذا بحسب نص المادة 26 من الاتفاقية³، التي تنص على ما يلي: "موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم، في نطاق هذه الاتفاقية، يعتبر ما لم ينص على غير ذلك - تخليا عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية...".

أولا: الموافقة الواردة في نص تشريعي للدولة المضيفة للاستثمار:

قد تتخذ صورة التعبير عن الرضا بقبول اختصاص المركز الدولي، لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، شكل سن تشريع داخلي للدولة المضيفة للاستثمار، يتضمن في نصوصه إقرارا بقبول الدولة، اللجوء إلى التحكيم أو التوفيق أمام المركز الدولي، ولا بد من الإشارة إلى أن وجود مثل هذا النص في تشريع الدولة الداخلي، يؤدي إلى جلب الاستثمارات، خصوصا لدى بلدان العالم الثالث، فهذا

¹ بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 199.

² شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، مج الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ع2، ديسمبر 2016، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريس، تيسمسيلت، الجزائر، 2016.

³ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 329.

التشريع يجعل المستثمر الأجنبي يطمئن إلى التزام الدولة باستثمارها، وعدم قيامها فيما بعد بتصرف يؤدي إلى الإضرار بحقوقه¹.

وتعد قضية هضبة الأهرام مثالا صارخا على بيان أهمية إدراج الدول المتعاقدة، لشرط اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في قوانينها الاستثمارية الداخلية، حيث تعود حيثيات هذه القضية إلى النزاع القائم بين SSP V.Egypt، إذ تم الاتفاق في هذه القضية بين حكومة مصر وشركة جنوب الباسفيك المحددة ب S.P.P، بهدف انشاء مجتمعين سياحيين، وتشاركها في ذلك شركة EGOth، بعد موافقة حكومة مصر.

إلا أنه على إثر حصول نزاع حول تفسير العقد، لجأت شركة S.P.P، إلى تحكيم المركز على الرغم من عدم وجود بند في العقد، يشير إلى امكانية إحالة النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي. وذلك بالاستناد إلى قانون الاستثمار رقم 43 لسنة 1974 في مادته الثامنة، التي تؤكد على أنه يتعين تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بهذا القانون، بأسلوب يتفق عليه مع المستثمر أو بموجب الاتفاقيات الدولية النافذة في مصر، أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار التي انضمت إليها مصر، بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971².

بالرغم من أن حكومة مصر اعتبرت أن محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، غير مختصة نظرا، إلى أنه لا يوجد ما يلزم مصر باللجوء إليها، وبامكانية اختيار طريق آخر لحل النزاع وفقا للمادة الثامنة، فإن محكمة التحكيم ردت بأنه لا يوجد اتفاق بين الأطراف على

¹ لما أحمد كوجلان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي (وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص. 54.

² تنص المادة الثامنة من قانون الاستثمار المصري لسنة 1974 على ما يلي: "تم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون، أولا بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، ثانيا في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر، ثالثا في إطار الاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى، التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية، بموجب القانون رقم (90) لسنة 1971 في الأحوال التي تسري فيها، ويجوز الاتفاق على أن تتم تسوية المنازعات بطريق التحكيم، وتشكل لجنة للتحكيم من عضو عن كل من طرفي النزاع، وعضو ثالث مرجح يتفق على اختياره العضوان المذكوران، فإن لم يتفقا على اختياره خلال ثلاثين يوما من تعيين آخرهما، يتم اختيار العضو المرجح بناء على طلب أي من الطرفين، بقرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية، وتضع لجنة التحكيم قواعد الاجراءات الخاصة بها دون التقيد بقانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي، لعل أن تراعي اللجنة سرعة البت في المنازعة، وتصدر قرارات اللجنة باغلبية الأصوات، وتكون نهائية وملزمة للطرفين وقابلة للتنفيذ شأنها في ذلك شأن الأحكام النهائية، وتحدد لجنة التحكيم من يتحمل مصاريف التحكيم."

الوسيلة، التي يمكن من خلالها فض النزاع، وبأنه لا يوجد اتفاقية ثنائية بين مصر ودولة المستثمر، وبالتالي فإن نص المادة الثامنة، يشكل قبولاً صريحاً ومكتوباً من حكومة مصر، بعقد اختصاص محكمة تحكيم المركز الدولي¹.

ثانياً: الموافقة الواردة في الاتفاقية متعددة الأطراف:

يمكن أن يتم التعبير عن الرضا باللجوء إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات القائمة، في المعاهدات الجماعية، وتعد قضية *Metaclad v. Mexico*، مثلاً على امكانية تضمين موافقة الدول الأطراف على انعقاد اختصاص المركز، بالنظر في النزاع القائم بين الدولة طرف في اتفاقية جماعية مثل اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة² ALÉNA، وطرف أجنبي خاص ينتمي إلى دولة أخرى طرف أيضاً في ذات الاتفاقية.

حيث تقدمت مؤسسة *Metaclad*، وهي شخص اعتباري ينتمي بجنسيته إلى الولايات المتحدة الأمريكية، الطرف في اتفاقية ALÉNA، والطرف أيضاً في اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، في 1997/2/2 بطلب عرض النزاع القائم بينه وبين حكومة جمهورية المكسيك، الطرف في اتفاقية ALÉNA، وليست طرفاً في اتفاقية واشنطن، على المركز لأجل الفصل فيه، وقد تم الموافقة على الطلب في 1997/1/13.

وترجع أحداث النزاع إلى قيام الشركة المدعية، بإنشاء منطقة صناعية في مدينة "جودالك زار" في المكسيك، بهدف التخلص من النفايات الخطيرة، وقد تم منح التراخيص والموافقات اللازمة لإقامة المشروع من الهيئات الحكومية المختصة، وتم الانتهاء من المشروع في مارس 1995، إلا أن المظاهرات الشعبية ضد إقامة هذا المشروع داخل المدينة حالت دون افتتاحه.

¹ بلحسان هوارى، المرجع السابق، ص. 201 و202، طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 344 و345 و346 و347، لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 54.

² اتفاقية التبادل الحر لأمريكا الشمالية الموقعة بين الولايات المتحدة الأمريكية، وكندا والمكسيك، سنة 1994 من أجل انشاء منطقة جغرافية شاسعة للتبادل الحر والاندماج الجغرافيين وتحقيق التنمية الاقتصادية فيما بينها.

ALÉNA: L'Accord de libre-échange nord-américain

NAFTA: North American Free Trade Agreement.

وفي نوفمبر عام 1995 توصلت الشركة إلى اتفاق مع السلطات المحلية، في الولاية لوضع الاشتراطات التي تراها هذه السلطات مناسبة، حتى يتسنى للشركة افتتاح المشروع، إلا أنه في ديسمبر عام 1995 أعلنت السلطات المحلية في الولاية، رفضها النهائي لافتتاح المشروع، نتيجة لضغوط الرأي العام. وبالمقابل قامت السلطات المحلية للولاية برفع الأمر إلى القضاء الوطني في جمهورية المكسيك، وحصلت على حكم قضائي لصالحها، بعدم البدء في مزاولة المشروع لأعماله في ماي 1999، مما أدى إلى لجوء الشركة الطرف في النزاع، إلى رفع الأمر إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للفصل فيه. وقد أقرت محكمة التحكيم بالمركز، في حكمها الصادر 2000/7/30، أن الاجراءات التي اتخذتها حكومة المكسيك، ممثلة في سلطتها المحلية تنطوي على انتهاك لحقوق الشركة المدعية، مما عرض استثمارات هذه الشركة للخسائر الجسيمة، وانتهاك للحد الأدنى لحقوق الأجانب، المقررة وفقاً لقواعد القانون الدولي، كما أن هذه الاجراءات تعد مناقضة تماماً لأحكام المادة 105 من اتفاقية ALÉNA، والتي تتطلب ضرورة تحقق العدالة والمساواة، في التعامل مع مواطني الدول أطراف هذه الاتفاقية.

ويعتبر الحكم الصادر في هذه القضية من أول الأحكام التي أشارت، إلى انتهاك مبدأ العدالة والانصاف والمساواة، في التعامل مع مستثمري الدول الأطراف في الاتفاقية الدولية، حيث رأت المحكمة أن الاجراءات التي قامت بها السلطات المحلية المكسيكية، تعد إجراءات تعسفية كان الغرض منها تجريد المستثمر الأجنبي، من أدنى الحقوق التي يتمتع بها وفق لقواعد الحماية الدولية. وبالتالي رأت المحكمة ضرورة قيام حكومة المكسيك، بتعويض الشركة المدعية عما لحق بها من أضرار وخسائر، نتيجة لتلك الاجراءات التعسفية، التي قامت بها الأولى في حق الأخيرة¹.

ثالثاً: الموافقة الواردة في المعاهدة الثنائية:

كما قد تعبر الدول عن رضاها بقبول اختصاص المركز الدولي، لتسوية منازعاتها الاستثمارية، بموجب المعاهدات الثنائية المشجعة لحماية الاستثمارات الأجنبية، وفي هذه المعاهدات قد تتعهد

¹ (منقولة عن طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 348 و349).

إحدى الدولتين المتعاقدين بقبول اختصاص المركز، في حال نشوب نزاع في المستقبل بين إحدى الدولتين ومستثمري الدولة الأخرى، وعليه نشير أنه في هذه الحالة قد يتم الاتفاق على عقد الاختصاص، للمركز في صلب الاتفاقية الثنائية، كما يستوي أن يتم الاتفاق عليه في اتفاق لاحق للاتفاقية الثنائية، يعني بعد نشوء النزاع بين الطرفين.

ويعتبر الحكم الصادر في النزاع بين شركة المنتجات الزراعية المحدودة AAPL، وجمهورية سيريلانكا أول حكم يؤسس اختصاص هيئة التحكيم استناداً إلى وجود نص في اتفاقية استثمارية، يحيل إلى تحكيم المركز الدولي لمنازعات الاستثمار¹.

تتلخص وقائع هذه القضية في اتفاق الشركة ذات المسؤولية المحدودة آسيا للمنتجات الزراعية، والمسجلة في هونغ كونغ، مع شركة سيريلانكية على انشاء مشروع شبه زراعي ممثل في تربية الجمبري، وقد تعرض المركز للحريق في 27 جانفي 1987، إثر عمليات عسكرية قامت بها القوات السيريلانكية، ضد المتمردين الذي اتخذوا من المركز مأوى لهم.

حيث تقدمت الشركة بطلب إلى المركز الدولي، من أجل تحميل السلطات السيريلانكية مسؤولية الأضرار بدفع قيمة 8.067.368 دولار أمريكي، نتيجة هذه العمليات. وأسست الشركة طلبها على أساس الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة في 13 فيفري 1980، بين المملكة المتحدة وسيريلانكا، والتي تضمنت تنظيم خاص بحماية الاستثمارات المنجزة من طرف رعايا إحدى الدولتين، على إقليم الدولة الأخرى المتعاقدة، والتي تنص في فقرتها الأولى من المادة 8 منها على ما يلي: "على كل دولة متعاقدة الموافقة على إحالة أي نزاع قانوني، ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعايا أو شركة تابعة لطرف المتعاقد الآخر، بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأول إلى التحكيم وفقاً لقواعد المركز".

إلا أن السلطات السيريلانكية عارضت طلب تحميلها المسؤولية، ودفعت بعدم تأسيس الطلب بحجة أن تدمير المنشآت، قد تم في ظروف تستبعد مسؤولية الدولة، وانتهت هيئة التحكيم إلى

¹ (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 470).

قبول اختصاصها بنظر النزاع، وقد تشكلت المحكمة من الفرنسي Berthold Goldman، المعين من قبل الشركة AAPL، والغيني Samuel Astante المعين من قبل جمهورية سيريلانكا، وأحمد الخسري من جنسية مصرية رئيسا معينا من قبل رئيس المجلس الإداري للمركز الدولي. واعتبر المحكمون أنفسهم مختصين، على الرغم من عدم إبرام أي اتفاق تحكيمى بين المستثمر ودولة سيريلانكا، وأسسوا حكمهم على اتفاقية الاستثمار الثنائية، التي تضمنت موافقة الدولتين على اللجوء إلى التحكيم، وفقا لقواعد المركز الدولي، وهو ما يمثل إيجابا من قبل الدولة بالموافقة على تحكيم المركز، التقى بقبول المستثمر الأجنبي لهذا الإيجاب بتقديمه لطلب التحكيم، مما يتكون معه الرضا المطلوب لانعقاد اختصاص المركز الدولي¹.

وفي الأخير خلصت المحكمة التحكيمية إلى أن الاجراءات المتعلقة بالتحكيم، المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار المبرمة، بين سيريلانكا والمملكة المتحدة، لا تخلص إلى تعهد بسيط من الدولة بإبرام اتفاق تحكيمى في العقود المبرمة بين مستثمري الطرف الثاني، لكنها تتضمن قبولاً مباشراً وكافياً لاختصاص المركز في حالة النزاع. فالبند المحتوى في اتفاقية الاستثمار يكيف، على أنه إيجاب عام ودائم للتحكيم من قبل الدولة، وتكتمل الموافقة بمجرد صدور القبول، من قبل المستثمر بإخطار المركز².

ونشير إلى أن مثل هذا التعهد الوارد في الاتفاقيات الثنائية، لا يعد ملزماً للدولة إلا عندما يعلن المستثمر عن قبوله، باللجوء إلى تحكيم المركز، وإخطار المركز بذلك، وإذا لم يعلن المستثمر عن قبوله، فلا يتوفر الرضا، ويرى البعض أن مثل هذا الوضع يشير إلى أن تعهد الدولة المضيفة للاستثمار، بقبول اختصاص المركز هو تعهد لمصلحة الغير معلق، تحوله إلى رضا بقبول المستثمر³.

¹ اسماعيل سليم، أخبار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مج التحكيم العربي، ع 9، الصادرة عن الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، أغسطس 2006، ص. 276.

²) Latty Frank, Arbitrage Transnational et droit international général, annuaire français de droit international, 2008, p565.

³ لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص، 53.

وعليه نشير إلى الجزائر قد وقعت العديد من الاتفاقيات الثنائية، لحماية وتشجيع الاستثمار، التي نصت في صلبها على عقد اختصاص المركز الدولي، نذكر منها الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية وجمهورية النمسا¹، حيث أشارت المادة 10 من الاتفاقية الثنائية إلى عقد الاختصاص للمركز الدولي بنصها: "... إما على التحكيم الدولي:

1- المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات (المركز) مع المنشأ بموجب

الاتفاقية لحل النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى،

المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس 1965 اتفاقية CIRDI.

2 هيئة تحكيم خاصة تؤسس طبقا لشروط قواعد التحكيم للأمم المتحدة، لقانون التجارة الدولي

.CNUDCI

3 الغرفة التجارية الدولية CCI...."

وكذا الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية وجمهورية صربيا²، في نص مادتها التاسعة، وهو نفس الأمر المشار إليه في الاتفاقية السابقة.

وتنقسم المعاهدات الثنائية التي تشير إلى الرضاء باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنب، إلى ثلاثة طوائف:

فمن ناحية أولى، توجد طائفة من المعاهدات الثنائية، التي تتضمن تعهدا من جانب أي من الدولتين، باختصاص المركز على منازعات الاستثمار، التي تنشأ في المستقبل بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة للاستثمار.

ويتوفر الرضا باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، في هذه الحالة كما سبق تبيانه، بإعلان المستثمر قبوله هذا الاختصاص، ويجوز أن يصدر قبول المستثمر في أي وقت، وحتى

¹ الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية النمسا بشأن الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بفيينا، في 17 يونيو 2003، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327 المؤرخ في 10 أكتوبر 2004، ج ر ج ج، ع 66، الصادرة بتاريخ 13 أكتوبر 2004.

² الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية صربيا بشأن الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر، في 13 فبراير 2012، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334 المؤرخ في 30 سبتمبر 2013، ج ر ج ج، ع 49، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2013.

لحظة تقديم طلب التسوية للمركز، بل إن المستثمر الأجنبي قد يضع إعلانه قبول الاختصاص، في ذات طلب التسوية الذي يقدم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إلا أنه لا يصبح تعهد الدولة بالتقديم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ملزماً لها، وغير قابل للسحب إلا بعد إفصاح المستثمر عن قبوله الاختصاص، وإخطار المركز بذلك.

فإذا لم يعلن المستثمر قبوله اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فلا يتوفر شرط الرضا، ذلك أن تعهد الدولة المضيفة للاستثمار بموجب المعاهدة الثنائية، بقبول اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، هو اشتراط لمصلحة المستثمر الأجنبي وهو اشتراط معلق، حتى يتم إعلان قبول المستثمر له¹.

أما الطائفة الثانية من معاهدات الاستثمار الثنائية، فتقتضي بأن الدولة المضيفة للاستثمار، لا تلتزم بانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، على منازعات الاستثمار إلا عندما يطلب منها المستثمر ذلك، بناء على طلبه، ويكون ذلك بأحد الأسلوبين، إما أن تقوم الدولة المضيفة للاستثمار ببناء على طلب المستثمر يتضمن اتفاق الاستثمار، شرط يقضي بتقديم منازعات الاستثمار إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أو أن تلتزم المعاهدة الثنائية الدولة المضيفة للاستثمار، بعرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إذا ما طلب المستثمر ذلك، وهنا لا يشترط أن يظهر قبول الدولة، باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، في اتفاق الاستثمار نفسه².

وأما الطائفة الثالثة من المعاهدات الثنائية، فهي التي تنص على جواز تقديم منازعات الاستثمار، إلى الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بناء على طلب لاحق بين الأطراف، إلا أن مثل هذه المعاهدات الثنائية، لا تمثل ذاتها قبولاً باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من جانب الدولة المضيفة للاستثمار.

¹ (جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، "القواعد - الإجراءات - الاتجاهات الحديثة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 40.

² (بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 206.

الفرع الثالث: آثار الموافقة باللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

لقد جعلت الفقرة الأولى من المادة 25 من اتفاقية واشنطن، الرضا بانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بمجرد صدوره باتا ونهائيا، ولا يجوز العدول عنه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين.

كما يؤدي أيضا إلى منع الأطراف من تقديم منازعاتهم أمام أي جهة أخرى، إذ ينفرد المركز بتسوية النزاع، وتستبعد أي وسيلة أخرى، سواء كانت محلية (قضائية أو إدارية)، أو دولية، كما تحرم الدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها من ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية، أو تقديم أي مطالبة دولية للدفاع عن أحد رعاياها¹.

أولا: قطعية الرضا بعقد اختصاص المركز الدولي:

تقضي اتفاقية واشنطن، أنه متى عبر الأطراف عن موافقتهم باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنه لا يمكن لأي من الطرفين التراجع عن التقديم للتحكيم في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حتى ولو كان أحد الأطراف قد أدلى بانسحابه من الاتفاقية، بحيث لا يؤثر هذا الأخير في صحة ثبوت الرضا بعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ولا حتى انسحاب الدولة، التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي بجنسيته².

كما تم التأكيد على قطعية الرضا في ديباجة الاتفاقية بنصها: ... يكون اتفاقا ملزما يستوجب بصفة خاصة أن توضع أي توصيات للتوفيق موضع الاعتبار، وأن تحترم وتنفذ أحكام المحكمين." بالإضافة إلى تقرير المديرين التنفيذيين الذي يشير إلى أن الرضا باللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يجب أن يكون كتابة، وعند صدوره لا يجوز سحبه بالإرادة المنفردة³.

(1) مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 142.

(2) عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 183.

(3) مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 142.

وإضافة إلى ما سبق، فأيضاً وتأكيداً على قطعية التعبير، عن الرضا باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وعدم رجعيته، يمكن أن يستدل أيضاً بما قضت به المادة 45 في فقرتها الثانية، بأن تخلف أي طرف من الأطراف، وفي أي مرحلة تكون عليها الإجراءات، لا يؤدي إلى وقفها، وإنما على المحكمين السير في الإجراءات في غيبته بناء على طلب الطرف الآخر¹.

وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى قضية Alcoa، حيث حصل اتفاق استثمار جمع بين كل من الشركة الأمريكية Alcoa وحكومة جاميكا، وبموجبه وافقت الشركة على إنشاء مصنع، ينتج الألمنيوم في جاميكا، مقابل منح هذه الشركة امتياز لتعدين البوكسيت، وقد تضمن الاتفاق شرط تحكيم يخضع المنازعات بينهما للمركز الدولي، إلا أن حكومة جاميكا قامت بعد ذلك بإصدار قانون داخلي يلغي جميع الامتيازات، في مجال تعدين البوكسيت. وأخطرت السكرتير العام للمركز الدولي، بأنها تستثني جميع المنازعات المتعلقة بهذا المجال من اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

فتقدمت الشركة الأمريكية بطلب تحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فدفعت حكومة جاميكا بعدم اختصاص المركز، فقررت هيئة التحكيم أن الدولة المتعاقدة، لا يجوز لها بإرادتها المنفردة أن تسحب أو تلغي رضاها بشأن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إذا كان قد تم النص على شرط التحكيم في اتفاق الاستثمار نفسه².

وتجدر الإشارة إلى أن الموافقة التي لا يجوز الرجوع عنها هي الموافقة الصادرة عن الطرفين³، أي كليهما ارتضيا عقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ويترتب على خلاف ذلك انهيار الثقة والأمان القانوني، اللذان يشكلان حجر الزاوية لأية علاقة قانونية.

أما في حالة موافقة أحد الأطراف، في الوقت الذي لم تصدر فيه موافقة من جانب الطرف الثاني، فإن لهذا الطرف حق الرجوع عن هذه الموافقة، والتي لا يترتب عليها دخول النزاع في اختصاص المركز

¹ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 162.

² قضية مشار إليها في جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 37.

³ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 163.

الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، طالما لم تصدر موافقة من جانب الطرف الآخر، ومن البديهي جواز الرجوع عن الموافقة، حتى ولو كانت صادرة من الطرفين، إذا تم ذلك باتفاقهما¹. بمعنى آخر أنه إذا تم الاعلان عن رضاء أحد الطرفين بقبوله اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أملا أن يبارد الطرف الثاني باعلان إرادته بقبول اختصاص المركز هو الآخر، فإن الطرف الأول يجوز له بعد ابداء إرادته وانتظارا اعلان الطرف الثاني، أن يسحب تعبيره أو رضاه السابق، طالما أن الطرف الثاني لم يكن قد أخطر بعد المركز بقبوله الاختصاص. فالرضا البات باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، هو ذلك الذي يصدر عن الطرفين معا، وليس الصادر من طرف واحد فقط.

ثانيا: استبعاد سبل حل النزاع الأخرى:

تنص المادة 26 من اتفاقية واشنطن على ما يلي: " موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر - ما لم ينص على غير ذلك - تخليا عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية، ويجوز للدولة المتعاقدة أن تشترط لموافقتها على طرح النزاع على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية، استنفاد طرق التسوية الداخلية سواء الادارية أو القضائية. "

وبالتالي فإن نص المادة المشار إليه أعلاه قد وضع قرينة قاطعة، على أن موافقة الطرفين على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تعني اتفاقهم على استبعاد أي وسيلة أخرى لتسوية النزاع، باستثناء حالة الاتفاق المبرم على استنفاد طرق الطعن الداخلية للدولة المضيفة، قبل إحالة النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي².

وهذا بهدف تجنب اتخاذ قرارات متناقضة، والحفاظ على مبدأ عدم المحاكمة مرتين على الفعل نفسه. وهذا ما أكده تقرير المديرين التنفيذيين: "ويمكن افتراض أنه عندما توافق الدولة والمستثمر على اللجوء إلى التحكيم، مع عدم الاحتفاظ بحق باللجوء إلى وسيلة حل أخرى، أو اشتراط

¹ جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 38.

² أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 125.

الاستنفاد السابق لسبل حل النزاع المحلية، فنية الأطراف باللجوء إلى التحكيم، هو استبعاد لأي حل آخر. فهذا التفسير يتجسد في العبارة الأولى من المادة 26.¹

وهذا ما أكدته وزارة العدل الأمريكية في المذكرة التي قدمتها إلى محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية بقولها: "أنه لمنع المحاكم الأمريكية من الاحتفاظ باختصاصها في قضايا تدخل ضمن اختصاص المركز الدولي، ومن أجل احترامها لاختصاص المركز، تعترف الولايات المتحدة أن قاعدة الامتناع القضائي يجب أن تطبق أمام محاكمها."

وعلى ذلك، فإذا ما دخل النزاع في اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنه يتمتع على أي جهة أخرى النظر فيه، إذ تبقى إجراءات المركز في كل الدول الأطراف، بمنأى عن أي تدخل قضائي أو رقابة قضائية.²

وفي الأخير نشير إلى أن تعبير الأطراف عن رضا باللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يفقدها حقها في السعي لتسوية النزاع في أي محفل آخر، سواء كان محليا أو دوليا، وبالتالي يفترض عدم التدخل من قبل أي محفل آخر في إجراءات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إذا كانت هذه الأخيرة قد تمت مباشرتها كقاعدة عامة، إلا في حالتين:

1: الاتفاق بين الطرفين على تسوية النزاع بطريقة أخرى.

2: اشتراط الدولة المضيفة استنفاد طرق الطعن الداخلية فيها.³

ثالثا: استبعاد دعوى الحماية الدبلوماسية:

تنص الفقرة الأولى من المادة 27 على ما يلي: " لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية، أو ترفع قضية دولية في خصوص أي نزاع، متى اتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدولة

(1) مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 154.

(2) مطفي خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 164.

(3) عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 195.

الأخرى 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.¹

وبالتالي يفهم من نص المادة أن اتفاقية واشنطن تتمتع على الدول الأطراف في الاتفاقية، منح الحماية الدبلوماسية لرعاياها، أو تقديمها لمطالبة دولية، بخصوص النزاع الذي تم الاتفاق بين رعاياها ودولة أخرى متعاقدة، على تسويته بواسطة التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فهذا الضمان يشكل حافزا قويا للدولة المضيفة للجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي¹.

على أنه يستثنى من القاعدة السابقة حول منع منح الحماية الدبلوماسية لرعايا الدول المتعاقدة، حالة امتناع الدولة الطرف في النزاع، عن الالتزام بالحكم الصادر ضدها.

ويعد حرمان الدولة العضو من ممارسة حمايتها الدبلوماسية لمواطنيها، هو المقابل الطبيعي لفتح الباب أمام المستثمرين الأفراد لمثل هذه الوسيلة التحكيمية الدولية، وعلى خلاف الأصل المقرر في القانون الدولي التقليدي، والذي لا يسمح للأفراد بالالتجاء إلى القضاء الدولي بصفتهم هذه².

وإذا كانت موافقة الطرفين ضرورية لكي ينعقد الاختصاص للمركز، بنظر النزاع، إلا أنها غير كافية بذاتها، لكي يدخل النزاع في اختصاصه، وإنما يلزم توافر شروط أخرى لذلك.

المطلب الثاني: الاختصاص الموضوعي والشخصي لعقد اختصاص المركز الدولي:

لا يكفي لكي يدخل النزاع في اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أن يكون الطرفين قد وافقا على عقد الاختصاص للمركز الدولي كتابة، بل لابد أن تكون المنازعة قانونية وناشئة عن أحد الاستثمارات بين الدولة المتعاقدة، وبين أحد مواطني دولة متعاقدة أخرى.

¹ (مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 158.

² (مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 165.

الفرع الأول: الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

لا يتحدد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فقط بتراضي الأطراف المتنازعة، على عقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بل علاوة على هذا، يجب توافر الشروط المتعلقة بطبيعة النزاع، إضافة إلى صفة الأطراف. وفي هذا الصدد، جاء في تقرير الإداريين التابعين للبنك العالمي حول الاتفاقية أنه:

"Si le consentement des deux parties est une condition essentielle à la compétence du centre, ce consentement ne suffit pas à lui seul pour qu'un différend tombe sous la compétence du centre.

Conformément au but de la convention, la compétence du centre est en outre limitée par la nature du différend et le caractère des parties intéressées"¹

وبمراجعة نصوص الاتفاقية نجد أنها تشترط لعقد الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي، أن تكون المنازعة المعروضة عليه منازعة قانونية (أولاً)، بالإضافة إلى أن تكون ناشئة عن عملية استثمارية (ثانياً).

أولاً: أن تكون المنازعة قانونية:

تتطلب الاتفاقية لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أن يكون النزاع المعروض على المركز، نزاعاً قانونياً ناشئاً مباشرة عن استثمار، وهو ما يترتب عليها استبعاد المنازعات الناشئة، عن اختلاف مصالح الدول الأطراف من اختصاص المركز (المنازعات السياسية)².

¹ Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, doc / CIRDI (Disponible sur le site internet du centre). 2017-10-25 اطلع عليه بتاريخ 2017-10-25

Voir. aussi par rapport à cette condition : GAILLARD Emmanuel: CIRDI, Chronique des sentences arbitrales, JDI N° 1, 1997, P. 168.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 364.

ذلك أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لا ينظر إلا في المنازعات القانونية، ذلك الذي يدل على استبعاد المنازعات ذات الطبيعة السياسية أو التجارية البحتة، من نطاق اختصاص المركز¹.

فالمنازعة التي تدخل في مجال اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، هي المتصلة أو المتعلقة بحق، أو التزام قانوني، بمعنى كل ما يتعلق بحقوق والتزامات الطرفين، كما هو متفق عليه في عقد الاستثمار على ضوء القوانين واللوائح ذات الصلة بالعقد، أو الاتفاقية الاستثمارية². وذلك عندما تتعلق النزاع بتطبيق بنود اتفاق الاستثمار بين أطرافه أو تفسيره أو الاعتداء على حق ما، تقرره اتفاقية استثمار ثنائية، بين الدول المضييفة للاستثمار ودولة المستثمر³.

وإنه باشتراط اتفاقية واشنطن لعقد اختصاص المركز فقط، للنظر في المنازعات القانونية، تكون بذلك قد وافقت ميثاق الأمم المتحدة في نص الفقرة الثالثة من المادة 36 التي تقضي بما يلي: "على مجلس الأمن وهو يقدم توصياته وفقا لهذه المادة، أن يراعي أيضا أن المنازعات القانونية، يجب على أطراف النزاع -بصفة عامة- أن يعرضوها على محكمة العدل الدولية، وفقا لأحكام النظام الأساسي لهذه المحكمة."

وكذلك توافق باشتراطها وحصر نطاقها في المنازعات القانونية فقط، النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، في نص المادة الثانية من المادة 36، التي تنص على ما يلي: "للدول التي أطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرح، في أي وقت، بأنها بذات تصريحها هذا وبدون حاجة إلى اتفاق خاص، تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام نفسه..."

¹) Reuter Paul, Réflexion sur la compétence de centre créée par la convention pour le Règlement des différends entre Etat et ressortissants d'autre états « investissement étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées », Pedon, Paris, 1969,p.16.

² عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 204.

³ جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضييفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 44.

غير أن الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لم تبين المقصود من عبارة الطبيعة القانونية للنزاع، لتمييزه عن النزاع السياسي والتجاري وغيره، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمادة 25 من الاتفاقية.

حيث أشارت المسودة الأولية إلى استخدام مصطلح نزاع ذو طبيعة قانونية، لكن برأي واضعي الاتفاقية، أن هذا المصطلح يتعلق بخلاف مرتبط بحق، أو التزام قانوني، أو يتعلق بواقعة يبنى عليها تحديد تقرير حق، أو التزام قانوني¹، غير أن المسودة النهائية تضمنت هذا المصطلح، دون إيراد أي تعريف له².

وبالتالي فإن القول بوجود نزاع قانوني، يجب أن يعنى به أن هذا النزاع يجب أن يكون قابلاً للتسوية، عبر تطبيق قواعد القانون الدولي، وبالتالي يستثنى أي نزاع لا يقبل هذه التسوية، عن اصطلاح النزاع القانوني، وبهذا لا يشمل هذا الاصطلاح، النزاعات السياسية، والنزاعات التي لا يوجد بشأنها قاعدة قانونية دولية تطبق³.

إلا أن الأمر الذي يشد الانتباه بخصوص التفرقة بين النزاع القانوني والنزاع السياسي، ليس بالسهولة البسيطة، ذلك أنه مكن الصعوبة في معايير التمييز بين المنازعتين القانونية والسياسية، حيث أن مثل هذه المنازعات تمتزج العناصر القانونية فيها بالعناصر السياسية⁴.

وقد تم التعبير في مؤتمر لاهاي لعامي 1899 و1907، أن التمييز بينهما يمكن أن يتم عبر وضع تعداد للنزاعات التي تدخل في اصطلاح النزاع القانوني، أو عبر وضع معيار عام يمكن على أساسه التمييز بينهما، وإن كانت هذه الأخير تتعلق بالتحكيم الدولي العام، وليس التحكيم في مجال منازعات الاستثمارات الأجنبية، إلا أنه يمكن الاستدلال بها في مجال تحديد النزاع القانوني.

¹ مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 248، 249.

² حاول المديين التنفيذيون أن يزيلوا الغموض الذي يعتري مصطلح النزاع القانوني في تقريرهم بالقول: ... إن عبارة نزاع قانوني قد استخدمت للتوضيح بأن النزاع حول الحقوق يدخل في اختصاص المركز، في حين أن مجرد تعارض المصالح لا يختص به المركز. فالنزاع يجب أن يتعلق بوجود نزاع، أو نطاق حق، أو التزام قانوني أو حول طبيعة، أو مدى التعويض نتيجة انتهاك التزام قانوني.

³ لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 63.

⁴ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 167.

حيث وضعت اتفاقية لاهاي لعامي 1899 و 1907، تعدادا جاء في مقدمته أن المسائل ذات الطبيعة القانونية، هي تلك التي تتعلق بتفسير أو تطبيق الاتفاقيات الدولية، إلا أنه في الاجتماعات الدولية اللاحقة، والتي وضع بموجبها اتفاقيات دولية جديدة، تم التوافق على أن المسائل الداخلة في اصطلاح نزاع قانوني تشمل، أولا الخلافات المتعلقة بتفسير معاهدة، ثم مسائل القانون الدولي، ويأتي بعدها أي واقعة تشكل خرقا للالتزام دولي، وأخيرا مدى وطبيعة التعويض المترتب على هذه المخالفة¹. ومن أمثلة المنازعات القانونية التي تدخل ضمن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تلك المنازعات التي تتعلق إما بعدم تنفيذ العقد، أو انتهاك شروط التثبيت الواردة فيه، أو الخلاف على تفسيره، وغير ذلك فقد تقع المنازعات المتعلقة بتنازع المصالح بين أطراف العقد، -مثل تلك التي تتعلق في الرغبة في إعادة التفاوض حول العقد بمجمله أو بنود معينة منه- خارج نطاق الاتفاقية، كما لا تطبق الاتفاقية على المنازعات المتعلقة بأمور محاسبية².

كما أن غالبية معظم القضايا التي عرضت على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لأجل التحكيم فيها، كانت تتعلق بمنازعات قانونية -تنفيذ عقود الاستثمار وتفسيرها- ولم تكن متعلقة بالمعاملات المالية المصرفية، والقليل منها قد أثير بسبب الفسخ الانفرادي لعقود الاستثمار، إما بتأميم أصول المستثمر، أو حرمانه من التسهيلات ورخص الاستثمار³.

ثانيا: أن تكون المنازعة ناشئة عن الاستثمار:

يتضح من تسمية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الذي أنشأه البنك الدولي للانشاء والتعمير، أن المركز قد حصر تخصصه بالمنازعات المتعلقة بالاستثمار فقط⁴. وأن الاستثمار هو العامل المحرك لنظامي التحكيم والتوفيق فيه، فاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي،

(1) لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 64.

(2) إبراهيم شحاته، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية الخاصة، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع 41، 1985، ص. 9.

(3) فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة مع التطبيق على الجمهورية اليمنية)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي العام، جامعة أسيوط، مصر، 2007، ص. 449.

(4) لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 67.

تهدف أولاً وأخيراً إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية خاصة، من خلال العمل على تسوية المنازعات، التي تنشأ بين الدولة المضيفة، والمستثمرين الأجانب¹.

وهذا ما أشارت إليه ديباجة الاتفاقية، حيث قررت أن الهدف من وضعها، هو مواجهة وتسوية الخلافات التي تنشأ في أي وقت حول موضوع الاستثمار، وهذا كما أقرته أيضاً المادة الأولى في فقرتها الثانية من الاتفاقية بنصها "وعرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم، من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية، ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية، طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية".

ومن الواضح أن هذه الإشارات لم تدل دلالة واضحة، على ضرورة أن تكون العلاقة بين النزاع أو الاستثمار، علاقة مباشرة أو غير مباشرة، كما أشارت إليه المادة 25 في فقرتها الأولى من الاتفاقية، بضرورة اتصال النزاع بأحد الاستثمارات اتصالاً مباشراً². كما أن عدم وضع تعريف محدد في الاتفاقية لمصطلح الاستثمار، يثير نوع من التناقض حول صلاحية موسعة، ومطلقة للمركز في نظر جميع المنازعات المتعلقة بالاستثمار، والتي قد تنطوي تحت عنوان الاستثمار، وبين مرونة تطبيق الاتفاقية في تحديد الحالات التي تعتبر حقيقة داخلية في نطاق الاستثمارات، ويمكن للمركز أن ينظر في نزاعاتها، استناداً على قبول طرفي النزاع بعرضه على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي³.

وعليه نشير إلى أن اتفاقية واشنطن قد اشترطت، في البداية لكي ينعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات للنظر في المنازعة المعروضة عليه، أن يكون النزاع قانونياً ناشئاً مباشرة عن استثمار، إلا أنه قد تم تعديل هذا الشرط في ديسمبر 1978، ليشمل النظر في المنازعات التي لا تنشأ مباشرة عن

¹ (مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 260).

² وبالعودة للأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن، نجد أن المجتمعين حاولوا وضع تعريف للاستثمار وفقاً لهذه الاتفاقية، إلا أن الصياغة النهائية لهذه الاتفاقية لم تضع أي تعريف للاستثمار.

ويعود السبب الرئيسي في عدم إدراج تعريفاً واضحاً لمصطلح الاستثمار، في اتفاقية واشنطن، كون أن اختصاص المركز ذو طابع اختياري، بحيث تركت الاتفاقية للأطراف في اتفاق الاستثمار، سلطة تقديرية واسعة، في تقرير ما إذا كانت معاملة ما، أو صفقة ما، تعد عملية استثمارية أو لا.

³) Alan Redfern and Martin Hunter, Law and practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed, London- Sweet and Maxwell, 1991, p. 59.

استثمار بين الدول أطراف الاتفاقية، ومواطني الدول الأخرى الأطراف أيضا، وذلك بهدف توسيع دائرة اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وحتى يتسنى للمركز كهيئة تابعة للبنك الدولي، معاونة البنك الدولي في تحقيق أهدافه التنموية¹.

ولقد كان تحديد معنى عبارة "نزاع ناشئ عن استثمار" محلا للحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، في قضية² Amco.V.Indonesia، ويتعلق النزاع في هذه القضية باتفاق استثمار مبرم بين الحكومة الأندونيسية والشركة الأمريكية Amco، والذي وافقت بموجبه الشركة الأمريكية، على تشييد وإدارة فندق في العاصمة الأندونيسية جاكرتا. وبعد افتتاح الفندق للجمهور، ثارت المنازعات بين الشركة الأمريكية، وبين بعض جمعيات الإسكان التعاوني التابعة للجيش الأندونيسي، والتي كانت الشركة الأمريكية، قد استأجرت منها الأرض المقام عليها الفندق.

وخلال هذه المنازعات، قام أفراد من الجمعيات التعاونية للإسكان، التابعة للجيش وبمساعدة من الجيش نفسه، ومن قوات الشرطة بإخلاء الفندق، من موظفي الشركة ومن العاملين فيه. وبعدئذ قامت الحكومة الأندونيسية بإلغاء الترخيص السابق منحه، للشركة الأمريكية لإقامة الفندق، وعند تقديم النزاع لمحكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، قررت المحكمة بأن حكومة أندونيسيا قد خرقت بتدخلاتها اتفاق الاستثمار، وألزمته بتعويض الشركة الأمريكية.

أقامت أندونيسيا اجراءات لإبطال حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث تمسكت أن المحكمة قد تجاوزت سلطاتها عندما نظرت في أفعال كل من الجيش والبوليس الأندونيسي، والمتمثلة في التدخل بالاستيلاء على الفندق، إذ أن هذا التدخل وإن كان من الجائز أن يثير مسؤولية الحكومة الأندونيسية، إلا أنه لا يرد في إطار منازعات الاستثمار.

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 371.

² باسود عبد الملك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015، ص. 267.

ولقد رفضت اللجنة المؤقتة Ad hoc Committee، المقدم إليها طلب الإبطال هذه الحجة، وقررت أن تدخل الجيش والبوليس الأندونيسي، ضد الشركة الأمريكية يشكل جزءاً لا يتجزأ من النزاع المرتبط باتفاق الاستثمار.

وعليه ترجع أهمية هذه القضية في الإشارة إلى أن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لا يقتصر فقط على المنازعات المرتبطة مباشرة بالاستثمار، وإنما يمتد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ليشمل أية منازعات من شأنها التأثير أو النيل من الاستثمار، طالما أن تلك المنازعات تتعارض، مع بنود اتفاق الاستثمار وأسلوب تنفيذه والجو العام المحيط به¹.

وبالتالي من شأن ترك السلطة التقديرية، للأطراف المتعاقدة في تحديد أعمالها الاستثمارية، التي يعقد فيها الاختصاص للمركز الدولي، هو أمر من شأنه أن يشكل خطورة على مصالح الدول النامية، إذ أن المستثمرين من الدول المتقدمة، عادة ما تكون لهم اليد العليا في مفاوضات عقود الاستثمار مع الدول النامية، فيحرصون على تعريف موضوع الاتفاق، وإضفاء وصف الاستثمار عليه، لأجل استيفاء شروط اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حتى تتوفر لهم تسوية منازعات الاستثمار، بعيداً عن القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار².

كما يمكن أيضاً الإشارة إلى النزاع القائم بين الشركتان الايطاليتان⁴ L.E.S.I³-DIPENTA، ضد الحكومة الجزائرية⁵، حيث بدأت القضية بتاريخ 14 سبتمبر 1992، بإعلان وزارة التجهيز التابعة للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الممثلة في الوكالة الوطنية للسدود ANB، عن مناقصة دولية لتشييد سد "كدية أسردون" بولاية البويرة، من أجل تزويد مدينة الجزائر العاصمة بالماء الشروب.

¹ (جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 48.

² (المرجع نفسه، ص. 45.

³) L.E.S.I: L'avorie dili stradali Industrialiali.

⁴) DIPENTA: Groupe Dipenta Construziuno.

⁵) قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 52.

لترسو المناقصة على الشركتان الإيطاليتان بتاريخ 20 ديسمبر 1993، وتم إمضاء العقد وتحديد مهلة تنفيذه ب 50 شهرا ابتداء من تاريخ مباشرة الأعمال. لتقوم الشركتان الايطاليتان بقصد تسهيل تنفيذ المشروع بتأسيس كونسورسيوم ذات نشاط خارجي بإيطاليا، في نفس التاريخ تحت إسم:

(Consorzio groupement LESI – Dipenta)

بعد الشروع في تنفيذ المشروع وإلى غاية سنة 1997، تم إنجاز عدد محدود من الأشغال بحيث عرف المشروع عدة صعوبات واضطرابات، متعلقة أساسا بطريقة استخراج الأوحال، وكذا الظروف الأمنية المتدهورة التي عرفتها المنطقة.

وبتاريخ 28 أكتوبر 1997 أبلغت الوكالة ANB المتعاقد معها التوقف عن بناء السد، الأمر الذي يتطلب مصادقة البنك الإفريقي للتنمية BAD، باعتباره ممولا للمشروع.

إثر ذلك تقدمت الشركتان الإيطاليتان بعرض للوكالة الوطنية، يتعلق بالجانب التقني الاقتصادي، بغية تنفيذ المشروع وفقا للطريقة الجديدة. إلا أنه بتاريخ 14 أبريل 2001 قامت الوكالة الوطنية للسدود بتبليغ الشركتان الايطاليتان بقرار فسخ الصفقة، نظرا لاشتراط البنك الافريقي ممول المشروع، إجراء مناقصة دولية جديدة قصد الحصول على المبالغ المالية اللازمة.

ليتم اختيار الشركة الفرنسية RAZEL في 02 جويلية 2002 لتنفيذ المشروع وفقا للطريقة الجديدة المعتمدة. ونظرا لعدم التوافق في تحديد التعويضات، المستحقة بين الطرفين قام الكونسورسيوم بإيداع طلب التحكيم، لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بتاريخ 03 فيفري 2003 على أساس نص المادة 2/8 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا¹، لأجل المطالبة بالتعويضات المستحقة للشركتان الايطاليتان، وعن جميع الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بهما جراء فسخ العقد.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991، المتضمن الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الإيطالية، حول الترقية المتبادلة للاستثمارات، ج ر ج ج، ع 46، لسنة 1991.

ليتم تشكيل محكمة التحكيم في 03 سبتمبر 2003 وتم عقد جلساتها بباريس لأجل فحص طلب التحكيم¹، أين تقدمت الحكومة الجزائرية بمجموعة من الدفوع من بينها أن النزاع لا يتعلق بالاستثمار، بحيث لا يقدم المدعي أي مساهمة نقدية أو صناعية لإقامة المشروع، وأنه لم يبدأ في بناء السد، وأن مقابل الخدمات المقدمة قد تم الوفاء به.

بالإضافة إلى الدفع بعدم اختصاص المركز لنظر النزاع، بحجة أنه لا يتوافر على الشروط المنصوص عليها في المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن.

رد الكونسورسيوم على هذه الدفوع بأن جميع شروط قيام الاستثمار متوافرة في الصفقة، بحيث قدم مساهمة نقدية وعينية وصناعية لانجازه ولو بصفة جزئية.

بناء على هذه الدفوع قامت محكمة التحكيم بتحديد مفهوم الاستثمار وفقا لنص المادة 1/25 مناتفاقية واشنطن، ووفقا لما تنص عليه الاتفاقية الجزائرية الايطالية. فبالنسبة لنص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن لم تتضمن تعريفا محددًا للاستثمار، إلا أنه لا يعتبر عقد معين بمثابة استثمار وفقا للهدف الذي تستجيب إليه الاتفاقية، يجب أن يتضمن معايير معينة تتمثل فيما يلي:

- تقديم المتعاقد مساهمة في البلد المعني.

- امتداد هذه المساهمة مدة زمنية.

- تحمل المخاطر من قبل مقدم المساهمة.

وأنه وفقا لنص المادة 1/1 من الاتفاقية الثنائية الجزائرية الايطالية بنصها: "عبارة استثمارات تشير إلى كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه، وكل اسهام نقدي أو عيني أو خدمات مستثمرة أو اعيد استثمارها، في كل قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه."

¹ تضمنت المحكمة ثلاثة محكمين هم الاستاذ André Faurés معين من جانب الكونسورسيوم، والاستاذ Emmanuel Gaillard من طرف الجزائر، ورئيس المحكمة الاستاذ Pierre Tercier، معين من طرف المحكمين المعينين.

مما سبق أوضحت المحكمة أنه ورد في الاتفاقية الثنائية تعريفا عاما للاستثمار يشمل المعنى الممنوح له في تفسير اتفاقية واشنطن، وعليه تدرج الصفقة ضمن طائفة الاستثمارات، المشمولة بالحماية والمنصوص عليها في المادة الأولى من الاتفاقية الثنائية.

أما مسألة انعدام صفة الادعاء بالنسبة للكونسورسيوم، فيظهر أن الأطراف الذين وقعوا على العقد، ليسوا أنفسهم الأطراف الذي تقدموا بطلب التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لتقرر في الأخير المحكمة ما يلي:

-أنها غير مختصة بالنظر في النزاع بين الكونسورسيوم والجمهورية الجزائرية.

-يتحمل كل طرف نصف نفقات التحكيم، ونفقات التمثيل الخاصة به.

-لتؤكد في الأخير بأحقية الطرف الايطالي في رفع عريضة تحكيم من جديد باسمها الخاص أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار¹.

وفي الأخير نشير إلى أن الشروط التي يضعها المركز الدولي تعطي لمفهوم الاستثمار معنى موسعا، بحيث تجعله شاملا للاستثمار بالمعنى التقليدي، والذي يتعلق بالمساهمة المباشرة في رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات، بالإضافة إلى المفهوم الحديث له، والذي يشمل على المشروعات الصناعية والزراعية والسياحية، وعقود إصلاح الموانئ وعقود تشييد المصانع، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الترخيص بحقوق الملكية الفكرية وغيرها².

واستنادا إلى أن اللجوء إلى المركز هو إجراء اختياري بحت، نصت الاتفاقية على أنه : " تستطيع كل دولة متعاقدة عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق، أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات، التي تقدر أنه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم، على السكرتير العام أن ينقل فوراً هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى، ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقاً للفقرة الأولى."

¹ شعبان صوفيان، حماية الاستثمارات الأجنبية في ظل اتفاقية واشنطن لسنة 1965، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015، ص. 138.

² مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 168.

ومنه فإن لكل دولة حرية تقديم بعض منازعات الاستثمار أو فئات منها، إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، واستبعاد فئات أخرى، وتطبيقا لذلك فإن هناك بعض الدول قد مارست هذه الرخصة، حيث أعلنت المملكة العربية السعودية استبعاد منازعات البترول من نطاق اختصاص المركز الدولي، كما قامت كل من جاميكا وغانا من استبعاد المنازعات المتعلقة بالمواد المعدنية والمواد الطبيعية¹. وأخيرا قيام إسرائيل بإخطار المركز بأن المنازعات التي تخضع لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، هي فقط تلك التي تتعلق بالاستثمارات الموافقة عليها في ظل قانونها الخاص بتشجيع استثمار رؤوس الأموال².

الفرع الثاني: الاختصاص الشخصي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

بحسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 25 من اتفاقية واشنطن، فإنه يشترط لكي يدخل النزاع في اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة، سواء هيئة أو جهة إدارية، أو أي إقليم فرعي، أو وكالة تابعة للدولة المتعاقدة، أو تعمل بموافقتها. وأن يكون الطرف الآخر، من رعايا دولة متعاقدة أخرى. ومن خلال تحديد نص المادة للجهات المعنية بعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنه يترتب على ذلك، عدم اختصاص المركز للنظر في المنازعات الناشئة، بين الحكومات وبعضها، حيث يمكنها في هذه الحالة اللجوء إلى محكمة العدل الدولية، أو محكمة التحكيم الدولية الدائمة.

وكذلك ينطبق عدم اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، للنظر في المنازعات القائمة بين الأطراف الخاصة وبعضها، حيث يمكنهم في هذه الحالة اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية، أو محكمة محايدة.

¹ عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 207.

² جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 47.

وأيضاً النزاع الناشئ بين المواطن وحكومته، والذي من الأصل أن تفصل فيه المحاكم الداخلية للدولة، وكذا المنازعات التي تنشأ بين الحكومات والمشروعات العامة الأجنبية، المملوكة للدول التي تمارس نشاطاً مشابهاً لنشاط الأفراد¹.

ومما سبق، يتضح أن الاختصاص الشخصي للمركز يتطلب توافر شرطين، أولهما أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة، وثانيهما أن يكون الطرف الآخر مواطناً من دولة أخرى متعاقدة.

أولاً: أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة:

حتى تتمكن الدولة من اللجوء إلى اجراءات التسوية، في مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، يجب أن تكون هذه الدولة، من الدول المنضمة لهذه الاتفاقية، وقد اعتبرت المادة 68 من الاتفاقية أن هذه الاتفاقية، تعطي الحق لكل دولة أودعت وثائق تصديقها أو قبولها أو موافقتها، بعد ثلاثين يوماً من هذا الإيداع².

ولا يوجد أي إشكال حول تحديد الدول المتعاقدة، ذلك أن سكرتارية المركز تحتفظ بقائمة أسماء الدول، التي وقعت على الاتفاقية، وكذا الدول التي قامت بالتصديق، فيكفي فحص القائمة للتأكد من عضوية الدولة من عدمها³.

كما يتعين أن تكون الدولة طرفاً في اتفاقية واشنطن، عند تقديمها طلب اجراءات التوفيق أو التحكيم لدى السكرتير العام للمركز، أو أن تكون قد اتخذت خطوات الانضمام للاتفاقية، عند تقديم طلب التحكيم حتى يمكنها الاستفادة من خدمات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي⁴.

¹ عبد المعز عبد الغفار نجم، الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للانشاء والتعمير، دط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص. 434.

² باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص. 255.

³ لم يطرح مصطلح الدولة إلى حد الآن أي إشكال حول المقصود منه، وبدون أي شك يفهم من الدولة في إطار اتفاقية واشنطن، ذلك الشخص المعنوي المتمتع بالسيادة والعضو في المجتمع الدولي، وبالتالي تتمتع بصفة شخص القانون الدولي، بمعنى الشخص الذي يستأثر بسلطة سيادة لايرام الاتفاقية الدولية. ومفهوم المخالفة لا يدخل ضمن المعنى السابق، حركات التحرر أو الهيئات الإقليمية للدولة، أو الأقاليم الواقعة تحت الوصاية، أو حتى الدولة المشككة للدولة الفيدرالية.

Voir Kamto Maurice, la notion de contrat d'Etat : Contribution au débat, revue de l'arbitrage, N°3, 2003, p722.

⁴ عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 197.

ولقد ثار الخلاف فيما إذا كان يجوز للدول غير الأطراف في الاتفاقية، التمتع بالتسهيلات التي يقدمها المركز، بصفة مؤقتة أو عارضة، ولقد استقر العمل على جواز منح الدول غير المتعاقدة، هذا الحق دون منحها الحق في الوقوف كطرف في اجراءات التسوية بالمركز¹.

وبالنسبة للتاريخ الذي يعتد به للقول أن الدولة أصبحت طرفا متعاقدا، في اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، فقد بينت المادة 68 من الاتفاقية ذلك²، حيث تؤكد على أنه تدخل الاتفاقية الحالية دور النفاذ بمضي ثلاثين (30) يوما من تاريخ إيداع عشرين (20) وثيقة تصديق، وبالنسبة لأية دولة تودع وثيقة تصديقها فيما بعد، تدخل الاتفاقية دور النفاذ بمضي 30 يوما على الإيداع.

ولقد أثبتت هذه المسألة في قضية هامة من السوابق التي تقررت في ظل تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهي قضية الشركة الأمريكية "Holiday Inns" ضد الحكومة المغربية.

تضمنت هذه القضية، نزاع يتعلق باتفاق مبرم بين الحكومة المغربية وشركة "Holiday Inns" الأمريكية، وتعهدت الشركة الأمريكية بمقتضى هذا الاتفاق، ببناء وتشغيل أربعة فنادق في دولة المغرب، وفي المقابل تعهدت الحكومة المغربية، بتمويل هذا المشروع ومنح الشركة إعفاءات، وتسهيلات ضريبية.

ولتنفيذ الاتفاق المبرم بين الطرفين، أنشأت شركة Holiday Inns شركة أخرى تابعة لها في سويسرا، وأطلق عليها Holiday Inns Glarus، والتي وقعت على الاتفاق المبرم بين الحكومة المغربية والشركة الأمريكية الأم.

وعندما قام النزاع بين الأطراف، قدمت الشركة الأمريكية طلبا للتحكيم، أمام محاكم المركز للسكرتير العام، وقد قامت الحكومة المغربية بإبراز دفوعا بعدم اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، 372.

² مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 21.

الاستثمار الأجنبي، للنظر في النزاع، ومن بين هذه الدفوع أنه في التاريخ الذي أبرم فيه اتفاق الاستثمار، لم تكن كل من المغرب وسويسرا طرفين في اتفاقية واشنطن، وإن كان قد صار كذلك قبل تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز.

وقد احتجت الحكومة المغربية، بأنه لأجل انعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإن التاريخ الذي يعتد به لعضوية الدولة في اتفاقية واشنطن، هو التاريخ الذي عقد فيه اتفاق الاستثمار، والذي يحتوي على شرط التحكيم، بينما تمسكت الشركة الأمريكية، بأن التاريخ الذي يعتد به هو تاريخ تقديم الطلب، إلى المركز للتسوية، ولقد رفضت المحكمة دفوع الحكومة المغربية. وعللت ذلك بأن الاتفاقية سمحت للأطراف بإنفاذ شرط التحكيم، ولو كان معلقاً على استيفاء إجراء معين في المستقبل، كالانضمام إلى اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي. وأن التاريخ الذي ينظر إليه لاعتبار الدولة متعاقدة، هو تاريخ تحقق رضا الأطراف باختصاص المركز، وقيام تلك الدولة بملء طلب التحكيم، وتقديمه للمركز¹.

وفي الأخير نشير إلى أنه لأجل زيادة فاعلية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وسد الثغرة المتعلقة بتوافر شروط انعقاد اختصاص المركز الدولي، ولأجل توسيع نطاق الحماية المقررة للمستثمرين الأجانب، وضع المجلس الإداري للمركز بتاريخ 1978/9/27 قواعد التسهيلات الإضافية، حيث أنه بمقتضاها فإن سكرتارية المركز تتولى اتخاذ إجراءات معينة بشأن تسوية نزاع، يقع خارج نطاق اختصاص المركز، لعدم توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 25 من الاتفاقية، وهي تتمثل فيما يلي²:

¹ بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 218.

² الأمر الذي يستنتج من نص المادة من قواعد التسهيلات الإضافية أنه لا ينعقد اختصاص المركز، إلا إذا كان أحد الطرفين دولة متعاقدة في الاتفاقية، ومن ثم لا تطبق قواعد التسهيلات الإضافية إذا كانت كلتا الدولتين ليستا دولا متعاقدة، أو كانت كلتا الدولتين دولا متعاقدة، لأنه في هذه الحالة تطبق قواعد الأحكام المنصوص عليها في صلب الاتفاقية.

1- اجراءات التوفيق والتحكيم، لتسوية النزاعات القانونية التي تنشأ مباشرة عن استثمار، والتي لا تقع ضمن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وذلك إما لكون الدولة الطرف في النزاع، أو الدولة التي ينتمي إليها المستثمر بجنسيته ليست دولة متعاقدة.

2- اجراءات التوفيق والتحكيم لتسوية النزاعات القانونية، التي تقع خارج نطاق اختصاص المركز، لكونها لا تنشأ مباشرة عن استثمار، شريطة أن تكون الدولة الطرف في النزاع أو الدولة التي ينتمي إليها المستثمر بجنسيته، دولة متعاقدة في الاتفاقية.

3- اجراءات تقصي الحقائق¹.

وما يفهم من مما سبق أنه بموجب قواعد التسهيلات الإضافية، فإن سكرتارية المركز مفوضة بأن تدير إجراءات معينة بشأن تسوية نزاع يقع خارج نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لعدم توافر شروط المنصوص عليها في المادة 25 من الاتفاقية، حيث يقوم المركز بتقديم ثلاثة خدمات، في إطار التسهيلات الإضافية، تمثلت في كل من التوفيق، والتحكيم، وتقصي الحقائق².

ولا يقتصر اختصاص المركز على الدول المتعاقدة، بل يمتد كذلك إلى المؤسسات والوكالات التابعة لهذه الدول، وحتى يتمكن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي من بسط اختصاصه على النزاع، فلا بد أن تقوم الدولة بتعيين الأجهزة، والهيئات التابعة لها صراحة، هذا بالإضافة إلى أن موافقة الهيئة التابعة للدولة المتعاقدة على انعقاد اختصاص المركز، يتطلب موافقة الدولة التابعة لها، إلا إذا قامت الدولة بإخطار المركز بأن موافقتها السابقة غير مطلوبة³.

وبالتالي فإن الاتفاقية تقتضي أن تقوم الدولة المتعاقدة بتعيين المؤسسات، أو الهيئات التابعة لها لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حتى يشملها الاختصاص. ولا بد أن يكون هذا التعيين بالطريقة الرسمية، عن طريق الدولة المتعاقدة التي تكون المؤسسة أو الهيئة تابعة لها وطرفا في النزاع في نفس الوقت.

(1) مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 29.

(2) عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 198.

(3) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 374.

ويمكن القيام بعماية التعيين في أي وقت طالما تم إخطار المركز بذلك قبل ملء طلب التحكيم، وفي جميع الأحوال يكون لمحكمة المركز الاختصاص، والسلطة لتمحيص مسألة ما، إذا كانت الجهة المعنية هي في حقيقة الأمر مؤسسة أو هيئة تابعة للدولة المتعاقدة.

وإن موافقة الدولة المتعاقدة على إخضاع الجهات الإدارية التابعة لها لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يمكن أن تأخذ أشكالاً عديدة، إذ يمكن أن تأخذ شكل شرط موجود في اتفاق مع الدولة، بمقتضاه توافق على إمكانية تقديم المنازعات الناشئة، إلى المركز بواسطة هذه المؤسسة أو الهيئة، ويمكن أن تأخذ شكل وثيقة تحتوي الرضاء على التقديم إلى المركز، بواسطة الجهات الإدارية المحلية التابعة للدولة المتعاقدة¹.

وفي الأخير نشير إلى أنه يجوز للدولة المتعاقدة، أن تسحب موافقتها على خضوع المؤسسة أو الهيئة، التابعة لها، للتحكيم أو التوفيق في أي وقت. ذلك أن موافقة الدولة ما هي إلا تصرف بالإرادة المنفردة صادر عن الدولة المتعاقدة، على أن هذه الموافقة تصبح ملزمة ولا يجوز سحبها إذا كان الطرف الآخر، في عقد الاستثمار قد تصرف على أساس وجودها، بناء على الخطاب الموجه له من قبل السكرتير العام للمركز، والذي يتضمن موافقة الجهاز التابع للدولة، على عرض النزاع للتحكيم أو التوفيق².

ثانياً: أن يكون الطرف الآخر في عقد الاستثمار مواطناً لدولة أخرى متعاقدة:

تتفرد اتفاقية واشنطن، عن غيرها من الاتفاقيات المنظمة للعلاقات الدولية، أنها منحت للمستثمرين الخواص الحق المباشر في اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، دون أن يكونوا بحاجة إلى تدخل دولتهم، أو إذنها لتفعيل إجراءات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهذا بصريح المادة 25 من الاتفاقية، والتي اعتبرت أن اختصاص المركز يمتد ليشمل أي نزاع

¹ (جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 26).

² (طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 375).

قانوني، بين دولة من الدول المتعاقدة، أو أحد الأقسام التابعة لها، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة¹.

وبالتالي فإنه بحسب متطلبات انعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنه لا يجوز في الطرف الثاني أن يكون دولة أخرى، سواء متعاقدة أو غير متعاقدة، أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها، ولا أي مستثمر أجنبي ينتمي إلى نفس الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، فيشترط إذا أن يكون الطرف الآخر مستثمرا أجنبيا، من دولة أخرى طرف في الاتفاقية، سواء كان هذا المستثمر شخصا طبيعيا، أو شخصا اعتباريا².

البند 1: الشخص الطبيعي:

تنص الفقرة الثانية من المادة 25 على ما يلي: "كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى، خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا في تاريخ تسجيل الطلب طبقا للمادة 3/28 أو المادة 3/36، مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ، أو ذاك، جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع."

يفهم من نص المادة أنها تشترط في الشخص الطبيعي، في النزاع أن يكون متمتعاً بجنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى، غير الدولة الطرف في النزاع. ويتعين أن يتوافر شرط الجنسية في تاريخين معا وهما: التاريخ الذي يعطي فيه كلا الطرفين موافقتهم الكاملة على خضوع النزاع للتوفيق أو طرحه للتحكيم، وكذلك أيضا في التاريخ الذي يسجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم، طبقا للفقرة الثالثة من المادتين 28، 36 من الاتفاقية.

1) Lemaire Axelle, Le nouveau visage de l'arbitrage entre Etat et investissement étranger : le chapitre 11 de l'ALENA, Revue de l'arbitrage N°1, 2001, P. 49.

2) Brigitte Stern, Some reflection on ICSID, International Center for the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of another State, the Lebanese Review of Arbitration, N°24,2002, p.9.

إضافة إلى ذلك فإنه يتعين على المستثمر الأجنبي، إذا كان شخصا طبيعيا، أن يذكر صراحة عند تقدمه بطلب التوفيق أو التحكيم أمام المركز، أنه لا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع. وإن عدم التقيد بالقواعد السابقة من شأنه أن يدفع السكرتير العام للمركز، إلى رفض تسجيل طلب التحكيم، فشرط الجنسية يهدف إلى تجنب أي اشتراطات غير حقيقية، يمكن من خلالها للشخص الطبيعي، التوصل إلى اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، كأن يقوم مثلا بتغيير جنسيته لكي يكون النزاع داخلا في اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي¹.

ولا تثار أية صعوبة بالنسبة للشخص الطبيعي، الذي تتوفر في أكثر من جنسية دولة متعاقدة في نفس الوقت، فإن ذلك لا يؤثر بأي حال في حق المستثمر في التقدم بطلب التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وكذلك في الفرضية الذي يتمتع فيه الشخص الطبيعي بجنسية دولة متعاقدة، وفي نفس الوقت يتمتع بجنسية دولة أخرى غير متعاقدة، ففي الفرضتين السابقتين فإن نص المادة 25، واضح بأنه يكفي لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أن يتمتع الشخص بجنسية، أية دولة متعاقدة حتى ولو ثبت أنه يحمل جنسية دولة أخرى غير متعاقدة².

أما بالنسبة للمستثمر الذي يتمتع بجنسية دولتين متعاقدين، أحدهما جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، فإنه في هذه الحالة يمنع عليه التقدم بفتح إجراءات التوفيق أو التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بالنظر لوحدة الجنسية مع الدولة المضيفة للاستثمار.

أما ما يتعلق بمسألة المستثمرين عديمي الجنسية، فإن الاتفاقية لم تتعرض لهذه الحالة، لأنه أمر بديهي في أن المستثمر في هذه الحالة، لا يملك الحق في اللجوء إلى المركز، لأن الاتفاقية تشترط أن يكون متمتعاً بجنسية إحدى الدول المتعاقدة³.

(1) جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 29.

(2) عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 201.

(3) جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 30.

البند 2: الشخص الاعتباري:

بالنسبة للشخص الاعتباري الطرف في منازعات الاستثمار، التي تعرض على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فقد نصت اتفاقية واشنطن على أنه لكي ينعقد اختصاص المركز لأجل النظر في المنازعة، التي يكون أحد طرفيها شخص اعتباري، فلا بد أن يتمتع هذا الشخص الاعتباري، بجنسية أية دولة طرف في الاتفاقية غير الدولة الطرف في النزاع.

كما يجب أن يتوافر شرط الجنسية بالنسبة للشخص الاعتباري، في التاريخ الذي يرتضي فيه الأطراف اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ولا يؤثر انعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، سواء بالتوفيق أو التحكيم، لأجل النظر في النزاع، حدوث أي تغيير لاحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري¹.

أما إذا حدث تغيير في جنسية الشخص الاعتباري، خلال الفترة الفاصلة بين تقديم طلب التوفيق أو التحكيم وتسجيله، فيمكن عندئذ الاعتراض على اختصاص المركز، أمام محكمة التحكيم أو لجنة التوفيق².

وتجدر الإشارة إلى أن المعايير الأساسية في تحديد جنسية الشخص الاعتباري، في القانون التجاري الدولي، هي مركز الإدارة الرئيسي أو مكان التأسيس، وعليه فإذا تأسست شركة في ظل قوانين الدولة المضيفة للاستثمار، فإنه يمكن أن تتمتع بجنسية هذه الدولة، وذلك أن الدولة المضيفة للاستثمار وخاصة منها الدولة النامية، تميل إلى الإشراف على الشركات الأجنبية المستثمرة، وذلك بإخضاعها لقوانينها الوطنية ولوائحها الإدارية.

كما أن الشركات الأجنبية، قد تلجأ إلى ذلك من أجل الاستفادة، من المزايا التي توفرها لهم القوانين المحلية المتعلقة بالعمل أو الضرائب، الأمر الذي يجعل الشركة من الناحية القانونية، من رعايا الدولة المضيفة للاستثمار، رغم أن رأسمال هذه الشركات أو معظم أسهمها ملك للأجانب³.

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 375.

(2) عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 202.

(3) جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 32.

وهو الأمر الذي دفع بالاتفاقية إلى اعتبار الشخص المعنوي، الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع، من رعايا دولة أخرى، في حالة اتفاق الأطراف في إطار الاتفاقية، على اعتباره في حكم رعية دولة أخرى متعاقدة، لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليها¹.

وبالنسبة لمعيار مكان التأسيس تمّ اعتماده في قضايا عدة أهمها قضية شركة AMCO ضد أندونيسيا، أين توصلت محكمة التحكيم إلى أن شركة AMCO، كيان مؤسس ومراقب في نشاطه، في إطار قانون الأعمال المعمول به في الولايات المتحدة الأمريكية.

أما فيما يخصّ معيار مركز الإدارة الرئيسي أو المقرّ الاجتماعي، فقد تمّ تكريسه في إطار اجتهاد المركز الدولي في قضية/ARB/771 (AGIP spa c/Congo)، حيث جاء في الحكم الصادر بشأنها بتاريخ 1979/11/30 بأن:

"AGIP spa, Société de droit Italien, dont le siège est à Rome"

كما تمّ الأخذ بالمعيار نفسه في قضية /ARB/82 (Soabi c/Sénégal) أين اعتبرت المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 1984/08/01 بأن:

"Il est constant que, selon le droit Sénégalais, la Soabi, société anonyme ayant son siège sociale à DAKAR, possède la nationalité de la République du Sénégal"

بالإضافة إلى ما سبق، تمّ تكريس معيار الرقابة لتحديد التبعية السياسية للأشخاص الاعتبارية بمفهوم ما جاء في صدر الفقرة (ب) من نصّ المادة 2/25، وليس على أساس الأهلية الاستثنائية للشخص المعنوي رعية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، كما جاء في آخر الفقرة (ب) من نفس المادة. ففي قضية Mine c/Guinée (ARB/84/4) نجد أن الشركة المدعية لا تتمتع بجنسية الدولة،

¹ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 173.

الطرف في النزاع، باعتبارها مؤسسة في دولة لشتونستين، ورغم ذلك اعتمدت المحكمة، في سبيل تحديد جنسية شركة Mine، معيار الرقابة الممارسة من طرف الشركة الأم، التي تتمتع بالجنسية السويسرية .

علما أن دولة تأسيس الشركة ليست دولة متعاقدة على خلاف دولة سويسرا، وهذا الأمر جوهرى باعتباره محدد لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فلو تم الأخذ بمعيار مكان تأسيس الشركة، لأصدرت المحكمة حكما بعدم الاختصاص¹.

وبالتالي فإنه بحسب ما تقضي به اتفاقية واشنطن، فإنه يمكن أن ينعقد الاختصاص للمركز الدولي، للنظر في المنازعة الاستثمارية، حتى في حالة نشوء نزاع بين دولة متعاقدة وشخص اعتباري يتمتع بجنسيتها، وفقا للمعايير المحددة في تشريعاتها الداخلية، ما دام يخضع للرقابة والسيطرة الأجنبية، بشرط اتفاق الطرفين على هذا الوصف².

مما تقدم يتضح لنا أنه حتى ينعقد اختصاص المركز بنظر المنازعة، فلا بد من توافر الشروط الآتية:

1- الموافقة الصريحة على عرض المنازعة على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من قبل الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

2- أن تكون الدولة المضيفة، والدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي أطرافا في اتفاقية واشنطن.

3- أن تكون المنازعة قانونية، وناشئة عن عملية استثمارية.

فإذا ما توافرت الشروط المتقدمة انعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بنظر المنازعة، والذي يكون بالتوفيق أو التحكيم³.

¹ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول وراعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 93.

² Georges Delaume ; Le Centre International pour Règlement des Différents Relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissement d'autre Etats ; JDI ; N° 4 ; 1982, P. 787.

³ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 173.

الباب الأول:

ماهية عقد الاستثمار الأجنبي

وأسباب المنازعات الناجمة عنه

تزايدت أهمية رأس المال الأجنبي في الاقتصاد العالمي، وأصبح مصدرا مهما من مصادر رأس المال في العديد من الدول، لاسيما في الدول النامية، إذ يشهد العالم منذ النصف الثاني من القرن العشرين إلى يومنا هذا سباقا محموما بين هذه الدول لاجتذابه، جاهدة للتعجيل والتسريع في حركة التنمية، وللوصول بركب التطور الهائل الذي تشهده الدول المتقدمة، فكل هذا الظروف وغيرها والتطورات الاقتصادية داخل الدولة أو بين الدول بعضها مع البعض الآخر، أدت إلى قيام العديد من المشروعات الاقتصادية، واتساع نطاق المعاملات التجارية الدولية بوجه عام، وانتشار نوع خاص من هذه المعاملات يعرف بمعاملات الاستثمار¹.

ذلك أن هذا النوع من حركة رأس المال قد يساهم في رفع كفاءة الاقتصاد، من خلال انعكاس دوره في تطوير قدرات الأفراد، وتعزيز الموجودات المالية، إضافة لمساهمته في زيادة عوامل الانتاج ونقل التكنولوجيا، ورفع كفاءة ومهارات قوة العمل، من خلال التدريب والتأهيل. وكذلك يعمل على زيادة الخبرات الإدارية والتنظيمية لإدارة المشروعات، وعلى إدخال برامج انتاجية متنوعة قد لا تتضمنها الاستثمارات المحلية، ناهيك عن إيجاد حالة من الترابط لاقتصاد البلد المضيف، مع شبكات الانتاج العالمية.

وبالنظر لطول مدة تنفيذ هذه العقود، وتنوع وتعدد أطرافها، والدول التي ينتمون إليها، ستكون أكثر من غيرها عرضة إلى مشكلة تغير الظروف، واختلال التوازن الاقتصادي، حيث أن عقود الاستثمار الأجنبي تنفذ في مناخ سياسي واقتصادي، لا يتسم بالثبات والاستقرار، بالنظر للمدة الطويلة التي تنطوي عليها تنفيذ الالتزامات المتبادلة فيها، وبالتالي فإن العلاقة التي تربط بين المستثمر الأجنبي والدولة المضييفة، هي علاقة سريعة التأثير، بما قد يتخذ كإجراءات انفرادية من قبل الدولة المضييفة، ونفس الأمر ينطبق على المستثمر الأجنبي.

¹ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن "ICSID")، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص. 81.

ذلك أنه وإن ظهرت العلاقة التي تجمع بينهما، حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تتغير لا سيما، وأن مصالح الطرفين لا تسير في اتجاه واحد، ومما لا شك فيه أن منازعات الاستثمار، تنطوي على خصوصية ناجمة عن كون أن هذه العقود تبرم بين طرفين، ذو طبيعة قانونية متباينة، أحدهما الدولة المضيفة للاستثمار، والطرف الآخر مستثمر أجنبي خاص¹، ومن ثم فإن المشكلة الأساسية التي تلزم هذه العقود، تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها، والأهداف التي يصبوا إليها المستثمر الأجنبي، مما يجعل مسألة تسوية منازعات عقود الاستثمار موضوعا غاية في الأهمية.

وبذلك فإن التغير في الظروف المحيطة بعملية تنفيذ العقد ستؤثر لا محالة على استقرار العقد. وبغض النظر عن أسباب ذلك التغير في الظروف، سواء أكان راجعا إلى أسباب اقتصادية أو قانونية أو طبيعية، فإن ذلك سيؤثر في المراكز القانونية لأحد أطراف العقد أو كلاهما، مما يجعل الزامهم بتنفيذ التزاماتهم وأداءاتهم التعاقدية أمرا مرهقا وشاقا بالنسبة إليهم، بحيث يتهددهم بخسارة جسيمة. ومن خلال هذا الباب سنتعرض إلى الامام بماهية عقد الاستثمار الأجنبي (فصل أول)، و المنازعات الناتجة عن عقود الاستثمار الأجنبي (فصل ثان).

¹) Dominique Carreau, Investissements, répertoire de droit international, Tome 2, encyclopédie juridique, Dalloz, 1999, p. 02.

الفصل الأول: ماهية عقد الاستثمار الأجنبي:

تسعى الدول النامية كل السعي نحو دفع عجلة التنمية لديها، من خلال إحداث تنمية اقتصادية فعالة، يكون لها الأثر في النهوض باقتصادها، وانقاذها من حالة التأخر والتخلف التي تعاني منها، وكذا تقليص حجم الهوة الاقتصادية، التي تفصل بينها وبين البلدان المتقدمة المصنعة. وعليه تحتاج هذه التنمية إلى موارد مالية ضخمة وتكنولوجيا متقدمة، تعجز البلدان النامية من توفيرها أو حيازتها، الأمر الذي يجبرها على طلبها من الدول المتقدمة المصنعة، التي تسمح ظروفها المالية وامكانياتها العلمية والتكنولوجية، من تقديمها في صورة عقود استثمارية أجنبية إلى تلك البلدان. ومن خلال هذا الفصل سنتعرض إلى كل من المفاهيم المختلفة لعقد الاستثمار الأجنبي، وأشكاله كمبحث أول، و النظام القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي المباشر كمبحث ثان.

المبحث الأول: المفاهيم المختلفة لعقد الاستثمار الأجنبي وأشكاله:

للاستثمار نشأة اقتصادية، فهو مصطلح تقني، أما التعريف القانوني إنما يستمد أصوله من علم الاقتصاد، أين لا يجد الحقوقي مفراً، إلا أن يترجم ما يمليه عليه التعريف الاقتصادي، الأمر الذي يفضل معه توحيد التعريفين عند بعض الفقهاء¹.

من خلال هذا المبحث سنتعرض إلى التعريفات المختلفة لعقد الاستثمار الأجنبي في المطلب الأول، ونتعرض إلى أشكال عقد الاستثمار الأجنبي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار الأجنبي وأهميته:

لقد تعددت المفاهيم المختلفة للاستثمار لأجنبي بين الفقيهة والقانونية والاقتصادية، بالنظر للاهمية التي تنطوي عليها هذه العقود، وعليه سوف نتعرض إلى كل من التعريفات المختلفة للاستثمار الأجنبي كفرع أول، والأهمية التي ينطوي عليها كفرع ثان.

الفرع الأول: التعريفات المختلفة لعقد الاستثمار الأجنبي:

يعد الاستثمار الأجنبي من أهم أوجه النشاط التجاري والاقتصادي في عصرنا الحالي، لما يضطلع عليه من دور كبير، من ناحية دفع عجلة التنمية الاقتصادية في الدول. لأن هذا النوع من النشاط التجاري والاقتصادي يساهم بالدرجة الأولى في رفع كفاءة الاقتصاد²، من خلال انعكاس دوره في تطوير قدرات الأفراد، وتعزيز الموجودات المالية. إضافة إلى المساهمة في زيادة عوامل الانتاج، ونقل التكنولوجيا ورفع كفاءة ومهارات قوة العمل، من خلال التدريب والتأهيل، وكذلك مساهمته في تحسين الخبرات الإدارية والتنظيمية لإدارة المشروعات، وكذا إدخال برامج انتاجية متنوعة قد لا

¹) Dominique Carreau et Patrick Juillard, Droit International économique, 3 eme édition, Dalloz, p. 403.

²) طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة)، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2016، ص. 21.

تتضمنها الاستثمارات المحلية، ناهيك عن إيجاد حالة من الترابط بين اقتصاد البلد المضيف، مع شبكات الانتاج العالمية¹.

وباعتبار أن الاستثمار هو عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية وأخرى قانونية نظامية، لذا فإن البحث في المفهوم الصحيح للاستثمار الأجنبي يستدعي منا تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي من الناحية اللغوية والاصطلاحية وكذا من الناحية الاقتصادية والقانونية.

أولاً: تعريف الاستثمار الأجنبي لغة:

إن معنى الاستثمار يستفاد من قول الله عز وجل: " وَكَانَ لَهُ ثَمْرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُجَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا "2.

فالاستثمار في اللغة مشتق من المثمر أي حمل الشجر، وخرج ثمره، ثمرة الشيء ما تولد عنه، وأثمر الرجل أي كثر ماله. والثمر بمعنى المال أو بمعنى الذهب والفضة، وثمر ماله أي أحسن القيام عليه ونماه³. ويقال تستثمر أي تقطف، إذ أن الشخص وظف ماله في عمل مشروع معين، وذلك لزيادة دخله⁴.

ثانياً: تعريف الاستثمار الأجنبي اصطلاحاً:

يعد الاستثمار الأجنبي مصطلحاً حديثاً نسبياً يرجع إلى عقد الستينات من القرن العشرين إلا أنه قديم بمفهومه، فقد كان يطلق عليه الاقتصاديون في القرن التاسع عشر إسم حركة رأس المال، أما بعد الحرب العالمية الأولى، فكان يطلق عليه تسمية الاستثمار الدولي⁵.

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، د ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014، ص. 26.

² سورة الكهف، الآية رقم 34.

³ ابن منظور، معجم لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، المجلد الأول، ط1، بيروت، 1977، مادة ثمر.

⁴ مرتضى ابراهيم السعدي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص. 28.

⁵ عبد الستار أحمد مجيد الحوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة بين القانونية العراقي والمصري)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013، ص. 17.

وقد يتعذر الوقوف على تحديد المعنى الاصطلاحي للاستثمار الأجنبي، لعزوف الفقهاء عن استخدام مصطلح الاستثمار، واستبداله بعدة ألفاظ، مثل التنمية حيناً ولفظ النماء حيناً آخر.

فقد ذكر الفقيه المالكي الإمام الدرديري في كتابه "الشرح الصغير" لفظ التنمية للدلالة على معنى الاستثمار في باب القراض، حيث قال "الإقراض جائز لأن الضرورة دعت إليه، ولحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم، وليس كل أحد يقدر على التنمية بنفسه"¹.

ثالثاً: التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي:

يستمد مفهوم الاستثمار أصوله من علم الاقتصاد، وهو على صلة وثيقة بمجموعة من المفاهيم الاقتصادية، ومن أهمها الدخل والاستهلاك والادخار والاقتراض. فالاستثمار مصدر للتوسع في الطاقة الانتاجية من ناحية، وجزء مهم من الطلب الكلي من ناحية أخرى².

وقد امتازت مفاهيم الاقتصاد بالاختلاف والتباين فيما بينها، تبعاً للجوانب التي انطلق منها الباحثون في تحليلهم لشتى المظاهر المحيطة والمتعلقة بالاستثمار. "وحسب المعاجم الاقتصادية المختلفة ورد تعريف الاستثمار على أنه أي استعمال لرأس المال سعياً لتحقيق الربح"³.

وعرف أيضاً الاستثمار بأنه تكوين رأس المال واستخدامه بهدف تحقيق الربح، في الأجل القريب أو البعيد بشكل مباشر أو غير مباشر، بما يشمل انشاء نشاط انتاجي، أو توسيع طاقة انتاجية قائمة أو حيازة ملكية عقارية أو اصدار أسهم أو شرائها من الآخرين، أو أنه كل اتفاق عام أو خاص يؤدي إلى زيادة حقيقية، في سلع أو عناصر أو خدمات الانتاج⁴.

¹ عبد الستار أحمد مجيد الحوري، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2016، ص. 34.

² مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص. 23.

³ محمد عبد العزيز عبد الله، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2005، ص. 14.

⁴ جون هدسون، ومارك هنرندر، العلاقات الاقتصادية الدولية، تعريف منصور طه، دار المريخ للنشر والتوزيع، الرياض، د س ن، ص. 696.

كما عرف الاستثمار بأنه توظيف للأموال، بقصد الحصول على عائد، أو بقصد الحصول على قيمة أكبر في نهاية المدة¹. كما قيل بأنه تلك الأنشطة، التي تتعلق بشراء أصول الانتاج للبضائع، أو الخدمات وذلك بهدف زيادة الثروات إلى حدّها الأعلى².

ويشكل الاستثمار في المجال الاقتصادي عمل أساسي للدولة أو المؤسسة، بقدر ما يكثف تنميتها المستقبلية وتجند طاقتها العديدة من حيث الوقت والتأهيل والموارد المالية والبشرية³.

وبعد هذا العرض لبعض من التعريفات للاستثمار لدى الاقتصاديين، نجدهم يركزون على أنه عملية إتمام للذمة المالية، أو عملية تهدف إلى خلق رأس المال، أو إيجاد مشروعات اقتصادية من أجل تحقيق فوائد مالية. وعليه فالاقتصاديون لم يتفقوا على تعريف لعملية الاستثمار، بتبيان عناصره وأركانه، وإنما اکتفوا بتبيان الهدف من عملية الاستثمار وهو تحقيق الربح⁴.

رابعاً: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي:

من خلال التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي، سنحاول التعرض إلى كل من التعريف الفقهي، والتعريفات المتداولة في الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية، وصولاً إلى التعريف القانوني له في التشريع الداخلي.

1) التعريف الفقهي للاستثمار الأجنبي:

حرص رجال القانون شأنهم شأن رجال الاقتصاد، على تحديد معنى الاستثمار الأجنبي، كما اختلفوا هم أيضاً فيما بينهم بشأن وضع تعريف محدد وواضح للاستثمار الأجنبي. فذهب بعضهم إلى القول بأن الاستثمارات الأجنبية بالمعنى الواسع، تشمل جميع حركات رؤوس الأموال بين الدول بعضها مع بعض، سواء أكانت أموالاً قصيرة الأجل أم طويلة الأجل، ويغلب عليها طابع الاستمرار

¹ عبد الستار أحمد الحوري، المرجع السابق، ص. 32.

² مرتضى جمعه عاشور، المرجع السابق، ص. 24.

³) MANDOU Cyrille, Procédures de choix d'investissement, Principes et application, Editions de Boeck Université, Belgique, 2009, p. 5.

⁴ عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي العام، جامعة أسيوط، القاهرة، مصر، 2006. ص. 05.

وتكون في الغالب مصحوبة بنية إعادة تحويل رأس المال، مع فائدة، في أية صورة كانت ربحاً أو فائدة أو حصصاً¹.

كما عرف أيضاً بأنه تحركات الأموال النقدية أو العينية والحقوق المعنوية من بلد إلى آخر، سواء رافقها العمل أو دونه، كإقامة مشروع اقتصادي أو المساهمة في رأسمال مشروع قائم، بهدف تحقيق ربح يفوق ما يتوقع الحصول عليه من البلد المصدر لها².

بينما عرفه بعضهم الآخر بقوله أنه تقديم الأموال المادية والمعنوية، من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدول المضيفة، للمساهمة المباشرة أو غير المباشرة في مشروع قائم، أو سيتم انشاؤه للقيام بنشاط اقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن³.

وذهب رأي آخر إلى تعريفه بأنه انتقال الأصول المادية والمعنوية، من بلد لآخر لغرض استغلالها لتحقيق الربح، وتحت السيطرة الكاملة أو الجزئية لصاحب الأصول⁴.

وهناك من عرفه بأنه عملية يقوم بها المستثمر بهدف الرفع من قيمة الموارد -رأس المال-، الموجود تحت تصرفه، والتي يستخدمها المستثمر لإنشاء، واكتساب قيمة جديدة (قيمة مضافة)⁵.

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 27.

² خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 87.

³ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 27.

⁴ طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص. 27.

⁵ "Un investissement est une opération entreprise par l'investisseur dans le but d'augmenter la valeur

des ressources (capital) dont il dispose, celles-ci sont utilisées par l'investisseur pour créer et s'approprier une valeur nouvelle (valeur ajoutée)".

Cité par : HAROUN Mehdi : Le régime des investissements en Algérie, Litec, Paris 2000, P. 57.

وهناك من عرفه بأنه كل الأصول التي يملكها المستثمر، بشكل مباشر أو غير مباشر، والتي تستثمر في الدولة الجاذبة للاستثمار، ويتوقع الحصول على الربح، من وراء العملية الاستثمارية بالنسبة للمستثمرين¹.

وكما هو الشأن بالنسبة للاقتصاديين فلقد أصر جانب من الفقه القانوني، على إدخال الربح في أي تعريف يمكن أن يعطي للاستثمار، بينما ذهب البعض الآخر إلى عدم ضرورة تحقيق الربح من قبل المشروع الاستثماري، وإنما قد يساعد هذا المشروع على انشاء وتشغيل مشروعات، في البلد المستفيد وهي تحقيق الربح².

(2) مفهوم الاستثمار الأجنبي على الصعيد الدولي:

لقد تم عقد العديد من الاتفاقيات في انتقال رؤوس الأموال والخبرة الفنية والتقنية، والتي تنوعت بين الاتفاقيات الجماعية والثنائية، ولقد اختلفت الاتفاقيات الدولية في تعريفها للاستثمار الأجنبي، بين اتفاقيات صممت أمام تعريف جامع مانع لمصطلح الاستثمار، وبين اتفاقيات عرفت ووسعت من مفهومه.

(1) تعريف لجنة مؤتمر اتحاد القانون الدولي لعام 1964³: عرفت اللجنة المنبثقة عن مؤتمر اتحاد القانون الدولي، الحادي والخمسين المنعقد بطوكيو، الاستثمار الأجنبي بأنه تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر، نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر.

وطلبت اللجنة من الفقه القانوني بيان رأيه حول التعريف، الذي انقسم فيما بينه، حيث رأى البعض أن التعريف جاء دقيقاً إلى حد ما، ولكنه غير متكامل وناقص، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن التعريف موسع للغاية، وأوا بضرورة تضييقه، ورأى فريق ثالث إلى أن التعريف يفتقر إلى الدقة،

¹) Suryap Subedi, International Investment law (reconciling policy and principle), Oxford and Portland, 2005, p. 59.

² عبد الستار أحمد مجيد الحوري، المرجع السابق، ص. 30.

³ قرر المؤتمر الحادي والخمسون لاتحاد القانون الدولي في طوكيو عام 1964 أن يدرج في جدول أعمال مؤتمر عام 1966، مسائل مختلفة تتعلق بالتجارة الدولية والتنمية، وفي إطار هذا القرار وافق المجلس التنفيذي للاتحاد عند اجتماعه في 27 مارس 1965، على أن تقوم الفرقة الفرنسية بدراسة المشكلات القانونية التي تثيرها الاستثمارات في البلاد النامية، ووضع تقرير مفصل.

وفي منظورهم فإن الاستثمار الأجنبي، ينبغي أن يتعلق بالعملية التي تتكون من توظيف رؤوس الأموال والانشاءات، والموارد والمخزون من البضائع، واستغلال ذلك في البلد المضيف، على أن يكون الربح اجبارياً¹.

2) اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965:

ما يعاب عن هذه الاتفاقية هو إغفالها على تضمين صيغتها النهائية تعريفاً دقيقاً، ومحدداً لمصطلح الاستثمار، باعتباره محور موضوعي لغرض نشأة المركز الدولي، ومجاله التطبيقي الخصب، بل أكثر، من ذلك فإن هذه الاتفاقية قد تركت الحرية للأطراف المتعاقدة، في إعطاء وصف استثمار على معاملة ما أو صفقة معينة².

وهو الأمر الذي يشكل تناقض وخطر في آن واحد، خاصة على الدول النامية، في احتمال توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، للنظر في جميع المنازعات، بحجة أنها تدخل في إطار العمليات الاستثمارية، وهو ما يسعى إليه المستثمر الأجنبي جاهداً، لحماية أمواله واستثماراته من قبضة وتسلب قضاء الدولة المضيفة له، وهذا من خلال توسيع مدلول الاستثمار، ليشمل جميع العقود والصفقات المبرمة، مما يمكنها من استيفاء الشروط، وبالتالي ثبوت امكانية اللجوء للمركز الدولي، في حالة وقوع خلافات أو نزاعات بينهما³.

3) اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لعام 1985⁴: عرفت الاتفاقية المؤسسة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، التي أعدها البنك الدولي سنة 1985، ودخلت حيز التنفيذ في 21 نيسان 1988، مصطلح الاستثمار الأجنبي بموجب نص الفقرة 01 من المادة 12، على النحو التالي:

(1) طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص. 28.

(2) بن سهلة ثاني بن علي، نعيمة فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مج الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص12، 13.

(3) شعبان صوفيان، المرجع السابق، ص. 15.

(4) صادقت الجزائر على اتفاقية سيول لسنة 1985 المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج ج، ع 66، الصادرة بتاريخ 05 أكتوبر 1995.

" 1) تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية، والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل، التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعني، وما يحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر.

2) يجوز لمجلس الادارة بالأغلبية الخاصة، أن يضيفي الصلاحية للضمان على أية أنواع أخرى من الاستثمارات المتوسطة أو الطويلة الأجل، إلا أنه لا يجوز ضمان قروض بخلاف القروض المنصوص عليها في الفقرة (1) أعلاه إلا إذا ارتبطت باستثمار محدد ضمنته الوكالة أو أزمعت ضمانه... "من خلال نص المادة نلاحظ أنها قد ميزت بين الاستثمار المباشر والاستثمار غير المباشر.

3) مفهوم الاستثمار الأجنبي في بعض الاتفاقيات الإقليمية:

جهدت الاتفاقيات الإقليمية في تعريف الاستثمار الأجنبي، بعكس الاتفاقيات الدولية، التي جاءت في مجملها خالية من أي تعريف له، نذكر منها:

أ) اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات لعام 1971¹: عرفت الاستثمار في الفقرة 01 من المادة 15 منها بأنه كافة الاستثمارات ما بين الأقطار المتعاقدة، وسواء أكانت من الاستثمارات المباشرة، بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات، وتأمين الكفالات والتراخيص والامتيازات، وحقوق الملكية الفكرية، ومن استثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات، وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها ثلاث سنوات، أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقرر مجلس الادارة على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين².

من خلال استقراء نص المادة يلاحظ التوسع المفرط في نطاق الاستثمارات، الذي شمل الاستثمارات الحافظة، والقروض الممنوحة للمشاريع الممنوحة للاستثمارية، التي يتجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل القصير.

¹ تم ابرام الاتفاقية في الكويت من عام 1971، وقد جرى عليها العديد من التعديلات.

² صادقت الجزائر على اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات لعام 1971، بموجب الأمر رقم 72-16 المؤرخ في 07 جوان 1972، ج ر ج ج، ع 05، الصادرة بتاريخ 04-07-1972.

(ب) الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1981¹ :

اعتمدت هذه الاتفاقية في تعريفها للاستثمار، على الجمع بين معيار المال والهدف، حيث وسعت من مفهوم الاستثمار عند ربطه بكل ما يمكن تقويمه نقدا، مهما كانت طبيعته، بهدف استعماله لتحقيق أرباح ومساهمة تنمية الدولة المضيفة له. وهو ما يستفاد من نص الفقرة 06 من المادة الأولى من الاتفاقية بنصها "استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية، بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف، غير دولة جنسية المستثمر العربي، وتحويله إليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الاتفاقية."

وبما أنها اتفاقية اقليمية تشمل النطاق العربي، فقد عرفت المستثمر العربي في الفقرة 07 من نفس المادة بأنه "هو المواطن العربي الذي يملك رأس مال عربي ويقوم باستثماره في اقليم دولة لا يتمتع بجنسيتها".

(4) مفهوم الاستثمار في بعض الاتفاقيات الثنائية:

قامت الجزائر بإبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية، التي تنوعت بين الأوروبية والعربية والافريقية والآسيوية، وكلها اتفاقيات جاءت تحت عنوان حماية وترقية الاستثمار بين الدولتين، وكل هذه الاتفاقيات اعتمدت على تعريف موحد للاستثمار، يشمل مصطلحات موسعة كالأموال والأصول والحقوق ونشير على سبيل الاستدلال نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية التي جمعت بين الجزائر والنمسا²، بنصها " عبارة استثمار تضم كل عنصر من الأصول على اقليم أحد الطرفين المتعاقدين، المملوكة أو تحت الرقابة المباشرة أو غير المباشرة لمستثمر الطرف المتعاقد الآخر بما في ذلك: (1) الأملاك المنقولة والعقارية وكل حق عيني مرتبط بالملكية مثل القرض الإيجاري، الرهون، والامتيازات، والكفالة.

¹ صادقت الجزائر على اتفاقية انشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306، المؤرخ في 07-10-1995، ج ر ج ج، ع 59.

² الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية النمسا بشأن الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بفيينا، في 17 يونيو 2003، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327 المؤرخ في 10 أكتوبر 2004، ج ر ج ج، ع 66، الصادرة بتاريخ 13 أكتوبر 2004.

(2) أسهم وحصص وسندات شركة، وكل أشكال الأخرى من المساهمة في شركة.

(3) الديون النقدية أو كل الأداء ذات القيمة الملكية الفكرية، كما هي محددة في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها كل من الطرفين المتعاقدين، لاسيما حقوق التأليف والبراءات ونماذج الاختراع والنماذج المسجلة أو العلامات والأسماء الخارجية، وأسرار التجارة والأعمال والأساليب التقنية والمهارة.

(4) الحقوق أو الرخص الممنوحة قانونا أو بموجب عقد بما في ذلك الامتيازات الخاصة بالبحث والزراعة والاستخراج واستغلال الموارد الطبيعية أو قصد متابعة نشاط اقتصادي¹.

(5) مفهوم الاستثمار في التشريع الوطني:

لقد توالى القوانين الاستثمارية في الجزائر، وارتبط كل منها بالتوجهات السياسية والاقتصادية، التي زامنت فترة صدورهما. فقد تميزت السنوات العشر الأولى من الاستقلال، باتخاذ تدابير واجراءات تستهدف استرجاع السيادة الوطنية، على اقتصاد وثروات الدولة الجزائرية. وصار القطاع العام هو المسيطر على جل النشاطات الاقتصادية، حيث همش القطاع الخاص الوطني فضلا عن الأجنبي، لكن هذا الوضع لم يستمر طويلا، لأن كلا من الظروف الوطنية والدولية لم تسمح بذلك.

وللإشارة فقط فإنه إلى غاية تاريخ صدور الأمر رقم 01-03 لم يرد في التشريع الجزائري، أي تعريف للاستثمار، بخلاف الاتفاقيات الثنائية، التي تضمنت في جلها تفصيلات في العملية الاستثمارية، سواء من حيث مفهومها أو مجالها.

-قانون الاستثمارات رقم 63-277²:

¹ كذلك نجد الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية التونسية بشأن الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس، في 16 فبراير 2006، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، ج ر ج ج، ع 73، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 2006.

نذكر كذلك الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية صربيا بشأن الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر، في 13 فبراير 2012، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334 المؤرخ في 30 سبتمبر 2013، ج ر ج ج، ع 49، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2013.

² قانون رقم 63-277 المتضمن قانون الاستثمارات، المؤرخ في 26 يوليو 1963، ج ر ج ج، ع 53، صادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1963.

بتاريخ 26 جويلية 1963 أصدرت الجزائر المستقلة أول قانون يخص الاستثمارات، الذي قدم بعض الضمانات، ومنح مجموعة من الحوافز للمستثمرين، حيث نص في المادة الثانية منه "تطبق الضمانات والامتيازات المذكورة في هذا القانون على مستثمري رؤوس الأموال الأجنبية مهما كان أصلها."

وأكدت المادة الخامسة منه على مبدأ التساوي في معاملة الاستثمار الأجنبي، مع نظيره الوطني، "التساوي أمام القانون خاصة في اجراءاته الجبائية معترف به لكل الأشخاص الطبيعيين، والمعنويين الأجانب."

وعليه فإن قانون الاستثمارات رقم 63-277 اكتفى فقط بربط عبارة استثمار رؤوس الأموال، بالاستثمار الأجنبي المباشر دون تحديده. كما أن افتتاح هذا القانون بمثل هذه المواد، دليل على حاجة البلد في تلك الفترة لرؤوس الأموال الأجنبية. ورغبة السلطات في جلب المزيد منها، خاصة إذا تصفحنا بقية المواد التي تمنح مجموعة من الاعفاءات والتخفيضات، من بعض الحقوق والرسوم، وحرية تحويل أرباح الاستثمارات إلى الخارج، بالإضافة إلى حماية المستثمرين من المنافسة الخارجية في إطار السياسة الجمركية¹.

وكتقييم لهذا القانون فإنه لم يعرف تطبيقا من الناحية الواقعية، رغم الامتيازات التي جاء بها، وذلك لتخوف المستثمرين من عدم الاستقرار الاقتصادي في البلاد، وكذا نية النظام السياسي في اتباع المنهج الاشتراكي، إضافة إلى تميز الاقتصاد الوطني، بنقص المنشآت وارتفاع تكاليف الانتاج.

-الأمر رقم 66-284:²

لم يرد في هذا الأمر أي تعريف للاستثمار، ومن خلال استقراء نصوصه يتبين لنا أن المنظومة الجزائرية قد تبنت فيه موقفا حذرا، في مجال الاستثمار الأجنبي. بأن أسندت مبادرة تحقيق المشاريع الاستثمارية في القطاعات الحيوية، للقطاع العمومي.

¹ عبد الكريم بعداش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري خلال فترة 1996-2005، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص النقود والمالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2008، ص. 156.

² الأمر رقم 66-284، المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر ج ع 80، الصادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1966.

فالأحكام الواردة فيه تولد تراجعاً في موقف المشرع الجزائري، من الاستثمارات الأجنبية بالمقارنة مع القانون رقم 63-277 السالف الذكر، والذي كان أكثر وضوحاً. هذا القانون ينص صراحة استبعاد لأرس المال الخاص من مشاريع الاستثمار في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني، والمخصصة للدولة والهيئات التابعة لها¹.

وكتقييم لهذا القانون نقول بأنه قد فشل لأنه جاء بأحكام قاسية على المستثمر الأجنبي، ولم يطبق عليه. بل اقتصر تطبيقه على الاستثمارات الوطنية، وإبقاء رأسمال الوطني الخاص والأجنبي مهمشاً، وذلك راجع إلى استمرار سيطرة القطاع العام، إضافة إلى اختصاص المحاكم الجزائرية بالمنازعات المتعلقة بالاستثمارات. وهذا يتنافى مع إرادة الأجانب في استبعاد تطبيق القوانين الداخلية، كضمانة لاستثماراتهم، وتخوفهم وانعدام ثقتهم فيه.

-المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار²:

ألغى هذا المرسوم صراحة كل القوانين الصادرة، التي تعالج نفس الموضوع والقوانين المخالفة له³. باستثناء تلك المتعلقة بالحقوق، حيث أن هذا القانون جاء نتاجاً للإصلاحات التي شرعت الجزائر في تطبيقها منذ 1988. وهو التاريخ الذي تزامن مع انشاء المؤسسات العمومية الاقتصادية⁴. وقد حددت كل من المادتين الأولى والمادة 43 من المرسوم التشريعي المشار إليه أعلاه، الأشخاص القانونية المخاطبة بالاستثمارات المقامة، في مجال الأنشطة الاقتصادية، المنتجة لسلع أو خدمات من قبل المستثمرين الوطنيين الخواص أو المستثمرين الأجانب في الدولة، أو أحد فروعها أو لأي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي.

¹ تنص المادة الثانية منه على مايلي: "إن المبادرة الخاصة بتحقيق مشاريع الاستثمارات في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني، تعود للدولة وللهيئات التابعة لها."

² المرسوم التشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الاستثمار، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، ج ر ج ع 64، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

³ نشير إلى أنه قبل صدور هذا المرسوم، صدر القانون رقم 82-11، المؤرخ في 21 غشت 1982 المتعلق بالاقتصاد الخاص الوطني، ج ر ج ع 34.

⁴ زروال معروزة، المرجع السابق، ص. 67.

وتضيف المادة 43 ضمن قائمة المستفيدين من أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-12، كل من المستثمرين الخواص الوطنيين، والمستثمرين الأجانب في الدولة أو أحد فروعها، أو أي شخص معنوي بموجب نص تشريعي والمؤسسات الوطنية¹.

وبالتالي فإن هذا المرسوم لم يأتي بتعريف محدد للاستثمار، واكتفت المادة الأولى فيه بالإشارة إلى الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات، التي يجب أن تنجز في شكل حصص من رأس المال.

ولقد فشل هذا المرسوم التشريعي في جلب الاستثمارات الأجنبية إلى الجزائر، بدرجة كبيرة، ويظهر هذا من خلال التقرير الذي أعدته وكالة ترقية الاستثمارات، ودعمها ومتابعيتها (APSI)، حول وضعية الاستثمار الأجنبي في الجزائر لسنة 1997، وهذا التقرير يغطي الفترة الممتدة من سنة 1993 إلى غاية 1996، وخلالها بلغت الاستثمارات الأجنبية 369,41 مليون دولار، تمثل في 85 مشروعا في شكل شراكة، وهي بيانات تؤكد الضعف الكبير في الاستثمار الأجنبي، حيث لا تمثل المشاريع الأجنبية خلال هذه الفترة سوى نسبة 5,5% من مجمل المشاريع الوطنية.

ومن الأسباب التي ساهمت في فشل المرسوم التشريعي، هي الوضعية العامة للبلاد في غياب الاستقرار، الذي كان له أثر سلبي على وضعية الاستثمار في الجزائر، بنوعيه الأجنبي والوطني، الأمر الذي ولد تخوفا في نفوس المستثمرين خاصة وأن المتعاملين الأجانب يقومون بتقويم الوضعية الأمنية، والتي كانت لها آثار وخيمة أفستت صورة الجزائر، على المستوى الاقليمي والدولي.

وكذلك من الأسباب التي أدت إلى فشل المرسوم التشريعي رقم 93-12 هو ضعف البنية التحتية من خلال نقص الهياكل القاعدية، القادرة على استيعاب المستثمرين الأجانب.

¹ نصت المادة الأولى بما يلي: "يحدد المرسوم التشريعي النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية الخاصة، وعلى الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة، وعلى الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بانتاج السلع أو الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة، أو لفروعها، أو أي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي".

وكتيجة لهذا الفشل في العجز الكبير في جلب الاستثمارات الأجنبية للجزائر، فكرت في ترقية محيط الاستثمار بإيجاد آليات جديدة تمثلت في الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت المتعلق بتطوير الاستثمارات.

- الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار¹:

أمام الفراغ التشريعي في النصوص القانونية السابق عرضها، في عدم احتوائها على تعريف للاستثمار، تدارك المشرع الجزائري الوضع من خلال صدور الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار.

وقد تناولت المادة الأولى والثانية منه تعريف الاستثمار، وأزالت اللبس والغموض بشأنه، حيث نصت المادة الأولى بأن "يشمل كل الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع، والخدمات وكذلك الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتيازات والرخصة."

أما نص المادة الثانية فكالآتي:

"يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

(1) اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الانتاج، وإعادة التأهيل، وإعادة الهيكلة.

(2) المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

(3) استعادة النشاطات في إطار حوصصة جزئية أو كلية."

فمن خلال استقراء نص المادتين نستخلص أن العملية الاستثمارية، تكمن في استحداث نشاطات جديدة، وقدرات الانتاج، عن طريق الأصول أو المساهمات النقدية أو العينية في رأسمال المؤسسة. وكذا استعادة النشاطات في إطار حوصصة جزئية أو كلية، وهذا في إطار ما يسمى بمنح الامتياز لانجاز المشاريع والنشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات.

¹ الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ع 47، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006.

وإنه من أهداف هذا الأمر هو تشجيع قدوم المستثمرين الأجانب، وذلك بتوفير لهم النظام القانوني الجبائي والمالي المناسب، الذي يمنح لهم الحوافز والضمانات، لأنه قوام نجاح أي تشريع استثماري، هو التأكيد على ضمانات حرية الاستثمار ورفع القيود الإدارية، والتعهد بتجنب نزع ملكية المستثمر الأجنبي، إلا بشروط قانونية والتأكيد على التحكيم الدولي، وأن الأمر رقم 01-03 قد أكد على كل هذه الأمور.

- القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار¹:

أمام النكسة الاقتصادية التي تعرض لها العالم، من جراء انخفاض أسعار البترول في الآونة الآخرة، سعت الدول المعتمدة على الاستثمارات البترولية، ومنها الجزائر إلى التفكير بجدية في تعزيز وترقية الاستثمارات خارج قطاع المحروقات، لتجسد تحفيزاتها وضماناتها في استقطاب المستثمرين، والتعويل على المشاريع خارج قطاع المحروقات من خلال صدور قانون رقم 16-09 لترقية الاستثمار، المؤرخ في 03 أوت 2016، والذي تضمن تسهيلات جبائية وجمركية وعقارية للمستثمرين الأجانب، وتأكيد مبدأ المساواة² بين المستثمر الأجنبي والوطني³.

حيث أكدت المادة 21 من القانون على مبدأ المناصفة بنصها: " مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم ". كما شجع القانون على انشاء المشاريع الاستثمارية في مناطق الجنوب والهضاب العليا بنص المادة 13 منه: " تستفيد الاستثمارات المنجزة في المناطق المحددة قائمتها عن طريق التنظيم، التابعة لمناطق الجنوب والهضاب العليا، وكذا كل منظمة أخرى تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة... "

¹ القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ع 46، الصادرة بتاريخ 03 غشت 2016.
² SALEM Mahmoud, Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers. J.D.I., 1986, .N°3, .pp. 607 -608.

³ المادة 12 من القانون رقم 16-09 فقرة د، ه، و، ز. وكذلك الفقرة الأولى والثانية من المادة 13 من نفس القانون.

وقد أشارت المادة الثانية من القانون رقم 09_16 إلى المقصود من الاستثمار بنصها: " يقصد بالاستثمار، في مفهوم هذا القانون، ما يأتي:

1. اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الانتاج و/أو إعادة التأهيل.

2. المساهمات في رأسمال الشركة."

الفرع الثاني: صور الاستثمار الأجنبي:

ينقسم الاستثمار من ناحية مكان توظيفه، أو المنطقة الجغرافية التي يتم فيها الاستثمار، إلى استثمار داخلي أو وطني وهو الاستثمار الذي يقع داخل البلد المستثمر. أما الاستثمار الأجنبي فهو الاستثمار الذي يقع خارج البلد المستثمر، أي في بلد أجنبي عنه¹. وعليه يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه كل استخدام يجري من الخارج لموارد مالية يملكها بلد من البلدان، أو الاستثمار الذي يقوم به الأفراد أو الشركات أو الهيئات التي تتمتع بالجنسية الأجنبية². كما عرف أيضا بأنه توجيه جانب من أموال المشروع أو خبرته التكنولوجية، إلى العمل في مناطق جغرافية خارج دولته الأصلية³. وما دام أن موضوع الرسالة يتمحور حول الاستثمار الأجنبي بصفة عامة والمباشر بصفة خاصة، فسأهتم فقط بمعالجة الاستثمار الأجنبي بنوعيه المباشر وغير المباشر، من أجل وضع حدود فاصلة بين نوعيه.

أولاً: الاستثمار الأجنبي المباشر:

يمكن تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه تلك المشروعات المملوكة للأجانب، سواء أكانت ملكية كاملة، أم كانت بالاشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني، بما يكفل السيطرة على إدارة

(1) عبد الستار أحمد مجيد الحوري، المرجع السابق، ص. 40.

(2) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص. 20.

(3) محسن سفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مج القانون والاقتصاد، ع 1-2، القاهرة، مصر، 1977، ص. 238.

المشروع، ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر الأجنبي فرداً، أو شركة أجنبية أو فرعاً لإحدى الشركات الأجنبية، أو مؤسسة خاصة¹.

كما يرى " ريموند برنارد " الاستثمار الأجنبي المباشر على أنه: " يعبر عن مساهمة رأسمال مؤسسة في مؤسسة أخرى، يتم ذلك بإنشاء فرع لها في الخارج أو الرفع من رأسمالها، أو قيام مؤسسة أجنبية رفقة شركاء أجنب، أو هو وسيلة تحويل الموارد الحقيقية ورؤوس الأموال من دولة إلى دولة أخرى، وخاصة عند الابتدائية أي عند إنشاء المؤسسة"².

كما عرف أيضا بأنه تلك المشروعات التي يقيمها ويملكها ويديرها المستثمر الأجنبي، إما بسبب ملكيته الكاملة للمشروع، أو اشتراكه في رأس مال المشروع بنصيب يبرر له حق الإدارة³.

وعليه يتفق بأن الاستثمار الأجنبي المباشر هو الاستثمار الذي يفضي إلى علاقة طويلة الأمد، ويعكس منفعة وسيطرة دائمتين للمستثمر الأجنبي أو الشركة الأم، في فرع أجنبي قائم في دولة مضيضة غير تلك التي ينتميان إلى جنسيتها⁴.

ويأخذ الاستثمار الأجنبي المباشر شكل إقامة شركة أو إعادة شراء كلي أو جزئي لشركة قائمة في دولة أجنبية، سواء أكانت الشركة تمثل فروعاً للإنتاج أم للتسويق أم للبيع أم لأي نوع من النشاط الانتاجي أو الخدماتي، موزعة أنشطتها على عدد من الدول الأجنبية⁵.

وبذلك يشمل الاستثمار الأجنبي المباشر، ملكية أسهم رأس المال والأرباح المعاد استثمارها، وكذلك القروض من الشركة الأم للشركات التابعة في الدول المضيفة، طالما تؤدي إلى السيطرة على الأصول المستخدمة للإنتاج في الخارج¹.

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 95.

² BERNARD Raymond, Economie Financiere Internationale, Editions PUF, France, 1997.p.91.

³ نزيه عبد المقصود محمد مبروك، محددات وضمانات جذب الاستثمارات الأجنبية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014، ص. 14.

⁴ حسين نجم، الاستثمار الأجنبي المباشر، مقال منشور على شبكة الانترنت، مج الصباح، www.alsabaah.com اطلع عليه بتاريخ 12-2017-11

⁵ عبد الستار أحمد مجيد الحوري، المرجع السابق، ص. 41.

وقد تزايدت أهمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة بعد الحرب العالمية الثانية، نظراً لما خلفته الحرب من دمار كارثي في البنية التحتية في غالبية دول العالم، وكنتيجة حتمية لانهيار عديد من اقتصاديات دول العالم في تلك الفترة، وخروج بعضها الآخر في حالة سيئة، فقد ظهرت الحاجة للاستثمارات الأجنبية المباشرة². وفيما يلي عرض لتعريفات مختلفة صادرة عن الهيئات الدولية:

حيث عرفها صندوق النقد الدولي "بأنه استثمار مباشر حين يمتلك المستثمر 10% أو أكثر من أسهم رأس مال إحدى مؤسسات الأعمال، على أن ترتبط هذه الملكية بالقدرة على التأثير في إدارة المؤسسة"³.

فبحسب تعريفه فهو عملية يخول بموجبها لشركة ما، وسائل ممارسة السلطة الفعلية، على نشاط أو تسيير شركة موجودة في بلد آخر، فالاستثمار الأجنبي المباشر، ينجز لهدف تملك المصالح الدائمة في شركة تمارس نشاطها في إقليم اقتصادي، غير إقليم المستثمر، وهدف هذا الأخير هو الحصول على سلطة القرار الفعلي في تسيير الشركة⁴.

وعرفته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بأنه: "الاستثمار في مشروعات داخل دولة بواسطة مقيمين في دولة أخرى بحيث تزيد حصة هؤلاء المستثمرين الأجانب عن 50% من رأس المال، أو يتركز 25% فأكثر من الأسهم في يد شخص واحد، أو جماعة منظمة من المستثمرين حتى تكون لهم السيطرة على السياسات والقرارات في المشروع"⁵.

وعرفته منظمة التجارة العالمية "بأنه عملية يقوم بها المستثمر المتواجد في بلد ما، بحيث يستعمل أصوله في بلدان أخرى، هي البلدان المضيفة مع نية تسييرها".

¹ صفوت عبد السلام عوض، الاستثمار الأجنبي المباشر وامكانية تطويره في ضوء أحكام منظمة التجارة العالمية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية للاستثمار في مصر، المؤتمر العلمي الثالث لكلية الحقوق، جامعة بنها الفترة الممتدة من 17-18 ابريل، 2006، ص. 5.

² عبد الرحمن محمد العقيل، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، ط1، مركز الدراسات العربي، مصر، 2014، ص. 45.

³ نزيه عبد المقصود محمد مبروك، المرجع السابق، ص. 15.

⁴ Denis Tersan, Jean luc Bricout, L'investissement international, Armand Colin/Masson, paris, 1996, p. 05.

⁵ حمدي حمزة حمد حسن، الحوافز الضريبية وأثرها على جذب الاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة وتطبيقية على إقليم كردستان)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الاقتصاد والمالية العامة، جامعة المنصورة، مصر، 2014، ص. 20.

في حين عرف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "الاستثمار الأجنبي بأنه ذلك الاستثمار طويل الأجل، والذي يعكس منفعة للمستثمر الأجنبي أو الشركة الأم في فرع في دولة أخرى غير دولة المستثمر أو الشركة، بحيث لا تقل نسبته في المشاركة عن حد معين تجعل لها قوة تصويتية كمساهم إذا لم يكن شريكا في الإدارة".

ومن خلال عرض التعريفات السابقة نستنتج أن الاستثمار الأجنبي المباشر، هو عبارة عن انتقال لرؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصري التنظيم والإدارة، بحيث يترتب عليه إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجنب أو ملكية حصص، تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة.

ويعتبر هذا الشكل من أشكال الاستثمار المفضل للمستثمرين الأجنب، نظرا لأنه يتيح لهم السيطرة الفعلية على المشروع الاستثماري، وتوجيهه نحو أغراض الانتاج التي تخدم بالدرجة الأولى مصالحهم.

وتأخذ الاستثمارات الأجنبية المباشرة، بحسب ملكية المستثمر الأجنبي للمشروع، أحد الشكلين التاليين:

1) الاستثمارات الأجنبية المباشرة الثنائية أو المشروعات المشتركة:

تعرف الاستثمارات الأجنبية الثنائية أو المشروعات المشتركة، أنها الاستثمارات القائمة على أساس المشاركة مع المستثمر الوطني في رأس مال المشروع التجاري، سواء أكانت تلك المشاركة بنسب متساوية أو بنسب متفاوتة. تقدر عادة وفقا للظروف وبحسب ما هو مبين في التشريعات الوطنية الخاصة بذلك المجال¹.

وبذلك فإن هذا الشكل من أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر، يقوم على مبدأ الشراكة بين الطرفين، أو أكثر من بلدين أو أكثر، من خلال شراكة دولية، ويحدث ذلك في شكل مشروعات اقتصادية تندرج فيها عمليات انتاجية وتسويقية ومالية. تتم في دولة أجنبية (الدولة المضيفة)، وبمشاركتها،

¹ طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص. 49.

والاعتقاد السائد في الدول المضيفة، هو أن صيغة المشاركة تجعلها قادرة على الحصول على احتياجاتها من الموارد التكنولوجية والخبرات الإدارية دون أن تتخلى عن السيطرة ولو جزئياً، على المشاريع المقامة على أراضيها¹.

وحسب أبو قحف عبد السلام كان آراء بعض الاقتصاديين حول الاستثمار المشترك كما يلي²: يرى كولد kolde أن الاستثمار المشترك هو أحد مشروعات الأعمال الذي يمتلكه أو يشارك فيه طرفان (أو شخصيتان معنويتان)، أو أكثر من دولتين مختلفتين بصفة دائمة، والمشاركة هنا لا تقتصر على الحصة في رأس المال، بل يمتد أيضاً إلى الإدارة، الخبرة وبراءات الاختراع أو العلامات التجارية...إلخ.

ويرى تيربسترا TIRPISTRA أن الاستثمار المشترك ينطوي على عمليات انتاجية، أو تسويقية تتم في دول أجنبية، ويكون أحد أطراف الاستثمار فيها شركة دولية، تمارس حقاً كافياً في إدارة المشروع أو العملية الانتاجية بدون السيطرة الكاملة عليه.

من خلال هاذين التعريفين يمكن القول بأن الاستثمار المشترك، ينطوي على مجموعة من الخصائص هي كالآتي:

- يكون الاتفاق طويل الأجل بين طرفين استثماريين أحدهما وطني والآخر أجنبي، لممارسة نشاط انتاجي داخل دولة الطرف المضيف.

- يستوي أن يكون الطرف الوطني، شخصية معنوية تابعة للقطاع العام، أو الخاص.

- ليس بالضرورة أن يقدم المستثمر الأجنبي حصة في رأس المال، أي أن المشاركة يمكن أن تتم من خلال تقديم الخبرة أو العمل التكنولوجي، كما يمكن أن تكون على شكل تقديم المعلومات أو المعرفة التسويقية.

¹ باسم حمادي الحسين، الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) "عقود التراخيص النفطية وأثرها في تنمية الاقتصاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص. 22.

² أبو قحف عبد السلام، الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، دط، مصر، 2003، ص. 15، 16.

وفي جميع الحالات السالفة الذكر، لا بد أن يكون لكل طرف من أطراف الاستثمار المشترك، الحق في إدارة المشروع، وهذا كشرط ضروري، وهو يمثل العنصر الحاسم، في التفرقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر¹.

وقد أصبح الاستثمار الأجنبي عن طريق مشاركة رأس المال الوطني مع الأجنبي، أسلوباً مفضلاً من جانب كثير من الدول المضيفة لرؤوس الأموال الأجنبية الخاصة، ومعظم الدول النامية تأخذ بفكرة مشاركة رأس المال الوافد إليها، بما تقوم به من مشروعات، ويتم ذلك من خلال النص في قوانينها الداخلية على ضرورة اشتراك القطاع العام أو الخاص في رأس مال المشروع الأجنبي، وتحدد نسبة المشاركة في ضوء القانون الداخلي للدولة المضيفة².

ونسبة إلى هذا الموضوع فقد أشارت المادة الخامسة من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، إلى حق الدولة في تحديد نسبة المشاركة بقولها "يتمتع المستثمر العربي بحرية القيام بالاستثمار، في إقليم أية دولة طرف في المجالات غير الممنوعة على مواطني تلك الدولة وغير المقصورة عليهم. وذلك في حدود نسب المشاركة، في الملكية المقررة في قانون الدولة"³.

وفي الأخير نقول بأن هذا النوع من الاستثمارات الأجنبية المباشرة، تأتي نتيجة لحرص الدولة المضيفة لها على مشاركة المال القادم إليها فيما يقوم به من مشروعات. وهذه المشاركة قد تكون عن طريق رأس المال الوطني الحكومي، أو عن طريق رأس المال الوطني الخاص، أو أن تكون موزعة بين رأس المال الوطني العام والخاص. وعلى ذلك فإن مبدأ المشاركة يفترض أن المشروع الاستثماري، يتقاسم ملكيته رأس المال الوطني والأجنبي على حد السواء، ومن ثم ينشأ ما يسمى بالمشروع المشترك⁴.

(3) الاستثمارات الأجنبية المباشرة المملوكة بالكامل للمستثمر الأجنبي:

(1) سحنون فاروق، قياس أثر بعض المؤشرات الكمية للاقتصاد الكلي على الاستثمار الأجنبي المباشر "دراسة حالة الجزائر"، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، تخصص التقنيات الكمية المطبقة في التسيير جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2010، ص. 22.

(2) قد يشترط القانون أن تكون مساهمة العنصر الوطني في رأسمال المشروع الأجنبي بنسبة معينة كحد أدنى.

(3) عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 12.

(4) نزيه عبد المقصود محمد مبروك، المرجع السابق، ص. 18.

وهي تتمثل في قيام الشركات متعددة الجنسيات بإنشاء فروع لها للإنتاج أو التسويق أو أي نوع آخر من أنواع النشاط الانتاجي أو الخدمي، بالدولة المضيفة، على أن تكون لها الحرية الكاملة في الإدارة والتحكم في هذه النشاطات، ويعتبر هذا النوع من الاستثمارات الأكثر تفضيلاً لدى الشركات المتعددة الجنسيات¹.

تعرف الشركات متعددة الجنسيات بأنها مجموعة من الشركات، التي تتمتع بجنسيات دول مختلفة، ويتعدى نشاطها حدود دولة واحدة، وتتمارس إحداها - الشركة الأم - سيطرتها ورقابتها على الشركات الأخرى التي تسمى بالشركات الوليدة أو التابعة، عن طريق مساهمتها في رأس مال الشركة الوليدة، بنسبة تسمح لها بممارسة هذه السيطرة، وتخضع الشركات الوليدة لإدارة الشركة الأم في إطار استراتيجية عالمية واحدة.

وقد عرفها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، بأنها كيان اقتصادي يزاول التجارة والإنتاج عبر القارات وله في دولتين أو أكثر شركات وليدة أو فروع تتحكم فيها الشركة الأم، بصورة فعالة تخطط لكل قراراتها تخطيطاً شاملاً.

وقد باتت الشركات متعددة الجنسيات تمثل اليوم أكثر من 80% من الاستثمار الأجنبي المباشر، على مستوى العالم ككل، وقد أصبح للشركات متعددة الجنسيات السيطرة الكاملة، على بعض الصناعات التي تحتاج إلى تكنولوجيا عالية، مثل الحاسبات الإلكترونية، والآلات والأجهزة الصناعية، إضافة إلى عمل هذه الشركات في الدول النامية، في مجال إنتاج المواد الأولية، والإنتاج الزراعي، وفي قطاع الخدمات مثل التأمين والسياحة².

ومن خلال استقراء التعريفات السابقة للشركات متعدد الجنسيات نستنبط العناصر الرئيسية لتكوينها أو وجودها وهي:

¹ أبو قحف عبد السلام، الأشكال المرجع السابق، ص. 20.

² عبد الرحمن محمد العقيل، المرجع السابق، ص. 50.

(1) وجود مجموعة وحدات فرعية مستقلة تتمتع كل منها بشخصية قانونية، وذمة مالية مستقلة، وترتبط بالشركة الأم بعلاقات قانونية، وهذا لا يعني بالضرورة أن تكون الوحدة الفرعية أقل نشاطا وأصغر حجما من الشركة الأم، بل قد تكون أكبر حجما ونشاطا منها. كما هو الحال في الأنشطة التي تقوم بها شركات النفط القائمة في الدول المصدرة، مقارنة مع نشاط الشركة الأم القائمة في إحدى الدول النامية.

(2) التزام كل الوحدات الفرعية بسياسة اقتصادية موحدة، يضعها المركز الأصلي - الشركة الأم - في إطار استراتيجية عالمية.

(3) إلزامية ممارسة هذه السيطرة بواسطة أدوات وأساليب فنية، مستمدة من قانون الشركات، وبالأخص عن طريق المشاركة في رأس مال كل وحدة فرعية، بنسبة تكفي للسيطرة والإشراف عليها¹.

ثانيا: الاستثمار الأجنبي غير المباشر:

بعد التحديد لمفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر، يتوجب علينا التعرض إلى شقه الثاني في صورة الاستثمار الأجنبي غير المباشر، لأجل وضع الحدود الفاصلة بين موضوع الرسالة بدقة، وما يشابهه من مصطلحات.

يعرف الاستثمار الأجنبي غير المباشر بأنه تلك الاستثمارات التي تتدفق داخل الدولة، في شكل قروض مقدمة من أفراد أو هيئات أجنبية عامة أو خاصة، أو تأتي في شكل اكتتاب في الصكوك الصادرة عن تلك الدولة، أو في شكل المشروعات التي تقوم بها، سواء تم الاكتتاب عن طريق السندات التي تحمل فائدة ثابتة، أم عن طريق الأسهم، بشرط أن لا يكون للأجانب الحق في الحصول على نسبة من الأسهم تخولهم حق إدارة المشروع².

¹ طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص. 45.

² عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 17.

كما عرف بأنه امتلاك غير المقيمين لبعض الأوراق المالية، من أسهم وسندات لمنشآت وطنية، دون ممارسة أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم وإدارة المشروع الاستثماري، مقابل حصولهم على عائد نظير المشاركة المتمثلة بالأسهم والسندات¹.

وبالتالي فإن الاستثمار الأجنبي غير المباشر يقتصر فقط على انتقال الأموال النقدية، دون أن يكون للمستثمر الأجنبي ملكية كل أو جزء من المشروع الاستثماري، ولا يتمتع المستثمر الأجنبي، بالرقابة أو السيطرة واتخاذ القرار في هذا الشكل من أشكال الاستثمارات².

وقد تأخذ الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة عدة أنواع منها عقود الترخيص، وعقود التسويق، وعقود التصنيع، وعقود الإدارة، وعقود أو اتفاقات الوكالة، عقود تسليم المشروعات مع الانتاج³.

على أن أهمها هي القروض التي تقدمها الهيئات الخاصة، والأفراد وكذلك الاستثمار في حافظة الأوراق المالية، الذي يتضمن شراء الأسهم والسندات الدولية طويلة الأجل، سواء اتخذت صورة السندات الحكومية أو السندات التي تصدرها الشركات الخاصة، والذي لا يترتب على هذا الاستثمار نقل المهارات والخبرات الفنية، والتكنولوجيا الحديثة إلى الدول المضيفة.

وسيتيم التركيز على هذه الأنماط لعدة أسباب، منها شيوع استخدامها من الناحية العملية، ولكونها تعطي فرصة تواجد المستثمر الأجنبي، أو تمثله تمثيلاً ملموساً في الدولة المضيفة، وبالإضافة إلى كونها تحتم حصول المستثمر الأجنبي على تصريح الدخول للدولة المضيفة، التي تفتح أبوابها للاستثمارات الأجنبية وهو ما سنفصل فيه فيما يلي:

1) القروض التي تقدمها الهيئات أو الشركات الأجنبية الخاصة أو الأفراد:

¹ أشرف السيد حامد قبال، المرجع السابق. 19.

² عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص. 21.

³ هبة الله محمود محمد ابراهيم المزروقي، حماية الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل تحرير التجارة العالمية (مع دراسة خاصة بالاقتصاد المصري)، دكتوراه في الحقوق، قسم الاقتصاد والمالية العامة، جامعة المنصورة، مصر، ص. 09.

يقصد بالقروض المساعدات المالية المقدمة للدول لأجل اقتناء السلع والخدمات، على شكل تسهيلات مصرفية لتغطية العجز في النقد الأجنبي، فهي بمثابة إعانة لتمويل عجز ميزان المدفوعات، المترتب على بعض الدول من الاستيراد المتزايد من الخارج¹.

ويعد هذا النوع من القروض الشكل الغالب، في الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة، وتأخذ هذه القروض ثلاثة أشكال مختلفة كالآتي:

- القروض التي تقدمها الهيئات الخاصة أو الأفراد أو الشركات، وذلك لتوريد سلع وخدمات للدولة المقترضة، وتشمل أيضا القروض المقدمة من البنوك التجارية الخاصة، كتسهيلات مصرفية لغرض تمويل العجز الموسمي والمؤقت في حصيلة النقد الأجنبي للدولة المقترضة، وغالبا ما يكون الهدف من هذه القروض هو الربح التجاري.

- القروض التي تقدم وفقا للاتفاق الثنائي، بين الدولة المقرضة والدولة المقترضة، وفي الغالب تمنح هذه القروض لاعتبارات سياسية.

- القروض الدولية التي تحصل عليها الدولة المضيفة للاستثمار، من الهيئات الدولية ومنظمات التمويل العالمية، مثل منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية، وبرنامج الأمم المتحدة للتنمية، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، وصندوق النقد الدولي، ومؤسسة التمويل الدولية، ووكالة التنمية الدولية، وغيرها من المؤسسات والاقتراض من هذه الهيئات يعد حقا للأعضاء المشتركين، وعلى الرغم من كون عملية الاقتراض يترتب عليها مساعدة الدول النامية.

إلا أنه يعاب على هذه المؤسسات أنها غير قادرة على الاستجابة لطلبات الاقتراض، بسبب قلة مواردها وعدم كفايتها، كما وأن عدم عدالتها بسبب خضوعها لسياسة كبار المساهمين، وكثرة الروتين والتعقيد في اجراءات المنح، كانت وراء عدم تحبيذها والعزوف عنها².

(2) الاستثمار في حافظة الأوراق المالية:

¹ قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار)، ط2، دار هومو، الجزائر، 2006، ص. 27.

² طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص. 57.

وفقا لهذا الأسلوب¹ تقوم الدولة المستقطبة لرأس المال الأجنبي، بإصدار وطرح سنداتهما في الأسواق المالية الدولية، على أن يكون لكل سند قيمة معينة، وسعر فائدة محدد، وأجل معين يتم الوفاء بقيمته فيه، وهذا بمعنى أن الدولة المصدرة للسند، تبقى ملتزمة بالوفاء بقيمته عند حلول الأجل، إضافة إلى الفائدة المستحقة لحامل السند².

وكما يمكن أن تطرح الدولة نسبة من أسهم الشركات أو المشروعات التي تزمع إنشائها، وذلك للاكتتاب فيها من قبل الأفراد والمؤسسات الخاصة³.

وبناء على التعريف بكل من الاستثمار الأجنبي المباشر، والاستثمار الأجنبي غير المباشر، يمكن استنباط أوجه الاختلاف بين كليهما، والتي تقوم على أساس جوهري في ضابط السيطرة والرقابة، فكلما كان المستثمر الأجنبي يملك المشروع أو غالبية وتولى إدارته، كان الاستثمار مباشرا، أما إذا لم تخوله حصته في المشروع حق الإدارة، والسيطرة كان الاستثمار غير مباشر⁴.

وبالإضافة إلى معيار الرقابة والسيطرة، فإن الاستثمار الأجنبي المباشر منتج بطبيعته، ويضمن الاستخدام الأمثل للموارد، لأن المستثمر الأجنبي لا يقدم على استثمار أمواله، وخبراته في الدول النامية إلا بناء على دراسات عملية معمقة، حول الجدوى الاقتصادية للمشروع، الذي سوف يستثمر فيه أمواله⁵.

¹ يعد الاستثمار فيحافظة الأوراق المالية من أكثر الأشكال انتشارا، حتى نهاية الحرب العالمية الثانية، فقد كان مصدرا من مصادر التمويل الخارجي للدول النامية، لتراجع أهميته شيئا فشيئا إلى حد اختفائه، وتتلخص أسباب تراجع أهميته فيما يلي:
- عدم ثقة المستثمرين الأجانب بحكومات معظم الدول النامية، من حيث الوفاء بالتزاماتها، خاصة بعد توقف بعض الدول عن سداد التزاماتها، خلال الأزمة الاقتصادية، الذي كان بمثابة درسا قاسيا للمستثمرين الأجانب، جعلهم يفقدون الثقة بحكومات هذه الدول.
- فرض قيود قانونية غير مشجعة من بعض الدول الرأسمالية المتقدمة لتنظيم تداول السندات، التي تطرح للاكتتاب من جانب الدول الأخرى، في أسواقها المالية.

- قلة توافر أسواق أوراق مالية (بورصة) منظمة في البلاد النامية، وما يترتب لها من إعاقة حرية تداول السندات داخل الدول، مما يقلل من الطلب عليها، وحتى في حالة وجودها فإنها غالبا ما تكون محدودة وضعيفة، ولا تحتل صفقات طارئة أو عمليات مالية كبيرة. لنفاصل أكثر راجع عبد الستار أحمد مجيد الحوري، المرجع السابق، ص. 67.

² طالب برام سليمان، المرجع السابق، ص. 57.

³ عبد الستار أحمد مجيد الحوري، المرجع السابق، ص. 67.

⁴ محمد عبد العزيز عبد الله عبد، المرجع السابق، ص. 21.

⁵ عبد الرحمن محمد العقيل، المرجع السابق، ص. 51.

ويتشابه كلا من الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر، في أن كلا منهما يتضمن تحويلًا دوليًا لرأس المال، ويعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر، الصورة الأولى للاستثمار وأبسط أشكاله، لذلك فإن أطلق اسم الاستثمار مجردًا دون تحديد، فإن المقصود به يكون الاستثمار المباشر، وبناء عليه فإن تشريعات الاستثمار في البلدان النامية، لا تنظم إلا هذا النوع من الاستثمار، وهذا أمر منطقي لأن الحصول على مصادر الانتاج، هو الهدف المباشر والأول للدول المستوردة، للاستثمارات الأجنبية.

الفرع الثالث: أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر:

بالرغم من أن الاستثمار الأجنبي المباشر ينظر إليه، على أنه مصدر رئيسي من مصادر التمويل الخارجي، لبعض الدول النامية خاصة ذات الدخل المتوسط. إلا أنه هناك نقاشًا طويل حول أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر، في اقتصاد الدولة المضيف، حيث يؤيد فريق استقدام رأس المال الأجنبي، وفريق آخر يحذر من تشجيعه الذي يصوره على أنه نوع من الاستعمار الجديد، الذي يهدف إلى استغلال ونهب الفائض الاقتصادي للعالم النامي.

وعليه سوف نوضح أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر، من خلال هذين الاتجاهين على النحو التالي:

أولاً: الاتجاه الراض للاستثمار الأجنبي المباشر:

بحكم نتائج بعض التجارب للاستثمارات الأجنبية المباشرة، التي أكدت على أن ما تقوم به في الغالب الشركات متعددة الجنسية، ليس في حد ذاته خيراً محضاً، بل ترد عليه عدة نتائج سلبية مؤثرة بالدرجة الأولى على اقتصاد البلد المضيف، يتم حصرها في النقاط التالية:

- يؤدي اختلال توازن علاقات القوى بين أي شركة دولية عملاقة، ودول نامية إلى المساومة غير المتكافئة بينهما، وهذا نتيجة لامتلاك المستثمر الأجنبي للقوى الاحتكارية، والقدرات المالية والتكنولوجية ما يفوق قوة الدول النامية.

الأمر الذي ينتج عنه غبن وإجحاف في حقوق ومكاسب الطرف الآخر، خاصة وأن المستثمر الأجنبي سوف لن يفوت أي فرصة لزيادة قيمة الربح، عن طريق فرض ثمننا باهضا نظير ما يقدم من معرفة تقنية، وقد يلجأ إلى التلاعب بالأسعار.

وذلك عن طريق رفع أسعار السلع والخدمات المستوردة من أحد فروع الشركة الأم في الخارج، وتخفيض أسعار السلع المصدرة إليها بأقل من قيمتها السائدة المصدرة إليها، بأقل من قيمتها السائدة في السوق، كوسيلة مستترة لتضخيم الأرباح المتحققة لصالح الشركة الأم، وإخفائها عن الشركاء المحليين، أو تحاشي جهاز الضرائب في الدولة المضيفة، وتبديد دخول الضريبة التي من المفترض أن يحصل عليها الاقتصاد المضيف¹.

-يمكن أن تؤدي الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى خلق منافسة مع الصناعات المحلية، التي سوف تكون هذه الأخير لا محال، في مركز تنافسي ضعيف بالمقارنة مع المستثمر الأجنبي. الأمر الذي ينتج عنه كساد أو انهيار للصناعات الوطنية الناشئة أو الصغيرة، وبالتالي انخفاض الناتج القومي وسيطرة الشركات الأجنبية على السوق المحلية².

-يمكن أن تتسبب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، في رفع نسبة تلوث البيئة، من خلال الاستثمار في بعض الأنشطة والصناعات الخطيرة على البيئة بمجمل عناصرها، مثل الصناعات الاستخراجية النفطية، والتعدينية والغاز الطبيعي والصناعات البتروكيمياوية، وصناعة الأسمدة والأسمت بدلا من توطنها في دولها، حيث تخضع هذه الشركات -المستثمرة- في دولها لمعايير بيئية مشددة، بسبب تزايد الاهتمام الرسمي والشعبي، بهذا الأمر في حين لا يوجد أدنى اهتمام بذلك في معظم الدول النامية³.

ثانيا: الاتجاه المؤيد للاستثمار الأجنبي المباشر:

(1) عبد الستار أحمد مجيد الحوري، المرجع السابق، ص. 57.

(2) أمينة عز الدين عبد الله، التدفقات المالية من الدول النامية إلى الخارج، مع مصر المعاصرة، ع 413-414، يوليو، مصر، أكتوبر 1988، ص. 309.

(3) إيهاب عز الدين نديم، الاستثمارات الأجنبية المباشرة والتنمية الاقتصادية في العالم، المح العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، ع2، 1996، ص. 296.

كما سبق وأن بينا فإن الاستثمار الأجنبي المباشر، ينظر إليه على أنه مصدر رئيسي من مصادر التمويل الخارجي، خاصة للدول النامية ذات الدخل المتوسط، حيث أنه من المتوقع أن تحصل هذه الدول، من خلاله على التقنية الحديثة والمهارات التنظيمية والادارية¹، وعليه يمكن ذكر سلسلة من النتائج ذات الأهمية للاستثمارات الأجنبية المباشرة.

- إمداد الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، بوسائل وتقنيات الانتاج المتقدمة تكنولوجيا، إضافة إلى جلب رأس المال النادر في الدول النامية، وكذلك تدريب العمالة عليها.

- ارتفاع انتاجية الاقتصاد القومي، كنتيجة للمنافسة بين المشروعات المحلية، والمشروعات الأجنبية.

- تخفيض مستوى البطالة، لأنه من المعلوم أن تشغيل المشاريع الاستثمارية التي يقيمها الاستثمار

الأجنبي المباشر تحتاج إلى يد عاملة، و بالتالي يخلق هذا الاستثمار فرص عمل جديدة تؤدي إلى التخفيض في معدل البطالة في البلد المضيف للاستثمار. خاصة إذا تميز المشروع الاستثماري بالاستخدام المكثف لليد العاملة، بدلا من الكثافة الرأسمالية. هذا علاوة على دوافع المستثمر الأجنبي المتعلقة باستغلال اليد العاملة المنخفضة تكلفة في البلدان النامية².

- تدريب اليد العاملة المحلية، بحيث تتاح لها فرصة عمل بفروع الشركات الأجنبية، واكتسابها للمهارات التكنولوجية الحديثة، باستخدام أحدث أساليب العمل والتدريب، حيث يقوم العاملون بهذه الفروع بنقل واستخدام مهاراتهم ومعرفتهم الفنية، والادارية والعلمية، إلى الشركات الوطنية عندما يلتحقون بالعمل بها.

- إضافة الاستثمارات الأجنبية إلى التكوين الرأسمالي لاقتصاديات الدول النامية، وتعويض نقص المدخرات المحلية، نتيجة التدفق المتجدد لتلك الاستثمارات أو إعادة استثمار عوائدها³.

(1) محمد عبد العزيز عبد الله عبد، المرجع السابق، ص. 31.

(2) عبد الكريم بعداش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1996-2005، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص النقود والمالية، جامعة الجزائر، 2008، ص. 58.

(3) حمدي حمزه حمد حسن، المرجع السابق، ص. 22.

- كما تساهم الاستثمارات الأجنبية المباشرة، في خلق العديد من الوفورات الاقتصادية، التي تدفع حركة التصنيع في البلد المضيف، وذلك من خلال قيام المشروعات الجديدة أو الناشئة، بإنشاء بعض أو كل المرافق اللازمة لها¹.

كما يمكن لها أن تساعد على توفير بعض المستلزمات، وعناصر الإنتاج غير المتوفرة، وإنشاء مشاريع مساعدة تعمل على الرقي بمستوى العامل المحلي، كإنشاء معاهد لتدريب الأيدي العاملة الوطنية، على الآلات والأساليب الجديدة المتطورة².

- الاستغلال الأمثل للموارد الطبيعية حيث تمتلك بعض البلدان، موارد طبيعية ضخمة كالمعادن والأراضي الزراعية الشاسعة والمياه الجوفية... إلخ. غير أن الطاقات الإنتاجية الذاتية للبلد المعني لا تكفي لاستغلال كل هذه الموارد أو بعضها، الأمر الذي يجعل من الاستثمار الأجنبي المباشر، عنصراً مكملاً لهذه الطاقات الإنتاجية، ومن ثم إمكانية استغلال أكبر قدر ممكن من الموارد الطبيعية المذكورة سابقاً، والتي يتوفر عليها البلد المضيف لهذا النوع من الاستثمار³.

ونتيجة للأهمية الكبيرة للاستثمارات الأجنبية المباشرة، بالمقارنة مع سلبياتها، فقد أصبحت الدول، تسابق بعضها من أجل كسب أكبر قدر من المستثمرين الأجانب، بحيث أصبح هناك منافسة شرسة بين الدول لأجل استقطاب الاستثمارات الأجنبية، وأصبح على الحكومات أن تسعى جاهدة من أجل بسط أوفر التسهيلات، و ضمانات للاستثمارات الأجنبية، التي تصب لصالح مستثمر الأجنبي، جلباً وإغراء له لما يعود عليها بالنفع.

المطلب الثاني: الأشكال المختلفة لعقود الاستثمار الأجنبي:

¹ هدى محمد صبحي مصطفى، ورقة عمل مقدمة في المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر للاقتصاديين، المنعقد من 24 إلى 26 نوفمبر، بعنوان دور الاستثمار الخاص في تحقيق أهداف التنمية، القاهرة، مصر 1988.

² محمد عبد العزيز عبد الله عبد، المرجع السابق، ص. 34.

³ عبد الكريم بعداش، المرجع السابق، ص. 58.

سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى كل من عقود البترول بأنواعها كفرع أول، والفرع الثاني لعقود التعاون الصناعي، وعقود الأشغال العامة كفرع ثالث.

الفرع الأول: عقود البترول:

يعد البترول عصب اقتصاد جل الدولة المنتجة له، فعقود البترول هي أحد أهم العقود الدولية، ذات الأهمية الكبرى في خدمة البلاد وعمارها من جهة، وإثراء المتعاقد الآخر من جهة أخرى. أكثر من هذا فإن ميزانيات الدول المنتجة للبترول، محكومة باضطراب أسعار هذا المعدن. وقد تزايدت أهميته عقود الاستثمار في البترول، مع تطور الحركة الاقتصادية وتشعب مجالاتها، بحيث يكفي للتنويه بهذه الأهمية، التأمل في الأزمات الضائقة، التي تمر بها بلدان العالم عند فقدان النفط، أو نقصانه، بحيث يؤثر في مسيرة حياة الناس عامة واقتصاد البلاد خاصة.

ومن خلال تصفح مسيرة الدول المنتجة للبترول، وأصحاب الشركات الكبرى المنقبة والمستغلة له، عرفت عقود البترول، عدة صور تنوعت وتطورت بحسب الأوضاع الاقتصادية والسياسية التي سيطرة على العالم، والتي تنوعت بين عقود الامتياز، وعقود المشاركة، وعقود المقاوله، وعقود اقتسام الأرباح، وهي العقود التي سنعالجها في شكل فروع.

أولاً: عقود الامتياز البترولي:

تعد عقود الامتياز البترولي الصورة التقليدية لعقود البترول، حيث ترجع نشأتها إلى أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين¹. وبمقتضاها تمنح الدولة المضيفة للاستثمار للشركة الأجنبية حقا خالصا وقاصرا عليها، في البحث والتنقيب عن المواد البتروولية في إقليمها، واستخدام واستغلال الناتج البتروولي خلال فترة زمنية محددة².

وعليه تعرف عقود الامتياز البترولي بأنها "ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق، في البحث والتنقيب عن الموارد البتروولية خلال فترة زمنية محددة، مقابل حصول

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.50.

⁽²⁾ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، المرجع السابق، ص. 175.

هذه الدولة على حصص مالية معينة¹. كما عرف بأنه منح حق البحث عن البترول واستغلاله لشركة أجنبية، يكون لها حق مطلق في التصرف في عمليات تنمية المورد البترولي، وبالمقابل يقتصر دور الدولة منحة الامتياز، على الإشراف العام في إطار القوانين العامة للدولة، على أن تدفع للدولة جزء من العائد.

يفهم من التعاريف المشار إليها أعلاه، أن عقود الامتياز البترولي، هي اعتراف الدولة المضيفة للاستثمار بحق الطرف الأجنبي، في البحث والتنقيب في مساحات معينة، وخلال فترة زمنية هي الأخرى محددة، مقابل مبلغ معين يتفق على منحه للدولة المضيفة، كما هو الحال في الصيغ التعاقدية القديمة، أو وفقا لترتيبات تعاقدية، تقوم على تحديد نسبة مئوية لكل من الطرفين، كما هو الحال في التعاقدات المعاصرة.

وتجدر الإشارة إلى أن عقود الامتياز القديمة، اتسمت بأنها محجفة في حق الدول المنتجة للبترول، وخاصة الدول العربية النامية. حيث مثلت عقود الامتياز البترولي، المرحلة السيئة للدول المنتجة، التي استغلت فيه الدول الأوروبية المستعمرة الفرصة، بما تملكه من آلات ورؤوس أموال، في نهب الثروات البترولية للدول النامية.

إذ فرضت الشركات الأوربية خلال فترة عقود الامتياز البترولي، شروطا تعاقدية تعسفية في حق الدول المنتجة، والتي كان يعترف فيها بالحقوق المطلق للشركات الأجنبية، في البحث والتنقيب والاستخراج والتكرير وحتى تصدير المواد الخام، نظير عوائد معينة وغير معتبرة تمنح للدولة المنتجة، وخلال فترات طويلة الأجل، ودون أن تفرض على هذه الشركات، أية رسوم أو ضرائب في أغلب الأحيان².

وإن مرد اجحاف عقود الامتياز البترولي، في حق الدول المنتجة له، يكمن في أثر الظروف المحيطة بهذه العقود، والتي تتلخص في عدم تقدير حكومات الدول المنتجة للبترول، قيمة تلك المادة

¹ سراج حسن أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 44.

² عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص. 30.

ولا أهميتها الاقتصادية، إلى جانب افتقار الدولة المنتجة للبتروول في العادة لرؤوس الأموال، وكذلك الخبرة الفنية والتقنية.

بالإضافة إلى غلبة الطابع السياسي على العقد البتروولي، حيث كان يتم إبرام هذه العقود في ظل ظروف سياسية، لم تعط فيها للدولة مانحة الامتياز، القدرة على مناقشة ومفاوضة شروط الامتياز، على أساس أن معظم الدول المنتجة للبتروول، كانت واقعة تحت وطأة الاحتلال، من جانب الدول الاستعمارية الأوروبية الكبرى، والتي تنتمي إليها الشركات الأجنبية، الرائدة في مجال البتروول. ومن الطبيعي تصور أن الدول المستعمرة، هي دائما الطرف المساند لرعاياها المستثمرين، أو أصحاب الامتياز، عن طريق الضغط على حكومات الدول المنتجة للبتروول، من أجل منح عقود امتياز البتروول بالشروط التي تتفق مع مصالح رعاياها المستثمرين أو الشركات الأجنبية التابعة لها¹.

بل أكثر من وضع الدول المنتجة للبتروول تحت تسلط الشروط التعسفية، التي تضمنتها هذا النوع من العقود، نجد سلب ملكية البتروول المستخرج للدولة المنتجة له، ومن الأمثلة الشهيرة على ذلك نجد عقد الامتياز البتروولي المبرم في 29 ماي 1901 بين شاه ايران والمليونير البريطاني وليام دارسي، والذي يعد أول عقد امتياز بتروولي، تم إبرامه في منطقة الشرق الأوسط، والذي منح طبقا للمادة الأولى من العقد للطرف الأجنبي، الحق في البحث عن البتروول ومشتقاته، واستغلاله ونقله وتسويقه وبيعه لمدة (60) ستون عاما².

نلاحظ من خلال عرض ما سبق أن نظام الامتياز النفطي، لم يفسح المجال بالمشاركة لأي جهة وطنية سواء أكانت حكومية، أم خاصة، كما أنه لم يسمح لحكومات الدول المنتجة، بالقيام بأي دور فعال في ادارة صناعة النفط، بحيث كانت حصة الأسد تؤول كلها للطرف الأجنبي المستثمر، بحكم قدرته وخبرته، وتملكه لرؤوس المال، والضعف السياسي والاقتصادي لأغلبية الدول المنتجة للبتروول خلال تلك الحقبة الزمنية.

¹ (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 50.

² عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 39.

ليتغير الوضع السائد عقب الحرب العالمية الثانية، بتغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول المنتجة للبترو، وزيادة الوعي بقيمة هذه الثروة ومالها من تأثير فعال، في مسار اقتصاديات التنمية العامة¹. حيث ما فتئت الدول المنتجة للنفط، أن تحصل على استقلالها السياسي والاقتصادي، حتى طالبت بإعادة مراجعة عقود الامتياز المبرمة، مع هذه الشركات.

والدخول في مفاوضات لتغيير شروط العقد البترو، وظهور نماذج جديدة في مجال عقود البترو تجسدت في عقود المشاركة والمقاولة واقتسام الانتاج، حيث أصبحت هذه النماذج، أهم الأدوات القانونية المستحدثة في التعامل بين الدول المنتجة المضيفة والشركات المستثمرة، وكبديل لنظام الامتيازات التقليدية البتروية.

ثانيا: عقود المشاركة البتروية:

ظهرت عقود المشاركة البتروية بعد عقود الامتياز التقليدية، التي تميزت بسيطرة الشركات الأجنبية الكبرى، العاملة في مجال البترو، من حيث هيمنتها التامة على صناعته. من خلال الاعتراف لها بحقها المطلق في البحث والتنقيب عن البترو واكتشافه، كما كان لها الحق في انتاجه ونقله وتكريره وتسويقه. بحيث لم تقدم هذه العقود أية فرصة للدول المنتجة، للمشاركة في استغلال ثرواتها النفطية، مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها.

وإذا كان حقيقيا أن بعض عقود الامتياز البترو، قد نصت على امكانية مشاركة الدولة المنتجة للبترو، في رأس مال الشركة صاحبة الامتياز، بيد أن هذه النصوص لم توضع قط موضع التنفيذ. ولقد ظل هذا الوضع قائما حتى بعد تطبيق قاعدة مناصفة الأرباح، والتي لم تستهدف سوى زيادة العوائد المالية للدول المنتجة.

وعليه فإن المقصود من عقود المشاركة البتروية هو قيام الدولة المنتجة للنفط، في الاشتراك بجزء من رأس مال الشركة، التي تقوم باستثمار البترو، فتصبح الدولة المضيفة للاستثمار، مشاركة أو مساهمة في هذه الشركة الأجنبية المستثمرة. بحيث يكون لها ممارسة أعباء وتحمل مسؤوليات الادارة،

¹ (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 52).

وبتملك جزء من أموال المؤسسة، يكون له أثره الداخلي في ادارة وتوجيه المؤسسة. على أنه من بين أهم الأسباب والدوافع التي أدت إلى ظهور هذا النوع من العقود، هو إقدام الدول المنتجة للنفط، على انشاء مؤسسات نفطية عامة¹.

بمعنى أن عقود المشاركة البترولية، هي عبارة عن اتفاق يبرم بين الدولة مانحة الامتياز طرف، وإحدى مؤسساتها الوطنية، ومستثمر أجنبي طرف آخر، ويحصل الطرف الأخير، على حق امتياز البحث واستغلال الثروات البترولية، في مساحة محددة من إقليم الدولة ولمدة زمنية معلومة². ويمكن تصور هذا النوع من عقود المشاركة البترولية، إما عن طريق المشاركة في انشاء شركة مختلطة تتمتع بالصفة القانونية، تشمل كل من الدولة المضيفة والمشروع الأجنبي، أو عن طريق خلق مشروع مشترك لا يتمتع بالشخصية القانونية، أي هيئة منشأة بواسطة الطرفين المتعاقدين، لا تتمتع بالشخصية القانونية، تقوم بتنفيذ العمليات المتفق عليها، والعقد نيابة عن الطرفين. وعليه لا يمكن تصور محل المشاركة في عمليات الاكتشاف والانتاج فقط، وإنما يمتد أثر المشاركة ليشمل أيضا كل العمليات الخاصة بالتسويق³.

على أن عقود المشاركة البترولية تنص كقاعدة عامة، على أن يتشارك الجانب الوطني بحصة في رأس المال الشركة أو المؤسسة مع الطرف الأجنبي، غير أنها تتباين فيما بينها، فيما يتعلق بمقدار هذه الحصة. ففي بعض العقود كانت نسبة مشاركة الطرف الوطني، أقل من نسبة مشاركة الطرف الأجنبي، مثلا أن تكون نسبة المشاركة 10% من رأس المال. وفي البعض الآخر كانت نسبة مشاركة الطرف الوطني والطرف الأجنبي متساوية 50% لكل طرف، ونجد نوع آخر من عقود المشاركة البترولية، بحيث تكون نسبة مشاركة الطرف الوطني تمثل الأغلبية من رأس مال الشركة 51%⁴.

(1) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 25.

(2) غسان رباح، العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، ط1، مطبعة دار الفكر اللبناني، بيروت، لبنان، 1988، ص. 42.

(3) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، المرجع السابق، ص. 184.

(4) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 82.

ويعتبر قانون النفط الإيراني، الصادر في 31 يوليو 1957 أول تشريع في منطقة الشرق الأوسط، اعتمد على عقود المشاركة في مجال صناعة البترول "فقد نص هذا القانون على أنه يجب على الشركة الوطنية الإيرانية للنفط أن تمتلك على الأقل 30% من رأس مال الشركة الأجنبية المستثمرة"¹. وتوج هذا القانون بأول عقد مشاركة تم إبرامه في مارس 1957 بين الشركة الإيرانية للبترول، والشركة الإيطالية "أجيب" "AGIP"، وهي إحدى فروع المؤسسة الإيطالية "أيني"، وبموجب هذا العقد أنشأ الطرفان شركة مختلطة تدعى "الشركة الإيرانية الإيطالية للبترول" « Societe Irano Italienne des petroles » « S.I.R.I.P »

تتولى هذه الشركة أعمال البحث والانتاج والتوزيع وبيع البترول ومشتقاته، وتم تسجيلها على أنها شركة إيرانية، وتخضع للقوانين الإيرانية وكل المسائل التي لم يتناولها العقد، مع الاعتراف لها بالشخصية القانونية المستقلة عن الأطراف².

وبموجب أحكام العقد الإيراني الإيطالي لتأسيس الشركة المختلطة، يتم توزيع البترول المنتج بين الطرفين، ويكون للشركة المتعاقدة "أجيب" الحق في الحصول نسبة معينة من النفط، وتحصل الحكومة الإيرانية على نسبة 50% من الأرباح الصافية، التي تحققها الشركة المختلطة، ويوزع الباقي على الطرفين مناصفة، وهو ما يجعل الحكومة الإيرانية تحصل في نهاية الأمر على نسبة 75% من القيمة الاجمالية للأرباح³.

وبصفة عامة تنص عقود المشاركة البترولية، على أن تتحمل الشركة الأجنبية وحدها مسؤولية البحث، والتنقيب عن البترول، وتمويل هذه العمليات، إلى أن يكتشف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجاري.

(1) المرجع نفسه، ص، 77

(2) سراج حسن أو زيد، المرجع السابق، ص. 67.

(3) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 77

فإذا حصل ولم توفق الشركة الأجنبية في إيجاد البترول، أو تم إيجاده ولكن بكميات لا تصلح للاستغلال التجاري، فإن الخسارة تتحملها الشركة الأجنبية وحدها، دون أي التزام بالتعويض يقع على عاتق الحكومة أو الدولة المستضيفة للاستثمار.

أما إذا تم اكتشاف البترول بالكميات التجارية، الصالحة للاستغلال التجاري، فإن الدولة المستضيفة تشترك مع الشركة الأجنبية، في إعداد الحقل المكتشف للانتاج، ويساهم الطرفان في تمويل المشروع¹. ويحصل كلا الطرفين الوطني والأجنبي، على حصته حسب بنود العقد، على أن حصول الدولة على نصيبها من الأرباح، لا يتعارض مع حقها في فرض الضرائب والرسوم التي تحصل عليها عادة من الشركات العاملة لديها.

وفي الأخير نشير إلى أن عقود المشاركة البترولية، تحقق العديد من المزايا بالمقارنة مع عقود الامتياز التقليدية، من حيث أنها قد أعطت للدولة المضيفة، وسيلة للدخول في مجرى العمليات المتعلقة باستغلال النفط، يمكن إجمال هذه المزايا في النقاط التالية:

- تسمح عقود المشاركة البترولية للدولة المضيفة، بالسيطرة على مصادر ثروتها الوطنية، بما تمارسه من رقابة داخلية على المشروع. وذلك بما لها من حيازة مقاعد تمثيل، في مجلس ادارة الشركة القائمة بالعمليات التقنية والاستخراجية².

- من أهم ايجابيات عقود المشاركة البترولية، هو ضمان الوضع المريح والمطمئن للدولة المضيفة، بدليل أن أحكام هذه العقود تلزم فقط الطرف الأجنبي، ببذل المصاريف الأولية، في البحث والتنقيب عن النفط. بحيث لا يلتزم الطرف الوطني بالمشاركة أو المساهمة في هذه النفقات، إلا بعد تأكد وثبوت اكتشاف البترول، وبالكميات الصالحة للاستغلال التجاري.

فإذا ما وقع ولم توفق الشركة الأجنبية في إيجاد البترول، أو تم إيجاده ولكن بكميات غير كافية للاستغلال التجاري، تتحمل الشركة الأجنبية، وحدها مسؤولية الأضرار والخسارة الحاصلة. وعليه

¹ (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 53.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

يمكن القول بأن عقود المشاركة البترولية، هي بمثابة ضمانات، تضع الدولة المضيفة، في مركز مريح مقارنة مع الشركة الأجنبية¹.

-تمنح عقود المشاركة البترولية للدولة المضيفة، فرصة اكتساب خبرات فنية في مجال البترول، من خلال المشاركة والاحتكاك مع الخبراء الأجانب والاكتساب منهم. والتي تعد أبرز إيجابيات عقود المشاركة، من خلال إتاحة فرصة تكوين خبراء وطنيين، وهذا راجع لكون أن افتقار الدولة المنتجة للبترول، للخبرات والتقنيات الاستخراجية، تشكل أهم عائق يركز الدول المنتجة في مركز المطالب، بهذه النوع من العقود، لعدم توفرها على الخبرة والقدرة، في مجال استخراج والصناعات البترولية.

-تحقق عقود المشاركة التي يشترك فيها الجانب الوطني ب 50% على الأقل من رأس مال الشركة القائمة بالعمليات، نصيبا من الأرباح لا يقل عن 75% من الأرباح الصافية. بحيث أن 50% مقابل الضرائب والإيجارات، ونسبة 25% مقابل المناصفة كشريك في الأرباح الصافية².

وأخيرا نشير إلى أن تطور العقود النفطية، لم يتوقف عند حد نبذ عقود الامتياز البترولي التقليدية، وتبني نظام عقود المشاركة البترولية، بل تطور الأمر إلى تبني نوع جديد من العقود في هذا المجال عرف باسم عقد المقاول البترولية.

ثالثا: عقود المقاول النفطية:

يعرف عقد المقاول بأنه اتفاق يلتزم بموجبه أحد الأطراف، بتنفيذ عمل معين خلال فترة زمنية محددة، ولقاء أجر محدد، وبانتهاء تنفيذ العمل، وحصول المقاول على أجره من صاحب العمل، تنتهي صلة المقاول بالمشروع³.

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 76.

² المرجع نفسه، ص. 87.

³ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 54.

إلا أن عقود المقاوله البتروليه تختلف نوعا ما عن التعريف السابق، من حيث أن صاحب العمل أو المشروع، هو ممثل في الدولة أو الشركة الوطنية، التي تستعين بمقاول أجنبي ممثل في شركة أجنبية، تتولى هذه الأخيرة مسؤولية الكشف عن البترول وإعداده للإنتاج، على أن تتحمل الشركة الأجنبية كافة المصاريف ومسؤولية المخاطر، التي تكثف هذه العمليات منذ بداية المشروع¹.
على أن المقاول الأجنبي في هذا النوع من العقود، لا يتحصل على أجر مثل عقود المقاوله العادية، وإنما كسبه معلق على شرط إيجاد البترول، فإنه في هذه الحالة فقط يسترد ما تكبده من مصاريف أنفقها على المشروع، بالإضافة إلى نصيبه المحدد من الإنتاج أو الأرباح في العقد المبرم مع الدولة المضيفة للاستثمار².

ولقد تم اعتماد هذا النوع من العقود لأول مرة في منطقة الشرق الأوسط³، في دولة إيران عندما تم إبرام عقد مقاوله بين الشركة الفرنسية للبحث والأنشطة النفطية "ايراب"، مع الشركة الوطنية الإيرانية للنفط في 27 اغسطس 1966⁴.

وطبقا لهذا النوع من العقود فإن الشركة الأجنبية المتعاقدة، لاتعتبر صاحبة امتياز كما كان عليه الحال في ظل عقود الامتياز، أو شريكا كما هو عليه الحال في عقود المشاركة، وإنما في عقود المقاوله فإن المستثمر الأجنبي يعتبر مجرد مقاول، يعمل لحساب الشركة الوطنية المتعاقده معها.
وتتولى الشركة الأجنبية القيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وإنتاجه وتسويقه، وتحمل هذه الأخيرة وحدها النفقات اللازمة لعمال البحث والتنقيب. فإذا لم تسفر أعمال البحث والتنقيب عن اكتشاف البترول بكميات تجارية كافية، فإن المبالغ التي أنفقتها الشركة الأجنبية المقاوله، تضيع ولا تعوض من قبل الدولة المضيفة للاستثمار.

¹ غسان رباح، المرجع السابق، ص. 35.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 54.

³ ظهر هذا النوع من العقود لأول مرة في المكسيك عام 1950 بين الشركة الوطنية للنفط بيمكس pemex والشركة الأمريكية.

⁴ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 88.

أما إذا اكتشف النفط بكميات تصلح للاستغلال التجاري، فإنه في هذه الحالة فقط تعتبر المبالغ المتكبدة في عمليات البحث والتنقيب، بمثابة قروضا بدون فائدة، تلتزم الشركة الوطنية بسدادها خلال الفترة المتفق عليها. كما تلتزم الشركة الأجنبية المقاول، بتوفير الأموال والمعدات اللازمة لتمويل عمليات تقييم وتطوير حقول البترول المكتشفة. إلا أن ما تجدر الإشارة إليه أن هذه الأموال تعد قروضا بفائدة تلتزم الشركة الوطنية بسدادها¹.

ولذلك فإن المقاول في هذا النوع من العقود، لا يتحصل على أجر محدد مسبقاً، كما هو معمول به في عقود المقاول العادية، وإنما أجره مرهون بنجاحه في إيجاد البترول من عدمه، لأنه يسترد ما أنفقه على مشروع البحث والتنقيب من جهة، ويثبت له حق الحصول على نسبة معينة من الأرباح أو الانتاج بأسعار خاصة طوال فترة العقد أو الالتزام من جهة أخرى، ويستمر في الحصول على هذا النصيب لفترة تتراوح بين 20 و 30 سنة بموجب عقد المقاول².

وعقود المقاول البترولية مثلها مثل عقود المشاركة البترولية، تتمتع بمجموعة من الخصائص التي يمكن إجمالها فيما يلي:

- تتميز عقود المقاول البترولية عن عقود الامتياز البترولي، وعقود المشاركة البترولية، في ضمان الملكية التامة للشركة الوطنية ملكية البترول، ولكافة الأصول الثابتة والأصول المنقولة، التي تستخدمها الشركة الأجنبية أو المقاول، وهذا راجع لكون أن الشركة الأجنبية، هي مجرد مقاول لا صاحبة امتياز ولا شريكة أو مساهمة في العقد المبرم بين الطرفين.

- تضع عقود المقاول البترولية الشركة الوطنية موضع الراحة والطمأنينة، من حيث الالتزام الملقى على عاتق الشركة الأجنبية المقاول فقط، إذ تتحمل لوحدها كامل نفقات البحث والتنقيب عن البترول، والتي تعتبر قروضا بلا فائدة تدفعها الشركة الوطنية فقط، في حالة توفيق ونجاح الشركة الأجنبية في إيجاد البترول، بكميات تجارية صالحة للاستغلال التجاري.

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 89.

² غسان رباح، المرجع السابق، ص. 42.

أما في حالة عدم توفيق الشركة الأجنبية، في إيجاد البترول أو إيجاد كميات غير تجارية، فهنا تتحمل الشركة الأجنبية، وحدها الخسارة المتكبدة في البحث والتنقيب عن البترول.

-تمكن عقود المقاوله البترولية الشركة الأجنبية أو المقاوله، من الاستفادة من شراء نسبة معينة من النفط بأسعار خاصة، وفقا لما هو متفق عليه في العقد.

-لا تلتزم الشركة الأجنبية المقاوله تجاه حكومة الدولة المضيفة، بدفع أية إيجارات أو عوائد، كما تعفى الشركة الأجنبية، من دفع أية ضرائب أو رسوم، وتلتزم بها الشركة الوطنية، باعتبارها المالك الوحيد للنفط المنتج¹.

-تتميز عقود المقاوله في انفراد الشركة الأجنبية المقاوله وحدها، في ادارة عمليات البحث والتنقيب واكتشافه، أما بعد إيجاد النفط بكميات تجارية صالحة للاستغلال التجاري، فإنه تحول أعمال الادارة إما إلى التعاون والتشاور بين الطرفين، عن طريق تشكيل لجنة تتكون من عضوين، أحدهما ممثل للشركة الوطنية والآخر ممثل للشركة الأجنبية². وإما استمرارية انفراد الشركة الأجنبية في إدارة الأعمال الادارية مع استشارة الشركة الوطنية باعتبارها المالك الأصلي للبترول³.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن عقود المقاوله النفطية، تتميز بقصر مدتها بالمقارنة مع عقود الامتياز البترولي والمشاركة البترولية، التي كانت تصل مدة الالتزام فيها إلى مدة 60 سنة، أما عقود المقاوله البترولية لم تكن لتتجاوز 34 سنة⁴. أكثر من هذا فإن الدولة صاحبة النفط، هي التي تخطط العمليات وتتخذ بشأنها أنسب القرارات التي تتفق والمصلحة العامة.

رابعا: عقود اقتسام الانتاج:

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، المرجع السابق، ص. 91.

² نذكر مثال عقد المقاوله المبرم بين الشركة الوطنية العراقية والشركة الفرنسية ايراب على أن تتولى ادارة العمليات لجنة مشكلة من عضوين اثنين أحدهما عن الشركة الوطنية العراقية والآخر عن الشركة الفرنسية، وذلك لابداء الرأي حول القضايا ذات الصلة بعمليات الاستثمار. وبعد مرور خمس سنوات من تاريخ اكتشاف النفط بكميات تجارية تنتقل ادارة العمليات الى الشركة الوطنية العراقية على أن تحصل على موافقة الشركة "ايراب" على القرارات التي من شأنها احداث تغيرات رئيسية في التكاليف أو حجم الانتاج.

³ عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 40.

⁴ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، المرجع السابق، ص. 91.

في هذا النوع من العقود يقوم الشريك الأجنبي بعمليات التنقيب والبحث عن البترول، وبعد نجاح عملية التنقيب يقوم بعملية الاستغلال، بالاشتراك مع شركة وطنية، لمدة معينة مقابل جزء من المنتج، يتحصل عليه الطرف الأجنبي، بعد تغطية التكاليف التي سبق وأن تحملها هذا الأخير في عمليات البحث والتنقيب، وتختلف نسبة ما تأخذه الشركة الوطنية من بلد لآخر¹.

بموجب هذا النوع من العقود يتحمل الطرف الأجنبي، كافة مصاريف البحث والتنقيب عن البترول وتطويره وانتاجه، فإذا لم يتحقق اكتشاف البترول، بكميات تصلح للاستغلال التجاري، فإن الطرف الأجنبي، يتحمل وحده كافة المصاريف، دون أن يكون له الحق في الحصول على أي تعويض. أما في حالة اكتشاف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجاري، فإنه يكون من حق الطرف الأجنبي استرداد هذه المصاريف، في شكل نسب معينة من البترول المنتج، يتم الاتفاق عليها في العقد².

وما تجدر الإشارة إليه أن عقود اقتسام الانتاج، ليست نموذجاً تعاقدياً جديداً في مجال صناعة البترول، بحيث ظهر هذا النوع من العقود لأول مرة في اندونيسيا، منذ صدور قانونها النفطي رقم 476 لسنة 1961³.

وما يميز هذا النوع من العقود أن الشركة الأجنبية، تتحمل كافة المصاريف المتعلقة بالبحث والتنقيب عن البترول، وإذا ما وفقت في إيجادها يسترد هذه النفقات في شكل نسب من البترول¹، أما باقي الأرباح العائدة من البترول فيتم تقاسم أرباح انتاجها بين الشركة الأجنبية والشركة الوطنية.

(1) قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 43.

(2) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 40.

(3) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 92.

كذلك تتميز عقود اقتسام الانتاج أنها تنص على زيادة نصيب الحكومة أو الشركة الوطنية، في حالة ازدياد معدلات الانتاج أو ارتفاع أسعار البترول.

وأيضاً من إيجابيات هذه العقود أنها تجعل الحكومة، هي دائما المالكة الأصلية للبترول المكتشف، بما في ذلك حصة أو نصيب الشركة الأجنبية، وهو الأمر الذي يمنح للدولة حق التصرف الكامل في البترول المنتج، وتعويض الشركة الأجنبية عن حصتها نقداً إذا لزم الأمر. والتي من أمثلتها ما أبرم بين الشركة الوطنية الاندونيسية "پرتامينا pertamina" وشركات متعددة الجنسيات التي تعوض فيها الأموال المستثمرة في التنقيب والاستغلال بمقدار 40% من المنتج السنوي عند حدوث الاكتشاف².

الفرع الثاني: عقود التعاون الصناعي:

أولاً: عقود المساعدة الفنية:

يقصد بهذا النوع من عقود الاستثمار، الذي يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية، بتقديم المساعدة الايجابية والخدمات الضرورية، وذلك للأخذ بيد المتلقي لها، حتى يبدأ السير في الطريق السليم المرجو من عقد نقل التكنولوجيا³.

فعقود المساعدة الفنية موضوعها التزام مشروع أجنبي بتزويد منشأة وطنية، بالفنيين لتشغيل الأجهزة والآلات المستعملة في الانتاج، أو لتدريب العاملين الوطنيين على تشغيلها، أو على ادارة المنشأة بالأساليب الفنية الحديثة.

¹ بحيث تتفاوت هذه النسب من عقد لآخر، ففي العقود التي أبرمتها حكومة قطر وسلطنة عمان سنتي 1975-1976 بلغت هذه النسبة أربعين في المائة (40%) من النفط المنتج. في حين تتراوح هذه النسبة ما بين ثلاثين في المائة (30%) إلى أربعين في المائة (40%) من النفط المنتج في العقود التي أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية.

أما بالنسبة للكمية المتبقية من النفط المنتج-أي الكمية المتبقية بعد سداد مصروفات البحث والتنمية والنتاج- فيأخذها وتصرف فيها الطرف الوطني والطرف الأجنبي وذلك وفقاً للحصة المقررة لكل منهما والمتفق عليها في العقد. وتتفاوت هذه الحصة من عقد لآخر، كما أنها تتغير بتغير مستويات الانتاج. (بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، المرجع السابق، ص.94.

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، 43.

³ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، 59.

وقد يكون موضوع المعونة الأيمن معاً، أي التشغيل والتدريب، وقد تبلغ إلى حد أن يتولى المشروع الأجنبي بنفسه الانتاج والادارة بدلا من المنشأة الوطنية، غير أن هذا الوضع قليل الوقوع في الوقت الحاضر¹.

ثانيا: عقود نقل التكنولوجيا:

تعرف على أنها اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا، بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا، لاستخدامها في طريقة فنية خاصة، لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة لتقديم خدمات².

كم تعرف بأنها فن الانتاج، أي الأساليب والوسائل المستخدمة في عمليات الانتاج، أو مجموعة الاختراعات ومجموعة الأسرار الصناعية المطبقة في الصناعة، أو هي التطبيق العملي للاكتشافات العلمية، والاختراعات المختلفة التي يتمخض عنها البحث العلمي³.

ويقصد بنقل التكنولوجيا بصفة عامة وفي أغلب الصور، نقلها من المجتمعات التي حققت فيها تقدمها، إلى المجتمعات التي تكون في حاجة إليها، لتحقيق ذات النتائج، بمختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية و غيرها.

ولعل جوهر عقود نقل التكنولوجيا هو تلك العناصر المعنوية المتمثلة في حقوق الاختراع أو حق المعرفة الفنية أو الخدمات الفنية، وليس العناصر المادية التي يشملها هذا العقد، من معدات وآلات وأجهزة⁴.

ثالثا: عقود المفتاح في اليد:

يرتبط هذا النوع من العقود ببناء وتشبيد المشروعات الكبرى في الدول النامية، حيث تلتزم شركة دولية ببناء مشروع متكامل حتى مرحلة التشغيل وتسليمه إلى المالك، وقد تلتزم الشركة أيضا بتدريب

(1) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 42.

(2) ابراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا "التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الالكترونية، دط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002، ص. 16.

(3) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 57.

(4) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 44.

العاملين والفنيين، لتشغيل المشروع وإمداده بالمعدات والآلات اللازمة للتشغيل، ويقوم البلد المضيف بدفع أتعاب المستثمر الأجنبي، مقابل تقديمه التصميمات الخاصة بالمشروع، وطرق تشغيله وصيانته إدارته. وكذلك يتحمل البلد المضيف تكلفة الحصول على التجهيزات، والآلات مضافا إليها تكاليف النقل وغيرها... إلخ¹

وتنعت هذه العقود بعقود المفتاح في اليد، لأن التزامات الشريك الأجنبي تنتهي بانتهاء بناء المصانع أو المنشآت المعنية، وإعدادها للعمل، وصولا إلى مرحلة جاهزية الطرف المحلي، بعد ذلك بتشغيلها وإدارتها في عملية الانتاج. إلا أنه يحدث أن تمتد التزامات الشريك الأجنبي، إلى ما بعد الانجاز، عندما يكون البلد المضيف مفتقرا إلى الخبرات في بعض الميادين، بحيث يقوم المستثمر الأجنبي بتقديم خبراته، في مختلف عمليات الانتاج والادارة، حتى تكتمل قدرات الشريك المحلي، على الانتاج وتشغيل المنشآت².

وقد اتخذت عقود تسليم المفتاح صورا متعددة ، إذ نجد عقد تسليم المفتاح الجزئي أو البسيط، والذي بمقتضاه يلتزم الطرف الأجنبي، بتسليم مصنع متكامل من آلات وبراءات إختراع وعلامات تجارية، كما نجد عقد تسليم المفتاح الثقيل أو الشامل، الذي يلتزم بموجبه الطرف الأجنبي علاوة على تسليم المصنع والمساعدة الفنية، تدريب العمالة المحلية فنيا وتشغيل المصنع³.

ويحتل هذا النوع من عقود الاستثمار، مكانا متميزا في مجال التصنيع، حيث يعتبر القالب القانوني السائد لنقل التكنولوجيا، وتنفيذ خطط التنمية في الدول النامية⁴.

ثالثا: عقود تسليم المنتج في اليد:

مؤدى هذا النوع من العقود أنها تعمل على حمل المستثمر الأجنبي على التحويل الفعلي للتكنولوجيا والمعرفة الصناعية، وتظهر هذه العقود في شكل عقد مركب يضع على عاتق الشركة الأجنبية ثلاثة

¹ عبد الحميد برحومة، طلال زغبة، الأشكال الجديدة لتدفقات الاستثمار الأجنبي غير القائم على المساهمة في رأس المال وآثارها على التنمية الاقتصادية، مج العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، ع 11، جامعة المسيلة، الجزائر، 2014، ص. 6.

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، 39.

³ عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 45.

⁴ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 59.

التزامات أساسية، هي تسليم المواد الملموسة، وتحويل التكنولوجيا، وضمان انتاج خصوصي. وهي بخلاف عقود المفتاح في اليد تلتزم بتكوين العمال المحليين مهنيا¹.

فهذا النوع من العقود يتضمن نقلا فعليا للتكنولوجيا، حيث لا يقتصر هدف هذا النوع من العقود، فقط على بلوغ الأهداف المتفق عليها في الانتاج، خلال المدة المتفق عليها. وإنما كذلك على استيعاب التكنولوجيا المتصلة بالانتاج، والسيطرة عليها بصورة تكفل تنمية انتاجها، ومواجهة التطور المتلاحق للتكنولوجيا، والاحتياجات المتنامية للدولة².

رابعا: عقود التصنيع:

هي عبارة عن اتفاق يبرم بين المستثمر الأجنبي والمستثمر المحلي، يتم بموجبه قيام المستثمر المحلي نيابة عن المستثمر الأجنبي، بتصنيع ونتاج سلعة معينة، أي أنها اتفاقيات انتاج بالوكالة، وهذه الاتفاقيات تكون عادة طويلة الأجل، وتتصف بتحكم الطرف الأجنبي، في إدارة عمليات المشروع وأنشطته المختلفة.

وإن هدف استراتيجية التصنيع هو وضع قاعدة انتاج سوق البلد المضيف، كوسيلة لغزو سوق هذا البلد، ويجب الاشارة إلى أن عمليات التصنيع في الدولة المضيفة، لا تتضمن فقط عملية البيع في هذه الدولة، وإنما تتمتع عمليات التصنيع إلى البيع، وحتى امكانية التصدير إلى بلدان اخرى. وما يميز هذا النوع من الاستثمارات أنها تحتاج إلى رأسمال محدود، وعدم تعرضها للأخطار السياسية، إلا أن ما يعاب عنها هو التضارب في المصالح بين طرفي العقد الاستثماري، الأمر الذي يؤدي إلى الخلق مشاكل تنظيمية ونتاجية وتسويقية³.

الفرع الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية:

تعرف عقود الإنشاءات الدولية بأنها " :العقود التي تبرم في الغالب بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة من جهة وطرف أجنبي خاص من جهة أخرى ، يتعهد بموجبه الطرف

(1) قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 40.

(2) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 60.

(3) عبد الحميد برحومة، طلال زغبة، المرجع السابق، ص. 7.

الأجنبي بتشديد مشروع ما كأعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى، وما يلحق به من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا، وذلك في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني، الذي قد يتمثل في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف، تكاليفه وتوزيع أرباحه وخسائره بينهم"¹.

ومن خلال التعريف المشار إليه أعلاه، فإن عقود الأشغال العامة الدولية، تنتطوي على مجموعة من الثوابت نحصرها فيما يلي²:

- أن ينصب موضوع العقد على عقار.
- أن تكون الغاية من تنفيذ الأشغال العامة تحقيق نفع عام.
- أن يتم تنفيذ الأشغال العامة، لحساب شخص معنوي عام.
- صفة الدولية في عقد الأشغال العامة.

وتأخذ هذه العقود صوراً متعددة، منها عقود البناء والتشغيل والتحويل أو البوت B.O.O.T، ويقصد بها تلك المشروعات التي تمولها الشركة الأجنبية، على أن تظل ملكاً للحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، حيث تبرم الجهة الحكومية عقداً مع المستثمر لتمويل وتشديد مرفق من مرافق البنى التحتية، على أن يكون لهذا المستثمر الحق في تشغيل المرفق، على أساس تجاري، وتحصيل أرباح التشغيل لحسابه لفترة معينة. تنتقل فيها بعد ذلك أصول المرفق ومسؤولية إدارته، إلى السلطة المتعاقدة³.

المبحث الثاني: النظام القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي:

¹ عمرو طه بدوي حمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد "دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص. 273.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 61.

³ عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 47.

سيتم تقسيم هذا المبحث للتعرض إلى كل من أطراف عقد الاستثمار الأجنبي، وتحديد طبيعته القانونية في المطلب الأول، والتعرض في المطلب الثاني إلى حقوق والتزامات أطراف عقد الاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: أطراف عقد الاستثمار وطبيعته القانونية:

من خلال هذا المطلب سنتعرض إلى تحديد أطراف عقد الاستثمار الأجنبي، التي تشمل كل من الدولة المضيفة أو أحد أجهزتها العامة التابعة لها، وكذا المستثمر الأجنبي الذي يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، وكذا التعرض إلى الطبيعة القانونية، ودولية عقد الاستثمار الأجنبي.

الفرع الأول: أطراف عقد الاستثمار:

إن عقود الاستثمار الأجنبي تقوم مثلها مثل باقي العقود، على تلاقي وتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين. بيد أن ما يميزها عن غيرها من العقود هو التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، الناجمة عن حقيقة أن أحد أطراف عقود الاستثمار الأجنبي هو الدولة، وما تتمتع به من مركز سيادي وريادي، سواء في إطار القانون الداخلي، أو في إطار القانون الدولي العام¹.

أما الطرف الثاني في عقود الاستثمار الأجنبي، فهو عادة ما يتمثل في شخص اعتباري أجنبي يتمتع فقط بالقوة الاقتصادية والفنية والمالية، دون تمتعه بأية سيادة، وكقاعدة عامة فإنه لا يعد شخصا من أشخاص القانون الدولي العام.

على أن الإشكال الذي يثور بصدد أطراف عقود الاستثمار الأجنبي، يقتصر على الدولة كطرف لما تنطوي عليه هذه الأخيرة من مفاهيم مختلفة، بين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام²، وأجهزتها العامة التابعة لها.

¹ عبد العزيز عبد الغفار نجم، حصانات السيادة ومدى حق الدولة في المطالبة باستيراد ثروتها المنهوبة، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979، ص. 42.

² "تعرف الدولة على أنها شكل التنظيم السياسي للمجتمع، وهي حاملة السلطة العليا في نفس الوقت، وتتمتع بالأهلية القانونية بكونها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، بل أنها أهم أشخاص القانون الدولي على الإطلاق، حيث لو لاها لما كان للقانون الدولي أي وجود" طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 32.

بمعنى هل عقود الدولة تقتصر على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها عن طريق ممثلها، أم أن عقود الدولة تتسع لتشمل أيضا العقود التي تبرمها الأجهزة العامة التابعة لها، للإجابة عن هذا السؤال نتعرض أولا إلى الدولة كطرف في عقود الاستثمارات الأجنبية، والاشكالات المتعلقة بأجهزتها. وثانيا نتعرض إلى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة للاستثمار.

أولا: الدولة كطرف في عقود الاستثمار الأجنبي:

ما يميز عقود الاستثمار الأجنبي أن أحد أطرفه هو، ممثل في الدولة المستضيفة لعقود الاستثمار، وهذا الأمر يطرح التساؤل في حالة التعاقد غير المباشر من قبل الدولة المضيفة للاستثمار، لأنه لا تذكر أية صعوبة في حالة ما إذا كانت الدولة، قد قامت بنفسها عن طريق من يمثلها من رئيس الدولة أو رئيس الوزراء (الوزير الأول في التشريع الجزائري) أو أحد الوزراء بإبرام هذا النوع من العقود.

ولكن قد تثور الصعوبة إذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي، ليس هو الدولة ذاتها ممثلا في أحد ممثليها السياسيين، وإنما كان المتعاقد هو جهاز تابع لها ويعمل لحسابها¹.

فلنا أن نتساءل عن هنا حول ثبوت صفة الدولة، كطرف في عقود الاستثمار الأجنبي، في حالة التعاقد غير المباشر؟

تعتبر الفقرة 02 من المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، الإجابة الصريحة للتساؤل المطروح أعلاه، بنصها " يمتد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة (أو هيئة عامة، أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدده أمام المركز).

يفهم من نص المادة أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لا يختص فقط بالمنازعات، التي تكون الدولة ذاتها أحد أطرافها، وإنما يشمل اختصاصه أيضا النظر في المنازعات التي يكون أحد أطرافها هيئة عامة، أو جهاز تابع للدولة، حيث تقوم هذه الأخيرة

¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص. 37.

بتحديد مسبقا لدى المركز. بمعنى يكون هذا الجهاز أو الهيئة العامة محددة، أو معينة للمركز بواسطة الدولة.

وبعد الإجابة عن التساؤل المطروح حول مدى اعتبار العقود المبرمة من طرف الأجهزة التابعة للدولة عقود دولية، لنا أن نتساءل الآن عن المقصود بعبارة الأجهزة التابعة للدولة في إبرام عقود الاستثمار.

1): تحديد الأجهزة التابعة للدولة في إبرام عقود الاستثمار الأجنبي:

لقد أثار تدخل الدولة بالطريقة غير مباشرة، عن طريق أجهزتها التابعة لها، في إبرام عقودها الدولية العديد من المشاكل والتساؤلات حول مدى وأساس تبعية أجهزتها لها، حيث اختلفت وتعددت المعايير التي استند عليها الفقه في تحديد مدى تبعية الجهاز للدولة، حتى توصف تصرفاته مع الطرف الأجنبي بأنها عقد دولة، بين المعايير التقليدية والمعايير الحديثة، وهو ما سنجمله في النقطة الموالية.

أ) المعايير التقليدية في تحديد مدى تبعية الجهاز للدولة:

تنوعت المعايير التقليدية التي قال بها الفقه وأيدها القضاء الدولي، بين معيار تمتع الجهاز بالشخصية القانونية، وبين مدى اعتباره مرفقا من مرافق الدولة، وبين تحقيق المصلحة العامة أو الغاية، وبين معيار الصفة التي يحوزها هذا الجهاز أو الهيئة.

1) معيار تمتع الجهاز أو الهيئة العامة بالشخصية القانونية المستقلة:

أولى هذا المعيار أهمية لمدى تمتع الجهاز أو الهيئة بالشخصية القانونية من عدمها، من حيث استقلالية وتبعية الجهاز للدولة، لأنه في حالة ما إذا كان الجهاز أو الهيئة متمتعة بالشخصية القانونية

المستقلة عن الدولة، فإن هذه الاستقلالية لا تضمن له أية حصانة قضائية، وبمفهوم المخالفة خضوعه لولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية¹.

أما في الحالة العكسية وهي حالة ما إذا كان الجهاز أو الهيئة غير معترف لها، بالشخصية القانونية المستقلة، وعده مندمجا في شخص الدولة، فإن هذا الاندماج يخول له أحقية التمتع بالحصانة القضائية، بحيث لا يخضع لولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية².

وقد اصطلح على هذا المعيار بالمعيار القانوني، الذي يعتمد على عملية التوقيع المادي على العقد، أو على مدى استقلالية الجهاز أو المؤسسة المتعاقدة عن الدولة، أي إذا ما كان ذلك الجهاز أو المؤسسة التي أبرمت العقد تتمتع بالشخصية القانونية مستقلة عن الدولة، فعليها أن تتحمل مسؤوليتها كاملة لوحدها. دون أن تشاركها فيها الدولة، باعتبارها هي الطرف الموقع على العقد، فلا دخل للدولة على ما أقدمت عليه من تصرف قانوني.

ووفقا لهذا المعيار فإن الدولة لا تعتبر طرفا في العقود المبرمة، بواسطة هذه الهيئات العامة، طالما كانت هذه الأخيرة هي من أبرم العقد، وتمتعها بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة³.

وقد تم تأييد هذا الاتجاه بالحكم القضائي الصادر عن المحكمة العليا الألمانية، في تاريخ 07 جوان 1955، حيث قضت المحكمة بما يلي " إن مثل الدولة الأجنبية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى، يعد انتهاكا لسيادتها، إلا أن مثل ذلك النظر يجب التغاضي عنه، إذا منحت الدولة لأحد المشروعات التي أنشأتها شخصية مستقلة، ليس فقط على الصعيد الاقتصادي، ولكن أيضا على الصعيد القانوني"⁴.

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 43

(2) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 83.

(3) شعبان صوفيان، المرجع السابق، ص. 28.

(4) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص. 45.

على أن هذا المعيار قد انتقد على أساس أنه معيار تحكيمي، من حيث أن اضمفاء الشخصية القانونية على مشروع عام من عدمها، يعد مجرد قرار إداري ليس له أي مغزى سياسي على الصعيد الدولي، ولا يؤثر على تمتع المشروع العام، بالحصانة القضائية من عدمها.

"إذ أن الشخصية القانونية المستقلة ليست إلا وسيلة فنية، تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها على أفضل وجه، ومن ثم لا يجوز أن يكون هذا الوضع، المتعلق بالتنظيم الفني للمرافق العامة في دولة ما، سبب في حرمانها من حصانتها المقررة لها وفقا لمبادئ القانون الدولي العام"¹.

وهذا ما جعل القضاء الفرنسي يعدل عن هذا المعيار، ويعترف بالحصانة القضائية لمشروعات تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة، ويحرم منها مشروعات وأجهزة أخرى تتبع الدولة تبعية مطلقة، وتعد مجرد انبثاق عنها ولا تتمتع بأية شخصية قانونية مستقلة عنها².

(2) معيار المرفق العام:

بعد فشل معيار الشخصية القانونية وتأرجح القضاء، بين الأخذ به تارة وعدم الأخذ به تارة أخرى، ظهر معيار المرفق العام كمحدد لمدى تبعية الجهاز للدولة.

ومفاد هذا المعيار أن المشروع العام التابع للدولة يتمتع بالحصانة القضائية، بغض النظر عن تمتعه بشخصية قانونية، مستقلة عن الدولة. على اعتبار أن المشروع يعتبر مرفقا من مرافق الدولة، وأن التصرفات التي يجريها تخدمه، وفي صالح مرفق عام من مرافق الدولة³.

ويعتبر حكم محكمة استئناف إنجلترا لعام 1956 أفضل تعبير عن هذا الاتجاه، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن le Servicio Nacional de Trigo، وهو عبارة عن مشروع عام أنشأته الحكومة الإسبانية، واعترفت له بالشخصية القانونية المستقلة، لأجل القيام بعمليات التصدير والاستيراد، في مجال الحبوب لصالح الحكومة الإسبانية.

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 44.

(2) حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص. 46.

(3) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 25.

وبناء على توجيهات وزير الصناعة الإسباني أبرم في عام 1952 عقدين مع إحدى الشركات الإيطالية التجارية، ولسبب انتهاء العقد المبرم من قبل المشروع الإسباني، قامت الشركة الإيطالية برفع دعوى تعويض ضد المشروع الإسباني، أمام المحاكم الإنجليزية. ليتمسك الطرف الإسباني بالحصانة القضائية، استنادا على أنه يعد مرفقا من مرافق الدولة.

فأكدت المحكمة الإنجليزية أن الحكم يتوقف على أساس معرفة ما إذا كان le Servicio National de Trigo، يعد فعلا من مرافق الدولة، دون اعتداد بتمتع المرفق بالشخصية القانونية من عدمها.

لتقرر المحكمة في الأخير واستنادا على تأكيد سفير اسبانيا بأن le Servicio يعد مرفقا من مرافق الدولة، وهو ما يجعلها تعترف له بالحصانة القضائية، على الرغم من أن le Servicio يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة¹.

هذا المعيار هو الآخر لاقى التأييد والرفض في نفس الوقت، وخير دليل على ذلك هو تأرجح القضاء الفرنسي بين المؤيد تارة، والرافض تارة أخرى لهذا المعيار.

ففي النزاع القائم في العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للغاز، والشركة الفرنسية Pipelin Service بتاريخ 03 جويلية 1978 بغرض قيام الشركة الفرنسية، بامداد مدينتي إيرانيين بنظام حمائي، ولسبب تخلف التزام الشركة الإيرانية بدفع مقابل الأعمال للشركة الفرنسية، طالبت هذه الأخيرة بدفع مستحقاتها أمام القضاء.

لتقرر المحكمة العليا الفرنسية، أن مجرد صدور التصرف من جهاز تابع للدولة، لصالح مرفق عام يعد معيارا كافيا دون الحاجة إلى اقترانه بأي معيار آخر لتمتع هذا الجهاز بالحصانة القضائية للدولة.

¹ عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص.85.

وبالمقابل حجبت المحكمة العليا الفرنسية الحصانة القضائية، في حكمها الصادر بتاريخ 12 جويلية 1990 عن الوكالة الكويتية للأبناء¹، بالرغم من أنها تعد جهاز حكوميا رسميا ملحق بوزارة الاعلام الكويتية، وأن التصرفات الصادرة عنها يختص القضاء الكويتي، بالفصل فيها على نحو قاصر عليه². وعليه يرجع سبب إعمال هذا المعيار تارة والتخلي عنه تارة أخرى، إلى تأثير تطبيقه بالاعتبارات السياسية التي تتغلب على الاعتبارات القانونية. وهو ما يجعل الأحكام القضائية تتسم بعدم الموضوعية³، ففي المثال المتعلق بالقضية الايرانية الفرنسية السابق الإشارة إليها، لم تحجب الحصانة القضائية عن الشركة الايرانية، نظرا للأوضاع السائدة آنذاك، فالحكومة الفرنسية كانت في غنى عن إثارة أية مشاكل مع الحكومة الايرانية، وذلك حفاظا على الانفراج الذي بدأ يسود العلاقات الايرانية الفرنسية.

أما في مثال المتعلق بوكالة الأبناء الكويتية فحجبت عنها الحصانة القضائية، بحكم أن رفض المحكمة الفرنسية منح الحصانة القضائية، لن يشكل أي اعتداء على سيادة الدولة الكويتية، مما قد يؤدي إلى تعريض العلاقات الكويتية الفرنسية لأية مخاطر⁴.

(3) معيار الغاية أو المصلحة:

لأجل مواجهة انتقادات معياري الشخصية القانونية المستقلة، ومعيار المرفق العام، ظهر معيار ثالث يسمى بالمعيار الغائي أو معيار المصلحة. ووفقا لهذا المعيار فإن المؤسسة أو الجهاز يتمتع بالحصانة القضائية، ليس على أساس فكرة تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة، ولا على أساس اندماجه في الدولة، على اعتبار أنه مرفق من مرافقها. وإنما يعد الجهاز تابعا للدولة متمتعا بالحصانة القضائية، كلما كانت غايته خدمة المصالح الأساسية لتلك الدولة⁵.

¹ سبب للجوء إلى القضاء هو رفض الوكالة الكويتية تجديد العقد مع الصحافي البريطاني MR PARROT بناء على توجيهات الحكومة الكويتية.

² لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 26.

³ عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 85.

⁴ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 26.

⁵ طه أحمد قاسم، المرجع السابق، ص. 46.

بمعنى متى تعامل الجهاز مع الغير كمثل للدولة، وقام بتنفيذ عمله كعمل من أعمال السلطة العامة، فهو جهاز من أجهزة الدولة المحصنة قضائياً¹.

ويعد الحكم الذي أصدره القضاء الأمريكي في قضية الشركة الإيرانية الانجليزية للبترو، من أبرز الأحكام التي طبقت هذا المعيار المذكور، وتنصب وقائع النزاع في الاجراءات المقامة في الولايات المتحدة الأمريكية، ضد بعض الشركات ومن بينها الشركة الأنجلوارانية للبترو بسبب المساس بالقانونين الأمريكية التي تحارب الاحتكار، ولقد تمسكت الشركة المذكورة بالحصانة الأمريكية، وأبرزت الحكومة الانجليزية أن الشركة المعنية قد أسست من أجل خدمة البحرية الأمريكية وتوفير امدادها الدائم بالبترو والمنتجات الأخرى.

وقد قررت المحكمة أن الشركة الانجلوارانية للبترو تتمتع بالحصانة المعترف بها للدولة البريطانية، وذلك على الرغم من أن الدولة البريطانية لها فقط نصف رأس المال فيها ولقد أسست المحكمة قضائها في منح الحصانة للشركة استنادا إلى الغاية من النشاط الذي تمارسه الشركة. فهدفها كان ممثلاً في امداد القوة البحرية البريطانية، وهو ما قدرت المحكمة أن يشكل وظيفة اساسية للدولة.²

(4) معيار الصفة التي يتعامل بها الجهاز:

هذا المعيار يميز بين ما إذا كان الجهاز قد تصرف باسمه ولصالحه، أو إذا تصرف باسم الدولة ولصالحها. فإذا تصرف الجهاز باسمه ولصالحه فإنه لا يعد جهازاً تابعاً للدولة، وبالتالي فهو غير محصن ضد الرقابة القضائية.

أما إذا لم يتصرف باسمه ولا لحسابه، فإنه يعد تابعاً للدولة، وبالتالي استفادته من الحصانة القضائية³، فإذا تعامل هذا الجهاز مع الغير كمثل للدولة، وقام بتنفيذ عمله كعمل من أعمال السلطة العامة، فهو جهاز من أجهزة الدولة⁴.

(1) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 85.

(2) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص. 51، 52.

(3) وفاء مزيد فلهوطني، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص. 237.

(4) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 27.

(ب) المعايير الحديثة المركبة كأساس لتحديد تبعية الأجهزة للدولة:

إن كل من معيار الشخصية القانونية، ومعيار المرفق العام، ومعيار المصلحة، ومعيار الصفة، لا يصلح للأخذ به بصفة منفردة لتحديد مدى تبعية الجهاز للدولة، وبالتالي فهو غير كاف بحد ذاته لتحديد مدى تمتع المشروع العام بالحصانة القضائية¹.

ولسبب هذا الفراغ أوجد الفقه الحديث والقضاء معيارين هما المعيار العضوي، ومعيار طبيعة النشاط، يتم التفصيل فيها على النحو الآتي:

أولاً: المعيار العضوي:

إن مجرد انشاء شخص معنوي من قبل الدولة والاعتراف له بالشخصية القانونية، لا يكفي بحد ذاته لمعرفة مدى تبعية هذا الجهاز للدولة، وإنما هذه التبعية لا بد من أن تعزز بمجموعة من العناصر المتكاملة، التي تمكن من الفصل في مسألة تبعية الجهاز للدولة، هذه العناصر تستشف من خلال النظام الأساسي، أو القانون، أو القرار الذي أنشأ هذا الجهاز.

ومن هذه العناصر كذلك عنصر رأس المال في الجهاز، مثلاً أن يكون للدولة لها الأغلبية من رأس مال الشركة، وكذلك من خلال أساليب إدارة الجهاز، والأنظمة القانونية التي تحكم تصرفاته، والوسائل المالية لتمويله².

على أن رأس المال أو تملك الدولة لجانب من رأس مال الجهاز، هو العنصر الأكثر أهمية في تحديد مدى تبعية أو استقلالية الجهاز للدولة³. وتتضح أهمية عنصر رأس المال في الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 21 جويلية 1987 وذلك بشأن وضع ملكية رأس مال البنك التجاري للكنغو في دائرة الضوء ولم تتعرض للجوانب الأخرى، التي تؤثر في توضيح عدم تبعية البنك للدولة الكونغو، على

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 27.

(2) حفيضة السيد حداد، المرجع السابق، ص. 68.

(3) من يملك رأس المال يملك السلطة وصادر القرار.

اعتبار أنها مجرد مؤشرات احتياطية تفيد في تدعيم القرينة الأساسية، المستمدة من ملكيتها لرأس المال¹.

إلا أن الاكتفاء بعنصر المعيار العضوي لوحده في تحديد فكرة التبعية، ليس كافياً لأن الشكل القانوني للجهاز، يعد أمراً ثانوياً بالنسبة لطبيعة النشاط الممارس من قبله.

ثانياً: معيار طبيعة النشاط:

إن مجرد تمتع الجهاز أو الهيئة العامة بالشخصية القانونية، يجب ألا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني. طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد، وقامت مادياً بالتوقيع عليه، ستسهر على تطبيق وتنفيذ سياسات مرسومة سلفاً، من قبل الدولة التي تنتمي إليها وتمثل مصالحها العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، على نحو تبدو فيه الهيئة كونها تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، في حالة تبعية ضيقة بالنسبة للدولة².

بمفهوم آخر فإن معيار طبيعة النشاط يثبت ويتحقق في حالة تصرف الجهاز، وفقاً وبناء على توجيهات الدولة ولحسابها، وهو ما يفيد تبعية هذا الجهاز للدولة. أما إذا تصرف هذا الجهاز بناء لتوجيهات جهاز آخر أو يعمل لحسابه الخاص أو لحساب الغير، وليس باسم الدولة ولحسابها، فإن تبعية هذا الجهاز للدولة لا تتحقق³.

في الأخير نستنتج أن تقدير مدى تبعية الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي، لا تتحدد استناداً على معيار واحد، بل يتم تحديده بناء على تظافر أكثر من عامل، بين معيار السلطة العامة ورأس المال والرقابة والتوجيه. حيث لا يكفي لأجل الوقوف، على مدى تبعية الجهاز للدولة، الاكتفاء فقط بالقانون أو القرار المنشئ للجهاز أو الهيئة، بل يتعين أن يكون هذا الأخير قد تصرف لصالح الدولة، ولحسابها، ومن أجل تحقيق أهدافها الاقتصادية والتنموية والاجتماعية⁴.

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 48.

(2) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 20.

(3) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 27.

(4) طه أحمد قاسم، المرجع السابق، ص. 48.

ضف إلى ذلك السيطرة والرقابة التي تمارسها الدولة على الجهاز أو الهيئة، من منطلق أن هذه الأجهزة والهيئات العامة، قد أنشئت خصيصاً لتحل محل الدولة، في إطار العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية، وتتصرف لصالح الدولة ولحسابها¹.

وخلاصة ما تقدم فإن الدولة كطرف في عقود الاستثمار الأجنبي، هي الدولة بمفهومها المتداول في إطار القانون الدولي العام (الدولة ذات السيادة)، إلا أن الدولة لها أن تلجأ إلى صورة التعاقد المباشر مع الطرف الأجنبي، بواسطة حكومتها ممثلة في رئيس الدولة أو وزيرها. وإما أن تلجأ إلى التعاقد غير المباشر، عندما تلجأ إلى التعاقد مع الطرف الأجنبي، بواسطة إحدى الأجهزة والهيئات التابعة لها، مع انصراف الآثار المترتبة على التعاقد إليها، طالما أن هذه الأخيرة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة، دون أن يؤثر ذلك في تمتع أو عدم تمتع الجهاز، أو الهيئة بالشخصية القانونية المستقلة.

فالمعايير الحديثة لا تقوم على الارتكاز على معيار واحد بمفرده، وإنما تمزج بين أكثر من معيار على نحو تدريجي وتعطي الأولوية فيها للمعيار الذي يوضع في المقدمة، إلا أن ذلك لا يعني كفايته وحده، كمعيار مرجح دون الاستعانة بالمعايير الأخرى، التي تشكل وتكون معه وحدة متجانسة².

ثانياً: المستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار الأجنبي:

إن المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي، لا يثير أية صعوبات في تحديده، كطرف في هذه العقود. مادام أن الأحكام العامة تقتضي لإضفاء صفة الأجنبية عليه، أن يكون تابعاً لدولة أخرى غير الدولة المضيفة للاستثمار.

ويستوي أن يكون المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً أو معنوياً، من أشخاص القانون الخاص فقط، وفي هذه الحالة لا تثور أية إشكالية ما إذا كان الطرف المستثمر، صاحب جنسية أجنبية، عن

¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص. 70.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 48.

الدولة المضيفة، إلا أن الإشكالية التي تثار تتمثل في الحالة، التي يحمل فيها المستثمر جنسيتين إحداها أجنبية بالنسبة للدولة المضيفة، والثانية هي نفسها جنسية الدولة المضيفة.

فالتساؤل الذي يثار لي طرح نفسه في هذا المقام يتمثل في هل طرف المستثمر، في هذه الحالة يعامل معاملة كمستثمر أجنبي، بكل ما تخوله له هذا الصفة من امتيازات، أم يُغض النظر عن جنسيته الأجنبية، ويعامل معاملة المستثمر الوطني؟

وعليه ومن خلال الإطلاع على النصوص القانونية في هذا الصدد نجد أن نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن، يعد المرجع القانوني لأساس هذه النظرية، التي تشترط أن يكون الطرف الآخر في عقد الاستثمار الأجنبي، مواطن دولة متعاقدة أخرى. ومن ثم لا يجوز أن يكون الطرف الآخر دولة سواء كانت متعاقدة في اتفاقية واشنطن، أو غير متعاقدة، أو أحد مؤسساتها أو وكالاتها، أو مستثمرا ينتمي إلى دولة أجنبية غير متعاقدة أو إلى الدولة المضيفة نفسها إلا استثناء، وتتوافر شروط معينة¹. وقد حددت الفقرة 02 من المادة 25 من اتفاقية واشنطن المقصود من عبارة مواطن دولة متعاقدة أخرى على النحو التالي:

أ- أي شخص طبيعي كان يحمل جنسية دولة متعاقدة، غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض النزاع للتوفيق، أو طرحه على التحكيم، وكذلك أيضا في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم طبقا للفقرة (3) من المادة 28 أو الفقرة (3) من المادة 36، على أن هذه العبارة لا تشمل أي شخص كان يحمل أيضا في أي من التاريخين، جنسية الدولة الطرف في النزاع.

ب- أي شخص اعتباري كانت له جنسية دولة متعاقدة، غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض النزاع للتوفيق، أو طرحه على التحكيم، وأيضا أي شخص اعتباري كانت له في ذلك التاريخ جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، ولكن اتفق الطرفان على أن

¹ (مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 60.

يعامل لأغراض هذه الاتفاقية كما لو كانت له جنسية دولة متعاقدة أخرى وذلك لوجود رقابة أجنبية مسيطرة عليه.."

ومن خلال هذا التقديم سنحاول التفصيل في كل صفة المستثمر الأجنبي كشخص طبيعي، ثم صفته كشخص معنوي.

1) المستثمر الأجنبي باعتباره شخصا طبيعيا:

تقتضي القواعد العامة لأجل تحديد المقصود من الطرف الأجنبي في أية دولة، في أن نرجع إلى تشريعها الداخلي الذي يحدد في قواعده من هو الوطني، لأجل الوقوف على أساس تحديد الطرف الأجنبي. فالأجنبية صفة سلبية تقابل صفة الوطنية، وتكتفي معظم التشريعات في تحديد من هو الوطني دون أن تُعنى بتحديد من هو الأجنبي، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة، والأجنبي هو من لا يتمتع بها.¹

وتعرف الجنسية بأنها تلك الرابطة القانونية والسياسية التي ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة، ويتم تحديد الجنسية طبقا للقوانين الداخلية للدولة التي ينتمي إليها الشخص الطبيعي.

وانطلاقا من مبدأ حرية الدولة في تحديد ضوابط التمتع بجنسيتها، فقد تكفلت المواثيق الدولية والإقليمية بتأكيد هذا المبدأ. نذكر منها اتفاقية الجنسية التي أعدها مؤتمر لاهاي لتقنين القانون الدولي لعام 1930 التي أكدت المادة الأولى منها على أن يكون لكل دولة أن تحدد من هم مواطنيها بتشريع خاص بها، مع مراعاة ما هو مستقر عليه في الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي، والمبادئ العامة في القانون الدولي.²

¹ (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 26.

²) Premier Article de La convention sur la nationalité établie le 12 Avril 1930 par la conférence de codification de La Haye:

« Il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux ; cette législation doit être admise par les autres Etats, pourvu qu'elle soit en rapport avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité. » disponible sur le site: www.hcch.net

كذلك هو المبدأ الذي أكدت عليه الاتفاقية الأوروبية حول الجنسية لعام 1997، من خلال نص مادتها الثالثة بأنه لكل دولة أن تقرر منهم مواطنيها بموجب قوانينها الداخلية التي يجب أن تتوافق مع الاتفاقيات الدولية السارية المفعول، والعرف الدولي، والمبادئ العامة المتعلقة بالجنسية.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية الوطنية، لأجل تحديد المقصود من المستثمر الأجنبي الطبيعي نستعرض الاتفاقيات المبرمة في مجال تشجيع وحماية الاستثمار.

فمثلا نجد الاتفاقية الجزائرية الاسبانية التي نصت في المادة الأولى فقرة 02 أن "عبارة مستثمر تدل على:

أ) كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية أحد الطرفين المتعاقدين بموجب تشريعاته المعمول بها، ويقوم باستثمار على اقليم الطرف المتعاقد الآخر.¹

كذلك نجد الاتفاقية الجزائرية البرتغالية نصت في مادتها الأولى فقرة 02 بأن "يقصد بمصطلح المستثمر:

أ) كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية أحد الطرفين المتعاقدين".²

الاتفاقية الجزائرية الصربية التي نصت في مادتها الأولى فقرة 03 بأنه "يعني مصطلح المستثمر:

أ) الشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين ويقوم بالاستثمار في اقليم الطرف المتعاقد الآخر وفقا لقوانينه وتنظيماته".³

وبالتالي من خلال عرض هذه الاتفاقيات نستنتج أن معيار أو أساس تحديد الطرف الأجنبي، يتمثل في رابطة الجنسية، والتي تعرف بأنها رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة

¹ الاتفاقية الجزائرية الاسبانية الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق ل 25 مارس سنة 1995 المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، ج ر ج ج، ع 23، الصادرة بتاريخ 26 ذي القعدة عام 1415.

² الاتفاقية الجزائرية البرتغالية الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1426 الموافق ل 28 مايو سنة 2005 المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة في لشبونة يوم 15 سبتمبر سنة 2004، ج ر ج ج، ع 37، الصادرة بتاريخ 20 ربيع الثاني عام 1426 الموافق ل 29 مايو 2005.

³ الاتفاقية الجزائرية الصربية الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334 المؤرخ في 30 سبتمبر 2013، ج ر ج ج، ع 49 سبق الاشارة إليها.

معينة¹. والأصل أن لكل دولة حق تحديد من هم رعاياها بمقتضى تشريعاتها الداخلية أو بمقتضى الاتفاقيات التي تبرمها.

ومن خلال استقراء اتفاقية واشنطن باعتباره المرجع الأساسي في هذه العقود، فإن أجنبية الشخص الطبيعي تتحدد من خلال الجنسية، وهذا طبقاً لنص المادة 25 فقرة 02 :

"أ) يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى، كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا في تاريخ تسجيل الطلب طبقاً للمادة 28 فقرة 03 أو المادة 36 فقرة 03 مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ، أو ذاك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع."

إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه فيما يتعلق برابطة الجنسية كميّار لأجنبية الأطراف، هو وضع متعددي الجنسيات، بمعنى أي الجنسية يتم اختيارها إذا كان الطرف متمتعاً بجنسيتين أو أكثر². في البداية اعتمد الفقه على ما يسمى بـ "نظرية تكافؤ السيادة" التي تنكر أي ترجيح لجنسية على أخرى، استناداً إلى مبدأ احترام سيادة كل دولة من الدولة التي يحمل الفرد جنسيتها، مادامت كل الجنسيات قد اكتسبت اكتساباً صحيحاً. وهو الأمر المنصوص عليه في المادة 17 فقرة 03 من

¹ هشام على صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002، ص. 114.

² على أن الأمر يعد أكثر تعقيداً فيما إذا كان المستثمر الأجنبي يحمل أكثر من جنسية وأن هذه الأخيرة من بينها جنسية الدولة المتعاقدة، فهل يعتبر في هذه الحالة أجنبياً عن الدولة المتعاقدة أم يعامل معاملة المواطن التابع لها؟ بالرجوع إلى القواعد العامة وكذا اتفاقية واشنطن فنجد أنها بالمفهوم الضيق قد اشترطت لعقد اختصاص المركز أن يكون الشخص الطبيعي متمتعاً بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة الطرف في النزاع، وعليه فإن الشخص الطبيعي الذي يجوز كل من جنسية الدولة طرف في النزاع والدولة المتعاقدة الأخرى لا يعد مواطناً أجنبياً، ومن ثم عدم انعقاد اختصاص المركز.

إلا أنه ما لوحظ على مستوى المركز هو انعقاد اختصاصه في هذا النوع من الحالات من خلال التوسيع من انعقاد اختصاصه، ففي القضية المرفوعة من الشركة الانجليزية WANA للفنادق ضد الحكومة المصرية، قضت هيئة التحكيم باختصاصها بنظر النزاع بالرغم من أن رافع الدعوى التحكيمية السيد نائل الفرارحي رئيس إدارة شركة WANA للفنادق يتمتع بالجنسية المصرية ويحمل جواز سفر مصري، وهي جنسية أصلية، وقد رفع الدعوى على اعتبار اكتسابه للجنسية البريطانية، ولم يصدر قرار من مجلس الوزراء المصري بإسقاط الجنسية عنه، وقد حكمت هيئة التحكيم بتاريخ 08-12-2000 بإلزام الحكومة المصرية بدفع تعويض للشركة بالإضافة إلى الفوائد ومصاريف التحكيم.

من خلال هذه الواقعة نلاحظ أن هيئات التحكيم للمركز تسعى إلى توسيع نطاق اختصاص المركز من خلال تبني التفسير الموسع لشرط الجنسية بالرغم من أن نص المادة 25 فقرة 02 لا تحتاج إلى تفسير.

الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه " إذا تعددت جنسيات المستثمر فيكفي أن تكون احداها جنسية الأقطار العربية" فإذا كان المستثمر متمتعا بجنسية أحد الأقطار الأعضاء في المؤسسة، وجنسية قطر آخر غير عضو فيها، أو غير عربي، فإنه يعتد بجنسية الدولة العضو في المؤسسة، وهذا الحل يستجيب للمبادئ العامة في تنازع الجنسيات، كما تعرفها الأصول المستقرة في القانون الدولي.¹

لكن السؤال المطروح هنا هو أي الجنسيات يتم الاعتراف بها إذا قام نزاع بين المستثمر والدولة المتعاقدة وكان الطرف المستثمر متعدد الجنسيات ومن بين جنسياته جنسية الدولة المتعاقدة؟ للإجابة عن هذا التساؤل فقد اتفق الفقه على معيار هو واجب الاتباع، لأجل الترجيح بين الجنسيات المتعددة تمثل في معيار الجنسية الفعلية.²

ذلك أن الجنسية الفعلية في حالة تعدد الجنسيات يقصد بها أقوى رابطة حقيقية، تجمع الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها، ويتم الاستعانة في تحديد الجنسية الفعلية، على عدة أسس تتمثل في موطن الفرد، ومقر مصالحه، وروابطه العائلية واشتراكه في الحياة العامة في الدولة، وكذا رغبته في الارتباط بها.³

وتنبع أهمية نظرية الجنسية الفعلية من كونها المعيار الواجب اتباعه للترجيح بين الجنسيات المتراكمة للشخص متعدد الجنسيات، حيث تحدد الوقائع والروابط الفعلية التي تربط الشخص بدولة معينة، وبالتالي توضح الجنسية التي يتمتع بها ذلك الشخص الذي يتمتع بالجنسيات المتعددة.⁴

وبعد التعرف على وضع الطرف الأجنبي باعتباره شخصا طبيعيا، لنا أن نتساءل عن وضع الطرف الأجنبي الاعتباري، وهو ما ستضمنه الفقرة الموالية.

(1) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص.97.

(2) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 56. مصلح أحمد طراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 73.

(3) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 116 وما بعدها.

(4) طه علي أحمد قاسم، المرجع السابق، ص. 56.

(2) المستثمر الأجنبي باعتباره شخصا معنويا:

إن التصور الغالب الذي يتخذه الطرف الأجنبي المعنوي¹ في عقود الاستثمار الأجنبي، هو شكل الشركة. وإذا كانت في أغلب الأحيان الشركات الأجنبية، الأطراف في عقود الاستثمار الأجنبي تتمثل في شركات خاصة، من أشخاص القانون الخاص في الدول التي تحمل جنسيتها. ذلك أن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة في عقود الاستثمار الأجنبي، غالبا وعادة ما يكون إحدى الشركات أو المؤسسات الأجنبية، بمعنى شخص من الأشخاص المعنوية، ونادرا ما يكون شخصا طبيعيا. هذه المسلمة مردها أن هذه الطائفة من العقود تتطلب خبرات فنية، وموارد مالية عملاقة قد لا تتوافر إلا لدى الأشخاص المعنوية، وهذا ما نلمسه مثلا في عقود البترول، بحيث لا تتوافر خبرات ومعدات البحث والتنقيب إلا لدى الشركات الكبرى². إلا أنه في هذا النوع من العقود الأجنبية نجد عادة أن الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة، وعلى الرغم من صفتها كشخص من أشخاص القانون الخاص، إلا أنها تخضع للرقابة والاشراف من قبل الدولة التي تنتمي إليها، وتتصرف وكأنها جهاز وطني ذو نشاط تجاري. وعليه فإن الجدل الذي يطرح نفسه هنا، يتمثل في هل يصدق وصف الشخص الأجنبي الاعتباري، بنفس الطرح والوصف الذي يصدق به على الطرف الأجنبي الطبيعي؟ أي معيار الجنسية أم هناك معيار آخر، بواسطته يتم تحديد مدى أجنبية الشخص المعنوي المستثمر، بالنسبة للدولة المضيفة؟ يتفق الفقه والقضاء على أن رابطة الجنسية هي التي يتم الاستناد عليها لأجل التفرقة بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية والأجنبية، حيث يتم تحديد الصفة الأجنبية للشركة بالاستناد على ضابط الجنسية، لذلك يصح القول بأن تعبير الشركة الأجنبية، ينصرف إلى كل شركة تتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد³.

¹ يعرف الشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأموال أو الأشخاص، التي تهدف الى تحقيق غرض معين، والتي يعترف لها القانون بالشخصية القانونية من أجل تحقيق الغرض الذي أنشئت لأجله.

² عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 93.

³ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 29.

إلا أن مسلمة ضابط الجنسية كمعيار لأجنبية الطرف الاعتباري المستثمر، قد تختلف نوعاً ما عن جنسية الطرف الأجنبي الطبيعي، ذلك أن جنسية الشخص الاعتباري تختلف عن جنسية الشخص الطبيعي، في أن هذا الأخير يرتبط دوماً ببلد واحد، مهما كان مكان عمله أو محل إقامته "الجنسية الفعلية"، بخلاف الشخص الاعتباري الذي قد تكون له صلات مع عدة بلدان¹.

وعليه وبعد الاستقرار حول ضابط الجنسية، كعامل محدد لأجنبية الطرف الاعتباري، في عقود الاستثمار، يثور التساؤل حول المعيار الذي يتعين الأخذ به لتحديد هذه الجنسية في حالة تعددها. وفي هذا الصدد ظهرت عدة معايير تنوعت، بين معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء، ومعيار التأسيس أو التكوين، ومعيار مركز الاستغلال، ومعيار مركز الإدارة، والرقابة.

أ) معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء:

يقصد به ثبوت وانتقال جنسية الأعضاء أو الشركاء، للشخص الاعتباري المكونين له، من منطلق أن الشخص الاعتباري ليس في الحقيقة إلا مجموعة من الأفراد، وأنه في حالة تعدد جنسية أعضائه المكونين له، يتم تغليب جنسية الدولة التي ينتمي إليها أغلب الشركاء. ما يؤخذ عن هذا المعيار هو انكار الهدف المرجو من اعتراف القانون بالشخصية الاعتبارية للشركات، من خلال ضمان استقلالية بين الأعضاء المكونين والشخص الاعتباري، من حيث الذمة المالية، والشخصية القانونية، وحتى الجنسية. كما أن هذا المعيار يبدو عديم الجدوى بخصوص الأشخاص الاعتبارية، التي يغلب عليها تجميع الأموال لا الأشخاص مثل شركة المساهمة².

ب) معيار مكان التأسيس:

وفقاً لهذا المعيار يكتسب الكيان القانوني جنسية الدولة التي تأسس بمقتضى قوانينها، إذ تمنحه الوجود القانوني مثلما يكتسب الشخص الطبيعي جنسية الدولة التي ولد في إقليمها، من منطلق أن قوانين هذه الدولة هي التي منحته الوثائق الخاصة بتكوينه، وهي التي اعترفت له بالشخصية القانونية³.

¹ كمال سمية، المرجع السابق، ص. 14.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 29.

³ مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص. 87.

تميز هذا المعيار بطابع الثبات والاستقرار، من حيث أن مكان التأسيس معيار مادي محدد، من السهل التعرف عليه، وهو لا يتغير¹.

إلا أنه بالرغم من منطقية معيار التأسيس، إلا أنه لم يسلم من النقد، لأنه يترك تحديد جنسية الشركة لهوى المؤسسين، ومن المفروض أن يبقى الأمر بيد الدولة، بحيث يمكن للأفراد اختيار مكان التأسيس الذي تتحدد بمقتضاه الجنسية وفقاً لما تمليه مصالحهم الخاصة².

ج) معيار مركز الإدارة الرئيسي:

يقصد بمركز الإدارة الرئيسي، المكان الذي تتواجد فيه أجهزة الشخص الاعتباري، المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بشؤون تسييره، كمجلس الإدارة، والجمعية العامة، والإدارة المالية، والأجهزة الإدارية والفنية³.

يعد هذا المعيار الأكثر تأييداً فقهاً وقضاً، لسبب فعاليته وسهولة الكشف عنه، حيث يعرف مركز الإدارة الرئيسي بأنه "المكان الذي توجد به الإدارة الفعلية للشركة، أو هو المكان الذي يتركز فيه النشاط التوجيهي للشركة"⁴.

على أنه لأجل تحديد مركز الإدارة الرئيسي، فإنه يجب البحث عن المركز الحقيقي أو الفعلي وعدم الاكتفاء بالمكان الذي اتفق عليه المؤسسون للشركة، بحيث أنه قد يصادف أن تقوم هذه الأجهزة بمباشرة نشاطها الفعلي، في مكان آخر خلافاً لما ذكر في العقد التأسيسي⁵.

د) معيار مركز الاستغلال:

فحوى هذا المعيار يتمثل في أن الشخص الاعتباري، تثبت له جنسية الدولة التي يمارس على إقليمها نشاطه الفعلي، بصرف النظر عن مركز تأسيسه أو محل إدارته. وقد تبني هذا المعيار القضاء الفرنسي، بصدد الشركات الأجنبية التي لها عدة فروع، والتي لا تمارس نشاطها في فرنسا إلا بصفة

(1) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 30.

(2) عدلي عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 101.

(3) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 31.

(4) كمال سمية، المرجع السابق، ص. 15.

(5) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 31.

عرضية، فعاملتها على أنها شركات أجنبية حيث أنها تسوق منتوجاتها المصنوعة في مقر الشركة الأم¹.

على أن هذا المعيار هو الآخر لم يسلم من النقد، من حيث أنه يثير العديد من الصعوبات، في الحالات التي يكون فيها للشركة مراكز أنشطة واستغلال عديدة، ومتساوية من حيث الأهمية². بحيث يصعب تحديد الدولة التي يمكن اعتبار نشاط الشركة فيها رئيسيا، وهذا هو شأن العديد من الشركات الكبرى، التي تقوم باستغلال آبار البترول في أكثر من دولة.

وكذلك يصعب الحال في تحديد مركز النشاط، بالنسبة للشركات ذات الطابع المؤقت، نظرا لطبيعة الأنشطة التي تمارسها الشركة، فقد يحدث أن يكون هذا المركز دائم التنقل كما هو الحال في الشركات المختصة بتشديد المنشآت الصناعية، فهي بمجرد أن تنتهي من تنفيذ المشروعات في دولة ما، تنتقل بعدها لتنفيذ مشروعاتها في دولة أخرى³. وعليه فإن ضابط ومعيار مركز الاستغلال، لا يعول عليه في كثير من التشريعات لافتقاره لعامل الثبات والاستقرار في تحديد الجنسية.

هـ) معيار الرقابة:

يعود تاريخ الأخذ بمعيار الرقابة كمحدد لجنسية الطرف الأجنبي، إلى أعقاب الحرب العالميتين الأولى والثانية، بحيث تبناه الفقه الأوروبي⁴ كمبرر لتفعيل إجراءات الحراسة، على أموال الشركات التي يتبين خضوعها الفعلي لسيطرة رعايا الأعداء، والتي كان من الممكن اعتبارها شركات وطنية، في حالة الاعتماد على أي من المعايير السابقة غير معيار الرقابة⁵.

وعليه فيقصد بمعيار الرقابة كمحدد لأجنبية الطرف الاعتباري، في خضوع الشركة لرقابة أو سيطرة أجنبية، والتي يمكن الاستدلال عليها من خلال مساهمة الدولة في امتلاك رأس مال الشركة، وثبوت

¹) Dusan Kitic, Droit International privé, Ellipses, France, P. 199.

²) عدلي عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 101.

³) Maurie laure Niboyet Géraud de Geouffre de la paradelles, Droit International privé, LGDJ, Paris, France, p. 677, 678.

⁴) حيث لجأ الفقه الفرنسي في البحث عن ضابط، يمكن القضاء الفرنسي من إصدار قرارات فرض الحراسة على أموال الأعداء، واهتدى الفقه الفرنسي إلى فكرة الرقابة حيث تعد الشركات أجنبية متى كان القائمون عليها غير فرنسيين، وكان رأس مالها كله أو في معظمه مملوكا لغير الفرنسيين.

⁵) Jean Derrupé, Droit International privé, 2eme éd, Dalloz, Paris, France, 1997, p. 52.

حقها في اتخاذ القرار، وانتخاب أعضاء مجلس ادارة الشركة¹. هذا حتى ولو كان مركز الادارة الرئيسي الفعلي، أو محل النشاط أو مكان التأسيس، في الإقليم الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

وفي الأخير نخلص إلى أن معيار تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية، قد تنوعت وتعددت، وأن لكل منها ميزتها ومساوئها، وأنه لكل دولة الحرية بحسب قانونها الداخلي²، في أن تعتمد على المعيار الذي يلائمها في تحديد الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسيتها.

وبالرجوع للتشريع الجزائري فنجد الاتفاقية الجزائرية الاسبانية قد عرفت المستثمر الاعتباري في الفقرة 02 من مادتها الأولى بنصها: عبارة مستثمر تدل على:

(ب) كل شخص معنوي، وعلى وجه الخصوص الشركات، جمعيات الشركات، الشركات التجارية، وكل شكل آخر لشركات مكونة أو منظمة وفقا لتشريع أحد الطرفين وله مقر على إقليم هذا الطرف.³

أما الاتفاقية الجزائرية البرتغالية عرفت المستثمر الاعتباري في الفقرة 02 من مادتها الأولى بنصها "يقصد بمصطلح المستثمر:

(1) كمال سمية، المرجع السابق، ص. 21.

(2) لأجل التعرف على موقف المشرع الجزائري لابد من الرجوع الى الشريعة العامة، بالإضافة الى تصفح مواقف بعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مسائل الاستثمار، وعليه نجد نص المادة 50 من القانون المدني التي تنص " أن للشخص الاعتباري موطن، وهو المكان الذي يوجد فيه مركز الادارة.

الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج، ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر" فموجب نص هذه المادة ونص المادة 10 فقرة 03 من نفس القانون التي تنص على " أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي والفعلي". نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخذ بمعيار المركز الفعلي والرئيسي كمعيار لتحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية الأجنبية هذا كقاعدة عامة، وكاستثناء أخذ تارة بمعيار النشاط أو الاستغلال الرئيسي للمصالح الاقتصادية، وهو الأمر الذي يستدل عليه من نص الفقرتين 02 و03 من المادة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الايطالية "... عبارة شخص معنوي تشير إلى كل مؤسسة وكل شركة أشخاص أو رؤوس أموال قائمة في إقليم إحدى الدولتين المتعاقدين، طبقا لتشريع هذه الخيرة، ولها في نفس الاقليم مقرها والمركز الرئيسي لمصالحها الاقتصادية، كما هو معرف من خلال تشريع وتنظيم كل من الدولتين المتعاقدين". وتارة أخرى أخذ بمعيار الرقابة وهو ما يستدل من نص الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في مادتها الأولى فقرة 03، التي اعتبرت أن الاستثمار الأجنبي المنجز من قبل شخص معنوي مراقب بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من قبل أشخاص معنوية لها مقرها الاجتماعي على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين.

من خلال عرض النصوص القانونية نستنتج أنه إذا وقع نزاع حول تحديد جنسية الشخص الاعتباري، فإنه يتم الأخذ كقاعدة عامة بمعيار المركز الرئيسي، استثناء يمكن الاستدلال بمعيار الرقابة واستغلال النشاط الرئيسي متى اتفق الطرفان على ذلك.

(3) الاتفاقية الجزائرية الاسبانية الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي 95-88 السابق الاشارة إليها.

ب) كل شخص معنوي بما في ذلك الشركات التجارية أو كل شكل آخر من الهيئات التي لها امكانيات الاستثمار ولها الأرباح الموزعة، مقرها على اقليم أحد الطرفين المتعاقدين والتي أنشئت وفقا لتشريع هذا الطرف المتعاقد.¹

فمن خلال هذا النصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار المقر أو الادارة الرئيسي وهو المعيار المعتمد والمؤيد فقها وقضاء.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي ومعايير دوليتها:

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي، تكتسي أهمية بالغة تكمن في أنه من خلالها يتم تحديد الجهة المختصة للنظر في النزاعات التي تنشأ عنها، كما أن الوقوف على الطبيعة القانونية له تعد المعيار الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق، فهي التي تحدد إذا ما كان القانون الوطني، هو الذي يحكم العقد أو الاتفاقية، أو غيره من القوانين الأجنبية.

وعليه فستعرض أولا لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار، وثانيا نتعرض للمعايير التي قيل بها لاعتبار عقود الاستثمار من قبيل العقود الدولية.

أولا: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي:

من خلال تكييف عقد الاستثمار الأجنبي يمكن تعيين نوعه، وخصائصه، وتحديد الأحكام القانونية الواجبة التطبيق عليه. وقد اختلف الفقه في تكييف هذا العقد بين العقد الاداري، والعقد الخاص والاتفاقية الدولية، وفيما يلي عرض للآراء التي قيلت بهذا الصدد.

¹ (الاتفاقية الجزائرية البرتغالية المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192، السابق الاشارة إليها.

1) عقد الاستثمار الأجنبي عقد إداري:

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقود الاستثمار عقود إدارية¹ من منطلق أن عقود الدولة هي العقود التي تبرمها سلطة عامة، من أجل تحقيق مصلحة عامة، ومن هذه الزاوية لا تختلف عقود الاستثمار عن العقد الإداري، الذي يتمتع بالخصائص ذاتها².

وهناك من اعتبر عقود الاستثمار عقود إدارية، في محاولة منه من أجل منح الدولة المستضيفة المتعاقدة الحق في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة، من أجل تحقيق المصلحة العامة.

وقد ساق أصحاب هذا الرأي العديد من الحجج لتبرير وجهة نظرهم، والتي مفادها أن عقود الاستثمار الأجنبي هي عقود إدارية وتتلخص حججهم فيما يلي:

- أن عقود الاستثمار وإن كانت في ظاهرها تستهدف تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، إلا أنها من وجهة نظر الدولة المضيفة تستهدف في المقام الأول تسيير أحد المرافق العامة بالنتظام واضطراد³.

بالإضافة إلى أنها تتضمن مظاهر عديدة للشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد الخاص⁴.

- في كل من عقد الاستثمار والعقد الإداري تكون الدولة أو أحد هيئاتها العمومية التابعة لها طرفا فيه، في حين أن المستثمر الأجنبي يعتبر من أشخاص القانون الخاص، والذي يعتبر الطرف الثاني في العقد⁵.

- عقد الاستثمار الأجنبي هو عقد تنمية بالدرجة الأولى، تهدف الدولة من خلاله إلى تحقيق المصلحة العامة، وهو أحد أهم معايير العقد الإداري⁶.

¹ يعرف العقد الإداري على أنه العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام، وفقا لأساليب القانون العام، بتضمينه شروطا غير مألوفة في القانون الخاص. أنظر محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص. 10.

² عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ص. 73.

³ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محكم التحكيم، دط، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، مصر، 2008، ص. 115.

⁴ عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص. 74.

⁵ Solus Henry, Jacque Ghestin, Sophie Lemaire, les contrats Internationaux de l'Administration, LGDJ, Paris, France, 2005, p. 24.

⁶ ابراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مج العلوم القانونية والشرعية، ع 07، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015، ص. 302.

-أن الدولة بوصفها ذات لا يمكن أن تخضع في التزاماتها لقانون آخر غير قانونها، ومن ثم فإن العقود التي تبرمها الدولة مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية تعد من عقود القانون العام¹.

بالرغم من وجاهة وصحة الحجج التي جاء بها أصحاب هذا الرأي، إلا أن إطلاق فكرة العقد الإداري على كافة عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة أمر لا يمكن التسليم به، ذلك أن العديد من عقود الاستثمار قد لا تكون الدولة طرفا فيها، وهنا لا يمكن القول بأن العقد الاستثماري هو عقد إداري، حتى وإن تعلق بتسيير مرفق عام، وتضمن شروطا استثنائية، ما دام أن الشرط الوجوبي في أن يكون أحد طرفي العقد شخصا عاما غير متوفر.

كما أن إضفاء صفة العقود الإدارية على تلك العقود، يتطلب بالضرورة وجود قضاء إداري دولي، للنظر في المنازعات التي تنشأ عنها، والواقع يثبت أن هذا النوع من المنازعات، عادة ما يكون الاختصاص فيه للتحكيم الدولي².

2) عقد الاستثمار الأجنبي عقد مدني:

يرى أنصار هذا الموقف أن عقود الاستثمار الأجنبي، هي عقود خاصة تخضع لأحكام القانون المدني والتجاري، وذلك راجع لكون أن هذه العقود تختلف في مواصفاتها عن الخصائص المميزة للعقود الإدارية. ويستند أنصار هذا الاتجاه على الحجج التالية:

-يرى أنصار هذا الاتجاه أن متطلبات التجارة الدولية، تفرض على الدولة أن تتعاقد مع المستثمر الأجنبي على قدم المساواة، وألا تتمسك الدولة بسلطتها السيادية، ذلك أن وجود طرف أجنبي في العلاقة التعاقدية، يمنع الجهة المتعاقدة من تضمين عقودها مع الطرف الأجنبي شروطا استثنائية على اعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي³.

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 115.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص. 92.

(3) عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص. 76.

- كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن اعتبار عقود الاستثمار من قبيل العقود الادارية، من شأنه أن يؤدي إلى تخوف المستثمر الأجنبي، وتردده في استثمار أمواله، في الدولة التي تعتمد على هذا التكييف. وذلك تجنباً للمخاطر التشريعية والادارية التي بالإمكان أن يتعرض لها. هذا الاتجاه لم يلقى تأييداً من قبل فقهاء القانون، حيث أنه لم يقدم تفسيرات لبعض مظاهر عقود الاستثمار، التي تتمتع فيه الدولة بملامح السلطة العامة، سعيًا منها لتحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى الاعتراف للدولة في هذه العقود ببعض امتيازات السلطة العامة¹. لذلك لا يمكن اعتبار عقود الاستثمار، من العقود التي يمكن تخضع لقواعد القانون الخاص.

3) عقد الاستثمار الأجنبي اتفاقية دولية:

ذهب جانب من الفقه إلى تدويل عقود التنمية الاقتصادية بصفة عامة، وعقود الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة. واعتبارها اتفاقيات دولية بغية إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام، وذلك رغبة من أنصار التدويل في إقصاء هذه العقود، عن سلطان النظم القانونية الداخلية، بزعم توفير الحماية للطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة للاستثمار.

وقد أعتد أصحاب هذا الرأي على عدة أسانيد وحجج، في تبرير موقفهم هي كالآتي:

- لا تختلف العقود الدولية عن الاتفاقيات الدولية، من حيث كونها اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها، لغرض تنظيم علاقة قانونية دولية، وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة².

- ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أنه لأجل تحقيق المساواة بين طرفي العلاقة الاستثمارية باعتبار أن الدولة المضيفة، طرف مهيم عليها لما تنطوي عليه من سيادة وسلطة، فإنه لا بد من تكييف العلاقة التعاقدية على أنها اتفاقية دولية، تحكمها قواعد القانون الدولي العام. حيث أن إعمال قواعد القانون الدولي العام يضمن للطرف الخاص الأجنبي، حماية أكيدة وفعالة.

¹ إبراهيم محمد القعود، المرجع السابق، ص. 303.

² علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام (الأصول والمبادئ العامة)، ط11، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص. 278.

فمن ناحية يؤدي تدويل العقد إلى منح الطرف الخاص امكانية التمسك، بقواعد القانون الدولي العام، في مواجهة الدولة المتعاقدة، ومن ناحية أخرى قيام الدولة بتعديل العقد أو بفسخه، يؤدي إلى امكانية مساءلة الدولة المتعاقدة معاً دولياً¹.

-ويسوي أنصار هذا الاتجاه بين العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص، والتي تتعلق بالأنشطة في إطار الخطط التنموية، وبين الاتفاقيات الدولية، التي تعرف على أنها توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي، في إحداث آثار قانونية.

وسندهم يكمن في أن تدويل العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي، لا يعني بالضرورة تمتعه باختصاصات مماثلة لاختصاصات الدولة، ولكن هذه المساواة بين العقد والاتفاقية هي بهدف الاعتراف بتمتعه بأهلية دولية من نوع خاص، تمكنه من التصرف على المستوى والدفاع عن حقوقه. واعتبروا أن صفة الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة، كشخص من أشخاص القانون الدولي، لا تخوله إلا الدفاع عن حقوقه المستمد من العقد².

لم يلقى هذا الاتجاه الترحيب من قبل الفقه القانوني، من كون أن العقد الدولي سواء انصب على خطط التنمية الاقتصادية أو أن يظهر في أطرافه شخص قانوني دولي، فإن هذا الأمر لا يخرج من فئة العقود الدولية، بحيث تبقى الصفة العقدية، هي الأساس في تحديد طبيعة هذه العقود.

ضف إلى ما سبق فإن عقود الاستثمار لا تعد من قبيل الاتفاقيات الدولية، ذلك أن وصف الاتفاقية الدولية ينطبق فقط على التصرفات المنعقدة بين أشخاص القانون الدولي العام، وذلك وفقاً لأحكامه، أما العلاقة الاستثمارية فإنها تتم بين شخص من أشخاص القانون الدولي العام، وطرف خاص أجنبي، الأمر الذي يفقدها صفة الاتفاقية الدولية.

¹ عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص. 77.

² مرتضى جمعه عاشور، المرجع السابق، ص. 70.

وفي الأخير فإن الهدف من وراء اعتبار عقود الاستثمار اتفاقيات دولية، هو محاولة إفلات الشركات الاستثمارية الكبرى من سلطان قانون الدولة الوطني، ومحاولة منع هذه الأخيرة من التمسك بقانونها وما يمنحه لها من سلطات.

وعليه فإن عقد الاستثمار الأجنبي لا يمكن اعتباره اتفاقية دولية، ذلك أن مصطلح المعاهدة في ظل الوضع الراهن للقانون الدولي، لا ينصرف إلا للاتفاقيات التي تتم بين أعضاء المجتمع الدولي¹.

4) الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الأجنبي:

بعد نقد كل الاتجاهات السابقة في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي، تم التسليم بالطبيعة المركبة والمختلطة للعقد، والتي تجمع بين كل من خصائص القانون العام، وخصائص القانون الخاص.

فطبيعة عقد الاستثمار الأجنبي، وأطرافه وما يتضمنه من شروط جعلت من الصعوبة، في تحديد طبيعته القانونية بين القانون العام والخاص.

فعقود الاستثمار الأجنبي تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى طبيعة أطرافها، وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة. الأمر الذي يستوجب الاعتراف لهذه العقود ببعض المبادئ العامة اللازمة لتحقيق الغرض المنشود من إبرامها، بغض النظر عما إذا كان يتوافر في العقد عناصر العقد الإداري عن غيره.²

وعليه فإن القول بالطبيعة الخاصة المختلطة لعقد الاستثمار الأجنبي، هي أمر مسلم ومعترف به، كما أنه ليس من السهل تحديد الغلبة لعناصر القانون العام أو الخاص، لأن الأمر يختلف من عقد إلى آخر ومن نظام قانوني إلى آخر.

¹ عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص. 79.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 75.

ثانيا: معايير دولية عقد الاستثمار الأجنبي:

تمثل الصفة الدولية للعقد الاستثماري جانبا كبيرا من الأهمية، إذ يتركز عليها اختلاف العقد الدولي عن العقد الداخلي، ولم يستقر الفقه القانوني على وضع معيار محدد لإضفاء صفة الدولية على عقود الاستثمار التي تكون الدولة، أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفا فيها، ويكون العنصر الأجنبي حاضرا في هذا العقد. فجانبا من الفقه استند على المعيار القانوني، وجانب آخر استند على المعيار الاقتصادي، وجانب آخر جمع بين كلا المعيارين على النحو الآتي:

(1) المعيار القانوني:

أصحاب هذا الاتجاه يأسسون موقفهم في وصف العقد بالصفة الدولية، على إسناد العقد على العديد من النظم القانونية بواسطة عناصره القانونية، كالجنسية، والموطن، مركز إدارة الأعمال، ومكان إبرام العقد، ومكان التنفيذ وغيره من العناصر القانونية. ومعنى ذلك أنه يستلزم القول بدولية العقد أن تكشف عن معنى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية، وهذا يعني أنه إذا ما اتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر، تثبت الصفة الدولية للعقد أو الرابطة القانونية¹.

إلا أن أصحاب هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية، في إضفاء الصفة الدولية عليها، حيث انقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى رأيين، رأي تقليدي الذي نادى إلى المساواة بين عناصر القانونية للرابطة العقدية، حيث أن وجود عنصر أجنبي في العقد، يضيف عليه الطابع الدولي، الذي يبرر إخضاعه لقواعد القانون الدولي.

وتوسع بعض الفقهاء التقليديين إلى حد القول بأن العقد يعتبر دوليا، إذا كان أحد أطرافه أجنبيا أو إذا كان محله أو الواقعة المنشئة له ذات صبغة أجنبية، وبالتالي فإن إبرام العقد في دولة أجنبية، أو بين

¹ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة الاسكندرية، مصر، 2015، ص. 52.

طرفين أحدهما أجنبيا، أو مقيما في دولة غير دولته، أو كان محل العقد في دولة أجنبية يضمن عليه الصفة الدولية¹.

وقد تعرض هذا المعيار للانتقاد، كونه معيارا آليا جامدا، فهو يقضي باعتبار العقد دوليا لمجرد أن يتوافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية، بصرف النظر عن أهمية ذلك العنصر أو الرابطة المطروحة، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور المعيار الحديث².

ويرى أنصار الفقه الحديث بوجوب التفرقة بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، ذلك أن هذه العناصر بالرغم من تعددها فإنها ليست على درجة واحدة من التأثير، فالعبرة في إضفاء الصفة الدولية على العقد لا تكمن في الكم أو في توافر العنصر الأجنبي، وإنما العبرة في مدى فاعلية وتأثير العنصر القانوني، في إضفاء الصفة الدولية.

ويشير الفقه بهذا الصدد إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد، لا تعد عنصرا مؤثرا في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة، لذلك فهي لا تصلح لذاتها أساسا لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، وعلى عكس ذلك يعد محل تنفيذ العقد، اختلاف الموطن، من العناصر الحاسمة والمؤثرة في إضفاء الطابع الدولي، على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري³.

على أن يترك تحديد مدى فاعلية العناصر القانونية من عدمها، للسلطة التقديرية للقاضي، بتغليب العناصر الايجابية والفاعلة في العقد، إذا كانت هذه العناصر تشمل أحد طرفي العقد أجنبي الجنسية وتوقف العنصر الفاعل على واقعة الإبرام، أو مكان تنفيذه في دولة أجنبية، وأن فاعلية التنفيذ هي الأساس التي يكتسب بها الصفة الدولية.

(1) ابراهيم محمد القعود، المرجع السابق، ص. 305.

(2) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 80.

(3) ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص. 52.

على أن ما يعاب عن هذا التوجه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، في تحديد العناصر القانونية الفاعلة والمؤثرة، والتي تؤدي إلى اختلاف وجهات النظر القضائية، من دولة إلى أخرى ومن حالة إلى أخرى¹.

(2) المعيار الاقتصادي:

يركز أنصار هذا الاتجاه على موضوع العقد، بحيث يعد العقد دولياً إذا تضمن انتقالاً للأموال والسلع والخدمات من دولة إلى أخرى، فتثبت الصفة الدولية للعقد الاستثماري بالنظر إلى موضوعه، فإن اتصل بمصالح التجارة الدولية، كان العقد دولياً بالرغم من توافر العناصر القانونية الأخرى، فالعبرة في احتواء العلاقة العقدية على عمليات تبادل الأموال عبر الحدود، كما هو الشأن في عمليات استيراد البضائع من الخارج أو تصديرها إلى دولة أجنبية. وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى أن العقد التجاري الدولي، هو ذلك العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية².

وبالرغم من منطوية حجج أصحاب المعيار الاقتصادي وربطه فكرة دولية العقد بفكرة مصالح التجارة الدولية، إلا أن هذا المعيار يعتبر من زاوية أخرى تحصيل حاصل للمعيار القانوني، إذ أن انتقال رؤوس الأموال الأجنبية، وكذلك السلع والخدمات عبر الحدود، لا يمكن تصوره إلا في حالة عقد تتوفر فيه الصفة الأجنبية.

ومن جانب آخر يعتبر المعيار القانوني أكثر اتساعاً ووضوحاً، في إضفاء الصفة الدولية على عقود الاستثمار، بما تمليه من حماية خاصة للمتعاقد الأجنبي، ومدى خضوعه للقانون والقضاء الداخلي الذي قد يعصف بالكثير من حقوقه وضمائنه في العقد³.

⁽¹⁾ إبراهيم محمد القعود، المرجع السابق، ص. 305.

⁽²⁾ حكمت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 يناير 1930 وكذلك حكمها في 27-01-1931 بخصوص شرط التحكيم المقرر في المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي، فأشارت المحكمة إلى أن البطلان يسري في نطاق العقود الداخلية، إلا أنه لا يسري في نطاق العقود الدولية، والتي تكتسب هذه الصفة مجرد أنها تراعي أو تأخذ في الاعتبار مصالح ومقتضيات التجارة الدولية. منقول عن ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص. 55.

⁽³⁾ إبراهيم محمد القعود، المرجع السابق، ص. 308.

(3) الجمع بين المعيارين:

كنتيجة للانتقادات التي تعرض لها كلا المعيارين القانوني والاقتصادي، ظهر معيار ثالث يجمع بين كلا المعيارين، بحيث لا يكفي تحقق فقط العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية للقول بدولية العقد، بل يشترط كذلك أن يتعلق العقد بمصالح التجارة الدولية.

وقد اعتنق القضاء الفرنسي هذا المعيار لأول مرة بمناسبة قضية مشهورة طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 4 يوليو 1972، حيث استندت المحكمة على كل من المعيار القانوني والاقتصادي في نفس الوقت لتقرير دولية العقد، المبرم بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاه وكيلا للشركة الهولندية، مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا، وهو ما يكشف عن اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الهولندي والنظام الفرنسي، إلا أن المحكمة لم تكتف بتوافر عناصر المعيار القانوني لتقرير دولية العقد، بل أشارت في معرض تأكيدها لدولية العقد إلى ما يهدف إليه العقد من انتقال للأموال عبر الحدود، يمس على هذا النحو مصالح التجارة الدولية، بمعنى المعيار الاقتصادي¹.

ومن مميزات هذا المعيار التضييق من معيار دولية العقود، حيث لا يكفي بتوافر العنصر الأجنبي، بل يشترط إضافة إلى ذلك أن تهدف العملية التجارية، إلى انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود. وبخصوص موقف المشرع الجزائري من تحديد الصفة الدولية للعقد، فإنه بمراجعة المرسوم التشريعي رقم 93-09 لقانون الاجراءات المدنية نجد نص المادة 458 مكرر تنص على أنه يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

فمن خلال هذا المرسوم تم إدراج فيه باب للتحكيم التجاري الدولي، تحت عنوان "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي". وما يتعلق بأحكام هذا المرسوم فقد جاءت مطابقة للمبادئ المكرسة على المستوى الدولي، إلى جانب تبنيها للقواعد الأكثر ليبرالية، وقيل بمناسبة هذا التعديل بأن الجزائر

¹ (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 84).

قد تبنت هذا القانون بصورة هجينة، واستمدته من القانون الفرنسي والقانون السويسري، اللذان يعتبران الأكثر ليبرالية في مجال التحكيم¹. وقد تبنت الجزائر في هذه المرحلة التحكيم المؤسساتي، المتمثل في تحكيم غرفة التجارة الدولية².

إلا أنه بصدور القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية³، فإننا نلاحظ أنه قد أخذ بكلا المعيارين مع تغليبه للمعيار الاقتصادي وذلك من خلال نص المادة 1039 التي تنص بأن: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

وفي الأخير يمكن القول بأن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة المضيفة، أو أحد هيئاتها العامة التابعة لها مع المستثمرين الأجانب، الذين يستوي فيهم أن يكونوا أشخاصا طبيعية أو معنوية. أنها تنطوي على طبيعة قانونية خاصة، لاحتوائها على كل من عناصر القانون العام والخاص، وكذا لعدم التساوي في المراكز القانونية لأطرافها وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

المطلب الثاني: حقوق والتزامات أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر:

تؤكد أغلبية التشريعات العربية والقانونية، على مجموعة من الحقوق التي يتمتع بها طرفي عقد الاستثمار الأجنبي. والتي تقابلها في نفس الوقت عدة التزامات يجب التقيد بها، وإن السبب في عدم احترام الحقوق المتبادلة بينها، أو الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقهما، تؤدي إلى النزاع بينهما. وليبان هذه الحقوق والالتزامات المتبادلة بين كلا الطرفين، نتناول في الأول حقوق والتزامات الدولة المضيفة، ثم نتناول حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي.

¹) L'Algerie à adopte une loi en 1993 qui n'a rien à envier par son libéralisme aux droits français et suisse sont deux systèmes juridique les plus libéraux au monde à l'égard de l'arbitrage. Voir: Racine Jean- Boutique, les raisons de la libération dan les pays émergents (le cad particulier de l'Algerie), séminaire, L'Algerie en mutation sous la direction de R.chavin, A Gesmi, p.p ;267,276.

²) M.A.Mabroukine, Constitution de société d économie mixte en Algérie, revue IDARA,N°1, 1993, p ;43.

³ القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المؤرخ في 04 فيفري 2008، ج ج ر ع 21، سنة 2008.

الفرع الأول: حقوق والتزامات الدولة المضيفة للاستثمار:

أولاً: حقوق الدولة المضيفة للاستثمار:

تتنوع حقوق الدولة المضيفة للاستثمار في مواجهة المستثمر الأجنبي، في كل من حق الرقابة والإشراف، وكذلك حقها في تعديل العقد وحتى الغائه، وهو ما سوف يتم تناوله بالترتيب الآتي:

أ) حق الدولة في الرقابة والإشراف:

تتضمن عقود الاستثمار الأجنبي للدولة المضيفة له، الحق في الرقابة والإشراف على أعمال المستثمر الأجنبي، وذلك لأجل التأكد من تنفيذ الالتزامات المتفق عليها وفقاً للاتفاقية.

ويقصد بحق الرقابة والإشراف، أن تقوم الدولة المضيفة -جهة الإدارة- بمراقبة الأعمال المادية التي ينجزها المستثمر الأجنبي المتعاقد معها. وتؤكد من أن التنفيذ يتم وفقاً لما تضمنه العقد من شروط¹.

وتتنوع طريقة أو أسلوب ممارسة حق الرقابة والإشراف، بنوعية وخصوصية عقد الاستثمار الأجنبي في حد ذاته، بحيث يمكن تصور ممارسة حق الرقابة والإشراف في عقود الاستثمار البترولي، في حق زيارة المواقع، ورقابة البترول الخام وجودته وطريقة شحنه، وفحص الدفاتر والاحصائيات².

بحيث تتضمن معظم عقود البترول نصوصاً تعطي لممثلي الحكومة المفوضين تفويضاً قانونياً، في الحق للدخول إلى المنطقة موضوع العقد، وإلى مواقع العمليات التي تجري فيها. ويعترف لهؤلاء الممثلين بحق فحص الدفاتر والسجلات والبيانات المتحصل عليها من جراء المشروع الاستثماري، والقيام بعمليات المسح والرسومات والاختبارات، بغرض تنفيذ العقد. ولهذه الأغراض، يحق لهم أن يستعملوا آلات وأدوات الشركة، بشرط ألا ينشأ عن هذا الاستعمال أي خطر. أو عرقلة للعمليات موضوع العقد³.

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، 141.

(2) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 127.

(3) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 115.

(ب) حق الدولة المضيفة في تعديل شروط العقد:

يعد حق الدولة المضيفة في تعديل شروط العقد الاستثماري، أمر منطقي نظرا لطبيعة هذا النوع من العقود، التي تستلزم فترة زمنية طويلة لأجل تمام المشروع الاستثماري، وأمام هذه الفترة الزمنية الطويلة، فإنه من الطبيعي أن تصاحب النظام الداخلي للدولة المضيفة عدة تغيرات في نظامها، قد تكون تغيرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تفرض وجوبا على الدولة المضيفة ضرورة إعادة تعديل شروط العقد الاستثماري، إذا ما تعارضت بنوده مع المصلحة العامة.

ولأجل تفادي أي نزاع مستقبلي بين طرفي عقد الاستثمار، مرده الظروف المستحدثة وتأثيرها على المصلحة العامة، عادة ما تحرص الدول عند إبرامها لمثل هذه العقود، على النص في العقد على ضرورة إعادة التفاوض أو النص صراحة على حقها في تعديل العقد، بالارادة المنفردة لها¹.

فعلى الرغم من أن الأصل لا يميز تعديل العقد، إلا بعد موافقة الطرف الآخر، إلا أنه في هذا النوع من العقود يعترف للدولة بحقها في تعديل بنوده بدون موافقة الطرف الأجنبي، متى كان تنفيذ العقد يتعارض مع المصلحة العامة، على أن يتم تعويض الطرف الأجنبي، وسبب ذلك هو طبيعة عقود الاستثمار الأجنبي، التي تسري لفترات طويلة عادة، وتأثيرها على خطط التنمية الاقتصادية، مما يجعل من الضروري للدولة الحق في تعديلها وفقا لمستجدات الظروف، حتى ولو لم يتضمن العقد في بنوده نصا يكفل للدولة حقها في تعديله².

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 143.

² عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 128.

ج) حق الدولة المضيفة في إلغاء العقد:

قد يتم الإشارة في عقد الاستثمار أو في القوانين أو اللوائح، على حق الدولة -جهة الإدارة- في إنهاء العقد، بالارادة المنفردة لها¹، إلا أنه يجب على جهة الإدارة أن تقوم بإعذار الطرف المستثمر، ومنحه مهلة تنتهي بنهاية مدة الإعذار².

ثانيا: التزامات الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي:

إذا كان يترتب على إبرام هذا النوع من العقود، أن يعترف للدولة المضيفة بمجموعة من الحقوق، فإنه في ذات الوقت تقيّد بمجموعة من الالتزامات، بحيث تلتزم بأدائها، وبالتالي يمكن القول أنه إذا أخلت بأي التزام ملقى على عاتقها، فإنه يعترف وفقا للقواعد العامة، بأحقية الطرف المتضرر بفسخ وإنهاء العقد، وتتمثل هذه الالتزامات فيما يلي:

أ) التزام الدولة المضيفة بتقديم المساعدة للمستثمر الأجنبي:

والمقصود منه أن تلتزم الدولة المضيفة، بتقديم كافة المساعدات الممكنة للطرف المستثمر الأجنبي، لأجل اتمام الالتزامات الملقاة على عاتقه، مثل تمكينه من الحصول على تراخيص انشاء المصانع، أو مزاوله النشاط، وتسهيل دخول أو احضار المواد اللازمة للمشروع من الخارج، وتيسير كافة الاجراءات المطلوبة من كافة المصالح الحكومية وغير الحكومية، داخل إقليم الدولة المضيفة³.

ب) التزام الدولة المضيفة بتقديم الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي:

غالبا ما يتم ينص في عقود الدولة أو قوانين الاستثمار الوطنية، أو المعاهدات الثنائية أو الجماعية على ضرورة توفير قدر من الحماية للمستثمر الأجنبي، من الأخطار التي قد يتعرض لها

¹ قد يتقرر للدولة الحق في إنهاء العقد، وذلك عندما تقوم الدولة المضيفة للاستثمار عادة أولا، بعمل قانوني يتمثل في إصدار قرار أو قانون يقضي بنقل ملكية المشروع الاستثماري إلى الدولة المضيفة للاستثمار، ثم القيام بعمل مادي يتمثل في الاستيلاء على الإدارة الرئيسية للمشروع. ومنع موظفي المستثمر الأجنبي من الدخول إليها، وقد يؤدي إلى إخراج المستثمر الأجنبي، من أراضي الدولة المضيفة للاستثمار عن طريق التأميم أو المصادرة أو لتصفية كما سوف نرى فيما يتقدم.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 150.

³ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، أطروحة دكتوراه، حقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2009، ص. 116.

خلال فترة تنفيذ العقد بأراضي الدولة. وبالتالي فإن المستثمر الأجنبي، يبحث عن المكان الذي يوجد به حماية كافية لأمواله المستثمرة، فهو يكون حريصا أشد الحرص على التفكير، والتأني في اتخاذ قرار استثمار أمواله في دولة معينة غالبا ما تكون بمبالغ مالية ضخمة وتكاليف عالية¹.

فعادة ما تنطوي عقود الاستثمار الأجنبي، على شروط خاصة، تتعهد فيها الدول المضيفة للاستثمار بتوفير الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي، وما يمكن ملاحظته أنه عادة ما تتضمن التشريعات الداخلية نصوص قانونية، كضمانة لجذب للمشروعات الاستثمارية، أو الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الدولة المضيفة، ودولة جنسية المستثمر المتعاقد.

إلا أن هذا الأخير يفرض النص عليها في عقد الاستثمار الذي يتم إبرامه بين الدولة المضيفة، ويضمن حماية استثماراته وعدم التعرض لها.

الفرع الثاني: حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي:

مثلا تتمتع الدول المضيفة بمجموعة من الحقوق والتزامات، فإن الطرف المستثمر الأجنبي هو الآخر يتمتع بمجموعة من الحقوق، وتقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات. سوف نتعرض لها فيما يلي:

أولا: حقوق المستثمر الأجنبي:

تنشئ عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، عدة حقوق لصالح المستثمر الأجنبي، أهمها الحق في الاستعانة بالأجانب، وكذا حق التمتع بالاعفاءات الجمركية، والحق في التنازل عن العقد وإنهائه، ونتعرض فيما يلي لهذه الحقوق على النحو التالي:

أ) الحق في استخدام الأجانب:

تحول عقود الاستثمار الأجنبي للطرف المستثمر، حق الاستعانة بالفنيين، والخبراء والإداريين، غير الحاملين لجنسية الدولة المضيفة. وهو حق بديهي فيما يتعلق بعقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة، لأنه عند التأمل في الغاية لأجل جذب الاستثمار الأجنبي من قبل الدول، نجد أن الهدف

¹ عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 135.

منه هو إنشاء وتسيير مشروعات ذات الخبرة وتكنولوجيا عالية، لا يستحوذ في العادة عليها البلد المضيف للاستثمار.

ولعل هذه الشروط قد جعلت الاستعانة بالعمالة الأجنبية، متوقف على عدم توفر الأشخاص الوطنيين المؤهلين، للقيام بمثل هذه الأعمال ولكن بشروط¹. وألزمت عقود أخرى ألا يقل عدد العاملين الوطنيين عن نسبة معينة، وفي حالة عدم توافر هذه النسبة من رعاياها، أوجبت على الطرف المستثمر الأجنبي إعطاء الأفضلية لمواطني الدول الأخرى الصديقة².

ب) الحق في التمتع بالاعفاءات الجمركية:

إن المستثمر الأجنبي يحتاج لتنفيذ مشروعه الاستثماري، إلى تكنولوجيا عالية، والعديد من المعدات والآلات والأجهزة، وكافة مستلزمات المشروع الاستثماري، ولما كان المستثمر يقوم باستيراد هذه المعدات والآلات من خارج الدولة المضيفة، نظراً لأنه في أغلب الأحوال تكون هذه المعدات غير متوافرة بالدولة المضيفة. فغالبا ما تنص عقود الاستثمار على أنه يلزم إعفاء المستثمر الأجنبي من الرسوم الجمركية عند استيراده لها³.

¹ فعلى سبيل الاستدلال نجد نص المادة 29 من عقد الاستثمار بين الحكومة المصرية وشركة أبني الإيطالية لسنة 1963 بنصها "الغير المصريين من موظفي المرخص له أو موظفي مقاولين في حدود القوانين واللوائح السارية الحق في دخول أراضي الجمهورية العربية المتحدة والتنقل بداخلها والخروج منها، ويلزم أرباب العمل المذكورين أعلاه ألا يستخدموا داخل أراضي الجمهورية العربية المتحدة أشخاص غير مرغوب فيهم من قبل الحكومة لأسباب سياسية أو أسباب تتعلق بالأمن العام".

² وهو ما نصت عليه المادة 39 من العقد المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية والشركة الفرنسية "أوكسيراب" سنة 1965 من أنه "على الشركة أن تستخدم موظفين سعوديين في إدارة عملياتها... وينبغي مراعاة النسب التالية في جميع المستويات: أ- ألا يقل عدد الموظفين والعمال السعوديين في داخل المملكة العربية السعودية عن 75%.

ب- لا يقل عدد الموظفين والعمال السعوديين خارج المملكة العربية السعودية ومنطقة الامتياز عن 30% عندما يتوفر هذا العدد. وإذا لم يتيسر تنفيذ هذه الشروط لنقص في الموظفين والعمال السعوديين المدربين، فيجب أن تستخدم الشركة موظفين وعمالا بالترتيب الآتي: مواطني الدول العربية ثم مواطني الدول الأخرى الصديقة." راجع بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، 103.

³ ما يمكن الإشارة إليه فيما يتعلق بنقطة أحقية المستثمر في استيراد معداته دون خضوعه للضريبة الجمركية، أنه حق غير مطلق قد ترد عليه بعض القيود، حيث قيده بعض التشريعات على عدم سريان هذا الاعفاء على الأشياء المستوردة إذا كانت تصنع محليا، وتتماثل مع الأشياء المستوردة في الصنف والجودة، ويمكن الحصول عليها بسهولة وبأسعار مناسبة. وهو ما نصت عليه المادة 12 من العقد المبرم بين الحكومة المصرية وهيئة المصرية العامة للنفط وشركة أموكو الأمريكية للزيت في 29 ديسمبر 1987 من أنه لا يسري الاعفاء المنصوص عليه في الفقرة (أ) من هذه المادة على أية أشياء مستوردة إذا كانت لها من وجهة نظر الهيئة نظائر مشابهاة أو مشابهة إلى حد كبير صنفاً وجوداً مما ينتج محليا ويكون شراؤها واستلامها في الوقت المناسب ميسورا في جمهورية مصر العربية بسعر لا يزيد بأكثر من عشرة من المائة من تكلفة الشيء المستورد قبل اضافة الرسوم الجمركية، ولكن بعد اضافة تكاليف النقل والتأمين". لمزيد من المعلومات راجع بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 108.

بل وقد توسعت عقود الاستثمار الأجنبي تسهيلا لمهمتها إلى أبعد من ذلك، حيث نصت على أن تسري الاعفاءات من الضرائب والرسوم الجمركية، حتى على المقاولين والمقاولين من الباطن، الذين تستخدمهم الشركات المتعاقدة في تنفيذ العمليات الموكولة إليها، من ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 21 من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للنفط وشركة بان امريكان عام 1963 من أنه يسمح للمؤسسة المصرية ولبان امريكان ولفابكو ولمقاوليهم والمقاولين من الباطن الذين يقومون بتنفيذ العمليات موضوع هذه الاتفاقية بالاستيراد من الخارج، ويعفون من الرسوم الجمركية الخاصة بالاستيراد... إلخ¹

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المنظومة الاستثمارية، قد نصت على عدة حوافز تشجيعية، كآلية لاستقطاب المشاريع الاستثمارية، التي تنوعت بين الحوافز الضريبية، والحوافز التمويلية، وكذا حوافز تتعلق بإمكانية تملك الأراضي والمشروعات الاستثمارية، وحتى تخفيض قيمة العقارات والأراضي المتعلقة بالاستثمارات، علاوة على إمكانية تحويل الأرباح إلى الخارج².

ج) الحق في التنازل عن العقد الاستثماري:

من بين أهم الحقوق التي ترد على حق الملكية، نجد حق اجازة التصرف بمشتملاتها، فالقواعد العامة في الالتزامات التعاقدية وغالبية عقود الاستثمار، تجيز لأحد أطراف العلاقة أن يحيل جزءا أو كلا من أصوله الناشئة عن العقد إلى متعامل آخر³.

لكن السؤال الذي يفرض نفسه في هذه الحالة يتمحور حول إطلاقية حق المستثمر الأجنبي في التنازل عن العقد من أية قيود؟ أم أن هناك قيودا يجب توافرها لأجل الاعتراف بأحقية المستثمر الأجنبي في التنازل عن جزء أو كل العقد؟

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 107.

² ناصر مراد، واقع الاستثمار الأجنبي المباشر وعواقبه في الجزائر، مج الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع01، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 2008، ص. 09.

³ زروال معزوة، المرجع السابق، ص. 568.

للإجابة عن التساؤل المطروح نميز بين طائفتين من العقود، الطائفة الأولى من عقود الاستثمار أجازت للطرف المستثمر أن يتنازل عن كل أو بعض حقوقه والالتزاماته العقدية، لشركة أخرى أو مستثمر آخر، سواء أكانت تابعة للمستثمر الأجنبي أو مستقلة عنه. وذلك بعد الحصول على موافقة كتابية من الدولة المضيفة وبعد توافر شروط عامة تتجلى فيما يلي:

- أن يكون المستثمر الأجنبي قد أوفى بكافة التزاماته الناشئة عن العقد، على أحسن وجه، حتى تاريخ طلب التنازل.

- أن يقدم المستثمر الأجنبي المتنازل الدليل المعقول للدولة المضيفة على قدرته المالية.

- أن تشتمل وثيقة التنازل على نصوص تقرر صراحة وعلى وجه الدقة أن المتنازل إليه يلتزم بكافة الأحكام والشروط الواردة في العقد، وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل¹.

أما الطائفة الثانية من العقود فنميز بين حالتين، الحالة التي تتنازل فيها الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها إلى شركة مستقلة، والتي يشترط فيها موافقة حكومة الدولة مسبقاً، بينما الحالة الثانية هي حالة التنازل إلى شركة تابعة للمستثمر الأجنبي، والتي لا يشترط فيها الموافقة المسبقة من قبل حكومة الدولة المتعاقدة².

ومن جهتنا نفضل اتجاه الطائفة الأولى من حيث حججها، والتي علقت حق التنازل عن العقد، إلى مستثمر آخر سواء كان تابع للمستثمر المزمع على التنازل أم لا، على شرط موافقة حكومة الدولة المضيفة للاستثمار -والمقصود بها هو حق الشفعة- للأهمية البالغة للطرف المستثمر في قبول التعامل معه من قبل الدولة المضيفة، إضافة إلى القيود التي اشترطتها هذه الطائفة من حيث إيفاء المتنازل بكافة التزاماته الناشئة عن العقد، وتوافر في الشركة المتنازل لها عن العقد، الكفاءة المالية والفنية لأجل تنفيذ العقد على أكمل وجه، وان تتضمن وثيقة التنازل الإشارة الصريحة على التزام الشركة المتنازل

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 110.

² رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص. 138.

إليها بكافة الأحكام والشروط الواردة في العقد، لأن من شأن ذلك منع حدوث أي خلاف في المستقبل حول مدى التزامها بها.

ثانياً: التزامات المستثمر الأجنبي:

تشارك معظم قوانين الاستثمار، في فرض جملة من الالتزامات التي تقع على عاتق المستثمر الأجنبي، والتي تشارك فيما بينها من خلال النص على التزاماته في البدء، بتنفيذ النشاط الاستثماري في وقته المحدد والاستمرار فيه، والالتزام بتدريب وتأهيل المستخدمين المواطنين، وأكثر من هذا التزمه بالمحافظة على سلامة البيئة وغيرها من الالتزامات، وما نشير إليه أن هذا النوع من الالتزامات هي التزامات قانونية، بحيث أن مصدرها هو القوانين الاستثمارية، أما الالتزامات العقدية، فإن مصدرها هو العقد الاستثماري نفسه، وهي تختلف من عقد لآخر حسب طبيعة ونوع الاستثمار.

1) التزام المستثمر الأجنبي بالبدء بالنشاط الاستثماري في وقته المحدد:

يتعين على المستثمر الأجنبي المرخص له بالاستثمار، البدء بالإجراءات التنفيذية اللازمة، لأجل تنفيذ المشروع الاستثماري، وفقاً للجدول الزمني المقدم له من قبل الدولة المضيفة له¹. فعادة ما تفرض الدولة المضيفة للاستثمار، على المستثمر الأجنبي تقديم جدولاً زمنياً، لإجراءات العمل الاستثماري، ومن تم التقييد والالتزام به، ويرجع السبب في تقييد المستثمر الأجنبي بالجدول الزمني لانجاز مشروعه الاستثماري، للأهمية البالغة التي ينطوي عليها هذا الأخير، من خدمة استراتيجية التنمية في الدولة المضيفة، والمخططات الاستراتيجية المرسومة لهذا الغرض².

ذلك أن جل المشاريع الاستثمارية الأجنبية، تتعلق بحياة المواطنين اليومية، بحيث يمثل بدء هذه المشاريع بنشاطها، أهمية أو تحقيق لخدمة كبيرة للمواطنين، وعليه خدمة الصالح العام، وهذا ما يبرر

¹ هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي (دراسة تحليلية مقارنة)، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015، ص. 147.

² زروال معزوزة، المرجع السابق، ص. 569.

تفضيل الدولة المضيفة للمستثمرين الأجانب عن بعضهم البعض، فكثيرا ما يتم التعاقد مع مستثمر ما دون غيره، بحكم تعهده بانجاز المشروع والبدء بالنشاط في وقت أقل ما يتطلبه غيره¹.

(2) التزام المستثمر الأجنبي بالتنمية البشرية وتدريب العمالة المحلية:

غالبا ما تتضمن عقود الاستثمار الأجنبي شرطا خاصا بتدريب العمالة المحلية، وذلك تمهيدا لإحلال العمالة المحلية محل العمالة الأجنبية، ولعل جانبا كبيرا من الفقه، يذهب إلى اعتبار هذا الالتزام، التزاما بتحقيق نتيجة وليس مجرد التزام ببذل عناية، حتى لا يتصل المتعاقد الأجنبي من المسؤولية باثبات أنه قد بذل العناية المعقولة بهذا الشأن².

ويختلف مضمون هذا الالتزام تبعا لدرجة نمو الدولة، ففي الدولة المضيفة التي حققت قدرا من النمو الاقتصادي، بمقارنتها بالدولة الأكثر تأخرا على الصعيد الاقتصادي، نجد أن هذا الالتزام يأخذ شكل التزام، تبعا للمساعدة الفنية التي يقوم بها المستثمر الأجنبي، كما يختلف هذا الالتزام تبعا للقيمة الاجمالية للاستثمارات التي يقوم بها المستثمر من مشروعات في الدولة المضيفة، فعقود الاستثمار ذات الموضوعات المالية والاقتصادية الهامة، هي التي تنشئ الالتزام بضرورة تحقيق اندماج كامل لعقد في الوسط الاقتصادي والاجتماعي للدولة المضيفة³.

(3) التزام المستثمر الأجنبي باحترام القواعد الفنية للتعاقد:

يلتزم المستثمر الأجنبي عند تنفيذه للمشروع، محل عقد الاستثمار المتفق عليه مع الدولة المضيفة، باحترام القواعد الفنية السائدة، وما يجري عليه العمل في إطار المعاملات الدولية في مجال التخصص محل عقد الاستثمار.

وهو ما تحرص عليه الدولة المضيفة، في أن يتضمنه عقد الاستثمار المبرم مع المستثمر الأجنبي، وعلى الرغم من أن هذا الالتزام يمكن مصادفته في عقود التجارة الدولية التقليدية، فإنه يظل هذا الالتزام

(1) هفال صديق اسماعيل، المرجع السابق، ص. 148.

(2) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 141.

(3) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص. 118.

الملقى على عاتق المستثمر الأجنبي متميزا عنه، إذ أنه التزام متفرع عن الالتزام الجوهرى الملتمزم به المستثمر الأجنبي، والمتمثل في المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة¹.

4) التزام المستثمر الأجنبي بنقل عناصر المعرفة الفنية للدولة المضيفة:

يتضمن هذا الالتزام نقل المعلومات والوسائط الفنية كافة، التي تتكون منها المعرفة الفنية، إلى الدولة المضيفة للاستثمار، ويجب على المستثمر الأجنبي اتخاذ كافة الوسائل²، التي تكفل له عملية النقل الفعلي للمعرفة الفنية. بحيث يبين العقد الاستثماري مشتتات المعرفة الفنية، التي يلتزم المستثمر الأجنبي بنقلها إلى الدولة المضيفة للاستثمار، ومدى حقها في استعمالها³. وتتمثل خصوصية الالتزام بنقل عناصر المعرفة الفنية، في استغلال المعرفة الخاصة بالمستثمر الأجنبي، غير أن الطبيعة لهذا الحق تجعل من المتعذر على المستثمر الأجنبي استرداده عند انتهاء العقد، بعد أن تكون الدولة المضيفة له قد علمت بهذه المعرفة⁴.

5) التزام المستثمر الأجنبي بالمحافظة على سلامة المجتمع والبيئة في الدولة المضيفة:

المقصود من هذا الالتزام أن يتخذ المستثمر الأجنبي التدابير اللازمة، لأجل المحافظة على سلامة البيئة، ويشمل هذا الالتزام الحرص على نظافة المحيط للمشروع الاستثماري، ومنع رمي النفايات في الأماكن العامة، والمحافظة على السكنية العامة، من خلال المحافظة على الهدوء والسكون في الطرقات العامة، ومنع استخدام الوسائل المقلقة للراحة، ومنع مزاوله الصناعات التي تلوث البيئة بالقرب من المناطق السكنية إلى غيرها من الالتزامات.

إضافة إلى ما سبق يلتزم المستثمر الأجنبي بحفظ الأمن العام، من خلال تأمين وحماية الأرواح والأموال من الاعتداء عليها، أو المخاطر المصاحبة للمشروع الاستثماري⁵.

¹ زروال معزوزة، المرجع السابق، ص. 570.

² عادة ما تتمثل الوسائل الكفيلة بنقل المعرفة الفنية في النشرات والتصميمات، والمواصفات والرسومات الهندسية، وتعليمات وشروحات وصور، تودع في مجلدات تنقل إلى الدولة المضيفة وتلحق بالعقد الاستثماري وينص في صلبه على أنها جزء لا يتجزء من العقد.

³ مرتضى جمعه عاشور، المرجع السابق، ص. 275.

⁴ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص. 120.

⁵ هفال صديق اسماعيل، المرجع السابق، ص. 155.

وعليه فإن التزام المستثمر الأجنبي بحفظ البيئة والأمن العام، أضحي التزام واجب الاحترام، نظرا لتنامي أهمية المحافظة على البيئة ولكونها أصبحت محل اهتمام سواء على مستوى الصعيد الدولي أو الصعيد الداخلي، بحيث أصبحت غالبية قوانين الاستثمار الصادرة حديثا، تتضمن بندا يلتزم بموجبه المستثمر الأجنبي بالمحافظة على المجتمع والبيئة، في الدولة المضيفة عند ممارسة النشاط التجاري¹.

6) التزام المستثمر الأجنبي باعلام الدولة المضيفة:

تمنح عقود الاستثمار الأجنبي الدولة أو الجهاز التابع لها المتعاقد مع المشروع الاجنبي، حقا في المعرفة والرقابة الرسمية الدائمة، على سير العمليات في المشروع محل التعاقد. ومن هنا فإنه يقع على عاتق المستثمر الأجنبي الالتزام بالاعلام والاطلاع، ومنح الدولة المضيفة للاستثمار أو الجهاز التابع لها المتعاقد، تقارير دورية تفصيلية تتعلق بالحالة التي تسير بها الأعمال، قد ينص في العقد أنه في حالة الإخلال بهذا الالتزام، فإنه يحق للدولة فسخ العقد².

¹ فيمكن الإشارة إلى الاتفاقية الجزائرية الفنلندية، في مجال ترقية والحماية المتبادلة للاستثمار، الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-469 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1427، الموافق ل 11 ديسمبر 2006، الموقعة بالجزائر في 13 يناير 2005. حيث تنص في دياجة الاتفاقية على ما يلي: "...واتفاقا منهما أن هذه الأهداف ستحقق دون المساس بالتدابير ذات التطبيق الواسع والمتعلقة بالصحة والأمن والبيئة."

كذلك القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر ج ج، ع 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003.

حيث تنص الفقرة الرابعة من المادة الرابعة منه على ما يلي: " التنمية المستدامة مفهوم يعني التوفيق بين تنمية اجتماعية واقتصادية قابلة للاستمرار وحماية البيئة أي إدراج البعد البيئي في إطار تنمية تضمن تلبية حاجات الأجيال الحاضرة والأجيال المستقبلية."

² زروال معروزة، المرجع السابق، ص. 570.

الفصل الثاني: المنازعات الناتجة عن عقود الاستثمار الأجنبي:

إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتزداد أهميته في عقود الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، وأن هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بفعل التغيرات في الظروف التي عاصرت إبرام العقد. والمعلوم أن عقد الاستثمار يستغرق وقتاً طويلاً لتنفيذها، وإن تغير الظروف المحيطة بمجريات سريان عقد الاستثمار، من شأنها أن تكون سبباً رئيسياً في إثارة العديد، من الخلافات والمنازعات بين أطراف العقد.

وتتنوع وتتعدد أسباب المنازعات في هذا الشأن، حول ما إذا كانت هناك التزامات من قبل الدولة المضيفة قد انتهكت، وقد ترجع أسباب منازعات الاستثمار إلى فعل المستثمر، بأن يخل بأحد الالتزامات المتفق عليها، كتقاعسه مثلاً عن تدريب العمالة الوطنية، أو رفض الإدلاء بمعلومات معينة، أو منع دخول جهات مراقبة، وتقييم تطورات مشروعه الاستثماري..إلخ.

كما قد تنشأ المنازعات نتيجة فشل التوقعات الخاصة بالمشروعات المشتركة، والعقود طويلة الأجل، وقد لا يستطيع الأطراف التعاون بسبب وجود ضغوط خارجية، أو اختلافات ثقافية أو اختلاف التوقعات بشأن نتائج المشروع المشترك الذي سيتم تنفيذه.

وقد ترجع المنازعات إل ما يكشف عنه تنفيذ بعض العقود، من عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات، إذ قد يتضح في النهاية عدم عدالتها¹.

إذن فالمنازعات التي تثيرها هذه العقود تنحصر في مدى الوفاء والالتزام بتلك الحقوق والالتزامات، وليس الهدف من معرفة مدى الوفاء والالتزام بتلك الحقوق والالتزامات هو حصر أنواع المنازعات التي تنشأ نتيجة لانتهاك حقوق أو حصر أنواع المنازعات التي تنشأ نتيجة لخرق التزامات. بل الهدف هو معرفة الأسباب الحقيقية التي أدت إلى هذه الانتهاكات والاختراقات وهل هي أسباب قهريّة أو ظروف طارئة، ليس للدولة دخل فيها. حيث أجبرت الدولة على القيام بمثل هذه التصرفات رغماً عن إرادتها وبالتالي لا تنعقد مسؤوليتها الدولية، تجاه الدولة التي ينتمي إليها الطرف الأجنبي بجنسيته.

¹ محمد أبو العينين، قواعد اليونيسترال للتحكيم "هل هي البديل الملائم لحسم منازعات الاستثمار الأجنبي"، المرجع السابق، ص. 12.

وبالتالي يسيتم التعرض في مبحث أول إلى كل من المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط العقد، وفي المبحث الثاني يتم التعرض إلى المنازعات الناتجة عن الاجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة .

المبحث الأول: المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط التعاقد:

تتميز عقود الاستثمار الدولي عن عقود الاستثمار الداخلي، بطول التزاماتها لتعقيدها ومتطلباتها الوقتية، أكثر من هذا فإن تحديد مدة تنفيذها يرجع لارادة الأطراف ورغبتهم، في تحقيق نوع من الاستقرار في معاملاتهم التجارية الدولية، إلى جانب ضخامة مبالغها المالية ومواردها البشرية، وقدراتها الاقتصادية والتجارية الهائلة.

وعليه فإن الظروف المحيطة بإبرام عقد تمتد مدة تنفيذه لعشرات السنين، لا يمكن أن تبقى على حالها طوال هذه المدة الطويلة، ومن البديهي أن يطرأ على العقد تغيير في الظروف المصاحبة لتنفيذه، الأمر الذي سيؤثر لا محالة على التزامات الطرفين المتعاقدين، بحيث يجعل تنفيذ الالتزامات إما مستحيلا في التنفيذ، لسبب أجنبي خارج عن ارادة المتعاقدين (القوة القاهرة)، وإما مرهقا للمدين مما يهدده بخسارة فادحة إن واصل التنفيذ على شكله القائم (الظروف الطارئة).

كما أن عدم التنفيذ في مثل هذه الأحوال يعد خرقا لمبدأ استمرار واستقرار المعاملات التجارية، ومبدأ الحفاظ على العقد والحصول على الأهداف المرجوة، التي ارتضاها الأطراف من تنفيذ هذه العقود. وأن هذه التغيرات في الظروف التي قد تؤثر على تنفيذ العقود، منها ما قد يكون طبيعيا كالزلازل، والبراكين، والفيضانات، ومنها ما يكون انسانيا كالحروب والثورات، ومنها ما يكون اجراء إداري كصدور قرارات برفع أسعار المواد الأولية، أو المواد المصنعة أو المنتجة.

الأمر الذي يترتب عليه عرقلة الأطراف في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، إلى جانب عرقلة عجلة النمو والازدهار الاقتصادي والاجتماعي.

المطلب الأول: القوة القاهرة وأثرها في تغيير شروط التعاقد:

من أهم المبادئ التي تحكم تشكيل العقود بصفة عامة هو مبدأ عدالة العقد، فالعقد يجب أن يحقق التوازن الاقتصادي بين طرفيه، وخصوصا في مجال الاستثمار، بحيث لا يغتني طرف على حساب طرف آخر.

وإذا كان تحقيق الربح وحصول الخسارة هو من آثار كل عقد، فإن تحقيق الربح الكبير مقابل الخسارة الكبيرة، لا يمكن أن يكون هو النتيجة الطبيعية والمقبولة لأي عقد كان، فالاستقامة والعدالة العقدية، ترفض أي اختلال في التوازن العقدي، عندما يتجاوز هذا الاختلال الحد المقبول أو المعقول في التعامل¹.

وفي هذا الإطار تشكل القوة القاهرة، أحد أهم الأحداث التي تؤدي إلى اختلال التوازن المالي لأي عقد، من حيث تحميل أحد أطرافه لتكاليف ومصاريف، تفوق تكاليف الطرف العادي لتنفيذ التزامات العقد.

وطبقاً للقواعد العامة المعمول بها في سائر العقود، فإن القوة القاهرة تشكل سبباً من أسباب إنهاء العقد، باعتبارها حدث قانوني شرعي لانتهاء القوة الملزمة للعقد، متى توافرت شروط ثبوتها. ذلك أن مسؤولية الدولة تستبعد بسبب تصرفاتها المخالفة لالتزاماتها الدولية، إذا توفرت بعض الشروط في مجالات معينة حددتها لجنة القانون الدولي، التابعة لهيئة الأمم المتحدة في المشروع حول مسؤولية الدولة عن تصرفاتها غير المشروعة دولياً، والتي صادقت عليه في الدورة 53 المنعقدة بجنيف عام 2001، وهي ممثلة في القوة القاهرة أو الخطر أو حالة الضرورة².

الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة:

يتفق على تعريف القوة القاهرة بأنها حادث مستقل عن إرادة الأطراف العقد، لا يمكن توقعه أو دفعه، يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا كله أو في جزء منه، ويؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع جهة الإدارة من تنفيذ التزاماته العقدية أو التأخير فيها، ومن أمثلتها الأعاصير والحروب... الخ³.

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 77.

(2) زروال معروزة، المرجع السابق، ص. 572.

(3) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 184.

كما تعرف أيضا بأنها حدث أو مجموعة أحداث غير متوقعة، وغير قابلة للمقاومة، وهي تحدث بفعل مستقل عن يتذرع بها، ولم يكن باستطاعته توقعها أو الوقاية منها. ويترب على حدوثها انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه، دون أن يتحمل تبعة ذلك¹.

وبالرجوع إلى معظم التشريعات نجد أن تنظيم فكرة القوة القاهرة، أصبح مبدأ مسلما به، وعلى ضوءه تنتفي مسؤولية المدين بنصوص صريحة، ولا يخرج عن هذا الاجماع سوى القانون الانجليزي، إذ أن مفهوم القوة القاهرة في هذا النظام مفهوم اتفاقي يستمد وجوده، ونطاق تطبيقه من تنظيم الأطراف له².

وبالرجوع إلى الصعيد الدولي، فقد أخذت معظم أحكام التحكيم الدولي، بفكرة القوة القاهرة، باعتبارها حدثا تتوافر فيه شروط عدم التوقع واستحالة الدفع، والاستقلال عن ارادة المدين، ويؤدي إلى جعل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، والنتيجة التي يترتبها قضاء التحكيم على ذلك هي فسخ العقد، وعدم مساءلة المدين عن عدم التنفيذ³.

إلا أنه من المفيد ذكره هو أنه عند حصول ظرف قاهر، لا يحمل معه حالة الاستحالة النهائية للتنفيذ، فإن الأطراف يسعون إلى النص في العقد على الاستمرار في التنفيذ بعد انتهاء حالة القوة القاهرة، التي يجري خلالها تعليق تنفيذ الشروط التعاقدية.

كما يتم النص على الاجراءات ذات الطبيعة الوقائية، للأعمال خلال فترة تعليق التنفيذ من أجل ضمان العودة إلى تنفيذ العقد، ضمن أفضل الشروط عندما يكون ذلك ممكنا، إن تحقق الحالة التي تتطلب تعليق التنفيذ لا يمكن أن تكون إلا وقتية، حيث أن الأطراف لهم التقرير من خلال الشروط التعاقدية، بأن يكون لأي منهم الحق في فسخ العقد، بعد مرور مدة معينة يجري تحديدها عادة في

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 77.

(2) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 116.

(3) المرجع نفسه، ص. 118.

العقد. والتي تكون على العموم ستة أشهر سواء تعلق ذلك بالجزء الذي توقف تنفيذه بسبب القوة القاهرة، أو العقد كله¹.

الفرع الثاني: شروط القوة القاهرة:

من خلال استقراء التعريفات السابقة نستنتج أنه لأجل ثبوت القوة القاهرة، كحدث معفي لالتزامات من يتذرع بها، لابد من توافر ثلاثة شروط هي كالتالي:

الشرط الأول: أن يكون الحادث مستقلاً عن إرادة الطرفين، فلو كان الحادث بسبب فعل أحد المتعاقدين، فإنه لا يعد من قبيل القوة القاهرة، فهو شرط جوهري ومنطقي لثبوت القوة القاهرة كشرط معفي من المسؤولية.

الشرط الثاني: أن يكون الحادث غير متوقع ومفاجئاً ولا يمكن دفعه، بحيث يتم بفعل مستقل عن من يتذرع به، ولم يكن باستطاعته توقعه أو الوقاية منه، وذلك مثل حدوث زلزال في منطقة لا تحدث فيها الزلازل في العادة. أما إن ثبت امكانية توقع الحدث المشكل للقوة القاهرة، كأن يحدث في مواعيد دورية، ولو كانت متباعدة كالفيضانات والأمطار فلا يعتبر الحدث من قبيل القوة القاهرة.

الشرط الثالث: يجب أن يجعل الحادث امكانية التنفيذ مستحيلة استحالة مطلقة²، ويقصد بالاستحالة المطلقة أن يتواجد المدين، في موقف لا يستطيع معه أن يفعل ما يجب عليه، أو يمتنع عما يجب عليه أن يمتنع عن فعله. وضرورة توافر هذه الاستحالة أمر يتفق عليه الفقه، وتتواتر عليه أحكام القضاء.

وبالتالي إذا توافرت هذه الشروط الثلاثة، فإن الأثر الطبيعي الذي سيترتب عليها، هو إعفاء المتعاقد من المسؤولية، فلا يتعرض للجزاءات المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير، ويمتد أثر القوة القاهرة إلى فسخ العقد بحكم القانون³.

¹ محمد علي جواد، العقود الدولية "مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص. 209.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق ص. 185.

³ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 123.

وما تجدر الإشارة إليه أنه لأجل تحقق أثر القوة القاهرة المعفي من المسؤولية، يشترط ضرورة توافر العناصر الثلاثة في مجملها وليس في جزئها، ولنا أن نستعرض قضية على سبيل الاستدلال بضرورة توافر الشروط الثلاثة.

قضية LIBYAN SUN OIL COMPANY ضد الشركة الوطنية الليبية للبتترول :NOCC

في نوفمبر 1980 أبرمت الشركة الوطنية للبتترول مع شركة sun oil اتفاقاً، للتقريب عن البترول في الحقول الليبية الجديدة. وحددت مدة زمنية للبحث من 5 إلى 10 سنوات، واتفق الطرفان على أن تقوم شركة sun oil بتحمل كافة النفقات اللازمة، والتي قدرت بحوالي 100 مليون دولار، على أن تحصل في مقابل ذلك على نسبة من الانتاج المتوقع حدوثه، ومدة سريان العقد هي 20 سنة، وأن القانون الليبي هو القانون الواجب التطبيق¹.

وقد تم تضمين هذا العقد شرط القوة القاهرة في المادتين 22 و01 فقرة 202².

ليبدأ سريان العقد في ديسمبر 1980، وفي عامي 1981 و1982 أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية عدة قرارات تتلخص في الآتي:

- قرار يقيد من انتقال الرعايا الأمريكية إلى ليبيا، ويلزمهم بضرورة الحصول على تصريح خاص من الجهات المعنية.

- قرار يقضي باستعادة الشركات الأمريكية العاملة في ليبيا لمستخدميها منها.

وتم إخطار الشركة sun oil الحكومة الليبية بقراراتها، وأنها لن تستطيع الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، في المواعيد المتفق عليها، باعتبار أن قرارات الحكومة الأمريكية تشكل قوة القاهرة لتنفيذ العقد المبرم، وأنها

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق ص. 186.

² تنص المادة 22 فقرة 01 على أن يعفى الطرف المتعاقد عن عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ الالتزامات، إذا كان ذلك مرجعه القوة القاهرة، وتمثل القوة القاهرة على سبيل المثال في الكوارث الطبيعية، والحروب، وكل الظروف غير المتوقعة وقت إبرام العقد، والتصرفات التي تخرج عن سيطرة الطرف المتعاقد.

ونصت الفقرة 02 من نفس المادة على أنه في حالة التأخير في تنفيذ العمليات الناجمة عن القوة القاهرة، فإن مدة هذا العقد وكذلك الحقوق والالتزامات المتولدة عنه تمتد إلى فترة زمنية ماثلة للفترة التي توقف فيها التنفيذ بفعل القوة القاهرة.

ستعود للعمل بمجرد انتهاء الاجراءات التي اتخذتها الحكومة الأمريكية، وردا على موقف الشركة الأمريكية اعتبرت الشركة الليبية، أن موقف الشركة الأمريكية، هو بمثابة انسحاب من العقد¹.
 وبتاريخ 12 مارس 1982 اتخذت الولايات المتحدة الأمريكية، إجراء جديدا ضد ليبيا، يقتضي بضرورة الحصول على تراخيص، من أجل استمرار العمليات الفنية، كذلك التي شرعت فيها شركة sun oil في ليبيا، وأيضا بشأن تصدير البترول الليبي. وفي يونيو 1982 أبلغت الشركة الأمريكية الشركة الوطنية الليبية برفض منحها الترخيص، الذي تقدمت به من أجل نقل التكنولوجيا إلى ليبيا، على أساس أن العقد يتضمن نقل أمور تكنولوجيا على جانب استراتيجي هام.
 ولقد ارتأت الشركة الليبية، أن الشركة الأمريكية sun oil، يمكنها على الرغم من قرارات الحكومة الأمريكية، الاستمرار في تنفيذ العقد المبرم بينهما، أن الأسباب التي تتمسك بها الشركة الأمريكية ليست من قبيل أحداث القوة القاهرة، ولا تحول دون امكانية تنفيذها لبنود العقد المبرم بينهما.
 وبتاريخ يوليو 1982 لجأت الشركة الليبية إلى استخدام شرط التحكيم، مدعية انهاء العقد بالارادة المنفردة من جانب الشركة الأمريكية sun oil. لتصدر محكمة التحكيم حكما في 31 ماي 1985، اعتبرت فيه أن القيود التي أصدرتها حكومة الولايات المتحدة الأمريكية، في تقييد حرية الانتقال إلى ليبيا، وكذلك القيود الواردة على الصادرات منها نحو ليبيا، لا تشكل قوة القاهرة على نحو يعني sun oil من تعهداتها المنصوص عليها في العقد المبرم، وألزمها الحكم التحكيمي، بدفع مبلغ 20 مليون دولار إلى الشركة الليبية كتعويض².

ولقد أسست المحكمة حكمها على الآتي

انتهت المحكمة إلى تقرير أن الظرف التي تتمسك به شركة sun oil هو حقا ظرف خارجي غير متوقع، إلا أنه لا يؤدي لاستحالة التنفيذ، فعلى الرغم من أن معظم العاملين في الشركة هم من رعايا

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 187.

² حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 102.

الولايات المتحدة أمريكية، إلا أن هذا لا يمنع الشركة من تجاوز هذه العقبة، عن طريق التعاقد مع رعايا لا يتمتعون بالجنسية الأمريكية لأجل إتمام العقد المبرم.

من خلال عرض هذه القضية نلتمس ضرورة توافر شروط ثبوت القوة القاهرة بكاملها، لأجل امكانية التذرع بها كسبب معفي من المسؤولية، لأن القضية المشار إليها أعلاه، قد ثبت فيها كل من شرطي استقلالية الحدث عن أطراف العقد، وكذا عدم امكانية توقع الحدث، الذي على أساسه تم تأخير ثم العدول عن تنفيذ العقد المبرم، إلا أن شرط استحالة تنفيذ العقد أو مواصلة تنفيذه، لم تتحقق بالرغم من تمسك الشركة الأمريكية بهذه الحجة، من منطلق أنه كان بإمكان الشركة الأمريكية مواصلة تنفيذ العقد، عن طريق اعتمادها على رعايا أو مستخدمين، غير الرعايا الأمريكيين الذين يسري عليهم قرار حظر الانتقال إلى ليبيا.

الفرع الثالث: خصوصية القوة القاهرة في عقود الاستثمار الأجنبي:

بعد التعمق في شروط ثبوت القوة القاهرة، لنا أن نتعرض إلى خصوصيات القوة القاهرة في العقود الدولية، ذلك أن القوة القاهرة بالفعل تعد سبب قانوني شرعي لاعفاء المتضرر منها، من التزاماته العقدية، بدون أية تبعة، إلا أن هذه القاعدة تختلف عما هو متبع عليه في العقود الدولية، وخاصة عقود الاستثمار الأجنبي، لما تنطوي عليه هذه العقود من خصوصية، وفائدة مرجوة لكلا طرفي العقد.

فأطراف العقد في أغلب الأحيان يعتمدون على هذا العقد، وما سوف يحققه من أرباح. ولهذا فهم يفضلون الحفاظ على الرابطة العقدية بينهم، بغض النظر عن هذا الحدث. وذلك خلافا للقواعد العامة التي استقرت عليها معظم الأنظمة القانونية، والتي تلغي العقد عند حصول حدث يشكل قوة القاهرة¹.

¹ (زروال معزوزة، المرجع السابق، ص. 573).

وهذا راجع لكون أن أطراف عقود الاستثمار الأجنبي، لا يجذبون في الغالب انهاء العقد بسبب القوة القاهرة، بل يرون بضرورة التوافق مع جديد الظروف ليعيدوا النظر في العقد، بما يتوافق والقوة القاهرة، وهذا بخلاف القواعد العامة التي تحكم العقود في القانون الداخلي.

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة من شأنها القضاء على الالتزامات العقدية، وعدم تحمل المدين تبعه عدم تنفيذه للعقد، وخصوصا في العقود ذات الالتزامات المتقابلة، فإن الأمر يختلف عن عقود الاستثمار الأجنبي، حيث أن هناك من حرص على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها، لأجل ضمان استمرارية العلاقة الاستثمارية بين الأطراف المعنية¹.

ولهذا يعمد دائما أطراف عقود الاستثمار الأجنبي إلى وضع شرط في عقدهم، وهو شرط القوة القاهرة، بهدف التمكن من مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها وتأثيرها على العقد، حتى ولو لم يكن بالامكان توقعها.

وبالنتيجة فإن الطبيعة الدولية للعقود التجارية، أكسبتها خصوصية في مجال المعاملات، حيث جعلتها تنفرد بحلول فرضها الواقع العملي. وهي حلول تتميز عن تلك الحلول المطبقة في العقود التجارية الداخلية، ويرجع السبب الرئيسي في الاعتماد على هذه الحلول، إلى الأهمية الاقتصادية التي تنطوي عليها عقود التجارة الدولية، والفائدة المرجوة منها².

فعقود التجارة الدولية، وبالخصوص عقود الاستثمار الأجنبي، تنطوي على أهمية اقتصادية كبيرة لا تقتصر فقط على أطراف العقد. فالدولة باعتبارها طرف في عقد الاستثمار الأجنبي، فإن لجوئها إلى إبرام مثل هذا العقد هو إما النهوض بمشاريع اقتصادية ذات مدى الخارجي كالصناعات الاستخراجية، وإما لإشباع الحاجات الاجتماعية أو الاقتصادية ذات النفع العام.

أما المستثمر الأجنبي فهو إما مشروع تابع لدولة متقدمة، أو مشروع أجنبي متعدد الجنسيات، فإن كان هذا الطرف مشروعا تابعا لدولة متقدمة، فإن استكمال تنفيذ العقد بالنسبة له يمثل أهمية

¹ إيناس حاتم رشيد، وعود كاتب الأنباري، المرجع السابق، ص. 215.

² شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007، ص. 188.

كبيرة، حيث يضره كثيرا أن يظهر بمظهر المتعاقد سيء النية، وإن كان المستثمر الأجنبي مشروعا متعدد الجنسيات، فإن العقد في هذه الحالة أصبح مرتبطا باستراتيجية عامة تشمل كل المشروعات التي تعمل في هذا المجال، وإن استحالة تنفيذ العقد، وعدم تداركه يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة لكل المشروعات المتعاقدة¹.

ضف إلى ما سبق فإن أهميتها الاقتصادية قد تطال حتى اقتصاديات الدول الواقعة في المنطقة الجغرافية المجاورة، فعقود انشاء المصانع الجاهزة وانشاء الطرق الدولية أو المشروعات البترولية والطاقة العملاقة، تأخذها كثير من الدول في اعتبارها عند اعداد خططها الاقتصادية، ومن ثم تتأثر اقتصاديات هذه الدول كثيرا بتنفيذ أو بعدم تنفيذ هذه العقود².

وعليه فإن الغرض من إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الأجنبي، هو تحديد المقصود منها، وتحديد القانون الواجب التطبيق، والذي يكون في الغالب قانون العقد نفسه. ومن العقود ما لا يكتفي بالإشارة إلى القوة القاهرة أو وضع تعريف عام لها، وإنما يضيف إلى التعريف أمثلة لما يعتبره من قبيل القوة القاهرة. وقد احتوى نموذج العقد الذي وضعته غرفة التجارة الدولية، على تعداد طويل يستغرق عدة صفحات للحوادث التي تعتبر من قبيل القوة القاهرة كالحرب، والمصادرة، والتأميم، والاضراب... إلخ.

وعلى العموم فإن شرط القوة القاهرة في العقود الاستثمار الأجنبي، يتم ادراج شرطها عن طريق تحديد المقصود من القوة القاهرة، وتعداد بعض الحالات على سبيل المثال وليس الحصر. ومن العقود ما يضع أمثلة على ما يعتبره قوة القاهرة، ومنها ما يضع أمثلة على ما لا يعتبره قوة القاهرة. وقد يجمع العقد بين الأمرين معا، وهو ما تم الإشارة إليه في نموذج العقد الذي وضعته غرفة التجارة

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 190.

² من خلال النظر إلى الفائدة المرجوة عن عقود الاستثمار الأجنبي، والتي لا تقتصر فقط على أطراف العقد وإنما تشمل وتطال الدولة المستقبلة للمشروع، وكذا الدول المجاورة في حالة الاستثمارات الاستراتيجية ذات المدى الواسع. فهذه الأهمية أعطت أولوية كبيرة للتمسك بالأصل الذي يقضي بوجود التنفيذ العيني لهذه العقود، وانتقاد العقد وتجنب فسخه، وبالنتيجة لجأ الفقه إلى تبني مفهوم موسع لفكرة القوة القاهرة. وتبني الأثر الموقف لتنفيذ العقد وإعادة التفاوض بالموازات مع الظروف الجديدة، وهو الأمر الذي يخالف القواعد العامة للقوة القاهرة المستقرة في النظم الداخلية التي تقضي بفسخ العقد وانتهائه.

الدولية، والذي سرد أمثلة كثيرة على ما يعتبر قوة قاهرة، ثم أمثلة على ما لا يعتبر قوة قاهرة، فنص على أنه لا يعتبر سببا للاعفاء من المسؤولية، أي لا يعتبر من القوة القاهرة رفض السلطة العامة منح التراخيص أو تأشيرات الدخول أو الإقامة أو الموافقات اللازمة لتنفيذ العقد، ثم ترك فراغا يملأه المتعاقدان بأمثلة أخرى على ما لا يعتبر من القوة القاهرة¹.

وما تجدر الإشارة إليه أنه بالرغم من النص والإشارة، إلى شرط القوة القاهرة في العقد المبرم بين المستثمر والمستثمر الأجنبي، من خلال تحديد المقصود منها، وتحديد أمثلة على حالات ثبوتها، إلا أن هذا الشرط لن يحول دون حدوث الكثير من المنازعات الناجمة عن أعمال هذا الشرط. وتتنوع المنازعات المتعلقة بثبوت حالة القوة القاهرة، بين الاختلاف حول التنفيذ غير المطابق للمواصفات المسبق الاتفاق عليها، في ظل تواجد حالة القوة القاهرة، من حيث تأثير هذه الأخيرة على التنفيذ الأمثل المتفق عليه في العقد.

وقد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر، وما إذا كان أثر الضرر يقتصر على مجرد توقيف تنفيذ العقد أم أنه قد وصل إلى درجة يتعذر معها اتمام الالتزام، ويتعين على أثرها إنهاء العقد المبرم. كما قد تتعلق المنازعة حول تقرير مبدأ التعويض، وإن كان له محلا طبقا لشروط العقد ومداه².

وبالتالي ونظرا لخصوصية عقود الاستثمار الأجنبي وآثارها على الطرفين، فإن الوسائل الودية في تسوية منازعاتها تلعب الدور الأكبر، وبخاصة وسيلتي التوفيق والتحكيم، وذلك من منطلق الفائدة المرجوة من كلا طرفي العقد، حيث لا يودون في الغالب إنهاء رابطة العقدية، بسبب تعذر التنفيذ الناتج عن القوة القاهرة. وإنما يجدون أنه من الأصح إعادة النظر في الرابطة العقدية، بما يتوافق والظروف الحاصلة، لتصبح أكثر تلاؤما وتوافقا مع الظروف الجديدة، ولينطلق تعاونهم من جديد على أساسها³.

⁽¹⁾ إلياس ناصيف، عقد المفتاح في اليد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2008، ص. 188 و189.

⁽²⁾ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 78.

⁽³⁾ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 111.

على أن المتأمل في التعريف الفقهي والقضائي للقوة القاهرة، باعتبارها حدث أو مجموعة من الأحداث، لم يكن في وسع أحد من الأطراف توقعها أو تداركها، يترتب عليها انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه، دون أن يتحمل تبعه ذلك. يدرك تمام الإدراك أن عبء اثبات الأحداث المشككة للقوة القاهرة، يقع على عاتق من يدعيها، ولا يقتصر الأمر على اثبات وقوعها، وإنما يمتد عبء الاثبات إلى إقامة الدليل، على أن أحداث المشككة للقوة القاهرة، لم يكن لارادته دخل في وقوعها، كما لم يكن في بوسعه توقعها أو تداركها.

وعليه فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذه الحالة، هو ما مدى امكانية التذرع بفكرة القوة القاهرة، إذا كان أحد أطراف العلاقة الاستثمارية الأجنبية، شخصا من أشخاص القانون العام الاعتبارية التابعة للدولة. وإقدام الدولة التي يتبعها الجهاز أو المشروع المتعاقد مع الطرف الأجنبي، باتخاذ اجراءات تجعل تنفيذ العقد أمرا مستحيلا، مثل المقاطعة الاقتصادية للدولة التي ينتمي لها الطرف الأجنبي، أو رفض منح رخص تصدير المواد محل العقد إلى الدولة المتعاقدة، أو سحب هذه الرخص بعد منحها أو سحب التمويل المالي المخصص لتكملة العقد... إلخ.

فهل تعتبر هذه الاجراءات الخارجة عن ارادة الشخص الاعتباري العام، بمثابة قوة القاهرة، وتؤدي إلى اعفاء الجهاز أو المشروع من الوفاء بالتزاماته في مواجهة الطرف الأجنبي؟ أم أن هذه الاجراءات والتصرفات لا تعتبر بالرغم من صدورها عن الدولة التي يتبعها الجهاز أو المشروع، تصرفات خارجة عن الجهاز، وبالتالي لا يمكن أن يتحلل من تنفيذ التزاماته تجاه الطرف الأجنبي، على أساس أنها لا تعد بمثابة قوة القاهرة، يترتب على تحققها تحقق أثر اعفائه من الالتزامات الناشئة عن العقد؟ لأجل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من التعرّيج إلى مسألة مدى تبعية أو استقلالية الجهاز أو المشروع للدولة، إضافة إلى ضرورة ثبوت عناصر وشروط القوة القاهرة التي سبق التعرض لها.

—مدى تبعية أو استقلالية الجهاز أو المشروع المتعاقد مع الطرف الأجنبي:

إن مسألة تحديد مدى تبعية أو استقلالية الجهاز أو المشروع للدولة تتحدد على أساس فكرة تمتعه من عدمه بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة. فإذا كان المشروع أو الجهاز يعد مرفقا من مرافق الدولة، لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عنها، فإن التصرف الصادرة عن الدولة يعد بالتبعية تصرفا صادرا عن الجهاز أو المشروع نفسه. وفي هذه الحالة ليس بإمكان هذا الأخير التمسك بعذر القوة القاهرة لأجل التنصل من المسؤولية.

أما إذا كان الجهاز أو المشروع لا يعد مرفقا من مرافق الدولة، ويتمتع بشخصية قانونية مستقلة عنها، فإنه لا يمكن القول بأنه هو والدولة يعد شخصا واحدا، يترتب على تمتعه بالشخصية القانونية امكانية التمسك بالتصرفات الصادرة عن الدولة، والمشكلة للقوة القاهرة للايفاء بالتزاماته باعتبارها تصرفات خارجية تعفيه من المسؤولية المترتبة عن عدم وفائه بالتزامه العقدي¹.

وقد تعددت أحكام التحكيم التي فصلت في مسألة القوة القاهرة، باعتبارها سبب معفي لمسؤولية الجهاز أو المشروع العام، على أساس مدى تمتع هذا الأخير بالشخصية القانونية من عدمها. ولنا أن نتعرض إلى الأحكام التالية:

1) قضية المستورد البريطاني ضد المشروع العام البولندي: حيث انتهت محكمة الاستئناف في إنجلترا، إلى رفض الطلب المقدم من طرف مستورد بريطاني، ضد مشروع عام بولندي، يعمل في إطار التجارة الخارجية ROLIMPEX للحكم بالتعويض، نتيجة امتناع المشروع البولندي عن توريد كميات السكر المتفق عليها في العقد. وفي مجريات القضية تمسك المشروع العام البولندي، بإصدار الحكومة البولندية قرار بسحب التراخيص السابق صدورها لهذا المشروع بالتصدير، نظرا لضعف محصول البنجر الذي يتم استخلاص السكر منه.

(¹) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 114.

وقد ذهب القضاء الانجليزي إلى أن قرار سحب ترخيص التوريد ، يعد من قبيل القوة القاهرة بالنسبة للمشروع ROLIMPEX، على اعتبار أن هذا المشروع يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة¹.

2) قضية الشركة الاسرائلية JORDAN INVESTMENTS ضد المشروع العام

السوفيتي: حيث أبرمت الشركة الاسرائلية عقدا مع مشروع عام سوفيتي، يعمل في مرفق البترول، واتفق الطرفان على أن يقوم المشروع العام السوفيتي بتزويد الشركة بالبترول الذي تحتاج إليه، وفي عام 1956 اشتركت اسرائيل في العدوان الثلاثي على مصر، وعلى إثره أصدر وزير التجارة الخارجية الروسي قرارا بسحب التراخيص من المشروع العام السوفيتي، الخاص بتوريد الشركة الاسرائلية بالبترول، مما أدى إلى لجوء الشركة الاسرائلية، إلى محكمة التحكيم الروسية المختصة، بنظر النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وطالبت بالتعويض. وإعمالا لمعيار تمتع الجهاز بالشخصية القانونية من عدمها، أبرزت محكمة التحكيم أن المشروع السوفيتي يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة، ويساهم في النشاط الاقتصادي، ويجري المعاملات القانونية باسمه الخاص وترتيباً على ذلك، فإن قرار الوزير يعد بمثابة القوة القاهرة التي تعفي المشروع السوفيتي من التزامه².

– المفهوم الحديث لشروط القوة القاهرة:

من المتفق عليه في مجال العقود الداخلية أن تدخل السلطة العامة أو ما يعرف بنظرية فعل الأمير، تعد من قبيل حالات القوة القاهرة التي ترتب عدم مسؤولية المدين. ويشترط الفقه والقضاء الداخلي لثبوتها كحالة تنتفي معها مسؤولية المدين، أن يتوافر في تدخل السلطة العامة نفس شروط القوة القاهرة، وهي عدم التوقع واستحالة الدفع واستقلال هذا التدخل عن ارادة الطرف المتعاقد³. إلا أنه بالرجوع إلى عقود الدولة فإن امكانية توافر الشروط التقليدية للنظرية القوة القاهرة، قد تتسم بنوع من المرونة. وهذا راجع للطبيعة العلاقة، التي تربط بين المشروع المتعاقد والدولة.

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 97.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 189.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 197.

فإن شرط عدم التوقع قد ينتفي عندما يكون تنفيذ العقد متطلباً لموافقة أو إذن إداري من سلطات الدولة، وهذا راجع لاحتمال رفض منح الموافقة أو الإذن.

ضف إلى ذلك أن شرط استحالة التنفيذ التي يجب توافرها في عمل الأمير، هي الأخرى قد طرأ عليها مرونة، حيث يكتفي الأطراف بالاتفاق على أن يكون الحدث غير ممكن التغلب عليه باستخدام وسائل معقولة بتكاليف معقولة. ويرجع هذا التوسع إلى أن الاستحالة المطلقة في التنفيذ، لا يمكن تصورها في ظل الميزانية الكبيرة والقدرات الهائلة التي تمتلكها الدول.

أما شرط استقلالية الحدث عن إرادة الأطراف فهو الآخر أخذ مفهوم موسع، من خلال مدى استقلالية الشخصية القانونية، للمشروع أو الهيئة التابعة للدولة عن الشخصية القانونية للدولة التابع لها هذا المشروع.

ويتجلى بوضوح هذا الترابط من خلال اتخاذ الدولة لقرارات، تحول دون تنفيذ المشروع لالتزاماته التي تعهد بها أمام المشروع الأجنبي، وهنا يثور التساؤل عن مدى استقلال المشروع عن الدولة التابع لها لأجل امكانية الأخذ باستقلالية الحدث عن أطراف العقد، واستفادة المشروع من أحكام القوة القاهرة.

"وتدق المشكلة أكثر عندما تكون الدولة ذاتها طرفاً في العقد، وتحدث اضطرابات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية تعوق تنفيذ العقد. وتتأني صعوبة هذه الحالة من أن الدولة تشكل جزءاً من هذه الظروف أو على الأقل كان لها دور كبير في إحداثها، فهل يتوافر في هذه التصرفات شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين وبالتالي تستطيع الدولة التملص من التزاماتها¹."

وبالتالي فإن احتمال غياب عنصر من عناصر القوة القاهرة، سواء عنصر الاحتمال أو الدفع أو الاستقلالية، جعلت المشروعات والهيئات التابعة للدول، توسع من مفهوم القوة القاهرة وتمنح مرونة

¹ (شريف محمد غنم، المرجع السابق، ص. 198)

كبيرة في شروط تطبيقها، بحيث أصبح هذا التوسع مصدرا لكثير من الحلول، للمشكلات التي نجمت عن تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي¹.

الفرع الرابع: موقف اتفاقيات التجارة الدولية من شرط القوة القاهرة:

يمكن أن نشير إلى أن خلو الساحة الدولية من أي اتفاقية للتجارة الدولية، وكذا الشروط النموذجية المتعلقة بها عن أي نص لشرط القوة القاهرة، يرجع في المقام الأول إلى أن واضعي هذه الاتفاقيات، والشروط العامة قد وجدوا صعوبة في وضع نصوص موحدة تطبقها كل الدول، على اختلاف أنظمتها القانونية في مسألة أسباب عدم التنفيذ ونتائجه.

ولهذا آثرو النص على النتائج العامة التي يترتبها حدث القوة القاهرة، وترك الحرية للأطراف ليتبنوا ما يشاءون من الحلول المناسبة وظروف عقدهم².

وفي الأخير نخلص إلى أن الغرض الأساسي من إدراج شرط القوة القاهرة، في مجال عقد الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، والعقود بصفة عامة، هو تحديد المقصود بها، وذلك إما بالاحالة في مثل هذه الصدد لنظام قانوني معين، الذي غالبا ما يكون القانون الواجب التطبيق على العقد نفسه. بالإضافة إلى إجراء تحديد حصري للأحداث التي تندرج تحت هذا المصطلح، وهنا يكون لعقود الاستثمار خصوصيتها لارتباط هذه الأحداث عادة، بالحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ولصلتها بطبيعة النشاط الاقتصادي نفسه³.

المطلب الثاني: المنازعات الناجمة عن الظروف الطارئة في عقد الاستثمار:

تتميز عقود الاستثمار الأجنبي بأنها تنفذ على فترات زمنية طويلة، نظرا لضخامة الأعمال المطلوب القيام بها. ذلك أن عقود البترول، وعقود انشاء المصانع، وانشاء الجسور، واقامة المطارات،

⁽¹⁾ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 199.

⁽²⁾ وتطبيقا لذلك فقد نص الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية لعام 1985، فيما يتعلق بالاقترحات المتعلقة بالظروف الطارئة على أنه يجوز للطرف المضرور من تغير الظروف أن يطلب إعادة التفاوض في العقد، فالاقترح لم يجعل إعادة التفاوض في شأن العقد حتى في حالة الظروف الطارئة اجبارية وإنما تركها جوازية للأطراف. منقول عن شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 384.

⁽³⁾ عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مج نقابة المحامين، العدد التاسع والعاشر، 2002، ص. 06.

واعادة البنية التحتية وغيرها، تحتاج إلى وقت طويل لتنفيذها ووفاء كل طرف بالتزاماته التعاقدية¹. وإذا كانت العقود عامة تحتوي على بنود تتعلق بالقوة القاهرة، فثمة أوضاع اقتصادية وتكنولوجية وسياسية تحدث بعد توقيع العقد، ولا تطبق عليها أحكام القوة القاهرة، ولكنها تكون من الأهمية بحيث تستدعي التعويض عن الخسائر اللاحقة بطرفي العقد أو أحدهما، وتجري تسويتها عن طريق تطبيق نظرية الظروف الطارئة².

وأمام حقيقة أن أغلبية عقود الاستثمار الأجنبي، تبرم بين مستثمرين أجانب من دول صناعية قوية ومتقدمة، ودول أخرى تصنف في أغلبها من دول العالم الثالث، التي تتعرض دوماً إلى تغيرات متواصلة في مناخها السياسي والاقتصادي والاجتماعي، نتيجة حوادث متعددة سياسية في أغلب الأحيان³.

وبعيداً عن حقيقة أن عقود الاستثمار الأجنبي عادة ما تجمع بين طرف صناعي قوي، ودولة مضيضة نامية، فإن الدولة ذات السيادة الطرف في العقد، قد تلجأ إلى استغلال نفوذها وسلطاتها العامة تحت لواء حماية المصلحة العامة، إلى إصدار قانون أو اتخاذ إجراء يكون من شأنه التأثير على التوازن العقدي بين الأطراف، كصدور قانون يمنع الاستيراد أو خروج العملة الصعبة.

وهو ما قد يصبح معه تنفيذ الالتزامات التعاقدية مرهقة للطرف الآخر، وتظهر الحاجة الملحة لإعادة التوازن إلى العلاقات التعاقدية⁴. فهذه الحالات وأمثالها وإن كانت لا تصل إلى مستوى القوة القاهرة من حيث صفات عدم تكهن أو توقع الظروف، وعدم القدرة على دفعها كحالات الحرب والثورات والعصيان والكوارث، وغيرها من حالات القوة القاهرة فإن تنفيذ العقد مع الظروف الطارئة من شأنه أن يرهق المتعاقدية أو أحدهما، وهو الأمر الذي يستلزم إعادة التوازن بينهما.

(1) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 302.

(2) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 191.

(3) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 88.

(4) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 302.

ولقد درج العرف في التعامل التجاري الدولي إلى وضع شروط في عقود الاستثمار، بحيث تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد، والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خلافاً في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين.

ولكن هذه الشروط تبقى دون فائدة إذا لم تحدد فيها النتيجة التي يرغب الأطراف بالوصول، إليها فيجب ألا تهدف فقط إلى إعادة التفاوض أو مراجعة العقد، وإنما يجب أن تتعداها إلى إعادة التوازن الاقتصادي على ضوء الظروف الجديدة الحاصلة¹.

الفرع الأول: تعريف الظرف الطارئ:

تحتل هذه النظرية مكانة بالغة في العقود الدولية، حيث يحرص الأطراف على النص عليها كشرط في عقودها. فإذا طرأت حوادث استثنائية طارئة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للطرفين بموجب ادراجهما لشرط إعادة التفاوض في حالة الظروف الطارئة، ومع الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول². وعليه فإن هذه النظرية تطبق إذا طرأت الظروف الطارئة الاستثنائية، في الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه، أما إذا كانت هذه الظروف موجودة قبل إبرام العقد فلا تؤثر عليه.

وكتعريف للظروف الطارئة فهي تتمثل في الأحداث غير المألوفة النادرة الوقوع، كما أنها غير متوقعة مثلها مثل حالات القوة القاهرة، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن الظروف الطارئة تجعل تنفيذ العقد عسيراً ومرهقاً وليس مستحيلاً، لأن الظرف الطارئ لا يصل إلى درجة القوة القاهرة، التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وتؤدي في الغالب إلى انهاء العقد وفقاً للمبادئ العامة، ويكون تعديل العقد هو الحل الغالب في حالات الظروف الاستثنائية الطارئة عوضاً عن الغاء العقد³.

¹) M. Prado, la théorie du hardship dans les principes de l'unidroit relatifs aux contrats de commerce international, Dir.Comm.Intern. 1997 ; p. 371.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق ص. 193.

³ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 86.

الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة:

الشرط الأول: استقلالية الظرف الطارئ عن ارادة المتعاقدين، مثله مثل القوة القاهرة يشترط فيه، أن يكون مستقلا عن ارادة الطرفين، وألا يكون للمتعاقدين يد في تقوية أو زيادة آثار الظرف الطارئ¹.

الشرط الثاني: كما يشترط في الحدث أو الظرف الطارئ ألا يكون من شأن الحدث الذي يؤدي الى استحالة التنفيذ، لأن هذا يجعله من قبيل القوة القاهرة ويؤدي الى انقضاء العقد بصفة عامة، وبالتالي لا يكون هناك محل لتعديل العقد. فمثلا في عقد الأشغال العامة تتجسد الصعوبات في عدم صلاحية الأرض محل الأشغال، كأن تكون الأرض صخرية أو غير صالحة للبناء عليها، وتحتاج إلى تجهيزات أكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان، وقت إبرام العقد.

الشرط الثالث: وبالإضافة إلى ما سبق يشترط في الحادث الطارئ، أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين على نحو يهدده بخسارة فادحة، ولا يكفي أن يصاب المدين بخسارة عادية لأن ذلك أمر مألوف في التعامل. بل ينبغي من شأن الحدث أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الارهاق والعنت للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير متوقعة².

ويكون تعديل العقد هو الحل الغالب في حالات الأحداث الطارئة عوضا عن إلغاءه، فيتخذ تعديل العقد في حالات الظروف الطارئة أشكالا متعددة، ممكن أن تتجسد في وقف تنفيذ العقد مؤقتا، أو منح المتعاقد المرهق من الظروف الطارئة مهلة لهذا التنفيذ، أو أن يتخذ شكل تعديل مقدار الالتزام الذي اعتراه الخلل، أو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول³.

بمعنى آخر أن المستثمر الذي لا يمكنه تنفيذ الالتزام المتفق عليه، إلا بصعوبة وبتحمل خسارة فادحة، يمكنه طلب وقف تنفيذ العقد مؤقتا، إلى حين زوال الظرف الطارئ، الذي يعترض طريق تنفيذ الالتزام، وهذا في حالة ما إذا كان يحتمل أو يتوقع زوال الظرف الطارئ في وقت قريب، أو يمكن أن تمنح مهلة للمستثمر المرهق، حتى يتمكن من تنفيذ التزامه بشكل لا يحمله خسارة فادحة.

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 173.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 199.

(3) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 123.

كما يمكن أن يتخذ التعديل شكل التعديل في مقدار الالتزام الذي أصابه الخلل، وذلك عبر إعادة تقويمه بجعل قيمته في ظل الظروف الطارئة مطابقة لقيمته الحقيقية أو مما يقرب من هذه القيمة¹.

الفرع الثالث: ماهية شرط إعادة التفاوض:

شرط إعادة التفاوض هو الشرط الذي بمقتضاه يلتزم أطراف العلاقة التجارية الدولية طويلة المدة، بإعادة التفاوض ومراجعة العقد عند وقوع أحداث معينة ذات طبيعة خاصة خارجة عن إرادتهم وتوقعاتهم، ويكون من شأنها أن تحدث اختلالاً في التوازن الاقتصادي للعقد، وأضراراً بأحد الأطراف عند الاستمرار في تنفيذ العقد.

وهذا الشرط يشيع استخدامه حالياً في العقود التجارية الدولية طويلة المدة، بصياغات وتسميات مختلفة ومتنوعة، حيث يطلق عليه مثلاً شرط المشقة، أو شرط الطوارئ، أو شرط المراجعة، أو شرط العدالة والانصاف، أو شرط التحفظ، إلا أن التسمية الراجحة والمتداولة في القوانين الداخلية والدولية هي شرط إعادة التفاوض². وعليه سنحاول من خلال هذا الفرع التعرض إلى التعريف المفصل لشرط إعادة التفاوض وكذا التعرض لأهميته في حفظ العقد واستمراره.

أولاً: تعريف شرط إعادة التفاوض:

يقصد بشرط إعادة التفاوض تلك الشروط التي بمقتضاها يلتزم الأطراف، في حالة التغير الجوهري للظروف التي تم التعاقد على أساسها بالتفاوض مرة أخرى، من أجل خلق توازن تعاقدى جديد، ومن ثم إعادة تكييف أو أقلمة اتفاقهم المبدئي الذي ربما فقد مبرراته³.

كما يعرف بأنه ذلك الشرط الذي يدرجه الأطراف في عقد الاستثمار ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم، عندما تطرأ على العقد أحداث من طبيعة معينة، يحددها الأطراف في العقد. سواء تم النص على هذا الشرط في عقد الاستثمار، نفسه أو في اتفاق منفصل عنه.

(1) لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 87.

(2) ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص. 13.

(3) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 303.

ويشترط في هذه الأحداث أن تكون مستقلة عن ارادة الأطراف وتوقعاتهم عند إبرام العقد، بحيث يكون من طبيعتها الاخلال بتوازن العقد، وإصابة أحد المتعاقدين بضرر يؤثر سلبا على الالتزام التعاقدى¹.

وقد عاجلت أغلب الاتفاقيات والندوات والمؤتمرات المعنية بالتجارة الدولية، شرط إعادة التفاوض بنوع من التفصيل، وذلك راجع إلى الدور الكبير الذي يؤديه الشرط في مجال التعاملات التجارية الدولية، لما يوفره من إضفاء المرونة اللازمة على العلاقة العقدية، التي تضمن بقاءها واستمرارها لفترات طويلة في مواجهة الظروف المتغيرة، ويمكن ذكر بعضها فيما يلي:

-تقرير غرفة التجارة الدولية لسنة 2003: لاقى شرط إعادة التفاوض اهتماما متزايدا من قبل هذه الغرفة، حيث قامت بابتكار شروط نموذجية لكل من شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض سنة 2003، وصياغتهما بطريقة تسهل قدر الامكان من تحرير وصياغة هذه الشروط، ونشأت هذه الصيغ النموذجية الذي أعدتها الغرفة من مناقشات ومحادثات معمقة، من قبل لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لها. حيث أشار هذا التقرير إلى أن شرط إعادة التفاوض، سيتم تطبيقه وفقا للضوابط المنصوص عليها في هذا التقرير، بمجرد ذكره في العقد، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

-تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الأونكتاد لسنة 1974: أشار هذا المؤتمر إلى شرط إعادة التفاوض في تقريره الصادر في ماي 1974، والذي شمل الآتي: "العقود والاتفاقيات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية، يتعين التفاوض بشأنها وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية، كما إن هذه العقود والاتفاقيات، سيما التي يتعين تنفيذها في اطار فني طويل الأمد يجب أن تتضمن شروط لإعادة مراجعة شروطها أو إعادة التفاوض بشأنها. وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود فيها تغيراً جوهرياً، فإنه يتعين على الشركات متعددة الجنسيات أن تتصرف في ضوء اعتبارات حسن النية،

¹ (خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 124.

ويجب عليها التعاون مع الحكومات المعنية، من أجل مراجعة هذه الاتفاقيات وإعادة المفاوضة بشأنها"¹.

ثانيا: أهمية شرط إعادة التفاوض في حفظ العقد واستمراره:

نظرا للأهمية الاقتصادية التي تمثلها عقود التجارة الدولية في عملية التنمية، يسعى الأطراف جاهادين نحو الحفاظ على بقاء علاقتهم العقدية واستمراريتها، وضمان ترتيب العقد لآثاره طوال مدة تنفيذه، ويمثل شرط إعادة التفاوض الوسيلة الأمثل لتحقيق ذلك.

فأهمية عقود التجارة الدولية قد تتعدى في كثير من الأحيان مصالح الأطراف المتعاقدة، واقتصاد الدول التي يعدون من رعاياها، إلى اقتصاديات الدول الواقعة في المنطقة الجغرافية المجاورة، فعقود انشاء المصانع الجاهزة وانشاء الطرق الدولية، أو المشروعات الطاقوية تأخذها كثير من الدول في اعتبارها عند إعداد خططها الاقتصادية، مما يؤثر في اقتصاديات هذه الدول كثيرا تنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العقود².

وبالتالي فإن هذه الأهمية الكبيرة التي تحتلها عقود التجارة الدولية، أعطت أولية كبيرة إلى التمسك بالأصل الذي يقضي وجوب التنفيذ العيني لها. وبالنتيجة تضمن العقد الاستثماري شروطا تعاقدية قصد الحفاظ توازنها واستمرارية تنفيذها. ولا شك أن شرط إعادة التفاوض يعد من أهم هذه الشروط وأكثرها انتشارا، للمرونة الكبيرة التي يتيحها إلى الأطراف في مراجعة عقودهم وإعادة توازنها، بما يحفظ بقاءها وحسن تنفيذها³.

ويتصف شرط إعادة التفاوض بأنه شرط اتفاقي محض، لأن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في العقد، بحيث يتضمن عادة اجراءات طلب فتح باب المفاوضات، فيشترط مثلا إخطار

1) UNCTAD: Report of the Secretariat on the outstanding issues in the draft code of conduct on transnational corporations, 27 May 1984, I. M. Vol. 123,1984, p. 6,7.

منقول عن ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص. 26.

2) عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص. 132.

3) ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص. 40.

الدائن كتابة بالتغير الذي حصل على أثر الظرف الطارئ الذي وقع، وما نشأ عنه من صعوبات في تنفيذ الالتزام.

كما يشترط العقد عادة دعوة الدائن الى اجتماع لتقويم التغير الذي طرأ، ومناقشة تعديل شروط العقد على ضوء هذا التغيير. وعادة ما يحدد العقد مدة قصوى للاتفاق على التعديل، كثلاثين يوما مثلا من تاريخ الاخطار، بحيث يكون لكل من الطرفين بعدها رفع الأمر إلى التحكيم مثلا لأجل التسوية¹.

فشرط إعادة التفاوض يعمل على تقريب وجهات النظر المختلفة والمتعارضة من خلال اجتماع أطراف العقد شخصيا، أو بالاستعانة بشخص آخر يرويه مناسبا، وتبادل الاقتراحات والحلول المتفق عليها لتسوية النزاع وديا²، مما يحافظ على طابع الانسجام والمودة فيما بينهم، لاسيما في ظل تخوف العديد من أطراف العقود التجارية الدولية، من اللجوء إلى محاكم البلد الذي يتبع إليه أحدهم، للفصل فيما يثور بينهم من منازعات. خوفا من التعصب والتحيز الذي قد يسيطر على القضاء الوطني.

وكذلك الحال بالنسبة للتحكيم، فكثير من أطراف العقد الاستثماري، لا تفضل الحلول التي يأتي بها الطرف الخارجي، وتفضل الحلول الشخصية والذاتية لمنازعاتهم، لذلك يتم اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض، كونه الوسيلة الأكثر تلاؤما مع مصالحهم ورغباتهم في تسوية نزاعاتهم التعاقدية.

فضلا عن تخوفهم من مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، واللغة المستعملة والاجراءات المطولة الواجبة الاتباع، وغيرها من التعقيدات التي يخلو منها شرط إعادة التفاوض³. وعليه فإنه فيجب أن تحدد الأطراف الأحداث التي تستوجب تطبيق شرط إعادة التفاوض، وتحديد المقصود من اختلال التوازن التعاقدي، الذي يحدثه التغير، كما ويتميز أيضا بأن مضمونه ليس

¹ ايلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 190.

² Mohamed Al Gohary, La technique Contractuelle des contrats Internationaux à long terme, et les problème de hardship, Dar AL Nahda Al Arabia , le Caire, 1994, p. 07.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، ص. 37.

واحدا في كل العقود بل تختلف صورته من عقد إلى آخر، ومن حالة إلى أخرى وفق إرادة الأطراف، ففي عقد قد يواجه الظروف الاقتصادية، بينما قد يواجه في عقد آخر ظرفا غير اقتصادي كما لو كانت سياسية أو مالية أو قانونية.

وقد تكون هذه الأحداث بصفة عامة خارجة عن إرادة الأطراف، وغير متوقعة منهم وقت إبرام العقد، وتتولى المحكمة أو هيئة التحكيم الفصل في هذه المسألة باعتبارها قانونية ناشئة عن العقد المبرم¹.

وبالتالي فإن شروط إعادة التفاوض من شأنها أنها تحافظ على التوازن العقدي، طوال فترة العقد، بحيث لها من الأهمية التي تستدعي التعويض عن الخسائر اللاحقة بطرفي العقد أو أحدهما.

وإن الواقع العملي للتجارة الدولية، قد أثبت عدم فعالية الأساليب الأخرى، المتعارف عليها مثل شرط الثبات التشريعي، كضمانة اتفاقية وقانونية لحفظ العقد وبقائه. لاسيما في ظل وجود بدائل أكثر فائدة متمثلة في شرط إعادة التفاوض، الذي أدى انتشاره في الأوساط التجارية الدولية إلى ظهور مفهوم العقد الدولي ذي المضمون المتحرك.

لأن شرط إعادة التفاوض يجعل عقود الاستثمار الأجنبي تمتاز بالمرونة، إلى درجة تطويعها وملائمتها مع كل الظروف المتغيرة. مما أدى إلى عدم وجود الحاجة إلى إنهاء العقد قبل انقضاء مدته، لأن شرط إعادة التفاوض وبسبب نطاقه الواسع والشامل لجميع المخاطر والظروف، التي من الممكن أن تعترض تنفيذ العقد، جعل من شرط الثبات التشريعي ينقرض في التعاملات التجارية الدولية ويتلاشى، للمزايا العديدة التي يحققها شرط إعادة التفاوض في حفظ العقد وبقائه وضمان توازناته الاقتصادية أثناء فترة تنفيذه².

(1) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 124.

(2) ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص. 46.

ثالثاً: أوجه التقارب بين شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض:

من خلال عرض مفهوم كل من شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، يمكن الخروج بنتيجة مفادها هو أن كلا الإجرائين يتم الاتفاق عليهما، في العقد بهدف تعديله وتجنب فسخه. وأكثر من وجه التقارب بينهما فإنه هناك حالات يكون من المستحيل فيها الفصل أو وضع الحدود الفاصلة بين شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، ويكون ذلك عندما تتشابه الأحداث التي يواجهها كل منهما، عندما يؤدي حدث القوة القاهرة بمفهومه الجديد إلى إيجاد حل على أساس إعادة التفاوض بين الأطراف. بحيث يقترب شرط القوة القاهرة من هذا الشرط من حيث الهدف الأساسي من كل منهما وهو إعادة التفاوض بين الأطراف¹.

¹ (شريف محمد الغنام، المرجع السابق، ص. 378).

المبحث الثاني: المنازعات الناجمة عن الاجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار:

لا أحد ينكر حق الدولة في اتخاذ مآثره مناسباً من إجراءات، حماية لاقتصادها ومصالحها الوطنية، على حساب مصلحة المستثمر الأجنبي. كما تثبت لها كامل السيادة على إقليمها الوطني، أن تعدل تشريعاتها الداخلية وفقاً لما تقتضيه مصالحها في ضوء المتغيرات الاقتصادية والسياسية السائدة فيها¹، وهي مضطرة لمسايرة التطور ولو أدى ذلك لإهدار مصلحة المستثمر الأجنبي.

المطلب الأول: النزاع الناشئ نتيجة تغيير تشريعي قامت به الدولة المضيفة:

تتسم عقود الاستثمار بطبيعتها بطول آجال تنفيذها وتعقيدها، لكونها ذات صلة وثيقة بكيان الدولة المضيفة، سواء بطريقة مباشرة، في حالة ما إذا تعلق موضوع الاستثمار باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد، أو بطريقة غير مباشرة إذا تعلق الأمر بإنشاء البنية التحتية من ناحية تأثيرها في خطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة².

وإن واقع العلاقة التي تجمع بين الدولة المضيفة للاستثمار والطرف الأجنبي، وبعيدا عن منازعات الاستثمار الناشئة عن القوة القاهرة والظروف الطارئة، التي بتحققها يتحقق شرط إعادة التفاوض وإعادة تكييف العقد وما ينجم عنه من التزامات بحسب الظروف المتغيرة. فإنه هناك حالة أخرى تعتبر مصدرا من مصادر نشوء النزاع في عقود الاستثمار، والناعبة من سلطتها السيادية والمتمثلة في التغيير التشريعي.

ذلك أن أي مستثمر أجنبي يبحث عن ضالته، في توفر النظم القانونية المسهلة لاستثماره، سواء على صعيد التشريعات الضريبية أو الجمارك أو التشريعات المتعلقة بالاستثمار، والتي يوليها المستثمر عناية خاصة في دراسته المتعلقة بالاستثمار.

¹) Fouad Abdelmouneim Riad, Les contrats de développement économique, RÉDI, Vol 42, egypt, 1986, p. 260.

²) عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص. 05.

حيث يسعى جاهدا لاستخلاص، من دراسته للنظم والتشريعات الداخلية للدولة، المزمع استضافتها لاستثماره، الحدود التي يعمل في إطارها، والحوافز التي سيتمتع بها، ومدى مرونة نظام فض المنازعات وغيرها مما قد يؤثر على نتائج أعماله¹.

وبالتالي فإن معظم النزاعات التي تقوم بين حكومات الدول المضيفة للاستثمار بصفة عامة، والنامية منها بصفة خاصة، والشركات الأجنبية، مبعثها هو تمسك الدولة المضيفة بضرورة توفر المزيد من المرونة في النظام العقدي الذي يربطهما، حتى يتسنى للمستثمر استيعاب المتغيرات الجذرية، في الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية للبلاد.

وبالمقابل يسعى المستثمر الأجنبي جاهدا، إلى التمسك عادة باستقرار العلاقات العقدية واستمراريتها دونما تعديل، أو تغيير في النصوص التشريعية للدولة المضيفة².

حيث يعتبر الاستقرار التشريعي شرطا جوهريا، لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، وفي نفس الوقت أداة قانونية، يعتمد عليها المستثمر الأجنبي، لمواجهة الآثار السلبية التي قد يتعرض لها مشروعه الاستثماري، جراء التعديلات التشريعية³. وقد ظهر هذا المبدأ بألمانيا⁴، واستعمل هذا المصطلح دوليا ابتداء من سنة 1960 في عدة مجالات.

ونظرا لطول آجال تنفيذ عقود الاستثمار الأجنبي، نجد أن المستثمر الأجنبي قبل إقدامه على التعاقد يسعى جاهدا إلى دراسة الوضع الاقتصادي والاجتماعي، وخاصة التشريعي للدولة المزمع التعاقد معها. بحيث يجري المستثمر الأجنبي دراسات مستفيضة تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع واحتمالاته

(1) لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 92.

(2) عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص. 07.

(3) نعيمة فوزي، دراسة بعض الجوانب الاقتصادية والقانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الدول النامية على ضوء التحولات العالمية الجديدة مع إشارة خاصة لحالة دول المغرب العربي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة الجليلي الياس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2001، ص. 189.

4 - RAIMBAULT Philippe et SOULAS DE RUSSEL Dominique, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, in : Revue Internationale de Droit Comparé, 2003 ,Vol. 55, n°01, p. 85.

وتحليلاته للتدفقات النقدية، وقراءة للمخاطر المتوقعة، كل هذا بغرض تحديد المردود أو الربح المتوقع للاستثمار.

وحتى يتمكن المستثمر الأجنبي من إقامة دراساته وتحليلاته، على أسس علمية وعملية سليمة، فإنه يتقدم بطلب إلى حكومة الدولة المضييفة، موضوعه تسهيل حصوله على جميع البيانات المتعلقة بكل الأعباء الضريبية التي يتعين عليه أداؤها، طول فترة الالتزام العقدي، وبيانا بالاعفاءات التي سيتحصل عليها وحدودها. وأكثر من هذا فإنه يقوم باجراء دراسة تقييمية للتشريعات والقوانين التي تمس مجال قانون الضريبة، وقانون العمل والضمان الاجتماعي...إلخ.

وباعتبار أن الدولة المضييفة هي في مركز المستقطب والمشجع للاستثمار في أراضيها، لما تنطوي عليه من آثار إيجابية تعود عليها، فإنها تحاول قدر المستطاع منح المستثمر الأجنبي، جميع التسهيلات والاطراءات لأجل كسبه. وهو الأمر الذي يحفز المستثمر الأجنبي لأجل التعاقد معها، بحسب الشروط والقوانين التي تم عرضها عليه في تلك الفترة، والتي يرى أنها تخدم مصلحته الاستثمارية.

ذلك أن المستثمر الأجنبي غالبا لا يملك كل الأموال المستثمرة في المشروع، ومن ثم فإن البنوك والمؤسسات المالية المساندة له في تمويل مشروعه، تتطلب مراجعة العقود النهائية المتوقع إبرامها. حيث تتخذ قرارها النهائي على المضمون الفعلي للأعباء، التي يتحملها المستثمر وعائدات المشروع والضمانات القوية، التي يكون قد حصل عليها من طرف الدولة المضييفة¹.

وضمانا لراحة وطمأنينة المستثمر الأجنبي وكذلك المؤسسات المالية الداعمة له، فإنه يسعى إلى تضمين اتفاق العقد ما يعرف بشروط الثبات والاستقرار التشريعي، ومن ثم فإنه يحظر على حكومة الدولة المضييفة للاستثمار إجراء أي تعديل أو مخالفة لشروط الاتفاق، أو اتخاذ أي تدابير إدارية أو تشريعية من شأنها مخالفة شروط العقد أو بعبارة أخرى عدم سريان أو تأثير التغييرات التشريعية على شروط العقد.

¹ (نعيمي فوزي، المرجع السابق، ص. 08).

حيث تتعهد الدولة المضيفة بموجب هذا الشرط، بوصفها سلطة تشريعية بعدم إصدار أية تشريعات جديدة تخالفة شروط العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بالطرف المتعاقد معها.

وبالتالي يمكن تعريفه بأنه "كل ضمان، كل نظام تشريعي للحماية يهدف إلى ضمان، بدون مفاجأة، التنفيذ الحسن للالتزامات، مع إبعاد أو على الأقل، تقليص التردد من إنشاء القانون¹. وعرف أيضا بأنه ضمان وحماية تهدف لإبعاد من الحقل التشريعي خطر التردد أو التغيير غير المتوقع في تنفيذ القانون². كما اعتبر الثبات التشريعي بأنه "يهدف إلى استقرار حالات التشريع، أي استقرار هذا الثبات على الأقل نسبيا في الزمن"³.

كما يقصد به الشروط التي يتم بموجبها تجميد القانون واجب التطبيق على العقد، على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه أكثر شيوعا في العقود التي تبرم بين دولة أو أحد الأشخاص الأجنبية. وبالتالي، ففي دولة القانون يجب أن يكون تغيير القانون بطريقة واضحة ومتوقعة وشفافة، فالسياسة العقلانية هي التي تعمل على الإبقاء على المتعاملين المتواجدين في الجزائر من خلال تسهيل الأمور عليهم، فالمستثمرون يأتون لبلد معين ويتعرفون على القانون المتواجد ويعدون مشاريعهم على أساسه، فإذا غير بين ليلة وضحاها من خلال جعله أكثر تعقيدا وقل اجتذاب فهذا يشكل خطرا، ويمس الحماية التي يكرسها مبدأ الاستقرار القانوني⁴.

لذلك، يعتبر استقرار التشريع تعهدا من طرف الدولة المضيفة بتثبيت النظام القانوني الذي يحكم المشروع الاستثماري الأجنبي وهذا التعهد يقتضي أن لا يلحق هذا الأخير أي تعديل تشريعي لاحق يمكن أن يرد على النصوص القانونية المنظمة للاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة. ويكتسب

¹ - KITIRI Garcia, Le droit européen : Nouvelle matière, Nouveau concept, Editions Larcier, Bruxelles, 2008, p.105.

² - MAYSOUN Bouzid, L'abus de droit en droit fiscal tunisien, Editions Publibook, 2008, p. 22.

³ - KITIRI Garcia, op.cit., p. 106.

⁴ (والعسمية، الجوانب القانونية لمفهوم مناخ الأعمال في الجزائر، مذكرة ماجستير فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر¹، 2011، ص 117.

هذا المبدأ قوته القانونية من الأداة التي يصدر بموجبها عقد الاستثمار الذي يجمع بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، إذا تمت الموافقة على هذا العقد بموجب قانون يصدر عن الدولة المضيفة المعنية أي أن هذه الأخيرة تتعهد ببناء على سلطتها العامة بعدم تطبيق التعديلات اللاحقة التي قد تطرأ على قوانينها الداخلية على المستثمر الأجنبي وذلك بقصد تشجيعه على الاستثمار فيها¹.

فإدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي، يضيف عليه نوع من الثقة للمستثمرين الأجانب، حيث أنه لا يمكن إنهاء العقد المتفق عليه، إلا بعد التعويضات المناسبة للمستثمر المتضرر من جراء التعديل التشريعي². إذن فإدراج هذا الشرط في العقود الاستثمارية، يمكن أن يؤخذ على أساس أنه نوع من الالتزامات الواجب احترامها³.

¹ سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة ماجستير في القانون الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2012، ص 99-100.

² بالرجوع للتشريع الجزائري فقد تم تقرير هذا الضمان للمستثمر الأجنبي بموجب نص قانوني في المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 حيث نصت على أنه: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، وبالمادة 15 من الأمر 03-01 بقولها على أنه: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

كما نص المشرع في المادة 22 من قانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجديد على أنه:

" لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة". حسب هذه المادة، فإن المبدأ يقتضي ثبات النظام القانوني المطبق على الاستثمار طيلة مدة حياة هذا الأخير. وعليه، فإن هذا الضمان في الحقيقة يحتوي على عنصرين: المبدأ والاستثناء.

● المبدأ (الأصل): إن المبدأ المكرس هو عدم تطبيق التعديلات أو القوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار على الاستثمارات المنجزة في ظل القانون الحالي، أي يبقى القانون الذي أنشأت في إطاره هو الساري المفعول. فيعتبر نص المادة سالفة الذكر بمثابة تعهد من جانب الدولة الجزائرية بعدم تطبيقها لقوانين جديدة على الاستثمارات التي شرع في إنجازها، فتعتبر هذه التدابير التشريعية كفيلاً بجذب وإغراء المستثمرين الأجانب من أجل توظيف أموالهم.

● الاستثناء: حسب العبارة المنصوص عليها في المادة 22 سالفة الذكر "...إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، بمعنى أنه يمكن تطبيق القانون الجديد وذلك في حالة ما إذا طلب المستثمر الأجنبي ذلك صراحة أي بناء على إرادته، فيكون عادة عندما يحتوي القانون الجديد على ضمانات ومزايا أفضل للمستثمر الأجنبي، ففي هذه ينبغي التصريح بذلك أمام الوكالة الوطنية لدعم الاستثمار وطلب الحصول على ضمانات ومزايا القانون الجديد.

وبناء دائماً على المادة 22 المذكورة أعلاه، فإن أي مراجعة أو إلغاء يمكن إجراؤها في المستقبل لا تطبق على الاستثمارات المنجزة إلا إذا طلب المستثمر الأجنبي ذلك صراحة. إذ أن التسهيلات التشريعية التي تكون في صالح المستثمر الأجنبي يمكن أن تمتد إليه إذا طالب بها. وتبعاً لما تضمنته هذه المادة يمكن الحديث عن استقرار إيجابي في القانون بحيث تكون فقط التدابير القانونية المستقبلية التي في صالح المستثمر الأجنبي قابلة للتطبيق عليه. لمزيد من المعلومات راجع عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفي فرنسا "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص. 158.

³ نعيم فوزي، المرجع السابق، ص. 191.

وتجد هذه الشروط مصدرها في الممارسات التعاقدية للدول المضيفة للاستثمار، وسمح العديد من التشريعات الوطنية . بهذه الشروط سماحا واضحا وصريحا، كما تجد مصدرها في أحكام التحكيم التي تؤكد على مشروعيتها¹.

وما يمكن أن يقال في هذا الصدد أن هذه الشروط بالرغم من مشروعيتها، إلا أنها عادة ما تلقى الرفض والاستنكار خاصة بعد تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، خاصة بالنسبة للدول النامية حديثة الاستقلال، ذلك أنه من وجهة نظر حكومات الدول المضيفة للاستثمار، فإن عقود الاستثمار في طبيعتها الخاصة، هي أشبه بوثيقة دستورية مرنة قابلة للتطور والتغير تبعا للتغير في الظروف.

فعقود الاستثمار تمتد لآجال طويلة، والأمر المؤكد هنا أنه خلال سنوات التنفيذ للالتزامات العقدية، فإن المناخ السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدول المضيفة، قد تصادفه تغيرات جذرية تستلزم في المقابل، تغييرات في نصوص العقود المبرمة واشتراطاتها².

وبعبارة أخرى فإن بلدان العالم الثالث تتميز بعدم استقرار قوانينها، ويرجع سبب عدم الاستقرار إلى عدة اعتبارات من بينها مثلا تعرضها في بعض الأحيان إلى حروب، وفي البعض الآخر إلى احتلال أو انتداب، وأحيانا إلى نكبات اقتصادية أو طبيعية تؤثر في اقتصاد هذه البلدان، وهو الأمر الذي يحتم فرضية التعديل أو التغيير التشريعي³.

وإن المثال التوضيحي لفكرة اشتراط الثبات التشريعي من جانب المستثمر الأجنبي هو وجود الدول النامية كطرف في غالبية عقود الاستثمار، وأن أغلبها قد تم إبرامها مع شركات أجنبية كبرى إبان احتلال الدولة الأم للشركات الأجنبية للدولة النامية المضيفة، وهذا النوع من الاتفاقات نجدها مثقلة بالامتيازات والاعفاءات والضمانات، التي تكون الدولة النامية مجبرة على قبولها، وبالتالي فإن الظروف

(1) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 163.

(2) عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص. 08.

(3) لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 93.

المحيطة باجراءات ابرام عقود الاستثمار، لا يمكن معها حتى الادعاء بأنها وليدة رغبات طرف مهيمن مملات على الطرف الآخر، مثلها مثل عقود الإذعان.

وبالتالي يعتبر تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، للدولة المضيفة للاستثمار بعد الاستقلال، سببا وجيها لإعادة مراجعة شروط التعاقد، والذي يعتبر بالمقابل سببا جوهريا لنشوء النزاعات.

ونفس الأمر ينطبق على الاتفاقات الاستثمارية، التي تكون قد سبق وأن أبرمت من قبل دول نامية بعد أن نالت استقلالها حديثا، بحيث لم تكن ظروف التعاقد بأحسن حال من سابقتها. ذلك أن الاقتصاديات المنهارة للدول المستقلة حديثا، لم تكن لتجعل منها الطرف القوي المفاوض، أمام شركات عملاقة مسيطرة تفوق وسائلها وإمكاناتها لما هو متاح لكثير من الدول.

وعليه فإن السؤال الذي يطرح في هذه الحالة، هو كالاتي، أليس تغير الظروف أيا كان نوعها وتحقيقا لمفهوم العدالة التعاقدية، سببا وجيها لأن يعاد النظر في شروط التعاقد، خاصة بعد مرور فترة زمنية طويلة على إبرامها؟

وعليه فإن مشكلة مراجعة عقود الاستثمار واستحداث نصوص قانونية، تمس الضمانات الممنوحة سابقا للعقد، تمثل جانبا كبيرا من المنازعات التي تنشأ بين المستثمر والدولة المضيفة. فقد لا يتضمن النظام القانوني للدولة المضيفة للاستثمار، عند توقيع اتفاق التحكيم مثلا في عقد الاستثمار أي نص مانع يحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم، إلا أنه خلال سريان هذا الاتفاق أو خلال اجراءات التحكيم ذاتها قد يصدر تشريع جديد يتضمن هذا الحظر.

فالسؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى تأثير ذلك التشريع على اتفاقيات التحكيم القائمة، ومدى اخلاله بالضمانات التي يكون المستثمر قد عول عليها عند ابرامه العقد المتنازع في شأنه؟
وكمثال آخر أن تقوم الدولة المستضيفة بإصدار قانون جديد، ينص على أنه لا يجوز رفع دعوى على الدولة المستضيفة إلا أمام محاكمها الوطنية تهربا من شرط التحكيم¹.

¹ (عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص. 09).

وبعبارة أخرى فإنه من أبرز مظاهر سيادة الدولة على المستوى الداخلي، هو حق الدولة في تشريع وسن القوانين التي تخدم المصالح العامة، وتتسع هذه السيادة لتشمل حق الدولة في سن القوانين والتشريعات التي تنظم العلاقات، بين أفراد المجتمع وكذلك بين الدولة وبين الأطراف الأجنبية التي تتعامل معها، ومن ثم حقها أيضا في إجراء تعديلات وتغييرات على القوانين والتشريعات التي سبق وأن سنتها، إذا ارتأت الدولة صاحبة السيادة أن هذه التعديلات والتغييرات تخدم الصالح العام لها¹.

وبالتالي فإن التساؤل الذي يثور هنا، يتمثل في أنه أمام مسلمة حق الدولة في ممارسة سيادتها الداخلية، بكامل مظاهرها وخاصة حقها في سن القوانين وتعديلها، فأبي تضارب وتناقض هو حاصل في حالة إبرام عقود مبدؤها العقد شريعة المتعاقدين، ثم قيام الدول تحت لواء سلطتها السيادية وبصفتها حامي ومحقق للصالح العام، بالتشريع والتعديل في قوانينها الداخلية، وخاصة إذا كانت هذه الأخيرة لا تخدم أو تهدم شروط التعاقد التي سبق الاتفاق عليها.

وأمام هذا التناقض والتضارب درج التعامل التجاري في العلاقات الدولية، إلى إدراج أو اشتراط المستثمر الأجنبي ما يعرف ببند أو شرط الثبات التشريعي، ضمانا للمخاوف التي تنتاب المستثمر الأجنبي، من جراء المزايا السياسية التي تتمتع بها الدولة الطرف في العقد. فالدولة بما لها من سلطة تشريعية، يمكنها تعديل أو تغيير تشريعها على النحو الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن التعاقدية، الذي كان قائما عند إبرام العقد.

فسنحاول من خلال هذا الجزئية التعرض إلى كل من المقصود من شروط الثبات التشريعي، وكذلك التعرض إلى مدى صحتها والآثار التي يمكن أن تترتب عنها.

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 131.

الفرع الأول: المقصود بشرط الثبات التشريعي:

تبدو شروط الثبات التشريعي التي يتم بمقتضاها تجميد القانون واجب التطبيق على العقد، على الحالة التي كان عليها وقت إبرام هذا الأخير، أكثر ذيوعا في العقود التي تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، لاسيما في شأن عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية¹.

وعليه يقصد بشرط الثبات التشريعي ذلك الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة المضيفة، بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو تنظيم جديد، يمس اتفاقية الاستثمار المبرمة مع المستثمر الأجنبي²، بحيث يهدف شرط الثبات التشريعي إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها مع المستثمر الأجنبي، على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام الاتفاقية، بغية حماية المستثمر الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتجسد في سلطة الدولة في تعديل اقتصادية العقد المبرم³. حيث تخول شروط الثبات التشريعي للأطراف سلطة تجميد قانون العقد من حيث الزمان، بحيث لا يسري عليهم إلا أحكامه النافذة وقت إبرام العقد، دون التعديلات المستقبلية، خاصة إذا تضمن العقد شرط التجميد، الذي من شأنه إبقاء قانون الإرادة على العقد بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، مع استبعاد مختلف المراجعات أو الإلغاءات والتعديلات التي تطرأ في المستقبل⁴.

كما عرف الفقه مبدأ الثبات التشريعي بأنه النصوص القانونية الواردة، في صلب أنظمة الاستثمار الأجنبي الخاصة بالدولة المستضيفة، والتي ستدخل طرفا في عقد أو اتفاق دولي مع شخص أجنبي،

¹ أحمد عبد الكريم سلامه، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مج البحوث القانونية والاقتصادية، ع 5، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، يناير 1989، ص. 125.

² عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة، مج العلوم القانونية والادارية والسياسية، ع 11، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص. 59.

³ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 122.

Mabrokin Ali, Quelques réflexions à propos des clauses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes, Revue ASJEP, Vol 19, N°01, 1982, p. 309, 310.

⁴ إقلولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مج النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 1، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص. 96.

وبمقتضاها تتعهد الدولة المستضيفة اتجاه الطرف الآخر المتعاقد معها، بألا تلغي أو تعدل القوانين الواجبة التطبيق على العقد¹.

فهي أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع، عبر تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية، ولكن لا يجردها منها². كما يمكن أن يعرف بأنه الشرط الذي يكون الغرض منه منع الدولة من استعمال سلطاتها السيادية في تغيير النظام العقدي، بدون اتفاق مع الطرف المستثمر، وبالتالي فإن شرط الثبات في هذه الحالة يقابل سلطة الدولة السيادية³.

فشرط الثبات التشريعي يعتبر من الشروط المألوفة التي بمقتضاها يتفق الأطراف بشأنها صراحة، على أن قانون الارادة الذي يسري على العقد عند المنازعة، هو القانون المختار بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد، مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ عليه في وقت لاحق⁴.

بحيث تتعهد الدولة المضيفة بموجب هذا الشرط بوصفها سلطة سيادية تشريعية في ذات الوقت، بعدم إصدار أية تشريعات جديدة، تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، على نحو يؤدي إلى الاخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، أو الاضرار بالمستثمر الأجنبي المتعاقد معها⁵.

فشرط الثبات التشريعي يمكن تصوره على أنه حيلة أو أداة قانونية يلجأ إليها الطرف الضعيف في عقد الاستثمار الأجنبي، ونقصه به المستثمر الأجنبي، في مواجهة الدولة المضيفة صاحبة السيادة، كآلية تكبح أو تحد من سلطة هذه الأخيرة، بوصفها سلطة تشريعية قادرة على خلق القانون وإعماله على العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي.

¹ سلامة أحمد، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مع المصرية للقانون الدولي، ع 43، ص. 70.

² Weil Prosper, Les clause de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les accords de développement économique, in Mélanges Rouseau, éd Pedone, Paris, 1974, pp 301, 328.

³ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 95.

⁴ ما يمكن الإشارة إليه أن شروط الثبات التشريعي تنقسم إلى شروط تعاقدية أو اتفاقية وشروط تشريعية، وعليه فالشروط التعاقدية أو الاتفاقية يقصد بها تلك الشروط التي يتم الاتفاق عليها في بنود الاتفاقية ذاتها والتي تقضي بأن القانون الذي سيسري على العقد، في حالة نشوء أي نزاع هو القانون بأحكامه وقواعده، السارية فقط وقت الإبرام، مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها.

أما الشروط التشريعية للثبات التشريعي فهي نصوص قانونية وردت في صلب قانون الدولة التي أبرمت الاتفاقية الاستثمارية، وبموجبها تتعهد الدولة في مواجهة الطرف المتعاقد بألا تعدل أو تلغي قانونها، واجب التطبيق على العقد أو الاتفاق.

⁵ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 324.

وبالتالي فإن وجود هذا الشرط يحول بين الدولة واستخدامها للميزة التي تتمتع بها، كونها سلطة تملك حق التشريع وخلق قانون وتفعله على العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، والتي تخلق نوعاً من عدم المساواة بين الطرفين¹.

ونشير إلى أن شرط الثبات التشريعي يتخذ عدة أشكال وصور متعددة، بحيث يمكن أن ترد في شكل شروط عامة تهدف إلى تجميد كل القواعد القانونية النافذة في الدولة المتعاقدة، وإلى عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد.

وقد تتخذ شكل شروط خاصة، تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة كالتشريعات الخاصة بالضرائب، والجمارك سواء كانت تشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو مستقبلية².

وعلى العموم فإن مبدأ الثبات التشريعي، يتحقق في الغالب بالتزام الدولة المضيفة للاستثمار بعدم المساس، بالحقوق التي اكتسبها المستثمر الأجنبي، ويتحقق هذا الالتزام في إحدى الصورتين التاليتين:
- إما التزام من الدولة تشريعياً بالألا تمس الحقوق، التي سبق وأن اكتسبها المستثمر الأجنبي إذا تم تعديل أنظمة الاستثمار المرتبطة بها، وذلك من خلال وجود نص صريح في تشريع الاستثمار الأجنبي، يقضي بالألا يتم الإخلال بأي من حقوق المستثمر الأجنبي، التي اكتسبها بموجب قوانين الاستثمار الأجنبي السابقة.

- وإما التزام الدولة في العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي بالألا تقوم بتعديل قوانين الاستثمار الأجنبي خلال فترة زمنية معينة³.

ومن حيث الأشخاص المستفيدين من هذه الشروط، فإنه يمكن تقسيمها إلى شروط مطلقة وأخرى نسبية، فالشروط المطلقة لا تحدد على وجه التعيين المستفيد منها، إذ تتعهد بموجبها الدول المضيفة

(1) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 132.

(2) بسمان نواف ففتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 122.

(3) عبد الرحمن محمد العقيل، المرجع السابق، ص. 106.

بعدم تطبيق أي قانون جديد صادر منها على العقد. أما الشرط النسبية فهي تتحدد بتعهد الدولة بعدم تطبيق القوانين التي من شأنها الاضرار بالمتعاقد الأجنبي¹.

وقد ورد النص على شروط الثبات التشريعي لأول مرة في اتفاقية الامتياز المبرمة سنة 1933 التي تجمع بين إيران وشركة النفط الانجلو-إيرانية، إذ نصت على أن التشريعات الحكومية لا يمكنها أن تغير من الامتياز أو من شروطه².

وقد قرر مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة أثينا عام 1979، بمناسبة مناقشة موضوع القانون واجب التطبيق، على العقود التي تبرم بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية من رعايا الدول الأخرى، في المادة 03 من القرار الذي اتخذته أنه يجوز لأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي، التي يرجعون إليها في العقد، هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة ابرام العقد³. وما تجدر الإشارة إليه أن شروط الثبات التشريعي لا تجد مصدرها فقط في الاتفاقيات المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وإنما تجد مصدرها أيضا في التشريعات أو القوانين الداخلية لبعض الدول.

فالمشرع الجزائري ومن باب حرصه على تشجيع واستقطاب الاستثمارات الأجنبية، وتوفير أكبر قدر من الشعور بالأمان لدى المستثمرين الأجانب، فإنه تبنى مبدأ الثبات التشريعي في نظام الاستثمار الأجنبي، حيث أنه قد أكد على هذا الشرط في المادة التاسعة والثلاثون من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار⁴، وكذلك في نص المادة الخامسة عشرة من قانون الاستثماري رقم 01-03⁵ الجزائري التي تنص على ما يلي: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات

(1) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 134.

(2) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 165.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 130.

(4) المرسوم التشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الاستثمار، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، ج ر ج ع 64، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

(5) الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ع 47، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-08 المؤرخ في

15 جويلية 2006.

التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات الأجنبية المنجزة في إطار هذا الأمر، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة."

ونفس الأمر تم النص عليه في قانون الاستثمار الجديد رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار¹ حيث أكدت عليه المادة الثانية والعشرون منه بنصها: " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة."

ومن خلال التمعن في النصوص المشار إليها أعلاه، فإنه يتضح بصورة جلية أن المشرع الجزائري، حافظ على كافة الحقوق التي يكون المستثمر الأجنبي، قد اكتسبها بموجب تشريع الاستثمار الأجنبي السابق.

ما يعني أن أياً من الحقوق التي اكتسبها المستثمر الأجنبي، نتيجة قانون الاستثمار المعدل أو الملغى، والتي تم إلغاؤها بموجب قانون الاستثمار الأجنبي الجديد، فإن ذلك التعديل أو الإلغاء لا يؤثر في حق المستثمر الأجنبي في مواصلة التمتع بها في ظل القانون الجديد للاستثمار، إلا أن أي مستثمر أجنبي يقوم بالاستثمار بعد صدور القانون الجديد لن يكون له حق الحصول على ما حققه القانون القديم من امتيازات، وإنما يقتصر حق المستثمر السابق الذي حصل عليها بالتمتع بها.

أكثر من هذا فإن المشرع الجزائري لم يكتفي بالنص على مبدأ الثبات التشريعي، وإنما أضاف ضمانات أخرى تتمثل في الاعتراف للمستثمر الأجنبي بإمكانية الاستفادة من التشريع الجديد الذي ألغى أو عدل التشريع الذي سبق وأن تم إبرام الاتفاقية في ظله، وهذا ما يستدل من العبارة الأخيرة من نص المادة 22 من قانون 16-09 لترقية الاستثمار².

فإذا كانت الدولة تحتفظ بالسلطة السيادية، في تعديل أو إلغاء أي قانون له علاقة بالاستثمار الأجنبي، مسايرة للتطورات وحاجيات اقتصادها، فإن المستثمر الأجنبي يعترف له بامتياز التمتع بحق

¹ القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ع 46، الصادرة بتاريخ 03 غشت 2016.

² تنص المادة 22 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على ما يلي: " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

مكتسب في الخضوع للتشريع الساري المفعول، وقت انجاز مشروعه، كما يستطيع الاستفادة من الأحكام التشريعية والتنظيمية الجديدة إذا كانت توفر أو تتضمن امتيازات إضافية¹.

إلا أنه بالرغم من النص على مبدأ الثبات التشريعي في النصوص القانونية، وفتح مجال الحرية أمام المستثمر الأجنبي، في اختيار أحكام القانون التي تناسبه من حيث التطبيق، إلا أنه عادة ما يتصادف المبدأ مع مصطلح المصلحة العامة، والتنمية المحلية، الأمر الذي ينجر عنه تناقض بين كل من مصلحة المستثمر الأجنبي ومصلحة الدولة المضيفة، وبالتالي نشوء الاختلاف والخرق في الالتزامات مما يشكل منازعة استثمارية.

وكذلك قانون الاستثمار التونسي بموجب مادته الثانية التي تنص على أن أي تعديل على القانون الحالي لا يسلب الاستثمارات المصدق عليها سابقا المزايا المؤمنة لها².

وكذلك القانون الأردني للاستثمار رقم 68 لسنة 2003 في مادته السادسة والتي تنص على مايلي: "للمستثمر الذي يتمتع مشروعه باعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات تشجيع الاستثمار، وتعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان مفعول هذا القانون، أن يختار بشأن مشروعه أيا مما يلي:
- الاستمرار بالاستفادة من الاعفاءات والمزايا التي تم منحها لمشروعه حتى نهاية مدة الاعفاء الممنوح له بموجب تلك التشريعات والشروط الواردة فيها.

- الاستفادة من المزايا والاعفاءات المقررة للمشاريع بمقتضى أحكام هذا القانون، شريطة توفيق أوضاعه والتزامه بالشروط والمتطلبات التي يقتضيها هذا القانون، أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه، وفي هذه الحالة تقتصر استفادة المشروع من المزايا والاعفاءات على المدة اللاحقة لتوفيق أوضاعه"³.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن الشرط الثبات التشريعي، يعد من بين أهم الضمانات النظامية والتشريعية التي يمكن أن يتمتع بها المستثمر الأجنبي، وهذا بالنظر لما قد تؤدي إليه آلية

¹ زروال معزوزة، المرجع السابق، ص. 395.

² لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص. 95.

³ قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم 68 لسنة 2001 ج ر، رقم 4606 بتاريخ 2003/06/16، ص. 3238، منقول عن بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 163.

التشريع بالدولة المضيفة، وتغيير أنظمة الاستثمار من تعديل في الحقوق والالتزامات الممنوحة للمستثمر الأجنبي.

فالدولة لها مطلق الحرية والسيادة في تغيير أنظمتها، ما قد يترتب عليه حرمان المستثمر الأجنبي، من بعض الحقوق التي كانت مترتبة له، عندما شرع في الاستثمار بالدولة المضيفة، أو أنه قد تترتب عليه التزامات جديدة في الدولة المستضيفة، لم تكن موجودة عندما شرع بالاستثمار فيها، ومن هنا فإن مبدأ الثبات التشريعي يعتبر الضامن الأكبر للمستثمر الأجنبي، اتجاه أي تعديل في أنظمة الدولة المستضيفة¹.

الفرع الثاني: مدى صحة شروط الثبات التشريعي وآثارها:

من خلال التعرض إلى المقصود من شروط الثبات التشريعي، نستنتج أن الهدف المرجو منها في عقود الاستثمار، هو منع وكبح الدولة المضيفة للاستثمار، بوصفها سلطة تشريعية من تغيير الوضع القانوني طوال فترة الالتزام العقدي، وتثبيتته على ما كان عليه الوضع وقت التعاقد. حيث تضمن للمستثمر الأجنبي من خلال إدراجها في اتفاقية الاستثمار، أو في اتفاق لاحق لها، عدم تأثره أو تضرره، بما قد يصدر من تشريعات أو تنظيمات لاحقة على انعقاد العقد².

إذ تكتسب شروط الثبات التشريعي شرعيتها أساساً، من مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، الذي يقصد به سلطة الدولة المضيفة للاستثمار، في التغيير من أوضاع الأجانب على أراضيها بالنسبة للمستقبل، بشرط عدم المساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم، إضافة إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين³.

وأمام فكرة حق الدولة في بسط كامل سيادتها الداخلية، بما تشمله من سلطتها في التشريع والتعديل، فقد اختلفت الآراء الفقهية التي تصدت لهذه التعديلات، التي تجربها الدولة على تشريعاتها

(1) عبد الرحمن محمد العقيل، المرجع السابق، ص. 105.

(2) Giardina Andrea, Clauses de Stabilisation et clauses d'arbitrage, Vers l'assouplissement de leur effet Obligatoire, revue de l'arbitrage, les Etats dans le contentieux économique international, Paris, 24 janvier 2003, comité français de l'arbitrage, 2003, N°3, ED LITEC , p. 649.

(3) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 170.

الوطنية، والتي تمس اتفاقية الاستثمار التي سبق إبرامها، بين المعارض والمؤيد، حيث تصدى الفقه لمسألة القيمة القانونية لشروط الثبات، والآثار التي تترتب عليها، كما عرضت هذه المسألة على محاكم التحكيم، التي شكلت للفصل في المنازعات من هذا النوع. ونعرض فيما يلي موقف كل من الفقه وأحكام التحكيم الصادرة بموجب هذا النوع من المنازعات.

1) موقف الفقه:

آثارت مسألة القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، والآثار التي تترتب عليها خلافا كبيرا بين فقهاء القانون الدولي، ويمكن أن نميز في هذا الخصوص بين ثلاثة اتجاهات رئيسية على النحو التالي:

الاتجاه الأول:

تبعا لهذا الاتجاه تعتبر شروط الثبات التشريعي المتفق عليها، في العقود المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، شروطا صحيحة ومنتجة لكافة آثارها، المتمثلة في عدم جواز قيام الدولة المتعاقدة بإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة، أو إحداث أي تغييرات أو تعديلات في قوانينها الداخلية، والتي يكون من شأنها المساس بالتوازن الاقتصادي للعقد. باستثناء الحالات المنصوص عليها بموجب العقد ذاته، وإما عن طريق وجود شرط يسمح للدولة المضيفة بفسخ العقد، أو تعديله أو عن طريق الإشارة إلى نظام قانوني يميز ذلك¹.

ويؤسس أنصار هذا الاتجاه موقفهم على عدة أسس، أولها مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، ذلك راجع لكون أن الاتفاق على شرط التجميد الزمني لقانون الإرادة في عقد الاستثمار، يعتبر منتج لجميع آثاره التي اتفق عليها المتعاقدون، وبالنتيجة يترتب عليه حرمان الدولة المضيفة من ممارسة سلطتها التشريعية، في إجراء أي تغيير أو تعديل في القانون المطبق على العقد، يكون من شأنه المساس بشروط العقد، دون موافقة الطرف الثاني².

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 126.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 170.

أكثر من هذا فإنه يتحصل في أن الأحكام التي طرأت على القانون واجب التطبيق، لا تسري على العقد، لأن ذلك القانون ذاته، قد فقد صفته باعتباره كذلك، فالواقع أن قانون العقد، بمجرد اختياره من قبل الأطراف يفقد صفته كتعبير عن إرادة مشرع معين، ويعتبر مجرد شرط تعاقدية فهو يندمج في العقد الذي اختير له.

"وفي هذا المعنى يقول الاستاذ جيرو دي لا براديل أن العقد الدولي، يفلت من تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف، وهنا يندمج هذا القانون في العقد¹.

أما الأساس الثاني فمفاده أن شروط الثبات التشريعي بحكم اندراجها تحت بساط نظرية العقد الدولي الطليق، فهي شروط صحيحة تتمتع بالذاتية والاستقلالية عن كل نظام قانوني، وذلك باعتبارها من القواعد الموضوعية، في القانون الدولي الخاص أو القواعد المادية ذات التطبيق المباشر. فشروط الثبات التشريعي شأنها في ذلك شأن شروط التحكيم، المدرجة في العقود الدولية. فكما أن هذه الشروط تم الاعتراف لها، بالاستقلالية والذاتية عن العقود التي ترد فيها استقلالاً عن كل نظام قانوني وطني، فكذلك الشأن بالنسبة لشروط الثبات التشريعي².

أما الأساس الأخير الذي استند عليه أنصار هذا الاتجاه، يتلخص في أن شروط الثبات التشريعي يحكمها وينظمها القانون الدولي، وليس قانون الدولة المضيفة، ومن ثم فإن انتهاك الشروط المتفق عليها في اتفاقية الاستثمار، ترقى إلى مرتبة انتهاك القانون الدولي³.

هذا الاتجاه الفقهي قد تعرض إلى عدة انتقادات في جميع الأسس، التي استند عليها في تأسيس موقفه، فبالنسبة لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة ومبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، فهما بالفعل مبدأين قانونيين معترف بقيمتهم على الصعيدين الدولي والداخلي، إلا أنه الأخذ بهما في هذا المجال من العقود يؤدي إلى إفلات العقد من الخضوع لأي قانون، اكتفاء بالتنظيم الذاتي للعقود الدولية،

⁽¹⁾ منقول عن أحمد عبد الكريم سلامه، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 139.

⁽²⁾ حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 344.

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 171.

حيث أنه من غير المقبول للأطراف ولا لهيئة التحكيم الاستناد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لأجل تجنب خضوع العقد لأية قاعدة قانونية أخرى¹.

إضافة إلى أن انكار حق الدولة في تعديل نصوصها التشريعية، بموجب شرط الثبات هو أمر يتنافى مع دور الدولة في تطوير قانونها، بما يتواءم مع الظروف الجديدة. حيث تتمتع الدولة بكافة مظاهر السيادة في إقليمها سواء تعلقت هذه المظاهر بالتنظيم السياسي، أو الإداري الداخلي أو بالقضاء أو بالتشريع.

فالدولة صاحبة السيادة والسلطة العليا، مادمت تتخذ هذه الاجراءات داخل حدود إقليمها، وما دامت الدولة قد فعلت ذلك بهدف تحقيق مصلحتها الداخلية، ولم تخالف باجراءاتها التشريعية القواعد الدولية العرفية أو الاتفاقية. وأن حجة مساءلة الدولة المضيفة للاستثمار بشأن تعديل قوانينها الداخلية، إنما الأصل أنه خرقاً لمبادئ القانون الدولي المعمول بها، والتي تعترف للدولة بالسيادة على إقليمها².

أما الأساس الثاني المتعلق باستقلالية وذاتية شروط الثبات التشريعي، عن كل نظام قانوني وطني مثله مثل شرط التحكيم، فإن النقد الموجه لهذا القياس مفاذه أن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد، يعد مبدأ مسلماً به في مجال التحكيم الدولي لعدة اعتبارات، ذلك أن الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم في العقود الدولية الهدف منها، هو التمييز بين الدولة كسلطة عامة، بوصفها تنجز عملاً من أعمال الإدارة، والدولة كسلطة عامة، والتي لا يجوز لها بموجب أعمال السلطة أن تمس بالالتزامات التي وقعت عليها، بوصفها دولة متعاقدة.

وفي المقابل فإن الاعتراف باستقلالية شروط الثبات التشريعي، يكون الهدف منها المساس باختصاص سيادي للدولة كسلطة عامة، وهذا الاختصاص الذي يسعى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة،

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 127.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 132.

بوصفها تنجز عملا من أعمال الإدارة، بل العكس قد يرغب في الاستفادة من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الدولة، كالامتيازات المتعلقة بالضرائب والجمارك...¹ الخ

أما الأساس الأخير الذي اعتمد عليه أنصار الاتجاه الأول، والمتمثل في أن انتهاك الدولة المضيفة لشروط الثبات التشريعي، بمثابة انتهاك للقانون الدولي، فيرد عليه بأن الواقع العملي لا يمدنا إلا بحالات نادرة يتم فيها تدويل العقد، ويتم ذلك على أساس قبول الدولة المتعاقدة، خضوع العقد الذي تكون طرفا فيه للقانون الدولي.

إلا أن الأمر لا يعني إقصاء القانون الوطني على نحو كامل، ذلك أن إخضاع اتفاقية الاستثمار للنظام القانوني الدولي، ليس من شأنه تجريد الدولة من الامتيازات، التي تتمتع بها كدولة لصالح الطرف الأجنبي المتعاقد معها. فشروط الثبات لا يترتب عليها سمو العقد، إلى درجة أعلى من القانون الذي يحكمه².

وإلى جانب هذا الاتجاه المدافع عن شروط الثبات التشريعي، ذهب جانب آخر من الفقه، إلى إنكار كل قيمة قانونية لهذه الشروط، لما لها من هدم لسيادة الدولة الطرف في الاتفاقية، وهو على النحو التالي.

الاتجاه الثاني:

وفقا لهذا الاتجاه فإن شروط الثبات التشريعي التي سبق الاتفاق عليها، ليس لها أي قيمة قانونية، وبالتالي ليس لها بالنتيجة أي أثر قانوني، فهي شروط تعاقدية، مثلها مثل بقية الشروط التي يتضمنها العقد³.

فهي شروط تخضع بدورها للسلطة السيادية للدولة، مثلها مثل بقية الشروط التعاقدية الأخرى، بالإضافة إلى أن الدولة لا يجوز لها أن تتخلى عن حقها السيادي في التشريع والتعديل، خدمة للصالح العام، لأجل شروط تعاقدية مع مستثمر أجنبي.

¹ بسمان نواف ففتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 128.

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص. 172.

³ المرجع نفسه، ص. 173.

أكثر من مما سبق فإن مبدأ الثبات التشريعي، الذي يمنح للطرف الأجنبي حق أو سلطة تحديد سريان التعديلات التشريعية، وكذا الاعتراف بحق استبعاد تطبيق الأحكام الجديدة، التي لم تكن قائمة وقت إبرام العقد إذا كانت تؤثر سلباً على التزاماته. فهنا بالتحديد تظهر مثالب الثبات التشريعي، الذي يقرر أو يعترف لأطراف الاتفاقية، بهذا الحق الذي يتنافى مع صحيح القانون.

ذلك أن الذي يملك ذلك الحق ليس هو الأطراف، إنما هو مشرع الدولة التي ينتمي أو يصدر عنها ذلك القانون واجب التطبيق على العقد. وأن تقرير هذا الحق للمتعاقدين يشكل تعدياً على سيادة الدولة الأجنبية المضيفة للاستثمار¹.

فوفقاً لهذا الاتجاه فإنه من حق الدولة التدخل، إما لإنهاء العقد أو تعديل شروطه، بإرادتها المنفردة كلما اقتضت المصلحة العامة، وذلك بغض النظر عن تضمن العقد الاستثماري لشروط الثبات التشريعي، فهذه الأخيرة لا تقف حائلاً دون استخدام الدولة المضيفة لسلطتها السيادية، وإقدامها على تغييرات تشريعية تؤثر على سريان الاتفاق العقدي، وما يوجب من ضمانات إذا ما رأت الدولة أن ذلك يحقق مصالحها الداخلية².

ويؤسس أنصار هذا الاتجاه موقفهم على اعتبارات السيادة، التي تمنح الدولة المضيفة، السلطة في إصدار تشريعات عديدة تسري على العقد، المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، وذلك بغض النظر عن تضمن هذا العقد لشروط الثبات التشريعي.

بالإضافة إلى الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، من حيث مدة تنفيذها الطويلة من حيث الزمن، الأمر الذي سيؤدي لا محالة إلى خلق، وتغير الظروف المحيطة بعقود الاستثمار، مما يتوجب معه مراجعة شروط العقد، تحسباً لتغير الظروف التي قد تطرأ أثناء مدة التنفيذ.

إن هذا الاتجاه هو الآخر لم يسلم من النقد، حيث أن الأخذ بنظام يكون من المسموح لأحد الأطراف فيه أن يتنصل بجرية كاملة من التزاماته، ستكون نتيجة تحول الرابطة التعاقدية إلى

¹ (أحمد عبد الكريم سلامه، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 146.

² طه أحمد قاسم، المرجع السابق، ص. 132.

رابطة خضوع وتبعية، يكون ضحيتها الطرف الأضعف، الأمر الذي سيكون من شأنه الإضرار بالمعاملات الدولية¹.

ضف إلى ما سبق فإن التأمل في موقف الاتجاه الثاني، يستنبط منه انكار لكل قيمة قانونية للاتفاق المبرم حول الثبات التشريعي، فما الجدوى منها إذا كان الأطراف يعقدون آمالا وثقة عليها، من خلال تصنيفها على أنها شروطا صحيحة وضامنة لاستقرار مشروعهم.

وإن الدولة التي توافق على إدراج مثل هذه الشروط في العقود، التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية، مع إيمانهم بأن هذه الأخيرة لن يكون لها أدنى أثر، على ممارسة الدولة المضيفة لسلطتها السيادية، تخالف بكل وضوح مبدأ حسن النية.

بالإضافة إلى أن المتعاقد الأجنبي لم يكن ليقبل التعاقد مع الدولة، إلا لأنه قد أخذ بعين الاعتبار شرط الثبات الذي بنى عليه أماله. فالتعاقد الأجنبي عندما يصّر على إدراج هذا الشرط، فذلك لأن الحق في التعويض المقرر له، في حالة ممارسة الدولة لسلطتها السيادية، لا يبدو له كافيا وأنه يطمع في المزيد من الحماية².

الاتجاه الثالث:

ظهر هذا الاتجاه كحل وسط بين الاتجاهين السابقين، بحيث يقر هذا الاتجاه بحق الدولة المضيفة في تعديل وإصدار التشريعات التي تقتضيها المنفعة العامة كقاعدة عامة، ولكن هذا الاقرار بحق الدولة في تعديل تشريعاتها، لا بد من مراعاته، والأخذ بعين الاعتبار بالشروط التي سبق الاتفاق على عدم انتهاكها، خلال مرحلة تقدير التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي³.

فأصحاب هذا الاتجاه يعتبرون شروط الثبات التشريعي، عاملا من العوامل التي يتعين أخذها بعين الاعتبار، في حالة انتهاكها لأجل تقدير تعويض، يتماشى مع الانتهاك الاتفاقي من خلال التعديلات التشريعية.

(1) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص. 173.

(2) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 130.

(3) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص. 174.

وأكثر من هذا فهناك من ذهب إلى الاعتراف بحق الدولة في تعديل تشريعاتها، وكذا التأكيد بخضوع شروط الثبات وعدم المساس، من حيث صحتها وقيمتها القانونية، إلى النظام القانوني الذي يستند إليه العقد¹.

والذي يتمثل فيما اتفق عليه أطراف العقد الاستثماري، إما في النظام القانوني للدولة المتعاقدة، وبالتالي فإنه يكون خاضعا من حيث الموضوع، لقاعدة التطبيق الفوري للقوانين الجديدة، ففي هذه الفرضية يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة، هو المختص بتحديد ما إذا كانت هذه الشروط صحيحة أم أنه يجب اعتبارها كأنها لم تكن².

وإما أن يكون النظام القانوني الدولي، ويتحقق هذا الفرض عندما يتفق الأطراف المتعاقدة على إخضاع العقد، للنظام القانوني الدولي، ذلك على الرغم من كون هذا العقد، يخضع جزئيا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة³.

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بأن شروط الثبات التشريعي، ما هي إلا وعود صادرة عن الدولة المضيفة، بغرض استقطاب الاستثمارات الأجنبية، وأن مثل تلك الشروط لا تقضي التنازل عن الحقوق السيادية، فإذا ما وجد وتنازلت الدولة عن اختصاصها في تعديل تشريعاتها في وقت معين، فإن ذلك لا يحول دون استعادتها لسلطتها القاعدية التي تم تقييدها في وقت ما، وممارستها لمظاهر سلطتها التشريعية، وإلغاء تلك الشروط المقررة للثبات التشريعي، وذلك كلما دعت الحاجة خصوصا ضرورة حماية المصلحة العامة.

¹ المقصود به النظام القانوني، الذي يستمد منه العقد صحته، والذي يحدد القواعد واجبة التطبيق على موضوع العقد.

² يترتب على خضوع شروط الثبات التشريعي للقانون الوطني للدولة المضيفة، اختلافًا في الآثار القانونية التي تترتب عليها من قانون وطني لآخر. بحيث هناك من الأنظمة القانونية التي تجيز الاتفاق على شروط الثبات التشريعي، وهناك أنظمة قانونية أخرى تحظر هذه الشروط وتعتبرها باطلة. وان الإشكال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة هو في حالة الاتفاق، وإدراج شرط الثبات التشريعي في العقد الاستثماري، بالرغم من أن المنظومة التشريعية الداخلية للدولة المضيفة تحظر مثل هذا الاجراء، فإنها تعتبر باطلة ولا يترتب على مخالفتها من قبل الدولة أية مسؤولية، ومع ذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عدم مراعاة الدولة لشرط الثبات المتفق عليه، استنادًا إلى قانونها الوطني الذي يمنع هذا الاجراء، يمكن أن يعتبر عمل غير مشروع ويؤدي بالتالي إلى اثاره مسؤولية تجاه الدولة التي ينتمي إليها الطرف الآخر.

³ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 133.

بمعنى آخر أن وجود شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، لا يسلب الدولة سيادتها ويبقى ما تصدره من تشريعات أو قرارات، بعد العقد ساريا على الطرف الآخر وملزما له. ولكن يترتب عليه التزام الدولة بتعويض الطرف الآخر عن زيادة الأعباء الناشئة عليه نتيجة هذه التشريعات أو القرارات.

المطلب الثاني: النزاع الناشئ نتيجة استيلاء الدولة المضيفة على الاستثمارات الأجنبية باجراء فردي:

تنقسم المخاطر التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي، أثناء تنفيذه لمشروعه الاستثماري، إلى نوعين من المخاطر. مخاطر تجارية من بين صورها الإفلاس والعجز عن الوفاء بديونه، ومخاطر أخرى غير تجارية، لها علاقة بالملكية كالتأميم والمصادرة والاستيلاء.

ويعتبر موضوع حماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية، من المواضيع التقليدية التي تعمق في دراستها وتحليل عواقبها الباحثون، والمتخصصون، خاصة بعد موجة التأميمات التي شرعت الدول النامية في القيام بها، بهدف بسط سيادتها الكاملة على ثرواتها الطبيعية، خلال النصف الثاني من القرن العشرين¹.

ويمكن القول بأن أهم وأفتك المخاطر التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية، هي المخاطر غير التجارية، المثلة في استحواذ الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي على المشروع الاستثماري، المملوك للمستثمر الأجنبي الكائن في إقليمها. من جراء ما يترتب على هذا الإجراء من حرمان المستثمر الأجنبي، من حقوقه أو سلطاته الجوهرية على مشروعه، أو حتى طرده من أراضيها، بحيث لا يجد أمامه سوى المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر.

فإن أشد إجراء يمكن أن يتخذ ضد مصالح أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية، هو استيلاء حكومات الدول المضيفة، على أموالهم ومصالحهم المالية سواء بدون تعويض، أو بتعويض غير متناسب مع قيمة الأموال والمصالح المالية المستولى عليها².

¹ نعيمى فوزي، المرجع السابق، ص. 186.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 122.

وقد تتعدد طرق استيلاء الدولة المضيفة، على ممتلكات المستثمر الأجنبي الموجودة في أقاليمها، إلا أنها تتشابه جميعها في كونها اجراءات منسوبة للدول المضيفة، هدفها الأساسي هو حرمان المستثمر الأجنبي، من الفوائد المالية التي تعود عليه. ويمكن حصر طرق الاستيلاء في كل من نزع الملكية (فرع أول)، والاستيلاء (فرع ثان)، والمصادرة (فرع ثالث)، والتأميم (فرع رابع).

الفرع الأول: نزع الملكية:

يمكن تعريف إجراء نزع الملكية في أنه إجراء أو عمل إداري، الذي من خلاله تحرم الدولة أي شخص من ملكيته جبراً لأجل تخصيصها للمنفعة العامة، مقابل تعويض عادل يقدم له عما لحقه من ضرر. كما يمكن تعريفها بأنها امتياز ممنوح للإدارة بحيث تستطيع بواسطته، حرمان مالك العقار من ملكه جبراً، من أجل المنفعة العامة في مقابل عويضه عن ذلك¹.

ويعد إجراء نزع الملكية من إجراءات السيادة التي تباشرها السلطة العامة، في حدود اختصاصها الإقليمي، شرط حصول المتضرر من هذا الإجراء على تعويض عادل، تفرضه ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد المنزوعة ملكيتهم. وأن نزع الملكية ينصب على العقار، وما يمتد عنه من عقار بالتخصيص.

الفرع الثاني: الاستيلاء:

يعرف إجراء الاستيلاء بأنه إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة، وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة، وذلك مقابل تعويض لاحق، يقوم بأدائه عادة لمن كانت له ملكية المال محل الاستيلاء.

وعليه يعد إجراء الاستيلاء هو الآخر إجراء سيادي، تباشره السلطة العامة، في حدود اختصاصها الإقليمي، ويتم تطبيقه على حد سواء على الوطنيين والأجانب².

¹ هفال صديق اسماعيل، المرجع السابق، ص. 94.

² كمال سمية، المرجع السابق، ص. 146.

ويترتب على إجراء الاستيلاء، حق السلطة العامة في الانتفاع بالمال المستولى عليه، ولكن دون أن تصبح مالكة له، لأن الاستيلاء لا ينقل ملكية المال المستولى عليه إلى الذمة المالية للدولة، وإنما يبقى المال المستولى عليه على ذمة صاحبه، ويرجع إليه بعد انتهاء مدة الاستيلاء، وإن الهدف من الاستيلاء هو الآخر تحقيق المصلحة العامة.

ويذهب البعض إلى تأكيد ارتباط إجراء الاستيلاء تاريخياً بظروف الحرب، حيث تبرر منح السلطات العسكرية حق الاستيلاء على كافة الأموال، والممتلكات الخاصة التي تقتضيها مثل هذه الظروف الاستثنائية¹.

ومن خلال التعرض إلى مفهوم كل من اجراء نزع الملكية والاستيلاء، يمكن القول أن كلا الاجرائين يتفقان من حيث أن تفعيلهما يتم من خلال قرار اداري، صادر عن السلطة العامة، وكليهما يوجب التعويض للمالك المتضرر.

أما أوجه الاختلاف فتكمن في أن قرار نزع الملكية للمنفعة العامة ينصب على الأموال العقارية وما في حكمها، أما اجراء الاستيلاء فإنه ينصب على جميع الأموال بصفة عامة، سواء كانت عقارية أو منقولة.

ضف إلى ذلك أن قرار نزع الملكية يؤدي إلى رفع حق الملكية بصفة نهائية، بينما أن إجراء الاستيلاء، هو إجراء مؤقت بعد انتهاء مدته، يرجع المال إلى حيازة صاحبه دون أن يترتب على ذلك نزع ملكية المالك الأصلي.

الفرع الثالث: المصادرة:

تعرف المصادرة بأنها إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة، انطلاقاً من مبدأ سيادتها على اقليمها، وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو جزء أو بعض الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص بدون مقابل.

¹ (زروال معروزة، المرجع السابق، ص. 580)

كما تعرف المصادرة بأنها عمل من الأعمال التي تقوم بها الدولة، بوصفها صاحبة السيادة والسلطان تنقل بموجبه الأموال والحقوق المالية من تحت يد مالكيها جزئياً أو كلياً وبدون مقابل¹.

وإن إجراء المصادرة يتم اتخاذه إما بموجب قرار اداري صادر عن السلطة العامة، أو أن يتم اتخاذه بموجب قرار قضائي، وفي كلتا الحالتين يجب أن يستند على نص قانوني يجيزه، يخول للسلطة القضائية أو السلطة التنفيذية حق المصادرة في الحدود المرسومة قانوناً².

ويتسم اجراء المصادرة بالطابع الجزائي، فهو عقوبة لإحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون أو لمواجهة ظروف سياسية، قد تستدعي تجريد المعادين للنظام السياسي من ممتلكاتهم، كجزاء لما ارتكبه من جرائم، بهدف تصفية الطبقات³.

وبعد التعرض إلى مفهوم اجراء المصادرة، يمكن الخروج بمجموعة من أوجه الاختلاف بينه وبين الاجراءات السابق التعرض لها، حيث يمكن القول أنه يختلف إجراء نزع الملكية و إجراء الاستيلاء عن إجراء المصادرة من عدة نواحي، من بينها أن نزع الملكية أو الاستيلاء يتم بموجب قرار صادرة عن الجهة الادارية المختصة، في حين أن المصادرة تتم إما بموجب قرار إما صادر عن السلطة التنفيذية أو عن السلطة القضائية.

كما تختلف الاجراءات السابقة حول محل الاجراء، حيث أن إجراء نزع الملكية ينصب على الأموال العقارية وما في حكمها، وإجراء الاستيلاء يشمل جميع الأموال مهما كان نوعها، بينما أن إجراء المصادرة يقع دائماً على المال المنقول⁴.

على أن الاختلاف الجوهرى بينهم، يكمن في أن إجراء نزع الملكية والاستيلاء، ينجر عنهم بالنتيجة تقرير تعويض يتماشى مع الضرر الحاصل، بينما أن اجراء المصادرة يتم بدون تعويض، لاتسامهه بالطابع الجزائي الذي ينتفي معه عنصر التعويض.

(1) عبد الستار أحمد مجيد الحوري، المرجع السابق، ص. 98.

(2) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 139.

(3) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 124.

(4) زروال معزوزة، المرجع السابق، ص. 580.

الفرع الرابع: التأمين:

يقصد بإجراء التأمين نقل مشروع أو مجموعة من المشروعات الخاصة، من ملكية الأفراد أو الشركات إلى ملكية الدولة، بقصد تحقيق المنفعة العامة. كما يعتبر وسيلة قانونية تؤدي إلى سيطرة الدولة على وسائل الانتاج المختلفة الموجودة في إقليمها، المملوكة للأشخاص الخاصة، كلها أو بعضها بحيث تصبح هذه المشروعات ملكا للدولة¹.

ويتفق على أن إجراء التأمين هو إجراء متعلق بالسياسة العليا للدولة، من خلال اتخاذ قرار أعلى مستوى، بهدف تغيير نسق بنائها الاقتصادي تغييرا كليا أو جزئيا، وهو يختلف عن الاجراءات السابق ذكرها، من حيث مدى المصلحة المحمية من خلاله.

حيث أن كل من إجراء نزع الملكية والاستيلاء والمصادرة، هي إجراءات تتعلق عادة بالمصلحة المحلية، بخلاف إجراء التأمين، الذي يتناول الكيان الاقتصادي للدول بصفة عامة أو قطاع شامل كل مجالاته. فمداه يمتد إلى قطاع بأسره من النشاط الاقتصادي، لأن الأمر المقصود من إجراء التأمين ليس الأموال بحد ذاتها وإنما المقصود هو القطاع ككل. كما أنه إجراء لا يستهدف عقاب طائفة من الأشخاص، كما هو الحال في اجراء المصادرة².

وعليه فإن إجراء التأمين بنفرد بخصائصه عن باقي الاجراءات السابق ذكرها، في معايير مميزة له نجملها فيما يلي:

معيار الشكل: يتم اتخاذ إجراء التأمين بموجب قرار صادر عن السلطة العامة، سواء التنفيذية أو التشريعية، لذا لا يتصور صدوره عن السلطة القضائية³.

¹ هفال صديق اسماعيل، المرجع السابق، ص. 88.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 22.

³ خالد كمال عكاشة، الرجوع السابق، ص. 140.

معيار الباعث أو الدافع: يتميز التأميم عن باقي الاجراءات من حيث الباعث أو الغاية، لانتخاذه من أجل تغيير البناء الاقتصادي كلياً أو جزئياً، والذي يختلف فيه عن إجراء نزع الملكية، الذي يتم تحقيقاً للمصلحة المحلية¹.

المعيار الوظيفي: يقصد به ما يستهدفه الاجراء من غاية قانونية، فإن اقتصر الاجراء على مجرد حرمان المالك السابق من حق ملكيته، تحقيقاً لمصلحة عامة أو كجزء له، فإن الإجراء يصدق عليه وصف نزع ملكية أو مصادرة. أما إذا تعلق الأمر بإخراج مجموعة من الأموال، من دائرة التملك الخاص كلية، فإن الإجراء يصدق عليه وصف التأميم.

وهكذا أصبح التأميم حقاً مقررًا ومعترفاً به لكل دولة، حسب ظروفها ومصالحها الاقتصادية، فقد نصت عليه العديد من القوانين والديساتير².

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فقد أقرت جل الديساتير التي توالى على المنظومة التشريعية، بقدسية حق الملكية من جهة، وحق الدولة في نزعها من جهة أخرى.

إلا أنه لما كانت إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض، قيدياً خطيراً على حريتهم في التملك للأموال العقارية، وتجاوزاً صارخاً على الحقوق العينية الأخرى.

فقد نصت معظم الديساتير المقارنة على هذين المبدأين، فأصبحت الملكية الخاصة محمية ومكرسة خدمة للمصلحة الخاصة، مقابل التأكيد على حق الدولة في بسط سيادتها، واسترجاعها خدمة للمصلحة العامة، ويكون بذلك الدافع الأساسي للموازاة بين المبدأين المتناقضين، هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة³.

وقد نصت المادة 17 من دستور 1976 الذي صدر بموجب الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 على ما يلي: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون وبترتب عنه أداء تعويض

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 125.

(2) نصت عليه العديد من القوانين مثل قانون الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997، في المادتين 8 و9 منه. كما نص عليه قانون الاستثمار الكويتي لسنة 2000، في المادة 8 منه. وكذا الدستور الأردني لسنة 1952 في المادة 12 منه.

(3) منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص. 195.

منصف". كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: " لا يجوز معارضة إجراء نزع الملكية للصالح العام بحجة أي اتفاقية دولية."

فالدستور بهذا النص، قد جمد كل بند يدرج في الاتفاقيات الدولية، سواء الجماعية أو الثنائية بهدف معارضة إجراء نزع الملكية. مادام أنه حق سيادي تمارسه الدولة، في إطار القانون وبشروط. كما أنه قد تم النص على نفس الأحكام المتعلقة بنزع الملكية، في الدساتير المتعاقبة كل من دستور 1989¹، ودستور 1996²، ودستور 2016³.

حيث تنص المادة 22 من دستور 2016 على ما يلي: " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف."

وبعد دسترة حماية حق الملكية الخاصة، وإقرار حق الدولة في نزع الملكية، لداعي تحقيق المصلحة العامة، تدخل المشرع بمجموعة من النصوص التشريعية، لإضفاء الصيغة التطبيقية على المبدأ، وذلك بموجب المراسيم التنفيذية والتشريعية وأوامر، تتعلق بحق الملكية واستثناءاته، وتم النص عليها كذلك في قوانين الاستثمار المتعاقبة⁴.

فنجد نص المادة 08 من الأمر رقم 66-284 المتضمن قانون الاستثمار⁵ التي تنص على أنه: " لا يمكن إقرار تدبير استرجاع الدولة لممتلكاتها إلا بنص ذي صفة تشريعية مقابل دفع تعويض."

¹ مرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن نشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر ج ج، ع 9، المؤرخة في 01 مارس 1989.

² مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق باصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر ج ج، ع 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996. المتتم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر 25، متمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ع 63.

³ قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج ع 14، الصادرة في 07 مارس 2016.

⁴ حسين نواره، الحماية القانونية لنزع ملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013 ص. 23.

⁵ الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر ج ج، ع 80، المؤرخة في 17 سبتمبر 1966.

وبذلك فقد نص الأمر على عدم جواز التأميم كقاعدة عامة، إلا إذا اقتضت المصلحة العامة، وصدر تشريع بذلك، مع دفع تعويض في مدة أقصاها 9 أشهر، ويكون مبلغ التعويض مساويا للقيمة الصافية، ويمكن تحويله إلى الخارج إذا كان المستفيد أجنبيا أو كان الاستثمار قد تم بأموال مستوردة. كما نص قانون تأسيس شركات الاقتصاد المختلط رقم 82-13 لسنة 1982، على أنه يجوز للدولة أن تشتري الأسهم، التي يمتلكها الطرف الأجنبي في هذه الشركات، مقابل تعويض عادل للقيمة الحسابية لهذه الأسهم، على أن يتم السداد خلال فترة سنة واحدة¹. كما تم التأكيد على حق الملكية الخاصة، ومبدأ حق الدولة في نزعها، بموجب نص المادة 677 من القانون المدني² بنصها: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون".

غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل...". ونصت أيضا الفقرة الأولى من المادة 679 من نفس القانون على ما يلي: "يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية، باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون".

وبالتالي فحق الدولة في نزع الملكية يكون بذلك في إطار التشريعات صريحا وواضحا ومشروعا ومؤكدا عليه في القواعد العامة، لكنه مقيد بشروط يحددها القانون. وهو القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة³. الذي نص في الفقرة الأولى من المادة 02 من على ما يلي: "يعد نزع

¹ مفيد شهاب، ضمانات الاستثمار والمزايا المقررة له في التشريعات العربية، مج المصرية للقانون الدولي، ع 39، الصادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، 1983، ص. 6.

² القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج، ع 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ج ج، ع 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.

³ قانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر ج ج، ع 21 لسنة 1991، المعدل والمتمم.

الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية".

وإلى جانب النصوص القانونية التي جاءت موجّهة لأصحاب الملكية العقارية، على حد سواء، أجنب ووطنيين. أكد المشرع على حق الملكية الخاصة من جهة، وحق الدولة المضيفة للاستثمار في نزعها من جهة أخرى، وهي ممثلة في قوانين الاستثمار على التوالي.

حيث نصت المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار بما يلي: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

وقد استبدل مصطلح التسخير بمصطلح المصادرة الإدارية، بموجب أحكام المادة 16 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار التي تنص على ما يلي: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

لتستبدل أحكام المادة بمصطلحي نزع الملكية والاستيلاء بموجب أحكام المادة 23 من القانون رقم 16-09 لترقية الاستثمار بنصها: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

من خلال التمعن في النصوص المشار إليها أعلا، نلاحظ تردد المشرع الجزائري في الأسلوب الذي يتبناه كطريقة لأخذ الملكية، بين كل من النزع الملكية والتسخير والمصادرة الإدارية والاستيلاء. لكن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد استعمل الحيلة بتفادي التفصيل في هذه المسائل الحساسة، واكتفائه بالإحالة إلى نصوص التشريع المعمول به، ليداري رغبته الصارخة في احتفاظه بحقه في استرداد هذه الملكية كلما استدعت ذلك المصلحة العامة¹.

¹ (حسين نواره، المرجع السابق، ص. 25).

إضافة إلى ما سبق فإنه يمكن القول بأن المشرع الجزائري وفي إطار الإصلاحات الاقتصادية ودفع عجلة التنمية، من خلال التحفيز والضمائم الاستثمارية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، فإنه لم يولي أي اهتمام لإجراء التأميم في قوانين الاستثمار، الصادرة بعد الشروع في الإصلاحات الاقتصادية، بحيث اكتفى بالإشارة إلى شروط وإجراءات نزع الملكية وذلك تماشيا مع التوجهات الجديدة للإصلاحات الاقتصادية، وفسح المجال للقطاع الخاص الوطني والأجنبي، في ظل مرحلة الخصخصة التي شرعت فيها الجزائر منذ عام 1995¹.

وما يمكن استنتاجه أن المشرع الجزائري الذي تردد في تبني إجراءات نزع الملكية، التي تنتهجها السلطات العامة، لاسترجاع الممتلكات الحساسة، خدمة للمصلحة العامة. فإنه بالمقابل لم يتوانى في التأكيد على حق الدولة في نزع الملكية في كل النصوص القانونية المتعاقبة التي تنوعت من حيث الأسلوب، وهذا إن دل على أمر فإنه يدل على حرص المشرع على تبني الأسلوب الأنجح والأصلح، والذي يكون له أثر وتأثير إيجابي في النظام القانوني لحماية الملكية بصفة عامة.

¹ زروال معزوزة، المرجع السابق، ص. 587.

كما نجد أن جميع الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار، التي جمعت بين الجزائر ونظيراتها، إلا وأشارت إلى الاجراءات السابق ذكرها، تحت عنوان نزع الملكية، فنشير إلى اتفاقية ترقية وحماية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وصربيا¹، كذلك الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وماليزيا وغيرها من الاتفاقيات².

ومن هنا نلا حظ أنه بالرغم من تبني مبدأ قدسية الملكية الخاصة، وحمائتها على مستوى التشريع الداخلي حماية للملكية الفردية الخاصة بالوطنيين والأجانب معا، وعلى مستوى القوانين الدولية، والاتفاقية حماية للملكية الخاصة للأجانب، وفقا لمبدأ المساواة والمعاملة بالمثل، فإن هذه الحماية نسبية إن لم نقل عاجزة أمام حق الدولة في أخذ الملكية.

خاصة وأن الدول النامية أصبحت واعية بأن سيادتها، لن تكتمل إلا بعد حصولها على استقلالها الاقتصادي، وأن السيادة الحقيقية مرتبطة بالملكية الوطنية، للإقليم بمفهومه الواسع³.

¹ حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 5 تحت عنوان "نزع الملكية" من الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية صربيا، المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 13 فبراير 2012، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334 المؤرخ في 30 سبتمبر 2013، ج ر ج ج، ع 49، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2013، بنصها " لا يجوز تأميم استثمارات مستثمري أي طرف متعاقد، أو نزع ملكيتها أو اخضاعها لأية تدابير أخرى ذات تأثير يعادل التأميم أو نزع الملكية (المشار إليها فيما يأتي "نزع الملكية") في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، إلا عندما يحدد الطرف المتعاقد الآخر المنفعة العامة بواسطة القانون، ووفقا له، ويتم نزع الملكية في إطار تعويض مناسب يدفع دون تأخير غير مبرر".

² حيث تنص المادة 5 تحت عنوان "نزع الملكية" من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة ماليزيا حول ترقية وحماية الاستثمارات الموقع بتاريخ 27 يناير 2000 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-212 المؤرخ في 23 يوليو 2001، ج ر ج ج ع 42، الصادرة بتاريخ 01 غشت 2001، بنصها : لا يمكن لأي طرف متعاقد اتخاذ أي إجراء لنزع الملكية أو التأميم أو أي إجراء آخر ذات آثار مماثلة للتأميم أو نزع الملكية حيال استثمارات مستثمر الطرف المتعاقد الآخر إلا وفق الشروط الآتية:

(أ) أن تتخذ التدابير من اجل المنفعة العامة بناء على إجراء قانوني،

(ب) ألا تكون التدابير تمييزية،

(ج) ان تكون التدابير مرفقة بأحكام تنص على دفع تعويض عاجل ومناسب وفعلي. ويكون هذا التعويض مساويا للقيمة السوقية للاستثمارات المعنية مباشرة قبل أن يصبح إجراء نزع الملكية علنا. ويكون التعويض قابلا للتحويل من إقليم الطرف المتعاقد بكل حرية بعملة ذات استعمال حر، أي أجل غير معقول لدفع التعويض ينجز فائدة بالسعر الرسمي لحق السحب الخاص كما هو محدد لدى صندوق النقد الدولي في حدود ثلاثة أشهر بعد استلام كامل الوثائق من السلطة المؤهلة "

³ (حسين نواره، المرجع السابق، ص. 18).

وإن تبني مبدأ حق الدولة في أخذ ملكية المستثمر الأجنبي في القانون الدولي، يعني اللجوء إلى ممارسة حقها في استرجاع ممتلكات الأجانب مستثمرين كانوا أو غيرهم، بموجب نزع الملكية والاستيلاء أو المصادرة أو التأميم للمنفعة العامة، مقابل تعويض مناسب. بشرط عدم الإخلال بمبادئ القانون الدولي المتمثلة في المساواة وعدم التمييز، الذي يجد أساسه من المبدأ الذي تبنته الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة لأول مرة في التوصية رقم 626، المؤرخة في 21 ديسمبر 1952 بعنوان "الحق في استغلال الثروات والموارد الطبيعية بكل حرية" حيث اعترفت بسيادة الشعوب والأمم على ثرواتها الطبيعية، مؤكدة أن الاجراءات التي تباشرها الدول لاسترجاع ممتلكاتها بالتأميم أو غيره يجب أن يؤسس على اعتبارات المصلحة العامة والأمن.

كذلك اللائحة رقم 1803 التي اعتمدها في 14 ديسمبر 1962 بعنوان "السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية"، التي تنص في الفقرة الرابعة منها على أنه¹:

"la nationalisation , l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique...le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'état qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité au droit international."

من خلال استقراء نص الفقرة نجد أنها لم تميز بين اجراء نزع الملكية وغيرها من الاجراءات الأخرى، حيث تضع كل من التأميم والمصادرة وغيرها، تخضع لنفس الاجراءات والقواعد، وتكتفي بتقييدها وتأسيسها على المنفعة العامة مقابل تعويض.

¹) résolution n° 1803 (xxvii) du 14 décembre 1962, la souveraineté permanent sur les ressources naturelles, adoptée par l'assemblée générale de L.O.N.U.

اطلع عليه بتاريخ 2017-09-22 <http://www.un.org/french/documents/resga.htm>

كما نصت كذلك في التوصية رقم 3281 التي تبنتها بتاريخ 12 ديسمبر 1974 في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية على أنه¹:

« Chaque état a le droit de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers auquel cas, il devrait verser une indemnité adéquat compte tenu des ses lois et règlements et de toute circonstances qu'il juge pertinentes... »

فمن خلال هذه النصوص الدولية نجد أن القانون الدولي، قد أضفى الشرعية على اجراءات نزع الملكية والمصادرة والتأميم، حيث لا نجد في قواعد القانون الدولي قيودا مانعة، لحرية الدول في مجال أخذ ملكية الأجانب، دون أن تقصد بذلك عدم حمايتها، ما دامت معظم المواثيق الدولية تعترف للدول صراحة بالحرية في تنظيم نشاطاتها الاقتصادية، داخل حدودها الإقليمية بالطريقة التي تراها مناسبة، وفي الزمن الذي تراه مناسباً، تحقيقاً للمنفعة العامة، التي تعتبر أساس الشرعية الدولية لكل إجراء من هذه الاجراءات².

وفي الأخير نشير إلى أن مهما كان الإجراء الذي تتخذه الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، من نزع ملكية، أو الاستيلاء أو المصادرة أو التأميم، لأصول وممتلكات الشركات الاستثمارية الأجنبية، فهي حقوق معترف بها على مستوى النطاقين، الخارجي والداخلي، باعتبارها اجراءات أو حقوق سيادية تمارسها الدول في نطاق إقليمها ولأجل الصالح العام والوطني.

وباعتبارها إجراءات سيادية معترف بها، فإنه من الطبيعي ألا تتمحور منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، حول مناقشة حق الدولة صاحبة السيادة، فيما اتخذته من إجراءات داخل إقليمها، وهي صاحبة السلطة العليا. وإنما منازعات الاستثمار في هذه الحالات، تتمحور حول ما إذا

¹) résolution n° 3281 (xxix) du 12 décembre 1974, la charte des droits et devoirs économiques des états, adoptée par l'assemblée générale de L.O.N.U.

اطلع عليه بتاريخ 2017-09-22 <http://www.un.org/french/documents/resga.htm>

²) حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص. 142.

كانت الدولة قد مارست هذه الإجراءات، دون التقييد بقيود الموضوعية التي أقرها القانون الدولي، المتمثلة في تقرير تعويض عادل لدرء الضرر، الحاصل لصاحب الملكية السابق من عدمه.

فبهذا نرى أن منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر، تتنوع وتختلف أسباب نشوئها فقد ترجع إلى اخلال أحد أطراف العقد الاستثماري بالتزاماته العقدية. وقد ترجع لأسباب خارجة عن إرادة طرفي العقد، بحكم نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة، والتي تتمحور فيها المنازعة الاستثمارية في غالب الأحيان، حول تقدير التعويض المناسب للطرف المتضرر، من الظروف المتغيرة المحيطة بتنفيذ العقد.

فبالنسبة للأسباب التي ترجع إلى تصرفات الدولة المضيفة، يمكن جمعها في الأسباب التالية:

- إما اتخاذ الدولة المضيفة للاستثمار اجراءات انفرادية، كأنهاء العقد أو عدم الالتزام ببعض الشروط المنصوص عليها في العقد.
- وإما قيام الدولة المضيفة بإحداث أو عمل تغييرات تشريعية، على قوانينها الداخلية، التي لها علاقة أو تأثير على تنفيذ العقد الاستثماري.
- وإما نزع ملكية المشروع الاستثماري، لصالح الدولة المضيفة.

أما بالنسبة للأسباب التي ترجع فيها المنازعة الاستثمارية، إلى تصرفات المستثمر الأجنبي، فيمكن حصرها فيما يلي:

تنسب أسباب المنازعة الاستثمارية لتصرفات المستثمر الأجنبي، في حالة إخلاله بأي من الالتزامات التي تستوجبها عقود الاستثمار من تدريب العمالة المحلية، ونقل الخبرة، وتنمية القدرة البشرية، والتزام إعلام الدولة المضيفة بمجريات سير تنفيذ العقد، واتباع القواعد الفنية في إدارة المشروعات الاستثمارية.

أما ما يتعلق بالأسباب المنشئة للمنازعة الاستثمارية، نتيجة كل من القوة القاهرة والظروف الطارئة، فهي ترجع أساسا إما في حجب التعويض، عن الضرر اللاحق بالطرف المتضرر، من تغير الظروف

المحيطة بتنفيذ العقد، لأنه سوف يجد نفسه أمام ظروف معسرة، تكلفه خسائر أكبر من تكلفة مجريات العقد الاستثماري في الظرف العادي.

وإما في منح المتضرر لتعويض غير عادل، لا يتناسب وقيمة الخسائر المتكبدة نتيجة الظرف الطارئ أو القوة القاهرة. وكذلك يمكن تصور منازعة استثمارية، لأجل إثبات الظرف الطارئ أو القوة القاهرة¹.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن مجال المنازعة الاستثمارية، هو مجال خصب ورحب من حيث تعدد وتنوع الأسباب المؤدية إلى قيامها. ومن ثم فإن الفصل أو التصدي لها يحتاج إلى آلية خاصة تختلف عن الطرق القضائية العادية، ضف إلى ذلك يشترط لدى القائمين على حل المنازعة الاستثمارية، الخبرة الفنية والدراية العلمية الكافية، وهي أمور لا يتمتع بها رجل القضاء العادي.

ومن ثم فعلى الدولة المضيفة للاستثمار، أن تكون كيسة فطنة إذا كانت ترغب في تطوير اقتصادها لأجل الدفع بعجلة التنمية بها، من خلال جذب رؤوس الأموال والخبرة، فيجب عليها تهيئة المناخ الآمن للاستثمار الأجنبي حتى لا يشعر المستثمر بالقلق وعدم الثقة وعدم الاطمئنان على رأسماله. فهي إن فعلت ذلك تكون دولة جاذبة للاستثمار، وإلا كانت في عداد الدولة الطاردة للاستثمارات الأجنبية المباشرة.

¹ (إناس حاتم رشيد، وعود كاتب الأنباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مج أطروحة الحقوق، ع1، جامعة كربلاء، كلية الحقوق، العراق، 2015، ص. 278.

الباب الثاني:

الأساليب المختلفة لفض منازعات عقود الاستثمار
الأجنبي مع التركيز على دور المركز الدولي في مجال
تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

لقد تعددت الوسائل المتبعة في تسوية منازعات العقود الاستثمارية الأجنبية، بالنظر للمراكز القانونية المتباينة التي تجمع بين طرفي عقد الاستثمار الأجنبي، والتي تنوعت ما بين الوسائل القضائية الداخلية والدولية، بالإضافة إلى الوسائل البديلة.

إلا أن الصعوبات التي أحاطت بالوسائل القضائية الداخلية للدولة المضيفة، وضعف ثقة المستثمرين فيها، بالإضافة إلى المشكلات التي واجهت المستثمر عند اللجوء إلى المحاكم الدولية، من خلال دعوى الحماية الدبلوماسية، أدت إلى اقتناع عدد كبير من الدول، بمدى فائدة نظام التحكيم كوسيلة ملائمة لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، خاصة في ظل الاتجاه المتزايد نحو إدراج شرط اللجوء إلى التحكيم في معظم العقود والاتفاقات التي تبرمها الدول المضيفة للاستثمار مع المستثمرين الأجانب.

وعلى الرغم من أهمية نظام التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، إلا أن هناك بعض العقبات التي وقفت حائلاً دون تحقيق نظام التحكيم الفاعلية المطلوبة، لتسوية مثل هذا النوع من المنازعات. والتي يأتي في مقدمتها عدم وجود التزام دولي يقع على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار، يلزمها بتنفيذ الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم الموقع بينها وبين المستثمر الأجنبي، بالإضافة إلى الصعوبات التي يمكن أن يواجهها تنفيذ حكم التحكيم، إلى غير ذلك من الأسباب التي وقفت حائلاً دون فعالية تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق التحكيم، ومن هنا بدأ التفكير في محاولة إنشاء جهاز دولي يتصدى لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، وذلك في إطار اتفاقية دولية حتى يتحول وعد الدولة باللجوء إلى هذا الجهاز أو المركز - المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية- إلى التزام دولي يرتب مسؤوليتها الدولية عند مخالفته.

ومن خلال هذا الباب سنحاول التعرض إلى الوسائل المختلفة لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية كفصل أول، ثم التركيز على دور المركز الدولي في تسوية المنازعات الاستثمارية، التي تعرض عليه كفصل ثان.

الفصل الأول: نظرة عامة حول وسائل فض

منازعات عقود الاستثمار الأجنبي:

تتسم منازعات الاستثمارات الأجنبية، التي تقوم بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، بعدة خصائص تميزها عن سائر المنازعات الاقتصادية، ومنازعات التجارة الدولية. والتي يرجع أهمها في الاختلاف في المراكز القانونية لأطراف النزاع. حيث أنه أحدهما يتجسد في دولة ذات سيادة تتمتع بمزايا سيادية استثنائية، لا يتمتع بها الشخص الأجنبي الطرف الآخر في النزاع، والذي يعد كأصل عام شخصا من أشخاص القانون الخاص.

ونتيجة للاختلاف الجوهري، بين المراكز القانونية لكلا طرفي المنازعة الاستثمارية، ترتب عليه تعدد الأنظمة القانونية، التي يمكن أن يثار تطبيقها، عند تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية. وامتد أثر هذا الاختلاف إلى حد تعدد الوسائل التي يمكن اللجوء إليها، لتسوية مثل هذه النزاعات. والتي تعددت ما بين الوسائل القضائية الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار، أو اللجوء إلى الوسائل الودية لتسوية المنازعة، أو اللجوء إلى المحاكم الدولية لتسوية النزاع بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، من خلال تبني الدولة التي يحمل جنسيتها المستثمر الأجنبي مطالبته ضد الدولة المضيفة للاستثمار في إطار ما يعرف بدعوى الحماية الدبلوماسية.

وعليه فمن خلال هذا الفصل سنحاول الامام بالوسائل غير القضائية كمبحث أول، والوسائل القضائية كمبحث ثان.

المبحث الأول: دور الوسائل غير القضائية في حسم منازعات الاستثمار الأجنبي:

يعد القضاء هو الوسيلة الأساسية لحل المنازعات، ولكن مع تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي، أخذت تنشأ إلى جانب القضاء وسائل أخرى لحسم المنازعات. فقد بدأ التحكيم في التاريخ وسيلة بديلة لحسم المنازعات، ولكن المفهوم القديم للتحكيم كان أقرب للمصالحة والتوفيق منه، كوسيلة لحسم المنازعات، ثم تطور التحكيم على الصعيد الداخلي، ليصبح وسيلة بديلة لحسم المنازعات الداخلية، إذا اختار الطرفان نزع اختصاص المحاكم القضائية، وإيلاء التحكيم سلطة البت في النزاع.

ولكن التحكيم الدولي تطور مع تطور التجارة الدولية، حيث تطور باجراءات المحاكمة فيه التي تقترب كثيرا من اجراءات المحاكمات القضائية، ثم بشكلياته التي قرنته أكثر من المحاكم القضائية. ويستمر التطور الذي جعل التحكيم وسيلة بديلة في التحكيم الداخلي، ووسيلة أساسية في التحكيم الدولي، يستمر هذا التطور فيوجد وسائل بديلة لحسم المنازعات غير التحكيم وغير القضاء.

فقد أخذ التوفيق والوساطة والمفاوضات، طريقهم ليصبحوا أيضا من الوسائل البديلة لحسم المنازعات. هكذا وضعت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار المفاوضات والتوفيق كوسيلة بديلة لحسم النزاع، يرجع إليها لحسم النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم.

وكذلك فعلت اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار، بين الدول ومواطني الدول الأخرى، ففتحت باب التوفيق قبل التحكيم، ونصت على إجراءات لذلك باعتباره وسيلة أخرى من وسائل تسوية المنازعات بطريقة ودية.

ونفس الأمر الذي أكدت عليه غرفة التجارة الدولية واليونسكوال على وجوب استنفاد الطرق الودية، الضامنة لاستمرارية العلاقة بين الأطراف المتنازعة، من التوفيق والوساطة والمفاوضات قبل اللجوء إلى القضاء والتحكيم لأجل تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية.

المطلب الأول: دور الوساطة والتوفيق والمفاوضات في فض منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر:

تشجع العديد من التشريعات الوطنية، واتفاقيات الاستثمار الدولية، على ضرورة تسوية منازعات الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، بالطرق الودية¹، حتى لا تتحول هذه الخلافات إلى منازعات تحتاج في تسويتها إلى إحالتها إلى القضاء أو التحكيم من أجل حسمها. فالوسائل الودية لحسم المنازعات، يمكن تعريفها بأنها وسائل أو أساليب لحسم المنازعات بطريقة ودية رضائية، من منطلق أنه ما سيتمخض عن هذه التسوية أمر غير ملزم لأطراف النزاع، وبمعنى آخر أن اجراءات الوسائل الودية لحسم المنازعات، تعتمد على موافقة الأطراف، كما أن القرارات التي تخرج بها الوسائل الودية، هي قرارات غير ملزمة إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك².

ولأجل عدم الزامية ما يتمخض عن الوسائل البديلة كسبب ولأسباب أخرى سنتعرض لها لاحقاً، فإن جميع المنازعات الدولية، يجذب أطرافها اللجوء الى التسوية الودية، لما يحصل من تراضي وتوافق كلا الطرفين على قرار يخدم مصالحهما، وبأسلوب ودي يضمن استمرارية العلاقة التي تجمع الأطراف المتنازعة مستقبلاً.

ويمكن تصور أسلوب اللجوء إلى الطرق الودية كحل للنزاع، إما في اللجوء إليها والاتفاق عليها بعد نشوء النزاع، وإما في حالة ادراج الاتفاق المسبق على ضرورة اللجوء إليها في حالة قيام أي نزاع بين الطرفين، بمعنى الزام الأطراف أنفسهم تعاقدياً ومسبقاً بالتسوية الودية. وإذا حصل ولم يوافق أحد الطرفين على الالتزام بالتسوية الودية، يلجأ الطرف الثاني مباشرة إلى القضاء أو إلى التحكيم لأجل حسم النزاع.

¹ تختلف وتنوع الوسائل الودية في تسوية المنازعات الدولية بين المفاوضات، والوساطة، والتوفيق، والخبرة الفنية. على أن الوسائل الأكثر استعمالاً تتمثل في الوساطة والتوفيق والمفاوضات.

² (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 314).

ونظرا للطبيعة الخاصة والأهمية البالغة للوسائل الودية في حسم المنازعات، فقد تطور الأمر إلى أن جميع اتفاقيات الاستثمار الأجنبي، تنص على ضرورة اللجوء إليها كوسيلة أولية لحسم النزاع، قبل التحول إلى الوسائل القضائية أو التحكيم لحل منازعاتها.

ويرجع سبب الإقبال والنص عليها مسبقا، في متن الاتفاقيات قبل نشوء النزاع أو بعده، إلى المزايا التي تتمتع بها، والتي يمكن إجمالها في النقاط التالية¹:

-سيطرة الأطراف على الاجراءات وعلى اختيارها: تتميز الطرق الودية عن الطرق الأخرى، بخلوها من أي التزام باتباع اجراءات معينة، وهو الأمر الذي يسهل على الأطراف امكانية الانسحاب منها بكل سهولة.

-السرعة: تتميز الطرق الودية عن الطرق القضائية والتحكيم بسرعة اجراءاتها، من حيث أنها لا تحتاج إلى أي التزامات معقدة ومطولة، كما هو الحال في الطرق الأخرى.

-المرونة: حيث تحقق اجراءات الوسيلة الودية المرونة للأطراف، في البحث عن تسوية دون الالتزام بقواعد القانون واجراءاته، كما أنها تسمح باستمرار علاقات العمل بين الأطراف، وبحسم منازعاتها في جو ودي.

-الاقتصاد في النفقات: تتميز الوسائل الودية بأنها قليلة التكاليف مقارنة بالقضاء الوطني، كما أنها لا تهدف إلى تسوية المنازعات وديا فقط، ولكنها تهدف أيضا إلى إيجاد حل يمنع نشوب النزاع مرة أخرى².

على أنه كل هذ الايجابيات والمميزات التي تحسب للطرق الودية، إلا أنها تعد عديمة الجدوى إذا لم تلقى التأييد من أحد أطراف النزاع، وهذا راجع لكون أن ما يصدر عن الطرق الودية هي

(1) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 315.

(2) محمد أبو العينين، دور مركز القاهرة في حسم منازعات التجارة والاستثمار عن طريق التفاوض والوساطة، بحث مقدم إلى ندوة التفاوض والوساطة في عقود التجارة والاستثمار التي نظمتها مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 10 يوليو 2001، ص. 4.

قرارات لا تتمتع بأية الزامية تجاه أطراف النزاع. مما يعني في حالة فشلها العودة إلى نقطة البداية، مع خسارة الوقت الذي استنفذته المال الذي تم انفاقه عليها.

ونظرا لتعدد وتنوع أساليب التسوية الودية، فسيتم التعرض إلى أهم وأكثر الأساليب تداولاً وانتشاراً في حل منازعات الاستثمارات الأجنبية، والمتمثلة في الوساطة والتوفيق والمفاوضات.

الفرع الأول: الوساطة:

تعد الوساطة الأسلوب الأقدم والأكثر شيوعاً من بين الأساليب البديلة، التي يستعان فيها بطرف ثالث، وقد انتشر استخدام الوساطة حيث يتم تطبيقها في مختلف النزاعات¹. فهي تعتبر الأساس الذي يقوم عليه نظام الوسائل الودية في حل المنازعات، فهي الوسيلة الأكثر شيوعاً في حسم النزاعات التجارية خاصة الأجنبية.

وتعرف الوساطة بأنها أسلوب اختياري يلجأ إليه أطراف النزاع لفض نزاعهم، عن طريق تسخير طرف ثالث محايد، يقوم بدور الوسيط لأجل التوصل إلى تفاهم بين الطرفين، وهذا عن طريق فحص طلبات وادعاءات الأطراف².

فهي عملية تُجرى بين اثنين أو أكثر من المتنازعين، في محاولة للتوصل إلى تسوية ودية بمعاونة طرف ثالث محايد، هو الوسيط. وذلك لأجل الوصول إلى اتفاق تسوية ودية للنزاع الاستثماري الأجنبي³، فالأطراف هم ذاتهم الذين يحددون نتائج التسوية، بدلا من قبول أي مما قد يفرضه عليهم الغير، من خلال أحكام القضاء أو الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم⁴.

فالوسيط يعتبر شخصا محايدا نظرا للدور الذي يلعبه، في التقريب بين وجهات الطرفين لأجل حسم النزاع، ومن مميزاته أنه لا يجمع الأطراف المتنازعة دائما في لقاءات مشتركة، وإنما يعمل في غالب

(1) فتحي والي، المرجع السابق، ص. 21.

(2) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 315.

(3) Pierre lamontange, Médiation et Arbitrage, Modes Alternatifs de Réglement de Conflits, ed faske martineau, p. 05 .

(4) عبد الرحمن محمد العقيل، المرجع السابق، ص. 111.

متريدا بينهما، منفردا بكل طرف على حدة، محاولة منه في التوصل إلى صيغة مرضية لطرفي النزاع، ومحاولا اقناع كل طرف بأن التسوية لصالحه.

وإن الطرف الثالث أو الوسيط يجب أن يتميز بالحياد وعدم التحيز، وهو يقوم بتقديم المساعدة الاجرائية للأطراف لتيسير المفاوضات، كما يقوم بمساعدة الأطراف على تفعيل التواصل بينهم، وتحديد المشكلات في النزاع، وتوضيح الحقائق وطرح الخيارات، وتصميم عملية تفاوضية فعالة يمكن أن يستخدمها الأطراف¹.

فتتلخص هذه الوسيلة بأنها سريعة الحركة قليلة النفقات مرنة، يعين بمقتضاها وسيط حيادي يعطي رأيا معللا غير إلزامي في النزاع، وذلك بعد سماع الطرفين تلبية لمهمة محددة، وفقا لاجراءات تحترم المساواة والعدل بين الطرفين المتنازعين، وتهدف إلى تحضير مصالحة بينهما، وتقوم اجراءاتها على أن يقدم كل طرف أفضل عرض لحسم النزاع على يد شخص ثالث حيادي²، فإذا وجد هذا الوسيط الحيادي، أن العروض قابلة للمعالجة سار في عملية التقريب بين العرضين، بالمفاوضات وعمل على خلق مناخ يؤدي إلى تسوية ودية³.

ويتم تدخل الوسيط في عملية التسوية الودية للنزاع بعدة أشكال، نذكر منها ما يلي:

- أن يجتمع بأطراف النزاع من خلال عقد مفاوضات.
- تقديم المساعدة في عملية التفاوض بين الأطراف.
- مساعدة الأطراف في تحديد أولوياتهم واهتماماتهم، واقتراح تسوية ملائمة لها.
- تقديم عرض تسوية عملي، ومقبول بالنسبة للطرفين.

(1) فتحى والي، المرجع السابق، ص. 22.

(2) زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المنازعات الادارية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2015، ص. 42.

(3) عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص. 38.

-التخفيف من حدة الخصومة بين الطرفين، من خلال نقل وجهاتهم لبعضهم البعض لأجل الوصول إلى أرضية مشتركة بينهما.

-أن يفتح مع كل الأطراف أو بعضهم مناقشات في موضوعات تتصل بالنزاع، لم تكن قد أثرت في التفاوض بينهم من قبل.

-يحاول إبراز الجوانب الهامة من عناصر التسوية، وتوضيح قلة أهمية بعض الجوانب الأخرى، التي قد يشتد النزاع بشأنها.

-يضع مشروع تسوية متكاملة للخلافات القائمة، مع محاولة مواجهة احتياجات الأطراف في المستقبل¹.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن اللجوء إلى الوساطة كوسيلة ودية لتسوية النزاع، قد يكون قد تم النص والإشارة إليها مسبقاً في العقد أو الاتفاق، بمعنى اتفاق سابق على وقوع النزاع، وقد يتم اللجوء إليها كأسلوب ودي لحل النزاع بدون النص عليها مسبقاً في العقد.

وإذا كانت القاعدة العامة تتمثل في أن الوساطة اختيارية، إلا أن بعض الدول قد جعلت منها أسلوباً اجبارياً، يحتم اللجوء إليها قبل الالتجاء إلى التقاضي مثل دولة الأرجنتين².

والوساطة على الرغم من أنها لا تنتهي بقرار ملزم لأطراف النزاع، إلا أنها تحظى بقبول من قبل كثير من أطراف المنازعات الذين يفضلون حسم وتسوية منازعاتهم عبر الوسائل الودية، فيقومون بقبول وسيط محايد على قدر كبير من الخبرة في مجال النزاع، رغبة منهم في استمرار العلاقة فيما بينهم لاحقاً³.

⁽¹⁾ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 145، هند محمد مصطفى مصطفى، وسائل تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 2015، ص. 457.

⁽²⁾ هند محمد مصطفى مصطفى، المرجع السابق، ص. 316.

⁽³⁾ هاني محمد البوعناني، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية، مداخلة مقدمة لورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية، واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية، صنعاء، 2009، ص. 7.

ونشير إلى أنه تختلف الوساطة عن الوسائل القضائية، التي يبحث فيها كل طرف في الخصومة عن أخطاء خصمه ونقاط ضعفه، لكي يستفيد منها في دعواه، بينما يحاول الوسيط في عملية الوساطة مساعدة الطرفين، للخروج من النزاع ووصول إلى حل مرض لكليهما، فضلا عن تميز الوساطة بالسرية التامة والخصوصية، وكتمان كافة المعلومات المفصح عنها خلال عملية الوساطة¹.

ويجوز الأخذ بنظام الوساطة باتفاق غير مؤسسي، أو باتفاق على الالتجاء إلى مركز الوساطة، مثل مركز الوساطة في مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي².

ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب عادة عن طريق لجوء أحد الأطراف المتنازعة إلى طلب الوساطة من أحد المراكز أو المؤسسات المتخصصة، فيعرض هذا الأخير طلب الوساطة، على الطرف الثاني في النزاع، الذي قد يقبل بها أو يرفضها.

والوساطة كغيرها من وسائل تسوية المنازعات لها أيضا قواعدها الخاصة بها، فعلى اعتبار أن للوسيط دور محوري كبير وهام في اتمام عملية الوساطة، يكون من المهم بداية أن يتوافق السلوك المهني لهذا الوسيط، المختار من قبل الأطراف أو المعين من قبل المركز أو المؤسسة التي تم اللجوء إليها، مع قواعد سلوكيات المحكم، فليس لأي شخص كان القيام بدور الوسيط في أي نزاع إذا كانت له أي مصلحة شخصية كانت، أو مالية نتيجة لهذه الوساطة.

كما يفترض في الوسيط أن يكون شخصا ذا مقدرة على الحوار والاقناع وله خبرة كافية في مجال النزاع، وأن يعمل على جمع المعلومات اللازمة عن موضوع النزاع، والتفاوض مع الأطراف بشأنه، وأن تكون لديه المقدرة على تقريب وجهات نظر الأطراف، ومساعدتهم على تفهم مواقف ووجهات نظر بعضهم البعض.

إذا ما تبين للوسيط أن أي من مسائل النزاع بين الطرفين، لا تحتل تسوية عن طريق الوساطة، فله أن يقترح على الطرفين، الإجراءات أو السبل التي يرجح أن تؤدي على ضوء ظروف النزاع، إلى تسوية

¹ (هند محمد مصطفى مصطفى، المرجع السابق، ص. 459.

² فتحى والي، المرجع السابق، ص. 22.

تلك المسائل بأكبر قدر من الفاعلية، وله أكثر من هذا أن يقترح على سبيل المثال، الأخذ بقرار خبير في أي مسألة من مسائل الخلاف أو النزاع.

وأخيرا فإن الوساطة بحكم طبيعتها الاختيارية، وقرارها غير الملزم للأطراف، فإنها قد تنتهي بأحد الأساليب التالية:

- قد تنتهي الوساطة بنجاح، عن طريق توقيع الطرفين على محضر التسوية، التي يقوم الوسيط بعدها بإخطار المؤسسة التي تتولى إدارة الوساطة.

- وقد تنتهي الوساطة بقرار من جهة الوسيط بإنهاء الوساطة، إذا كان من غير الممكن حسب تقديره أن تؤدي مواصلة الوساطة إلى تسوية النزاع.

- وقد تنتهي الوساطة من قبل أحد الطرفين المتنازعة، في أي وقت بعد بدء اجراءاتها، وقبل التوقيع على أي اتفاق بشأن تسوية النزاع.

في الأخير نشير إلى أن دور الوسيط وإن كان يشبه إلى حد ما دور الموفق، إلا أن للوسيط دور إيجابي أكثر من الموفق في حسم النزاع، لأنه لا يجمع الأطراف دائما في لقاءات مشتركة كالتوفيق، وإنما يعمل في الغالب مترددا بينهم، منفردا بكل طرف على حدة، لمحاولة التوصل إلى صيغة مرضية لطرفي النزاع ومحاولا اقناع كل طرف بأن التسوية لصالحه.

أكثر من هذا فإن الوسيط، له صلاحية اقتراح حلول على طرفي النزاع، وهنا يكمن دوره الإيجابي بخلاف الموفق الذي ينحصر دوره كقاعدة عامة، في التقريب بين وجهات النظر لطرفي النزاع، دون اقتراح أي حل توفيقى بينهم.

والجدير بالملاحظة أنه كثيرا ما يستعمل مصطلح التوفيق كمرادف للوساطة، وبشكل خاص في مجال تسوية المنازعات التجارية الدولية.

ومن أمثلة القواعد التي تستعمل الوساطة والتوفيق كمرادفين، لهما نفس المعنى والخصائص، نجد قواعد اليونسترال، وكذلك قواعد مركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفرع الثاني: التوفيق:

التوفيق أو الصلح أو المصالحة يعد أحد الوسائل الودية لتسوية المنازعات خارج ساحة القضاء الرسمي -القضاء الوطني أو التحكيم- فهو أقدم أساليب حل الخلافات والمنازعات في تاريخ البشرية، حيث لجأ الناس منذ البدء إلى الصلح في حل خلافاتهم ومنازعاتهم، إلى جانب التحكيم، قبل ظهور القضاء الرسمي أو القضاء الوطني وتولي الدولة لمهمة فض المنازعات بين رعاياها¹.

وعليه يعرف التوفيق بأنه وسيلة لتسوية المنازعات الاستثمارية، يلجأ بمقتضاها طرفا النزاع إلى شخص أو هيئة محايدة، تتولى تحديد وقائع النزاع وتبادل اقتراحات لتسوية النزاع، يمكن أن يرتضيها الطرفان².

كما عرف أيضا بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات، التي تنشأ بين الأطراف، قوامه اختيار أحد الأعيان للقيام بالتوفيق، وصولا إلى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة، دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه³.

وعرف كذلك أنه إحالة النزاع إلى لجنة تقدم اقتراحاتها لتسوية النزاع، على أن لا تكون هذه الاقتراحات ملزمة لأي من الطرفين إلا إذا وافق عليها أطراف النزاع⁴.

¹ عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 459 من القانون المدني بما يلي: " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."

² عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثاني (القانون الدولي المعاصر)، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص. 191.

³ هفال صديق اسماعيل، المرجع السابق، ص. 181.

⁴ محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005، ص. 23.

كما عرف أيضا بأنه وسيلة لحل النزاعات، من خلال تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي ومستقل، يزيل الخلاف القائم، وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب وجهات نظر المتنازعين، بهدف إيجاد صيغة توافقية دون أن يفرض عليهم حلا، أو يصدر قرارا ملزما¹.

من خلال استقراء التعريفات السابقة يفهم منها أن اختيار وسيلة التوفيق بصورة أساسية، تنبع عن إرادة خالصة للأطراف المتنازعة، أو باقتراح من قبل هيئة ما، ومن ثم فلا يمكن فرضها عليهم. فاللجوء إليه يعتمد بصورة كبيرة على قبوله واتجاه إرادة الأطراف إلى اختياره، وحتى ولو نتج عن رضا الأطراف في قبول هذا الطريق، التنازل عن بعض الحقوق، أملا في الوصول إلى حل يلي رغبات الأطراف، عند ظهور الخلاف موضوع النزاع.

فالتوفيق كطريق بديل لحل وتسوية المنازعات، هو طريق ودي باعتباره وسيلة يستطيع الخصوم من خلالها، بأنفسهم أو بمساعدة شخص من الغير، الاجتماع والتشاور للوصول إلى حل نهائي للنزاع يرضى عنه الطرفان. ويتولى الموفق سواء شخص واحد أو هيئة -لجنة التوفيق- تحديد مواضيع النزاع ويقدم مقترحاته التي قد تحظى بقبول الأطراف أو لا تلقى قبولا منهم²، أكثر من هذا فان مهمة الموفق تقتصر على إبداء مقترحات يظل أمرها معلقا على قبول الأطراف، من حيث أن الحل الذي يقدمه الموفق للأطراف المتنازعة لا يلزمهم، فقد يوافقون عليه وقد لا يوافقون عليه. ويبحثون عن وسيلة بديلة لفض نزاعهم كالاتجاه إلى التحكيم أو إلى القضاء، وبمعنى بسيط فإن ما يقوم به الموفق، هو مجرد تقريب وجهات النظر بين الخصوم، واقتراح الحلول المناسبة لهذا النزاع.

فنظام التوفيق يرمي إلى تدخل شخص من الغير، للتقريب بين الطرفين للتوصل إلى صلح أو تسوية ودية بينهما، وهذا الطرف الثالث ليس محكما إذ ليس له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم، وإنما هو يعرض أو يقرب وجهات النظر للطرفين، دون أن تكون له سلطة فرض أية تسوية عليهما.

¹ عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح والوساطة القضائية طبقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية"، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2012، ص. 78.

² عبد الكريم علوان، المرجع السابق، ص. 191.

فهو يعد موفقا وليس محكما وتنتهي مهمة الموفق -إذا نجح فيها- بإبرام الطرفين توفيقا أو صلحا دون صدور أي قرار أو حكم من الموفق، أو بصدور توصية غير ملزمة لهما، بيرمان على أساسها الصلح بينهما.

والهيئة التي يقتصر دورها على مجرد إصدار توصية، للتوفيق بين وجهتي نظر طرفي الخلاف، دون أن تكون توصيتها ملزمة لهما لا تعد هيئة تحكيمية، ولا يعتبر ما تصدره حكما تحكيميا، ولا تمنع التوصية الطرفين من الالتجاء بشأن خلافهما، إلى القضاء أو التحكيم حسب الأحوال¹.

وإن أساس التوفيق كوسيلة ودية لحل نزاعات الاستثمار الأجنبي، يقوم على أساس اتفاق المتنازعين عليه، ويجب أن يتضمن اتفاق التوفيق وصفا للنزاع، ومطالب الأطراف فيه، واسم وصفة الموفق الذي تم اختياره، والأتعاب التي يستحقها، وتقتصر مهمته كما سبق الإشارة على التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ويكون له حق إبداء المقترحات التي يمكن من خلالها فض النزاع القائم بين الأطراف، علما أنه لا يكون لتقرير الموفق أي حجة أمام القضاء فيما لو عرض عليه النزاع².

ويتميز التوفيق أو الصلح في مجال فض منازعات الاستثمار الأجنبي، بما يلي:

- أن التوفيق يتم بين أطراف النزاع الاستثماري الأجنبي، أو بين من يمثلهم، وبموجبه يقومون بحسم الخلاف عن طريق نزول كل طرف عن بعض ما يتمسك به.

- يتمثل محل التوفيق في حسم منازعات الاستثمار الأجنبي بين الطرفين، بأن يتنازل كل منهما عن بعض ما يدعيه نزولا، يمكن معه التوصل إلى اتفاق الصلح.

- ينتهي النزاع في منازعات الاستثمار الأجنبي، بمجرد التنازل المتبادل المرضي للمتنازعين كليهما.

- اتفاق الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته، ما لم يتم في صورة عقد رسمي، أو أن يتم أمام الهيئة أو المؤسسة، التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى الصلح³.

(1) فتحي والي، المرجع السابق، ص. 23.

(2) عبد الرحمن محمد العقيل، المرجع السابق، ص. 115.

(3) المرجع نفسه، نفس الصفحة.

وعلى غرار تقسيم الوساطة إلى وساطة حرة، ووساطة مؤسسة، يقسم كذلك التوفيق إلى توفيق خاص أو حر، وتوفيق المؤسسي.

فالتوفيق الخاص هو ببساطة عملية يتم تنظيمها وإدارتها وفقا لما يحدده الأطراف أنفسهم، دون مساعدة من أية مؤسسة أخرى¹، وتعتبر قواعد التوفيق التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (اليونسترال) لعام 2002 استكمالاً لقواعد تحكيم اليونسترال النموذجية لعام 1976 و 1980 مثالا جيدا لقواعد التوفيق الخاص².

أما التوفيق المؤسسي فهو التوفيق الذي تتولى إدارته وتنظيمه، إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة، والتي غالبا ما تكون ممثلة في مؤسسات أو مراكز تحكيمية، وكمثال عن التوفيق المؤسسي نجد قواعد التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهو ما سيتم التعرض إليه في النقطة الموالية، وقواعد التوفيق الخاصة بمركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي³.

وكما سبق الإشارة فإنه هناك العديد من المؤسسات التحكيمية، التي لا تفرق بين عمليتي التوفيق والوساطة من حيث الخصائص، حيث تكفي بعض المؤسسات بإصدار قواعد للتوفيق فقط أو الوساطة، ومن أمثلة ذلك قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وكذلك قواعد اليونسترال للتوفيق، وفي نفس الاتجاه قواعد غرفة التجارة الدولية، وقواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 319.

⁽²⁾ قواعد اليونسترال للتوفيق لعام 2002 منشور على شبكة الانترنت

اطلع عليه بتاريخ 2017-02-01 http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration.html

يتضمن هذا القانون النموذجي قواعد موحدة تتعلق بعملية التوفيق، من حيث اشتماله على الجوانب الاجرائية للتوفيق مثل تعيين الموفقين، وبدء التوفيق وانهاؤه، وبيان إجراءات اتصال الموفق بالطرف، وسرية الأدلة إلى غيرها من الاجراءات.

⁽³⁾ هفال صديق، المرجع السابق، ص. 182.

وبالتالي فإنه لا يمكن تصور مباشرة اجراءات التوفيق دون وجود طلب¹، لأجل تفعيل هذا الأسلوب، وعليه يمكن تصور طلب فتح اجراءات التوفيق، إما بالنص عليها مسبقا في العقد أو الاتفاقية، تقضي باللجوء إلى التوفيق كحل ودي لأي نزاع ينشأ بين الأطراف المتعاقدة قبل اللجوء إلى التحكيم. وهنا نشير إلى ما تضمنته اتفاقية الشراكة المبرمة في 1965 /07/29، بين الجزائر فرنسا في نص المادتين 159، 170. والمادتين 17، 18 من اتفاقية جي تي الأمريكية وشركة سوناطراك، التي حددت آجال شهرين لاجراء المصالحة و في حالة فشلها يحال النزاع إلى التحكيم.

وإما أن يتم تفعيل إجراءات التوفيق عن طريق الاتفاق عليه لاحقا، أي بعد نشوء النزاع، كأن يلجأ طرف من الأطراف المتنازعة إلى طلب التوفيق من إحدى المؤسسات المتخصصة، فتعرض هذه الأخيرة طلب التوفيق على الطرف الآخر في النزاع².

ويمكن تلخيص مراحل إجراءات التوفيق إلى ثلاث مراحل تتمثل فيما يلي:

تتمثل المرحلة الأولى في اتفاق أطراف النزاع على تسوية نزاعهم عن طريق التوفيق، واختيار الموفق الذي ستوكل له مهمة حسم النزاع.

أما المرحلة الثانية تتسم بتتالي اجراءات التوفيق، بواسطة الموفق المختار أو المقترح وفقا لقواعد والاجراءات المنصوص عليها في الاتفاقية إن كان توفيقا مؤسساتيا، متوخيا في توفيقه مبادئ العدالة والحيادة والانصاف، على أن الموفق يمكن تصوره في شخص منفرد أو في لجنة مكونة من شخصين أو أكثر، بحيث يجوز للجنة التوفيق العمل مجتمعين أو منفردين، بأن يتصل أحدهم بأحد طرفي النزاع، في

¹ وهو مانصت عليه المادة 28 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ويجب أن يحتوي الطلب على بيانات تتعلق بهوية الأطراف المتنازعتين، وموضوع النزاع، وإثبات موافقتهم على تقديم نزاعهم للتوفيق، ويوجه طلب التوفيق إلى السكرتير العام للمركز. فإذا تبين له من خلال المعطيات المتوفرة لديه أن المركز مختص بالنظر في النزاع يسجل الطلب، أما إذا تبين للسكرتير العام أن النزاع يخرج بشكل أكيد عن اختصاص المركز عندها يمتنع عن تسجيل الطلب

وبعد تسجيل الطلب وارسال نسخة منه إلى الطرف الثاني يكون على السكرتير العام اتخاذ الخطوات اللازمة للبدء بالاجراءات والمتمثلة في تشكيل وتعيين لجنة التوفيق وتحديد اجراءاتها.

² عبد الكريم علوان، المرجع السابق، ص. 191.

حين يتصل الموفق الثاني بالطرف الآخر، ثم يجتمعان معا إما لوحدهما أو بحضور الأطراف، لمعرفة أين وصلت جهود التوفيق¹.

وتتجسد اجراءات التوفيق في مجملها في تقديم تنازلات من كلا الطرفين، لأجل التوصل إلى حل رضائي، بعكس التحكيم الذي لا يهدف إلى التوصل إلى حل وسط، فيمكن للمحكم تلبية طلبات أحد الخصوم، ويرفض طلبات الآخر².

وكما هو معلوم فإن دور الموفق يقتصر فقط على تقريب، وجهات نظر أطراف النزاع، وابداء وتقديم المقترحات لهم، بما يكفل توصلهم إلى الحلول المرضية لانتهاء خلافهم.

وقد يقوم الموفق ما لم يكن التوفيق مؤسسيا بتحديد مكان جلسات التوفيق، ويمكن للجان التوفيق أن تقابل الطرفين المتنازعين مجتمعين معا أو منفردين³. ويتعين على أطراف النزاع خلال عملية التوفيق واجراءاته، تزويد الموفق وموافاته بالبيانات والوثائق والمستندات، التي تؤيد طلبات كل منهما.

أما المرحلة الثالثة والأخيرة في عملية التوفيق، هي المرحلة المتمثل في انتهاء الموفق من مهمته والتي لن تخرج عن إحدى الحالات الثلاث، وهي إما التوصل إلى اتفاق توفيق لتسوية النزاع، وإما فشل الموفق في التوصل إلى حلول ترضي طرفي النزاع، كأن يرتئي الموفق بعدم جدوى استمرارية التوفيق. أو اتفاق طرفا النزاع على انتهاء إجراءاته أو حتى بإعلان أحد الطرفين بارادته المنفردة بانتهاء اجراءات التوفيق وانسحابه منه⁴.

(1) حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص. 59.

(2) زهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 9 لسنة 2008، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2010، ص. 40.

(3) عبد الكريم علوان، المرجع السابق، ص. 191.

(4) حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، 59.

وفي حالة فشل إجراءات التوفيق قد يحيل أطراف النزاع القضية، إلى محاكم الدولة أو هيئات التحكيم¹، مع عدم جواز استخدام أية مقترحات أو آراء تم التعبير عنها، أو عروض قدمت أثناء إجراءات التوفيق²، مراعات مبدأ السرية في قواعد التوفيق، لدى المؤسسات التحكيمية³.

في الأخير نخلص إلى أن لجنة التوفيق يقتصر دورها في إصدار قرارات وتوصيات، قد يلتزم بها الأطراف إذا ارتأوا أن هذه التسوية تمثل نقطة التقاء لمطالبهم، وذلك بهدف تجنب اللجوء إلى الوسائل القضائية التي تنزع الودية من مسار التسوية. وقد لا يلتزم بها الأطراف المتنازعة بها، إذا شعروا بأن هذه التوصيات، لا تحقق الحد الأدنى لمصالحهم أو لا تلي رغباتهم.

فالموفق لا يقوم بعمل قضائي، بل يقتصر دور على الوصول بالأطراف إلى تسوية توفيقية، ومن ثم فإن ما يصدره الموفق من توصيات، لا ترقى إلى مرتبة الأحكام أو القرارات الملزمة⁴.

وكنتيجة لما سبق يمكن الوقوف على أوجه التفرقة بين الوساطة والتوفيق، ذلك أن في كل من النظامين يوجد شخص ثالث محايد يسعى إلى مساعدة الطرفين على التوصل إلى حل للنزاع، ولكن يبقى فارق مهم بين النظامين، ففي الوساطة يقوم الوسيط بتسيير الاتصال، وتسهيل المناقشة بين الطرفين ويساهم، في إدارة المناقشات وتقديم الإيضاحات لما يعرضه كل طرف على الطرف الآخر. وقد يعرض نقاطا لكي تكون محلا لهذه المناقشة، تسهل للطرفين الاتفاق على حل النزاع.

أما في التوفيق فإن الموفق له سلطة أكبر، فهو بالإضافة إلى ما تقدم، يحدد الحل العادل الذي يراه محققا لصالح الطرفين، ويوجه الطرفين إلى التوافق عليه، دون أن يكون رأيه ملزما لهما.

(1) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 321.

(2) هفال صديق اسماعيل، المرجع السابق، ص. 183.

(3) تنص المادة 35 من اتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على مايلي " ما لم يتفق على غير ذلك فإنه لا يجوز لأي من الطرفين بمناسبة اية إجراءات أخرى تتخذ أمام هيئة تحكيم أو قضاء أو أية صورة أخرى أن يستند إلى الآراء التي اعرب عنها أو التصريحات أو عروض التسوية التي قدمت من جانب الطرف الآخر خلال إجراءات التوفيق الفاشلة خلاف ما ورد بالمحضر الرسمي أو توصيات اللجنة".

(4) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 412.

فالموفق له دور مباشر أكثر إيجابية في حل النزاع، من دور الوسيط. ونتيجة لهذا فإن الوسيط يحافظ دائماً على حياده بين الطرفين فلا ييدي -على خلاف الموفق- رأياً محمداً في النزاع¹.

وكمثال عملي لدور أسلوب التوفيق كحل ودي، نجد القضية المقامة من مجموعة الشركات الأوروبية (الكونسورنيوم يوروسيب) ضد وزارة الأشغال العامة والموارد المائية المصرية لسنة 1989، حيث تلخص وقائع القضية، في أن اليوروسيب التزمت بتصميم وتنفيذ وتوريد وإنشاء وصيانة مشروع قناطر إسنا الجديدة، طبقاً لنصوص العقد والسعر المحدد.

وقد نشأ خلال تنفيذ العقد عدد من المنازعات بين الأطراف، فلجأت مجموعة الشركات الأوروبية، إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وفقاً لنص المادة 27 من شروط العقد. وتقدمت بمطالبات بلغت مائتين وخمسين مليون جنيه مصري، مع طلب مد الوقت لاتمام الأعمال، وقامت الوزارة من جانبها بتقديم مطالباتها المضادة والتي بلغت 17,487,330 مليون جنيه إضافة إلى غرامة تأخر.

وأثناء دعوى التحكيم لجأ الطرفان إلى التوفيق أمام مركز القاهرة، وتولى مدير المركز إجراءات التوفيق، وعقدت عدت اجتماعات ومراجعة الحسابات، توصل الطرفان إلى اتفاق لتسوية الخلاف، تم بمقتضاه استحقاق مجموعة الشركات الأوروبية، مبلغاً قدره ثمانية وسبعين مليون جنيه مصري، شاملاً كافة المستحقات والمطالبات المضادة لكل من الطرفين، وبتاريخ 14 مارس 1999 تم توقيع اتفاقية التسوية².

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص. 24.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 322.

الفرع الثالث: المفاوضات:

تعتبر المفاوضات من أقدم الوسائل لتسوية المنازعات، وأكثرها شيوعاً وأقلها ازدحاماً بالتفاصيل¹، نظراً لعدم تقييدها بالقواعد والاجراءات، التي كثيراً ما تحد من قدرة الأطراف المتنازعة، في التوصل إلى الحلول المناسبة².

وما يمكن الإشارة إليه أن المفاوضات تنطوي على دور مزدوج، بحيث لها دور وقائي يتجسد في منع تطور النزاع، ودور علاجي من خلال التخفيف من حدة التوتر بين الأطراف، بحيث يسعى الأطراف من خلال المشاورات، والمفاوضات إلى وضع حد للنزاع والتقليل من حدته.

وتمتاز المفاوضات بخلوها من الشكليات، بحيث لا تتطلب إجراءات محددة أو قواعد موضوعية، مثل باقي الأساليب الأخرى، التي تنطوي على إجراءات وشكليات يتم احترامها يفرضها تدخل الطرف الثالث لفض النزاع، وقد تتم المفاوضات في صورة مكتوبة أو في صورة شفوية³.

ويمكن تعريف المفاوضات في مجال الاستثمار الأجنبية، أنها مناقشة النزاع بين المستثمر الأجنبي، والطرف الآخر في الدولة المضيفة للاستثمار، وأن تسعى لتسويتها ووضع حد لها بالتفاوض والاتصال المباشر، فيما بين الطرفين المتنازعين بهدف تسوية النزاع الناشب بينهما⁴.

وبصفة عامة تعرف المفاوضات بأنها تبادل الرأي، بين الأطراف المتنازعة، بقصد الوصول إلى تسوية ودية للنزاع القائم بينهما⁵.

فالمفاوضات هي إجراء يتمثل في قيام الأطراف المتنازعة، بدراسة مشتركة لطبيعة النزاع، وتبادل وجهات النظر بشأنه، بهدف الوصول إلى تسوية مناسبة له. ومن أهم المبررات التي تجعل من

(1) عبد الكريم علوان، المرجع السابق، ص. 183.

(2) رياض محمود جنداري، الإدارة المشتركة للآبار النفطية وتسوية المنازعات الدولية الخاصة بها، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013، ص. 176.

(3) هند محمد مصطفى مصطفى، المرجع السابق، ص. 444.

(4) هفال صديق اسماعيل، المرجع السابق، ص. 179.

(5) عبد الكريم علوان، المرجع السابق، ص. 183.

المفاوضات أكثر الأساليب الودية شيوعاً، لتسوية مختلف النزاعات مهما كان نوعها، هو الامتيازات التي تنطوي عليها.

فهي من جهة تعتبر الوسيلة الأكثر سرعة لحل الخلافات، من حيث أن اللجوء إليها يتم في مرحلة لا زال فيها النزاع التجاري لم يبلور بعد نهائياً، وهذا يستجيب تماماً مع خصوصيات طبيعة النزاعات التجارية.

ومن جهة ثانية تعتبر المفاوضات الوسيلة الأكثر قبولاً وتفضيلاً، لأنها تعتبر الأسلوب الوحيد الذي لا يتضمن تدخلاً للغير، وهو الأمر الذي يكفل الطابع السري، الذي تحاط به مجريات التفاوض، الذي يسمح بإبقاء الرأي العام، بعيداً عن تفاصيل النزاع¹.

أكثر من هذا فإن المفاوضات تنطوي على أهمية كبيرة، من حيث اعتبارها إجراء يسبق كافة طرق التسوية الأخرى، فهي الوسيلة الطبيعية والمباشرة لتسوية الخلافات الدولية، بل ويمكن مباشرتها - في ذات الوقت - مع أي طريقة تسوية أخرى، وكثيراً ما يكون التفاوض وسيلة تمهيدية، للوصول إلى اتفاق، حول وسيلة التسوية التي يلجأ إليها لإنهاء النزاع².

ويجمع الفقه بأن أي خلاف مهما كانت خطورته ونوعه يمكن مناقشته، وإيجاد الحلول المناسبة له من خلال التفاوض أو الحوار، بشرط توافر حد أدنى من المساواة القانونية بين الطرفين المتفاوضين، وإلا كانت نتيجة المفاوضات انعكاساً لسيطرة الطرف القوي، على الطرف الضعيف³. كما أن التفاوض إجراء يسبق كافة طرق التسوية الأخرى، فهي الوسيلة المباشرة لتسوية الخلافات الدولية، بل ويمكن مباشرتها - في ذات الوقت - مع أي طريقة تسوية أخرى، وكثيراً ما يكون التفاوض وسيلة تمهيدية للوصول إلى اتفاق حول سبل التسوية التي يلجأ إليها لإنهاء النزاع⁴.

¹ إبراهيم بن فوج، فض النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، ع41، 2003، ص. 130.

² رياض محمود جنداري، المرجع السابق، ص. 177.

³ دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، ط1، مركز الدراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2006، ص. 61.

⁴ إبراهيم محمد العناني، قانون العلاقات الدولية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص. 376.

وهو ما يمكن استخلاصه مثلا من عقود الامتياز البترولي، في عهد الحركة الاستعمارية، من سيطرة الدولة المستعمرة على مشاريع الاستثمارات الأجنبية لصالح رعاياها، في مواجهة الدولة المستعمرة المضيفة للاستثمار، الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال تحقيق المساواة بين الطرفين المتعاقدين، سواء فيما يتعلق بشروط التعاقد، أو في ما يتعلق بإجراءات التفاوض، في حالة النزاع هذا إن اعترف بوقوعه.

ومتى أقبل الطرفان في الالتجاء إلى أسلوب التفاوض لحل النزاع، فإنه تنشأ حالة واقعية يترتب عليها التزامات على عاتق كلا الطرفين، والتي تتفرع جميعها عن مبدأ حسن النية في المعاملات، والذي يلتزم كل متفاوض بأن يجعله قبلة ومنهاجا.

واستقر الفقه والقضاء على اعتبار هذه الالتزامات أسسا لعملية التفاوض ذاتها، وهي تتمثل في كل من الالتزام باستمرارية المفاوضات، والالتزام بالاعلام والالتزام بالسرية¹، وستعرض إلى كل من التزامي الاستمرارية والاعلام فيما يلي:

أولا: الالتزام بالاستمرار في المفاوضات:

فالالتزام بالاستمرار في المفاوضات هو التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة، فالدخول في المفاوضات ابتداء أو الالتزام بمواصلة السير فيه، لا يعني الالتزام بتسوية النزاع عن طريق المفاوضات والتوصل إلى اتفاق².

ويعتبر تجسيد التزام الاستمرار في المفاوضات نتيجة أو قرينة، على أن كل طرف يباشر السير في المفاوضات، فهو راغب في حل النزاع وديا، الأمر الذي يعطي انطباع حسن في نفسية الطرفين، زيادة على الثقة والطمأنينة المتبادل.

¹ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 64.

² هند محمد محمد مصطفى مصطفى، المرجع السابق، ص. 445.

ومن البديهي أن ما تقدم لا ينطبق في الحالة التي تصل فيها المفاوضات إلى نقطة مسدودة، كأن يعلن أحد الطرفين وبصفة نهائية، أنه لن يستطيع الاستجابة لمطالب الطرف الآخر، لتعارضها الشديد مع مصلحته ومع نظرتة إلى النزاع¹.

ثانياً: الالتزام بالإعلام:

أما الالتزام بالإعلام فهو نتيجة منطقية لمبدأ حسن النية في المعاملات، والذي يوجب على كل طرف اطلاع الطرف الآخر، على كافة الظروف، والمعلومات التي قد تحيط بالنزاع، والتي تساعد في إدراك وفهم الأمور المحيطة بالنزاع.

فأساس نجاح عملية التفاوض هو الالتزام بالإعلام، الذي يشكل دليل على حسن النية، في السير قدماً في المفاوضات وحل النزاع ودياً، فعدم توافر حسن النية بشكل عام، يعني الفشل في تحقيق النتيجة المرجوة من المفاوضات².

وتتميز المفاوضات بالمرونة، وتسهم في تضيق فجوة الخلاف بين الأطراف المتنازعة، بالإضافة إلى سرعة في إيجاد الحل للمنازعات مقارنة بالآليات الأخرى، لذلك تستوجب معظم اتفاقيات الاستثمار استنفاد وسيلة المفاوضات قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى. كما أنها تساهم في إعطاء انطباع حسناً عن الدولة المضيفة، ويبعد شبهات التعنت، الأمر الذي قد يدفع إلى مزيد من الاستثمارات بين الطرفين³.

والواقع يثبت أنه بمجرد وقوع النزاع متعلق بعد الاستثمار، فإن الضرورة تفرض على عاتق الأطراف التزامات بالتفاوض حول تسوية هذا النزاع بشكل ودي، قبل اللجوء للوسائل الأخرى، فإذا كان القانون الدولي، هو القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن الالتزام بالتفاوض، هو التزام عام في تسوية النزاع في إطار الاتفاقيات الثنائية للاستثمار.

(1) مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 66.

(2) هند محمد محمد مصطفى مصطفى، المرجع السابق، ص. 445.

(3) مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 68.

إذ أن معظم الاتفاقيات تشير إلى ضرورة المرور بالمفاوضات والمشاورات قبل اللجوء لأي وسيلة أخرى، وغالبا ما تتراوح مدة المفاوضات من ثلاثة أشهر إلى 06 أشهر، كمرحلة انتقالية قد ينتهي عندها النزاع بنجاح المفاوضات وإبرام تسوية¹، أو قد تفشل المفاوضات وينتقل النزاع إلى مرحلة أخرى². وقد نصت عليها معظم قوانين الدول، وألزمت بعضها الطرفين المتنازعين، باللجوء إليه بوصفه أحد وسائل التسوية السلمية للنزاع، يتلاءم وطبيعة العلاقات التجارية الدولية، وهذا النمط من الاستثمار والمنازعات التي تنتج عنه³.

وبالرجوع للنظام الجزائري يمكن أن نستدل بنص المادة 8 تحت عنوان النزاعات بين الطرفين المتعاقدين من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وصربيا بنصها⁴: "تسوى النزاعات التي تنشأ بين الطرفين المتعاقدين بشأن تفسير أو تطبيق هذا الاتفاق قدر الامكان من خلال المشاورات والمفاوضات.

وإذا لم يسو النزاع نشأ بين الطرفين المتعاقدين في غضون 06 أشهر من تاريخ بدأ المفاوضات يحال بناء على طلب أحد الطرفين المتعاقدين إلى محكمة التحكيم".

كما نجد نص الفقرة الثانية من المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية النيجيرية بنصها: " إذا لم تأت المشاورات بحل في مدة 06 أشهر ابتداء من طلب التسوية يمكن للمواطن أو الشركة إحالة

¹ قد تعمد بعض الاتفاقيات الاستثمارية تحديد مهلة المضي في الوسائل الودية والتي تتراوح في الأعم بين 3 و6 أشهر، وهنا يمكن أن تنور اشكالية انتهاء المهلة المحددة وعدم التوصل إلى الحل، فهل يجوز الاستمرار في المفاوضات بالرغم من انتهاء المهلة، هنا يتفق الفقه على عدم جواز الاستمرارية في المفاوضات، مادام أن الاتفاقية قد حددت السقف الأعلى للتفاوض، وهو امر الذي يعني ضرورة استنفاد هذه الوسيلة خلال المدة المحددة، فإذا انقضت هذه المدة ولم يتم التوصل إلى حل كقاعدة عامة ينتقل إلى الأساليب الأخرى لتسوية النزاع. لمزيد من المعلومات راجع مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 71.

² في حالة نجاح المفاوضات يتم تحرير الاتفاق في شكل مكتوب يوقع عليه كلا الطرفين، وأن ما يحسب للمفاوضات أنه حتى في حالة فشلها فإنها تكون قد أسهمت في توضيح العديد من الأمور والخلافات التي كانت مبهمة قبل الشروع في المفاوضات من خلال دراسة موضوع النزاع وأسبابه فكل هذه الأمور يكون قد جرى المضي فيها، وتم توضيحها. ففي المرحلة التي تلي فشل إجراء المفاوضات، تسهل الأمور في الطريقة الموالية التي سيتم اعتمادها كأسلوب لحل الخلاف.

³ أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 151.

⁴ الاتفاقية الجزائرية الصربية المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334 سبق ذكرها.

النزاع باختياره لتسويته إلى... المحكمة المختصة... أو المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار... أو محكمة تحكيم خاصة..."

وفي النهاية قد تؤدي المفاوضات إلى نتيجة إيجابية أو سلبية، فإن كانت إيجابية سيترتب عليها توصل الأطراف إلى حل للنزاع القائم بينهم، كلياً أو جزئياً، وإن كانت النتيجة سلبية فإن النزاع سيظل قائماً. وإن اللجوء إلى طريقة المفاوضات، لا تشكل بديلاً أو مانعاً، من اللجوء إلى الطرق الأخرى كالتحكيم أو القضاء، متى فشلت تلك المفاوضات في حل النزاع¹.

وبعد التعرض إلى كل من الوساطة والمفاوضات، كأسلوبين وديين لحل المنازعات الاستثمارية، يمكن الجزم بأن الوسائل الودية تعتبر أهم وأفضل وسيلة لتسوية النزاعات، ويجب على الطرفين عدم استغلالها مجرد الانتقال إلى الوسائل الرسمية الأخرى، الممثلة في القضاء والتحكيم. وإنما يجب على أطراف النزاع بذل أقصى الجهود لتسوية الخلاف، وإلا فإن عليهما اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، لتسوية النزاع بما يتطلبه ذلك من نفقات ووقت تعود في النهاية على أحد الطرفين. فضلاً عن أن اللجوء إلى هاتين الوسيلتين لن يعيد العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة إلى سابق عهدها، وإنما بالعكس سيؤدي إلى تخوف وهجرة المستثمرين الأجانب، والذين تسعى الدول جاهدة لاستقطابهم.

المطلب الثاني: دور التحكيم الدولي في فض منازعات الاستثمار الأجنبي:

إن اللجوء إلى التحكيم ليس حديث العهد²، بل يعود إلى زمن بعيد في تاريخ البشرية والمجتمع الدولي، فقد تم اللجوء إليه قبل اللجوء إلى القضاء لأن الأفراد والجماعات ظهرت قبل تكوين الدولة،

¹ هفال صديق اسماعيل، المرجع السابق، ص. 180.

² عبد العزيز سعد يحي النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص. 76.

حيث اعتمد عليه سواء للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد الطبيعيين أو المعنويين في إطار القانون الداخلي، أو للفصل في المنازعات بين أشخاص القانون الدولي¹.

ولهذا يعد العدل التحكيمي من أقدم صور العدل في تاريخ الانسانية، إذ يعود أصله إلى اليونان وروما القديمة، حين كان المحكم يعمل باعتباره قاضيا خاصا، بموجب عقد يتضمن شروطا بذلك².

لقد بات من الواضح أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية، من مظاهر العصر الحديث، وذلك لتجنب الأنظمة القضائية لكل دولة، ومدى ما يؤدي اختلافها إلى إعاقة حرية التبادل التجاري بين الدول، وتجنب عدم إلمام وعلم أطراف العقد التجاري، بالإجراءات القضائية في التشريعات الداخلية.

أكثر من هذا فقد أصبح التحكيم كأسلوب متفق عليه لتسوية المنازعات الاستثمارية، من بين الضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي في البلاد النامية، وبذلك يكون ذلك الاخضاع مشجعا على الاستثمار في البلدان التي تقبل به.

فلما كانت الدول الآخذة في النمو تقوم بطلب احتياجاتها الرأسمالية والفنية، نظرا للحاجة الكبيرة لذلك الماسة لها، من مصادر أجنبية نظرا لعدم قدرتها في الوقت الحاضر، على توفيرها من الموارد المحلية، ونظرا لاستحالة مثول الفرد بصفته الشخصية، أمام المحاكم القضائية الدولية، أدى ذلك إلى قناعة كثير من الدول، بضرورة وفائدة التحكيم، كوسيلة للفصل في المنازعات الاستثمارية³.

¹) DavidJ Kinniment ; Synchronization and Arbitration in Digital Systemes ; British library cataloguing ;2007 ; p 02 .,

² هالة علي منصور، الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية "دراسة مقارنة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2015، ص. 182.

³ عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972، ص. 06.

ومعلوم أن المستثمر قد يلجأ إلى القضاء الداخلي، لفض النزاعات المتعلقة باستثماره، لكنه يخشى العراقيل والاجراءات المعقدة والمطولة، التي هي ليست في صالحه، والمتربة عن الطبيعة الخاصة التي تنطوي عليها منازعات الاستثمارات الأجنبية، الناتجة عن اختلاف المركز القانوني لطرفي النزاع، عندما يكون أحدهما دولة ذات سيادة، والآخر شخص تابع للقانون الخاص.

وبذلك أصبح التحكيم وسيلة شائعة في العصر الحديث، لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول، وتلك التي تنشأ بين الدول من جانب والأفراد من جانب آخر. ذلك أن المزايا العديدة التي يقدمها التحكيم خاصة في مجال العلاقات التجارية الدولية، أدت إلى تفضيل هذا النظام عن الالتجاء إلى المحاكم العادية المختصة، سواء كانت محاكم دولية مختصة، بالمنازعات التي تثور بين الدول، أو محاكم وطنية¹.

بل وأبدى بعض المستثمرين تخوفاتهم من محاكم قضائية لا يعرفونها، ويجهلون إجراءات التقاضي أمامها، بل ويخشون من تأثر القاضي الوطني بالاديولوجية السائدة في الدولة المضيفة، وتحيزه لمصلحة دولته. كما قد يعتقد المستثمر الأجنبي، أن قضاء الدولة المضيفة، غير كفاء للنظر في المسائل التقنية والقانونية الكثيرة التعقيد، أو يرى أن قانون الدولة المضيفة للاستثمار، متخلفا لا يتلاءم مع متطلبات المعاملات الاستثمارية².

وعليه يعرف التحكيم بأنه نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين، يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها. كما يعرف أيضا بأنه القضاء المختار، لأنه يسمح لأطراف النزاع بأن يختاروا في علاقاتهم التعاقدية بعض الأشخاص، الذين ليست لهم صفة رسمية ليحكموا ويفصلوا، في النزاع القائم أو في نزاع يقوم بينهم في المستقبل³.

¹ مفيد شهاب، التحكيم التجاري الدولي في العالم العربي، مع المصرية للقانون الدولي، ع 41، الصادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 1985، ص. 25.

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 216.

³ أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 184.

كما يعرف بأنه تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة ما، من طرف شخص أو عدة أشخاص آخرين - المحكم أو المحكمين - يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص، ويحكموا بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة¹. فالتحكيم مضمونه الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه، دون المحكمة المختصة به، فمقتضى التحكيم يتنازل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء².

فالتحكيم يعد طريق استثنائي يلجأ إليه أطراف النزاع، بإرادتهم الحرة الواعية المختارة، بناء على إجازة المشرع، محيدين بذلك طريق القضاء جانبا لصالح التحكيم، على أنه يتم اللجوء إلى التحكيم عن طريق إدراج شرط التحكيم في الاتفاقية الاستثمارية نفسها، أو في عقد مستقل قبل نشوء النزاع، أو بمشاركة التحكيم، وهو ما سنتعرض إليه في النقطة الموالية بالإضافة إلى الصور الأخرى لاتفاق التحكيم.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد في القانون الدولي العرفي، ما يلزم أية دولة بقبول اللجوء إلى تحكيم، يقع خارج أراضيها برئاسة محكم أجنبي، لتسوية منازعاتها مع المستثمرين الأجانب، كما أن لجوء المستثمر الخاص إلى التحكيم والقضاء الدولي، لا يزال أمرا استثنائيا في القانون الدولي المعاصر، ولا يتم إلا بموجب قبول صريح من قبل الدولة التي تكون طرفا في المنازعة³.

الفرع الأول: اتفاق التحكيم:

1) Roné David, L'arbitrage commercial international, éd economica, Paris, France, 1982, p. 03.

2) أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006، ص. 223.

3) إبراهيم الغناني اللجوء إلى التحكيم الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1970، ص. 77.

عرفت المادة 7 فقرة 01 من القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي، والذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان 1985، أن اتفاق التحكيم هو "اتفاق بين الطرفين على أن يحملا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

من خلال هذا التعريف يتضح أن اتفاق التحكيم، هو اتفاق إرادي بين طرفي علاقة قانونية، على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة، سواء كانت هذه العلاقة عقدية، وهي الأكثر شيوعاً في الواقع العملي، أو واقعة قانونية كالمسؤولية عن الفعل الضار¹. فنظام التحكيم يقوم على مبدأ الرضا، إذ أنه لا يمكن اللجوء إليه إلا برضا الطرفين، في الوصول إلى اتفاق يتعذر معه عرض النزاع على التحكيم، والسبب يعود إلى مبدأ الرضا².

أولاً: صور وأشكال اتفاق التحكيم:

بند 1: أشكال اتفاق التحكيم: (من حيث الاتفاق ذاته) في منازعات عقود الاستثمار الأجنبية:

¹ عادة ما يثار حول اتفاق التحكيم، التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا النظام، حيث تعددت الاتجاهات الفقهية في هذا الصدد، حيث اعتبره فريق من طبيعة تعاقدية أو اتفاقية، وفريق اعتبره من طبيعة قضائية، وفريق آخر اعتبره من طبيعة مختلطة.

على أن الرأي الراجح أن التحكيم ينطوي على طبيعة خاصة، حيث يجمع بين كونه يتبع الأسس والاجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم، وحقيقة كونه يقوم على أساس اتفاق منشئه آراء الخصوم، ويطبق بشأنه القواعد القانونية الواجبة للتطبيق، وبذلك يكون تنتفي الطبيعة التعاقدية، بحكم أنه وإن كان قد بدأ بتوافق ارادة طرفي النزاع، إلا أنه ينتهي بحكم قضائي نافذ جبراً على أطرافه، في حين أن العقود لا تنفذ جبراً.

بتفصيل أكثر راجع، وجيه خاطر، التحكيم وتشجيع الاستثمار، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي للتحكيم التجاري، الكويت، 1997، ص. 87.

² أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص 193.

يأخذ الاتفاق على التحكيم إحدى صور التالية وهي إما شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، أو التحكيم بالإحالة، وكل منها يعتبر اتفاقاً على التحكيم¹.

(1): شرط التحكيم:

يقصد بشرط التحكيم، ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار، والمستثمر الأجنبي الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف، وقبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات، مستقبلاً بشأن هذا العقد².

كما يعرف بأنه ذلك الاتفاق، الذي يتم النص عليه في عقد الاستثمار ذاته، ويتفق الطرفان بموجبه على إحالة النزاعات، التي قد تنشأ بينهما على التحكيم³.

وعرف قانون يونيسترال النموذجي للتحكيم في الفقرة الأولى من المادة السابعة تحت عنوان اتفاق التحكيم بأنه "هو اتفاق بين الطرفين على أن يجيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون الاتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم واردة في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط التحكيم يرد كقاعدة عامة في نفس العقد الأصلي، مصدر الرابطة القانونية. ولكن هذا لا يمنع من وروده في اتفاق منفصل، عن العقد الأصلي للاستثمار. كأن يرد في اتفاق لاحق، ولكن قبل نشوء النزاع دائماً⁵.

¹ معمر بومكوسي، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، مج العلوم القانونية المغربية، ع 1، 2013، ص. 69، سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1988، ص. 75.

² خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 212.

³ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 259.

⁴ المادة السابعة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة 1985 المعدل سنة 2006، والذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم: 61-33 بتاريخ 4 ديسمبر 2006.

⁵ فايز نعم رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (Uncitral)، مج الأمن والقانون، ع1، صادرة عن أكاديمية شرطة دبي، 2015، ص. 71.

وبالتالي فإن شرط التحكيم إنما يقصد به تنازل المتعاقدين مسبقاً، وقبل نشوء النزاع عن مراجعة المحاكم، والتزامها بعرض الخلاف على المحكمين¹.

وقد عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة 1007 من ق.إ.م.إ بأنه "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"

ومن خلال اسقراء التعريفات السابقة لشرط التحكيم، يمكن الوقوف على الفائدة الوقائية الثابتة له، من خلال استبعاده الاختلاف والتعطيل، في مسار عرض النزاع، الذي يمكن أن ينشأ عند إبرام مشاركة التحكيم، لخاصية وروده والاتفاق عليه قبل ظهور بوادر النزاع².

كما يتميز شرط التحكيم بأن يرد كشرط شاملاً جامعاً، لحل جميع المنازعات التي تنشأ بصدد عقد الاستثمار، بدون استثناء والمتعلقة بتنفيذ أو بتفسير العقد، وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم العام. وقد يتفق الأطراف في شرط التحكيم على اللجوء إلى التحكيم، بشأن مسائل محددة يتم الاتفاق عليها، وعلى التحكيم كأسلوب لتسويتها، وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم الخاص.

ومن خلال ما سبق يتبين أن شرط التحكيم، هو اتفاق مكتوب بين طرفي عقد الاستثمار، يتعهدان بمقتضاه أن يُخضعوا للتحكيم المنازعات، التي يحتفل أن تنشأ عن العقد مستقبلاً. والذي يرد عادة في العقد الأصلي المبرم بين أطرافه، كبنود من بنود العقد، والذي يمكن أن يرد منفصلاً في عقد لاحق يبرم بين أطراف العقد³.

على أن شرط التحكيم إما يأتي في صيغة عامة، مشتملاً على إحالة كافة المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار على التحكيم، وإما أن يأتي محددًا أو خاصاً، بحل نزاعات معينة بطريق التحكيم.

¹ محمود السيد التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، دط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2001، ص. 40.

² مراد محمود مواجدة، المرجع السابق، ص. 25.

³ نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، ع 35، عنابة، سبتمبر 2013، ص. 221.

2) مشاركة التحكيم:

قد لا يتفق طرفا عقد الاستثمار، على اللجوء إلى التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات الناشئة عنه في العقد الأصلي، وإنما يتم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع بينهما، وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم¹، فمشارطة التحكيم تتم على شكل اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، لاحقة عن نشوب النزاع².

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 1011 من ق.إ.م.إ بأنه "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

وتجدر الإشارة إلى أن مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم، هو تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل اتفاق مكتوب، يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع، وأسماء المحكمين ومكان واجراءات التحكيم، وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون، أو القانون الواجب التطبيق من طرف المحكمين³.

وكما أنه يجوز إبرام مشارطة التحكيم، بعد قيام النزاع فمن الجائز إبرامها بعد أن يتم اللجوء إلى وسيلة القضاء، حتى ولو تبين لهم بعد إقامة الدعوى، أن مصالحهم تتفق مع ترك النزاع أمام القضاء وإبرام اتفاق التحكيم بينهم⁴.

والذي يتم إما وفقا للقوانين الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار، وإما بإحالتها على التحكيم الأجنبي، سواء كان لدولة أجنبية أو تحكيم مؤسسي دولي كما سوف نراه، والتي في غالب الأعم يتم اللجوء إلى هذه الأخيرة، تخوفا من تحير الدولة المضيفة، أو من تعديل تشريعاتها المستقبلية انفراديا⁵.

¹ نشير إلى أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح اتفاقية تحكيم لتشمل كل من شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم، وهذا ما يستدل من نص الفقرة الأولى من المادة 1040 من ق.إ.م.إ بنصها "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 260.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص.

29.

⁵ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 260.

في الأخير نخلص إلى أن جل العمليات الاقتصادية الدولية، وخاصة في مجال الاستثمارات الأجنبية، غالبا ما تفضل الأطراف إبرام شرط التحكيم، كبند وارد في الاتفاق الأصلي أو كاتفاق لاحق، والذي يضمن للمستثمر الأجنبي سرعة تحريك الدعوى أمام جهة التحكيم، بخلاف مشاركة التحكيم التي يتم الاتفاق عليها بعد نشوب النزاع، والتي تحتاج إلى العديد من الاجراءات، وعلى وجه الخصوص تحديد المسائل المختلف عليها، وهو الأمر الذي ينجم عنه طول الوقت في تحديدها، وما ينعكس عنه من تفويت فرص الربح¹. على أن ما يحسب كميزة لمشاركة التحكيم أنها تتضمن الكثير من التفصيلات حول الواقعة المتنازع عليها، لأنها تأتي لاحقة للنزاع، فتكون ملمة بكل جوانبه، بخلاف شرط التحكيم الذي يأتي في صورة مجملية في الغالب، لكون أن النزاع لم يثر بعد، ولا يعدو أن يكون إلا بندا من بنود عقد الاستثمار.

(3) شرط التحكيم بالإحالة:

يعد شرط التحكيم بالإحالة صورة معاصرة لاتفاق التحكيم، نتيجة لتطور الحياة التجارية وتشعبها، بجانب كل من الصورتين التقليديتين السابقتين. وعليه يقصد بشرط التحكيم بالإحالة، إشارة الأطراف المتعاقدة في العقد الموقع بينهم، إلى وثيقة معينة تحتوي على شرط التحكيم، واعتبارها جزءا مكملا للعقد².

وبالتالي يُفترض في شرط التحكيم بالإحالة، أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، وإنما اكتفى الأطراف فيه بالإشارة إلى الإحالة إلى عقد سابق بينهم، أو عقد نموذجي أو وثيقة تتضمن شروطا عامة معروفة في مجال التعامل بينهم. وذلك لأجل تكملة النقص أو سد الثغرات التي تعترى عقدهم، وكان العقد المشار إليه بالإحالة أو العقد النموذجي، أو الشروط العامة تتضمن أو تتطلب التحكيم.

⁽¹⁾ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق ص. 216.

⁽²⁾ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص. 30.

وقد نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، على ذلك في الفقرة السادسة من المادة السابعة والتي تنص على ما يلي: "... وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم. شريطة أن يكون العقد مكتوباً، وأن تكون الإشارة قد وردت، بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد".

ويتضح مما سبق أن شرط التحكيم بالإحالة يفترض أن العقد الأساسي، قد جاء خالياً من أي شرط تحكيم، وأن الأطراف اکتفوا بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم. وبطبيعة الحال فإنه لا بد أن تكون هناك صلة وترابط، بين العقد المتضمن للإحالة، والوثيقة المحال إليها.

فعبارة الإحالة هي التي تجعلنا أمام هذا النوع من اتفاق التحكيم، والذي أُصطلح على تسميته بشرط التحكيم بالإحالة، سواء أحالة إلى الشروط العامة أو العقود النموذجية، أو غيرها، فهي لا تأتي عبثاً وإنما يحتملها وجود صلة وارتباط بين العقد المتضمن للإحالة، والوثيقة المشار إليها. ونستدل بصورة الإحالة التي ترد في العقد، إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم في مجال عقود النقل البحري، في إحالة سند الشحن إلى مشاركة إيجار سفينة تتضمن شرط التحكيم. فقد ينص في عقد نقل البضائع على سريان كافة شروط عقد استئجار السفينة، ويحتوي هذا العقد الأخير، بمعنى عقد استئجار السفينة على اتفاق أو شرط تحكيم¹.

وعلى ذلك فإن شرط التحكيم بالإحالة تكون له نفس القوة الإلزامية، التي تمنح لشرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، ولا يمكن لأحد في مجال التجارة الدولية مثلاً أن يدعى أنه كان يجهل، تضمن الوثيقة لهذا الشرط. إذ يُفترض في هذا المجال أنه يعلم به، طالما أنه يتعامل في نشاط تجاري دولي معين محل عقود نموذجية أو شروط عامة.

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 217.

كما أن الوثيقة المحال إليها التي تتضمن شرط التحكيم، تعد جزءا لا يتجزء من العقد الأصلي، ولا يتأثر ببطان هذا الأخير أو نهايته، بحيث يعتبر شرط الإحالة مستقلا عن العقد الأصلي¹. وفي الأخير نقول بأن شرط الإحالة بالتحكيم، لا تعدو أن تكون كمثيلا من صور التحكيم، دعامة وتشجيع للجوء إليه كوسيلة للتسوية، إضافة إلى اعتبارها ضرورة ملحة تلبي حاجات التجارة الدولية، من حيث السرعة في انجاز المعاملات. والأخذ بالوسائل المتطورة في الاتصالات، والاستناد إلى الشروط النموذجية في عقود التجارة الدولية بصفة عامة.

بند 2: أشكال اتفاق التحكيم من حيث مدى حرية اللجوء إليه:

1) التحكيم الاختياري:

يقصد بالتحكيم الاختياري توافق إرادة طرفي العقد، على عرض النزاع القائم بينهم أو المحتمل وقوعه مستقبلا، على فرد أو مجموعة أفراد، يُختارون لأجل الفصل في النزاع، إما وفقا للنظام أو وفقا لقواعد العدالة، دون عرضه على قضاء الدولة².

كما يعرف بأنه "التجاء الأطراف المتعاقدة - بسطان إرادتهم الحرة المختارة، بموجب الاتفاق - إلى التحكيم حيث يختارون المحكمين، وكذلك القانون الواجب التطبيق، واجراءات التحكيم"³. ومن خلال التعريفين السابقين يتبين لنا أن التحكيم يكون اختياريا عندما يتفق الطرفان على حل نزاع سبق نشوؤه بينهما، أو يحتمل نشوؤه مستقبلا، بواسطة هيئة تحكيم، والتي تفصل في النزاع بحكم ملزم، ومن ثم فإن التحكيم الاختياري يستمد وجوده من اتفاق الأطراف المتنازعة.

وعلى صعيد التجارة الدولية فالأمر الغالب هو التحكيم الاختياري، إذ تتعالى الأصوات بتحقيق مبدأ سلطان الارادة، على وجه يشمل كافة التعاملات، بما فيها الاتفاق على التحكيم، وعليه يقوم

¹ (مراد محود المواجدة، المرجع السابق، ص. 30).

² (بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجاً)، مذكرة ماجستير، تخصص قانون اداري وادارة عامة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2010، ص. 24).

³ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص. 29.

التحكيم الاختياري على أساسين هما الإرادة الذاتية الحرة للخصوم، في اللجوء إلى التحكيم بالإضافة إلى اقرار المشرع لهذه الإرادة بذلك.

وبتصفح التشريع الجزائري ومن خلال استقراء نص المادتين 1007 و 1011 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، نستدل منهما أن المشرع يأخذ بالتحكيم الذي يتفق فيه الطرفان على إحالة نزاع قد ينشأ أو سبق نشوؤه على هيئة التحكيم، وذلك بارادتهما الحرة سواء كانت هذه الجهة التي تتولى الفصل تأخذ شكل التحكيم الحر، أو المؤسساتي كما سنرى لاحقا.

(2) التحكيم الاجباري:

يتميز هذا النوع من التحكيم بالندرة، وهو معتمد بشكل أكبر في الأنظمة القانونية للدول الاشتراكية، وأساسه يكمن في انعدام ارادة الأطراف سواء فيما يتعلق باللجوء إليه، أو فيما يتعلق باختيار الجهة التي تباشره، ويصبح التحكيم نظاما مفروضا عليهم¹.

وقد ساد هذا النوع من التحكيم في فترة من الزمن، ليبدأ نجمه في الأفول، ومن بين التشريعات التي سبق وأن أخذت به كأسلوب، ثم عدلت عنه نجد المشرع الفرنسي الذي عتمده كأسلوب لتسوية منازعات العمل الجماعية، وذلك للفترة الممتدة ما بين 1936-1938، وعلى الرغم من النجاح الذي حققه من فاعلية سريعة، سواء من حيث فض المنازعات سلميا أو الحد من الاضرابات التي كان يقوم بها العمال آن ذاك، ليعدل عنه المشرع الفرنسي، ويأخذ بالتحكيم الاجباري²، كما أخذ به كذلك المشرع الأردني³.

ونفس الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري، الذي نظم التحكيم الالزامي بموجب الأمر الصادر في 1975/06/17، الذي نص صراحة على انشاء لجننتين إحداهما وطنية مقرها بمدينة الجزائر، وأخرى

¹ عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الادارية، دط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص. 28.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية (دراسة مقارنة)، دط، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، مصر، 2008، ص. 52.

³ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص. 33.

ولائية لأجل التحكيم على مستوى الولاية، وحدد مجال اختصاص كل منهما بنصه " لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية، والحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تُحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدماء المجاهدين، وتعاونيات الثورة الزراعية، وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكتسب فيها الدولة أغلبية الأسهم"¹.

وعلى الصعيد الدولي فقد نجد التحكيم الاجباري متعاملا به في بعض الاتفاقيات الدولية أو في صورة شروط عامة، يجب اتباعها في بعض المجالات، كما هو الشأن في الشروط التي وضعها مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة (الكوميكون) في عام 1968، وهي تلك التي تحكم بيوع البضائع بين هيئات التجارة الخارجية في بلدان الكوميكون، لينهار مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة سنة 1991 وبالنتيجة زوال اتفاقية موسكو لسنة 1972 بشأن التحكيم الاجباري، بين المؤسسات الاقتصادية للدول الأعضاء في هذا المجلس.

وفي الأخير فالتحكيم الواقع على المعاملات التجارية الداخلية والخارجية على حد سواء، الأصل فيها أنه يكون طبقا لقاعدة التحكيم الاختياري، ومع ذلك فالتحكيم الاجباري قد كان له دور في التعاملات التجارية الخارجية الذي زال بزوال الأنظمة الاشتراكية.

بند 3: أشكال اتفاق التحكيم من حيث مدى وجود منظمة تديره:

بعد اجماع الفقه الاقتصادي الدولي، واثبات التجارب المعاملات الاقتصادية، بنجاح آلية التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الأجنبية. اتجهت الجهود الدولية نحو ارساء مؤسسات ومنظمات دولية ووطنية واقليمية، تتولى شؤون مهمة التحكيم، وفقا لقواعد واجراءات محددة سلفا.

¹ نص المادة الأولى من الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 يونيو 1975، المتضمن التحكيم الاجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد 53.

وبالتالي ينقسم التحكيم من حيث وجود منظمة تديره إلى أسلوبين، أوله التحكيم الحر الذي يقوم على اسناد أطراف النزاع، مهمة الفصل فيه لشخص ثالث. أما الثاني هو التحكيم المؤسسي الذي يتم فيه الاتفاق على اسناد النزاع، إلى منظمة أو مركز دائم للتحكيم، يتفق الأطراف عليه. وستولى دراستهما على النحو التالي:

(1) التحكيم الحر:

يعرف التحكيم بأنه التحكيم الذي يتولى الخصوم اقامته بمناسبة نزاع معين للفصل فيه، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، كما يتفقون على القواعد الاجرائية والموضوعية التي يلتزم بها المحكمون، وتنتهي مهمة المحكمين بإصدار حكم فاصل في النزاع¹.

يسمى كذلك هذا النوع من التحكيم بتحكيم الحالات الخاصة، وهو بذلك التحكيم الذي تنعقد فيه لأجل حسم نزاع محدد، فبحسب طبيعته يتولى الأطراف تنظيم عملية التحكيم، من بدايتها إلى غاية صدور الحكم التحكيمي، فأطراف النزاع هم من يتولون ابرام اتفاق التحكيم، سواء قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه، كما لهم كل الحرية في اختيار أعضاء هيئة التحكيم وطريقة تعيينهم، كما يحددون زمان ومكان ولغة التحكيم، وكذا القواعد الاجرائية التي تنظم الخصومة التحكيمية، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإذا صدر حكم التحكيم، انتهت مهمة المحكمة التحكيمية وانفض الأطراف والمحكمون إلى حال سبيلهم².

فالتحكيم الحر هو الأصل أو الصورة التقليدية للتحكيم، ويتميز بأنه أسلوب مثالي، في حالة ما إذا تصدى له محكم كفاء لحسم منازعات التجارة الدولية، كما أنه قليل التكاليف، ويحقق سرية أكبر من الصورة المتطورة للتحكيم، المتمثلة في التحكيم المؤسسي³.

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 53.

² منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير، التنظيم الاقتصادي، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2014، ص. 30.

³ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص. 34.

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن الوقوف على الضمانات، التي يحققها التحكيم الحر على النحو التالي:

- يتميز هذا النوع من التحكيم، بأنه يحقق أكبر قدر من السرية.
- أنه يتميز بأقل تكلفة وأكثر سرعة في فض النزاع، مثل عقود نقل التكنولوجيا.
- يتميز بأن المحكّمين يعرفون المحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حياده، ويرى البعض من الفقه بأن المحكم في هذا النوع من التحكيم، يكون مستقلاً في عمله بمعنى أنه لا يخضع لضغوط الدول الكبرى، على عكس التحكيم المؤسسي، حيث أن مراكز التحكيم المشهورة، قد نشأت في كنف الدول الصناعية الكبرى، ولهذا فإنها ميالة لخدمة مصالحها على حساب مصالح الدول النامية¹.

(2) التحكيم المؤسسي:

تتولى هذا النوع من التحكيم هيئات ومنظمات دولية أو وطنية قائمة، وتطبق على النزاع المعروض عليها قواعد واجراءات محددة ومتفق عليها مسبقاً، من قبل الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها، ولوائح هذه الهيئات تكون واجبة التطبيق، بمجرد اختيار الأطراف هذه الأخيرة للفصل في النزاع². وقد شاع انتشار مراكز التحكيم بعد الحرب العالمية الثانية، وعظمت أهميتها بعد انتشار الاقتصاد الحر في التجارة الدولية، ومن هذه المراكز ما هو متخصص في مجال معين كتجارة القطن أو الحبوب، ومنها ما هو عام يتولى التحكيم، في مختلف أوجه النشاط التجاري، ومنها ما هو وطني.

ويعتبر التحكيم مؤسسي متى تم في ظل منظمة، لم تكتف بوضع لوائحها أو قواعدها التنظيمية أو وضع دورها، ومكائنها وخدماتها الادارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحة التحكيم.

كما أن التحكيم المؤسسي قد يكون هو المخرج الوحيد، وذلك عند تعلق الأمر بتحكيم متعدد الأطراف، حيث تثار مشكلة اختيار المحكّمين، وتشكيل هيئة التحكيم، ويتم حل هذا الأمر عن

⁽¹⁾ بولقواس سناء، المرجع السابق، ص. 29.

⁽²⁾ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص. 35.

طريق قيام المؤسسة التي يجري التحكيم فيها، باختيار المحكمين وتشكيلتها، وهذا الأمر لا يكون إلا في التحكيم المؤسسي، حيث أن المؤسسة التي يجري فيها التحكيم، هي السلطة المختصة بتعيينهم¹. وكما للتحكيم الحر عدة مميزات، فإن التحكيم المؤسسي هو الآخر له عدة مميزات نجملها في النقاط التالية:

- يتميز التحكيم المؤسسي بوجود قوائم بأسماء المحكمين، الأمر الذي يجنب الأطراف المنازعة مشقة البحث عن المحكم المناسب.

- يتميز التحكيم المؤسسي بوجود لوائح معدة مسبقاً، تتناول الاجراءات التي ينبغي أن يتم التحكيم على أساسها، وهي في العادة اجراءات سريعة وبسيطة.

- يعد التحكيم المؤسسي الوسيلة الأنجع لادارة المنازعات ذات القيم الكبرى، وكذا المنازعات المعقدة، وهذا النوع من التحكيم، يكفي المحكمين مشقة البحث عن المكان الذي سيجرى فيه التحكيم، لأنه سيجرى في مقر هيئته.

- التحكيم المؤسسي أكثر تلبية لتوقعات الأطراف، في ظل استقرار سوابق التحكيم، تحت رعاية المنظمة أو الهيئة المشرفة عليه².

وحسب الاحصائيات فإن مراكز التحكيم تنتشر في مختلف دول العالم، حيث أنه هناك أكثر من 4000 مركز للتحكيم، وقد حاولت الدول النامية دخول هذا الميدان دفاعاً عن مصالحها الوطنية، مثل مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز تحكيم كولا لمبور بماليزيا وغيرهما.

بند 4: أشكال اتفاق التحكيم من حيث نطاقه :

(1) التحكيم الوطني:

⁽¹⁾ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص. 35.

⁽²⁾ خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008، ص. 30 و31.

يعد التحكيم وطنيا إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة فقط، في جميع عناصره، بحيث يعين له محكمين وطنيين، يصدرون حكمهم داخل داخل الدولة، وفقا لاجراءات وطنية، مع تطبيق للقانون الوطني. ولا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني، ولا ينفذ خارج إقليم الدولة¹.

(2) التحكيم الدولي:

يعد التحكيم دوليا إذا كان أحد عناصره خارجيا، ومن تلك العناصر مثلا موضوع النزاع وجنسية ومحل إقامة أطراف النزاع، وكذا جنسية المحكمين ومكان اجراء التحكيم، وأيضا القانون الذي يحكم اجراءات التحكيم... الخ².

وبما أن موضوع دراستنا يتعلق بالتحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي، فحتى تثبت له الصفة الدولية لا بد من توافر شرطان لا يغني توافر أحدهما عن الآخر وهما: أن يكون التحكيم تجاري، إضافة إلى أن يكون دوليا.

(أ) وجوب أن يكون التحكيم تجاريا: يعد التحكيم تجاريا إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية، وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية، ومنح التراخيص وعقود نقل التكنولوجيا، والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين، والنقل وعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية، وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق، واستصلاح الأراضي الزراعية، وحماية البيئة، واقامة المفاعلات النووية، وهذا حسب ما ورد في مشروع القانون النموذجي للأمم المتحدة في هامش المادة الأولى. ونشير إلى أن الحالات الواردة أعلاه هي مجرد أمثلة، وليست حالات محددة، فالمهم أن يكون النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي³.

(1) مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص. 36.

(2) علاء أبا ريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص. 28.

(3) فتحي والي، المرجع السابق، ص. 61.

(ب) وجوب أن يكون تحكيما تجاريا دوليا: فحتى تتحقق الدولية في التحكيم التجاري، فلا بد أن يتعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية، بمعنى أن تتعلق الرابطة القانونية، محل النزاع بالتجارة الدولية، وأن ترتب آثار قانونية في أكثر من بلد بحيث تتعدى حدود البلد الواحد.

وقد قيلت عدة معايير في تحديد دولية التحكيم منها المعيار الشخصي كالنظر إلى الجنسية، فيكون التحكيم دوليا إذا كان المحكم من جنسية مختلفة عن جنسية الطرفين، أو كان الطرفان من جنسية مختلفة¹. أو المعيار الجغرافي الذي هو النظر إلى مقر مركز أعمال الطرفين، فيكون التحكيم دوليا إذا كان مقرا مركزي أعمال طرفي التحكيم واقعين في دولتين مختلفتين، ومنها المعيار الاجرائي كالنظر إلى القانون الواجب التطبيق، على اجراءات التحكيم، فيكون التحكيم دوليا إذا خضعت لقانون دولة أجنبية، أو مركز دولي للتحكيم، أو النظر إلى مكان التحكيم، ووقوعه في غير موطن الطرفين. ومنها المعيار الموضوعي بالنظر إلى موضوع النزاع فيكون التحكيم دوليا، إذا كان موضوع النزاع يمس مصالح التجارة الدولية، أو النظر إلى القانون الموضوعي، واجب التطبيق وكونه قانونا أجنبيا بالنسبة للطرفين². وعليه نشير إلى أن المعيار الموضوعي، قد أخذ به الفقه والقضاء الفرنسي، المتمثل في أن يكون موضوع النزاع متعلقا بالتجارة الدولية، والمعيار الجغرافي الذي أخذ به مشروع القانون النموذجي للأمم المتحدة.

وفي الأخير لا بد أن نشير إلى أنه هناك اختلاف بين التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي، لأن التحكيم الأجنبي هو الذي ينتمي في أحد عناصره أو بعضها لدولة واحدة، كأن يكون حكم التحكيم قد

¹ عند مراجعة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نجد المادة 1/3 تنص على أن "يكون التحكيم دوليا:

(1) إذا كان لأطراف اتفاق التحكيم لحظة إبرام الاتفاق المذكور مؤسسات في دول مختلفة.

(2) إذا كان أحد الأماكن التالية خارج الدولة التي فيها مؤسسات الأطراف:

(أ) مكان التحكيم إذا كان منصوص عليه في اتفاق التحكيم أو يتحدد وفقا لهذا الاتفاق.

(ب) كل كان يتحتم فيه تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يرتبط به موضوع النزاع بأوثق صلة.

(3) إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتصل بأكثر من دولة".

² فتحي والي، المرجع السابق، ص. 63.

صدر في دولة معينة ينتمي إليها، ويراد تنفيذه في دولة أخرى. ولا يعد كل تحكيم أجنبي تحكيما دوليا، حيث أن التحكيم الدولي قد يكون كذلك مع جريانه في الداخل، وحتى مع خضوعه للقانون الوطني، إلا أنه يجوز الجمع بين الأجنبية والدولية للتحكيم إن كان يتعلق بمنازعة دولية¹.

كما نشير إلى أن التحكيم ينطوي على طبيعة مختلطة، فهو يجمع بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية، إذ يستمد التحكيم إزامه من اتفاق أطرافه على الأخذ به كوسيلة لفض ما قد ينشأ بينهم من نزاعات، ويمارس المحكم دور القضاء، في الفصل فيما قد ينشأ عن علاقات أطراف الاتفاق على التحكيم، من منازعات تتعلق بتفسير أو بتنفيذ العقود التي تربط بينهم².

وفي الأخير يمكن أن نشير إلى موقف المشرع الجزائري من التحكيم الدولي، الذي كان موقفا عدائيا في المراحل الأولى من الاستقلال، حرصا على المحافظة بالسيادة على جميع الأصعدنة خاصة ما يتعلق منها بالسلطة القضائية مما جعله يتجنب التحكيم الدولي³.

وقد وضع المشرع الأساس القانوني لاستبعاد التحكيم بموجب المادة 442 من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/6/8 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، حيث تنص على منع الدولة والمؤسسات العامة من اللجوء إلى التحكيم، كما جسد هذا المبدأ في القوانين المتعلقة بالاستثمارات والصفقات العمومية الصادرة في الستينات⁴.

إلا أن الجزائر عدلت عن هذا الموقف، ودخلت مرحلة التفتح على التحكيم الدولي خاصة، بصدور التعليمات الوزارية سنة 1982 التي تجيز للمؤسسات العامة، التوجه إلى الخارج لإبرام عقود بنفس النظام الذي يحكم الشركات، وبهذا بدأت تظهر بوادر تقبل المشرع إحالة النزاع من هذا النوع إلى

¹ مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص. 38.

² محمود سمير الشراوي، الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي، مع التحكيم العربي، ع 9، مجلة متخصصة يصدرها الاتحاد العربي للتحكيم التجاري الدولي، أغسطس 2006، ص. 47.

³) BEDJAOUI Mohamed , L'évolution des conceptions et de la pratique Algérienne en matière D'arbitrage international – nécessité ou fatalité, Revue mutation N°3, Alger 1994, P. 59.

⁴) ISSAD Mohand: Arbitrage international, le nouveau droit Algérien, Revue mutation N°5, Alger 1995, P. 8.

التحكيم الدولي، وخاصة بعد انضمامها بتحفظ لاتفاقية نيويورك لسنة 1958، المتعلقة بالاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، والتي انضمت إليها سنة 1988. وكذا تبني التحكيم المؤسساتي المتمثل في غرفة التجارة الدولية، والاتفاق الجزائري الفرنسي سنة 1982¹، الخاص باللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية².

وأخيرا حسم المشرع موقفه تجاه التحكيم الدولي، في عقود الأشخاص العامة بموجب تعديل ق م سنة 1993، حيث أصبحت المادة 442 فقرة 3 تنص على أنه " لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية."

كما تم الاعتراف باللجوء إلى التحكيم بموجب الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، وكذا بموجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد، إذ تنص 1006 فقرة 3 على ما يلي: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أوفي إطار الصفقات العمومية."

هكذا، لم يبقى مجالاً للشك حول إمكانية لجوء الدولة، والأشخاص المعنوية العامة الأخرى، إلى نظام التحكيم، وذلك رغبة من المشرع لمسايرة نصوص القانون الداخلي، مع ما إلترمت به بلادنا في إطار القانون الإتفاقي الثنائي أو المتعدد الأطراف³.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم:

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، مسألة هامة لما تنطوي عليه من أهمية، فهي لا تتمثل في مجرد تفضيل لأحد الأنظمة القانونية، التي تحكم اتفاق التحكيم، دون باقي الأنظمة الأخرى. لكن أهميته تكمن فيما سيرتبه هذا الاختيار، من نتائج بالغة الأهمية، تتعلق

¹) Mahiou Ahmed, L'arbitrage en Algérie, Revue ASJEP, Vol 27 , Decembre 1989, p. 702.

²) M.Ali Mebroukine, Op, Cit, p. 43.

³) قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن المرجع السابق، ص. 114.

بالآثار القانونية المترتبة عن موضوع النزاع، وأيضا ما يتعلق بحقوق الطرف المتضرر، وغيرها من الضمانات التي يقرها القانون المختار.

وعليه يعرف القانون الواجب التطبيق بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي يرصى فيها الحكم، إلى أنها المناسبة للتطبيق على النزاع، سواء أكان مصدرها قانونا وطنيا أم كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية، أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية، بعيدا عن القوانين الوطنية للدول¹.

ومادام أن اتفاق التحكيم، اتفاق ارادي محض، فإن إرادة الأطراف تلعب دورا حاسما في اختيار القانون الواجب التطبيق، ولذلك تحرص الأطراف المتعاقدة في اتفاقيات الاستثمار الأجنبي، على أن تبحث هذه المسألة كقاعدة عامة، خلال مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، حتى يتم الرجوع إليه عند حدوث أي نزاع مستقبلا.

ويجب أن يكون اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق، على موضوع النزاع، مبنيا على دراسة دقيقة ومتأنية، فالقانون الوطني لأحد الطرفين ليس الأفضل لمصلحته دائما، كما أن اختيار قانون أجنبي لا يصح أن يتم إلا بعد دراسة دقيقة لأحكامه، من أجل الوقوف على ملاءمة ذلك القانون من عدمه. كما أن للطرفين أن يختارا القانون الدولي أو المبادئ العامة المشتركة، بيد أن ذلك يفتح باب الغموض، لأن تلك القواعد الأساسية في القانون الدولي تفتقر إلى الوضوح والكمال والدقة، بخلاف القواعد والقوانين الوطنية.

ومن خلال ما سبق يتضح أنه في مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق، على اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي، فإن الأطراف المتعاقدة قد تقوم بالنص صراحة، على تحديد القانون الواجب التطبيق، وقد يأخذ هذا الاختيار صورة التحديد الصريح، كما أنه قد يأخذ صورة الاختيار الضمني، غير أن الأطراف المتعاقدة، قد تغفل عن تحديد هذا الأخير، الأمر الذي يثير التساؤل حول القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم؟

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 219.

للإجابة عن هذا التساؤل فقد ظهرت عدت آراء فقهية مختلفة، سنحاول التعرض لها وكذا التعرض إلى موقف الاتفاقيات الدولية منها، سيتم تحصيلها في النقطة الموالية.

أولاً: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي:

للإجابة عن هذا التساؤل نميز بين الفقه التقليدي والفقه الحديث، حيث يذهب الفقه التقليدي إلى أن أحكام القانون الدولي الخاص، هي التي يتعين تطبيقها على اتفاق التحكيم، وبالتالي فإن القانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، هو ذلك القانون المختار من قبل الأطراف أنفسهم.

إلا أنه قد يحدث أن يغيب النص على ذلك القانون، وفي هذه الحالة يرى الفقه التقليدي أن قواعد القانون الدولي الخاص، هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق، لأن كل عقد يجب أن يرتبط بقانون دولة معينة. وذلك القانون يكون مفترضا بطبيعة الحال، بمعنى أن هناك افتراضا لنية الأطراف التي يمكن أن يختارا القانون على أساسها¹.

ويجمع الفقهاء التقليديون أنه في حالة عدم توافر النية الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق، يتم اللجوء إلى النية المفترضة، وهي النية التي كان سيتوجه إليها الطرفان لو أنهما أفصحا عن إرادتهما، وبالتالي يتعين على المحكم العمل على استظهار هذه النية، لأجل تحديد القانون الواجب التطبيق، من خلال وجود دلائل عليها، ويجب على المحكم أن يحترم إرادة الأطراف، وبيانها من خلال هذه الدلائل والظروف المحيطة بالعقد.

وهناك عدة مؤشرات يمكن للمحكم أن يستدل بها على إرادة الأطراف المتعاقدة الضمنية، تنقسم إلى مؤشرات عامة وأخرى خاصة، بحيث تتمثل المؤشرات العامة في تطبيق قانون محل إبرام العقد، ويبرهن

¹ (قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 269).

هذا المؤشر على أن قيام الطرفين بإبرام العقد في مكان معين يدل على رغبتهم، في توطين العقد بهذا المحل، أو تطبيق قانون محل التنفيذ، وذلك بوصف التنفيذ الهدف النهائي للعقد¹.

أما المؤشرات الخاصة فتتمثل في محل إقامة المتعاقدين، وموضوع العقد ومكان التحكيم، واللغة المستخدمة في العقد، ونوع العملة الواجب الدفع بها².

أما الفقه الحديث فيذهب إلى اعتبار أن الاحتكام بقواعد القانون الدولي الخاص، في تحديد القانون الواجب التطبيق غير مجد، لأن قواعد القانون الدولي الخاص، تقوم على أساس أن أي تصرف قانوني لا بد أن يستند لقانون وطني معين، في حين أن اتفاق التحكيم في المنازعات الاستثمارية الأجنبية، هو عقد طرفاه دولة ورعية أجنبية، وأنه ينظم وسيلة تسوية المنازعات المتعلقة باستثمار، ذي أهمية اقتصادية دولية تتجاوز الحدود الوطنية للدولة، وفي هذه الحالة يتعين إخضاع هذا العقد لقواعد دولية تستجيب لمتطلبات التجارة الدولية.

غير أن هذا الاتجاه الفقهي الحديث لم يحظ بالتأييد الكافي، الذي يضيف عليه عنصر الاستقرار لذلك لا مناص من مسaire الفقه التقليدي فيما ذهب إليه، في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، لأجل الأسباب السابق الإشارة إليها³.

ثانياً: موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي:

سيتم التعرض خلال هذه النقطة، إلى كل من موقف اتفاقية نيويورك لسنة 1958، واتفاقية واشنطن لسنة 1965 على النحو التالي:

(1) أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 199.

(2) مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص. 203.

(3) أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 199.

-اتفاقية نيويورك لسنة 1958: لقد تعرضت المادة 1/5 بند 1 التي تنص على أنه "لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا قدم الخصم المتمسك ضده بالحكم الدليل على أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضع أطراف الاتفاق له، أو عن عدم النص على ذلك وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم".

من خلال عرض نص المادة يتضح أن الاتفاقية قد رست على قاعدة تطبيق قانون الإرادة، فيما يتعلق بتطبيق القانون الواجب التطبيق، بمناسبة الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه، بمعنى القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي، إلا أنه ما يعاب عن نص المادة أنها لم تعالج حالة عدم اتفاق الطرفين على قانون الواجب التطبيق، على اتفاق التحكيم، فكيف يمكن للمحكم تحديد القانون الواجب التطبيق، في حالة إغفال الطرفين عن تحديده.

-اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965: عاجت المادة 42 من الاتفاقية مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بنصها:

"-تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية المتفق عليها بين الأطراف، وإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعدها المتعلقة بالتنازع بين القوانين بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع.

-لا يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية أو عمومية مثل هذه النصوص.

-لا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة إذا ما اتفق الطرفان على ذلك في الحكم، بموجب مبادئ العدالة والانصاف".

ومن خلال نص المادة المشار إليه أعلاه، يتضح أن الاتفاقية قد أخذت كقاعدة عامة بمبدأ سلطان الإرادة، من خلال منح الأطراف الحرية، في تعيين القانون الواجب التطبيق أيا كان. كما أوجدت الاتفاقية قاعدة احتياطية في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه، مفادها تطبيق إما قانون الدولة

المتعاقد الطرف في النزاع، وإما تطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمسألة محل النزاع، وبذلك تكون الاتفاقية قد أزلت اللبس والغموض، عن مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في حالة إغفال الطرفين عن تحديده¹.

الفرع الثالث: إجراءات التحكيم:

تنطوي عملية التحكيم الدولي على عدة إجراءات، وقواعد يتم على أساسها سير العملية التحكيمية، وعليه فإن اعتماد قواعد التحكيم التجاري الدولي، تقتضي نشوء نزاع بين طرفي الاتفاقية الاستثمارية، يتم فيها اللجوء إلى التحكيم الدولي كأسلوب لحل النزاع القائم بينهما، الذي قوامه مبدأ الرضاية. وبالتالي وبعد إخطار أحد الأطراف للآخر بنيته في بدأ إجراءات التحكيم، فإن أول إجراء يتخذ يتمثل في تشكيل المحكمة التحكيمية، واختيار المحكمين، وتحديد القانون الواجب الاتباع، وهو ما سنحاول التوسع فيه من خلال ما يلي.

أولاً: تشكيل هيئة التحكيم:

يتأسس نظام التحكيم على مبدأ الرضا، الذي يعترف على أساسه لأطراف النزاع، المساهمة الإيجابية في تشكيل هيئة التحكيم، فهو ركن جوهري في التحكيم لا يمكن تصور قيامه بدون²، وإن نظام التحكيم التجاري الدولي يتخذ عدة أشكال في تكوين هيئة التحكيم، وإن كانت التشكيلة الكلاسيكية هي الغالبة في الأعم، والمتمثلة في التشكيل الثلاثية، عن طريق اختيار كل طرف في النزاع محكمه في مدة معينة، على أن يختار المحكمان اللذان تم اختيارهما من قبل أطراف النزاع، محكم ثالث لأجل ضمان الحياد في العملية التحكيمية.

وبجانب التشكيلة الثلاثية، فإنه يمكن لأطراف النزاع الاكتفاء فقط بمحكم فرد واحد، لتسوية النزاع، وهو ما تم النص عليه في الاتفاقيات الدولية، حيث نجد نص المادة 37 فقرة 1/أ من اتفاقية

¹ خالدكمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 228.

² أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 201.

واشنطن بقولها: "تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقا لاتفاق الأطراف".

وكذلك نص المادة 2 فقرة ب من القانون النموذجي للتحكيم CNUDCI بنصها " هيئة التحكيم تعني فردا أو فريقا من المحكمين".

أما اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فقد كرست بطريقة غير مباشرة مبدأ احترام حرية الأطراف عند تعيين المحكمين، حيث جاء في مادتها الخامسة فقرة أولى بند د، على أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم أن تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف¹.

وبالرجوع للتشريع الوطني نجد نص المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تنص "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

وعليه ومن خلال استقراء نصوص المواد المشار إليها أعلاه، نستنبط أنه لأطراف النزاع الحرية في تشكيل هيئة تحكيم، مشكلة من فرد واحد أو أكثر، وأن هذا الاعتراف هو تكريس لمبدأ سلطان الارادة المتفق عليه في اتفاق التحكيم، أو شرط التحكيم، ويستوي في ذلك التحكيم الاتفاقي أو الحر والتحكيم المؤسسي².

وإنه من المميزات التي تنطوي عليها التشكيلة الفردية لهيئة التحكيم، تتمثل أنه في التعيين الفردي للمحكم الواحد، سيكون الأمر أسهل وأسرع في اتخاذ القرار التحكيمي، من التشكيلة الثلاثية، لما تنطوي عليه هذه الأخيرة من بقاء في إجراءات اتخاذ الحكم الجماعي، وتحديد المواعيد لكل منهم مثلا

¹) Nour Eddine Terki, Terki Norradine ; L'Arbitrage International En Algérie ; OPU ; Alger ; 1999, p. 96.

² أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق بين عكنون، الجزائر، 2012 ص. 120.

لتباعد موطن كل محكم عن الآخر، وهذا في الغالب سيؤدي إلى التماطل في الاجراءات وتمديد عمر النزاع¹. وكذلك من إيجابيات تحديد المحكم الواحد، هو الاقتصاد في النفقات التي ستدفع لقاء أتعاب المحكم، بالمقارنة مع نفقات أتعاب المحكمين في التشكيلة الجماعية لهيئة التحكيم.

إلا أنه بالرغم من هذه الايجابيات إلا أنه لا يجذب اللجوء إلى التشكيل الفردي للمحكمة التحكيمية، بسبب عدم إلمام المحكم الفرد بتفاصيل موضوع النزاع، إضافة إلى ثقل المسؤولية التي تلقى على عاتقه، لذلك يفضل في الغالب الأعم، اللجوء إلى التشكيلة الثلاثية لهيئة التحكيم.

ونشير إلى أن محكمة التحكيم الثلاثية، تتشكل عن طريق تعيين كل طرف في الاتفاقية الاستثمارية محكمه، ويقوم المحكمان المعينان بتعيين المحكم الثالث باتفاق بينهما، وأحيانا يعين ذلك المحكم الثالث بالاتفاق الطرفين، على أن المحكم الثالث يكون بمثابة رئيسا لهيئة التحكيم، وعادة ما يكون من جنسية دولة ثالثة لها علاقات دبلوماسية مع الدولتين المتنازعتين، لا يتدخل إلا عند حدوث خلاف بينهما².

أما ما يتعلق بالمدة التي يجب أن يتم فيها تعيين المحكم فيها، فهي تختلف بحسب الاتفاق، ولكنها تتراوح في الغالب الأعم بين خمسة عشرة يوما وشهرين، تبدأ من تاريخ الاخطار الكتابي الذي يوجهه أحد الطرفين إلى الآخر، ويتعين أن يتوفر المحكم، على صفات النزاهة والخبرة الفنية والقانونية. فالخبرة الفنية توفر الجهد والوقت والأتعاب، في حالة توفره في المحكم، فضلا عن إلمامه بالقواعد التجارية المطلوبة لأجل فض النزاع³.

فكل هذه الشروط تهدف لضمان الحياد والموضوعية، وكذا نزاهة المحكمين المختارين للعمل في النزاعات، الناتجة عن عقود الاستثمار الأجنبية، خاصة وأن الفصل في هذه المنازعات له خصوصية معينة.

1) Terki Norradine, op, cit, p.73.

2) قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 277.

3) أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 203.

ثانيا: الإجراءات الواجب اتباعها أمام هيئة التحكيم:

تحتل إجراءات التحكيم بدرجة كبيرة من الأهمية، جعلت النظم القانونية والاتفاقيات التحكيمية ومراكز التحكيم، تقرر ضرورة مراعاة المسائل الإجرائية، وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم أو رفض الاعتراف به.

ومثلما يمتلك الأطراف الحرية في اختيار القانون الإجرائي، يمتلك كذلك الحرية المطلقة في اختيار القانون الموضوعي، الذي سيطبق على نزاعهم. ويتوجب على هيئة التحكيم، المشكلة بارادتهم أن تلتزم بما اتفقوا عليه، وغالبا ما يستمد القانون الذي تطبقه من مجموعة الاتفاقيات والعقود النموذجية، والعرف التجاري الدولي.

وعليه تتجلى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، في كون أنها ستمثل القانون المختار، الذي سيشكل المرجع، الذي يزود الأطراف المحكمين بمجموعة القواعد القانونية، اللازمة لحسم المسائل الاجرائية.

وليس محتما على الأطراف تحديد قانون موحد يحكم اتفاق التحكيم وموضوع التحكيم، في آن واحد بل قد يختلفان، وأن الهدف من هذه الحرية هو تكريس مبدأ حرية الأطراف، في اختيار القانون الواجب التطبيق، وكذا الابتعاد عن القانون الاجرائي للدولة المضيفة.

وعلى العموم يتم سير العملية التحكيمية، وفقا لأحد القوانين الثلاثة المتمثلة في تطبيق قانون إرادة الأطراف، أو أعمال قواعد تنازع القوانين، أو وفقا لقواعد العدالة والإنصاف¹.

بند 1: خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة:

¹ تختلف القواعد والاجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم، باختلاف نوع التحكيم والجهة التي تضطلع به، حيث تقضي القواعد العامة أن إذا لم يتفق الأطراف على الاجراءات فالهيئة هي التي تحدد الاجراءات التي ستبناها، والتي سيتم لا محالة اللجوء فيها للقواعد والاجراءات المقرر في لوائح الهيئات ومراكز التحكيم، أما في حالة التحكيم الحر أو الاتفاقي فإن المر يختلف إذ يضطلع أطراف النزاع بتعيين أعضاء التحكيم، كما يكون لهم دور رئيسي في صياغة القواعد الاجرائية واختيار القانون الذي يحكم سير المنازعة، سواء كان اختيار صريح أو ضمني.

يقصد بالقانون الاجرائي تلك القواعد التي يتعين اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم، وهي المتعلقة ببدء الخصومة وتنظيم سير المرافعات، وكل ما يتعلق بتقديم المستندات وسماع الشهود، والخبرة، والانابة في الحضور. وكذلك ما يتعلق برد المحكمة وتنحيتهم، أو ما يخص عوارض سير الخصومة. وحتى صدور القرار الذي يفصل في المنازعة، بما يشمل من كيفية إصدار الحكم، وكتابته، واللغة المستخدمة، واشتراط إصداره في أجل معين. وعليه يعتبر اختيار القانون الواجب التطبيق، على اجراءات التحكيم من الأمور الأولية، التي يجب معرفتها وتحديدها¹.

ويتفق كل من الفقه والقضاء والتشريعات الداخلية، والاتفاقيات المشجعة للاستثمار الأجنبي، وكذا نظم التحكيم، على تكريس مبدأ الارادة الحرة للأطراف، في اختيار القانون الذي يحكم سير الخصومة. وهناك عدة امكانيات متاحة أمام الخصوم، عند اختيار إجراءات التحكيم، فإما أن يحدد القانون الواجب التطبيق، أو أن يترك المهمة لهيئة التحكيم، أو أن يتبعوا الاجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم، ذلك أنه في التحكيم الحر يمكن الأطراف تنظيم إجراءات سير النزاع، أمام هيئة تحكيم وترتيبها وفقا لارادتها، فضلا عن تمكينهم من الاستهداء في ذلك بقواعد إجرائية يتم اختيارها من عدد من لوائح التحكيم، يخلق منها نظاما جديدا مستقلا عن هذه اللوائح².

ومن الثابت أنه بمجرد الاتفاق على اسناد التحكيم إلى مركز دائم، يعني ضمنا الاتفاق على اتباع لائحة هذا المركز، بما يشتمل عليه من قواعد تتعلق بالإجراءات³.

وقد أقر القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي لسنة 1985، مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف، حيث نصت المادة 19 منه على ما يلي: "مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الاجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم.

¹ محمد سليم العوا، دراسات في القانون التحكيم المصري المقارن، ط2، المركز العربي للتحكيم، 2009، ص. 102.

² أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 205.

³ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 245.

2- فإذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، وتشتمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة..."

أما بالنسبة للتشريع الوطني فنجد نص المادة 1043 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تنص على ما يلي: " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الاجراءات إلى قانون الاجراءات التي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

فموقف كلا المادتين المشار إليهما أعلاه واضح، من خلال جعلهما في المقام الأول إخضاع اجراءات التحكيم إلى قانون الارادة الذي يختاره الأطراف، وفي حال غياب الاتفاق ترجع المسألة بين يدي هيئة التحكيم. أكثر من هذا فإنه لم يتم ربط اجراءات التحكيم، في حال غياب الارادة الصريحة أو الضمنية، إلى قانون مكان التحكيم، كما فعلت بعض التشريعات والنظم القانونية.

بند 2: خضوع إجراءات التحكيم لقانون مكان التحكيم:

ينطوي التحكيم الحر خاصة، على ما بيديه أطراف النزاع من الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، إلا أنه في حالة غياب مثل هذا الاتفاق الصريح، فإنه يتم اللجوء إلى قانون دولة مكان التحكيم¹. وذلك بناء على أن الارادة المفترضة، لأطراف النزاع قد انصرفت إلى ذلك المكان، وقد يكون هذا القانون أكثر ملائمة لإجراءات سير النزاع، بوصفه قانونا محايدا، أو لأنه قانون دولة المحكمة الذي يكون ملما به².

¹ هالة على منصور، المرجع السابق، ص. 219.

² أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 206.

ويتفق هذا مع ما أخذت به معاهدة نيويورك لسنة 1958، وذلك بالرجوع لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم، في حالة عدم وجود اتفاق للأطراف، علما بأن قانون مقر التحكيم، قد يكون قانون الارادة الصريحة أو الارادة الضمنية، إذ أنه ليس أمرا نادرا ما يحدث من اختيار الخصوم لقانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، ليحكم المسائل الإجرائية، رغم اختيارهم لقانون آخر ليحكم موضوع النزاع، سواء بسبب أنه هو أيضا قانون الدولة التي يجري على إقليمها تنفيذ الحكم، أو بسبب ما قد ينتج اختيار هذا القانون من تسهيلات لمهمة المحكمين، وفي هذه الحالة يعد قانون مكان إجراء التحكيم هو قانون الارادة الصريحة للخصوم¹.

بند 3: خضوع اجراءات التحكيم لقواعد العدالة والانصاف:

في حالة غياب النص الصريح على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بإمكان هيئة التحكيم أن تلجأ إلى تطبيق قواعد العدالة والانصاف الدولية، والتي كرستها العديد من التشريعات الداخلية خاصة في الدول النامية، وكذا بعض الاتفاقيات الدولية، وذلك لأجل اختيار القانون الملائم أو الأصلح الذي عادة ما يتمثل في المبادئ العامة للقانون وهي قواعد القانون الدولي.

الفرع الرابع: قرار التحكيم:

تعد كل المراحل التي يمر بها نظام التحكيم بدأ من اتفاق التحكيم، مروراً بتشكيل المحكمة وتحديد الاجراءات التي تتبع على مستواها، كلها إجراءات تهدف للوصول إلى نتيجة واحدة ووحيدة هي إصدار القرار أو الحكم التحكيمي، الذي من خلاله سيتم فض النزاع، وعليه فإنه من خلال هذه النقطة سنتعرض إلى الجوانب القانونية، التي يثيرها موضوع قرار التحكيم، من حيث المدة اللازمة لإصداره، وكذا الأغلبية المطلوبة وآثاره القانونية التي سيرتبها.

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 247.

أولاً: ميعاد صدور حكم التحكيم :

إذا كان لهيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع محل التحكيم، فإن لهذه السلطة يجب أن تمارس خلال ميعاد معين يحدده الأطراف، أو يحدده القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، وذلك حتى لا تطول إجراءات التحكيم دون مبرر، فيفقد التحكيم أهم مزاياه. ويجب أن يصدر حكم التحكيم المنهي للنزاع كله خلال هذا الميعاد، وذلك ما لم تحدث قوة القاهرة، تحول دون صدور الحكم في الميعاد، إذ يترتب على القوة القاهرة وقف سريان الميعاد¹.

ونشير إلى أن قرار التحكيم لا يصدر إلا بعد استنفاد ما لدى الأطراف من دفع وطلبات، بحيث تكون الدعوى لذلك مهياًة للحسم، و من ثم فإن هيئة التحكيم تقوم بعد ذلك بدراسة القضية، والتدقيق فيها لغرض إصدار القرار في الوقت الذي حددته، عند إعلان ختام المرافعة².

ويجب أن يصدر الحكم كتابة وباللغة التي يتفق عليها أطراف النزاع، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق يتم الرجوع إلى القواعد الاجرائية للتحكيم، بغية التعرف على اللغة التي تستخدم في هذا الخصوص أو لمراعاة لغة العقد، ولغة المراسلات بين الطرفين.

وتقضي القاعدة العامة أن يتفق الأطراف على ميعاد التحكيم، إذ هم الأقدر على معرفة ظروف وملابسات النزاع، والوقت اللازم للفصل فيه، فتحديد المدة قد يرد في شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، وقد يتفق الطرفان فيما بعد على مدة التحكيم، كما يمكن للأطراف فقط أن يتفقوا على ترك مسألة التمديد لمدة محددة من قبلهم إلى المحكمين، في الحالات التي يرونها ضرورية للتمديد³.

وتجدر الإشارة إلى أنه عادة ما تتراوح مهلة التحكيم، بين مدة شهر ومدة شهرين، وهو الأمر الذي يقيد المحكمة تحكيم، يبحث كافة جوانب وتفصيلات النزاع خلال المدة المحددة، وهذا الأمر

(1) فتحي والي، المرجع السابق، ص. 515.

(2) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 260.

(3) أحمد بوخلخال المرجع السابق، ص. 158.

يخشى معه عدم تحقيق العدالة الكاملة، لذلك تقضي غالبية الاتفاقيات ومراكز التحكيم، التي تحدد أجالاً محدداً يصدر خلاله قرار التحكيم، بجواز مد هذه المدة لفترات أخرى.

فمثلاً طبقاً لقانون التحكيم المصري لسنة 1994 بحسب نص المادة 45 منه يجب أن يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد الذي اتفقت عليه الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق يتعين على هيئة التحكيم، أن تصدر حكمها خلال اثني عشرة شهراً من تاريخ بدء الاجراءات، مع جواز مدها لمهلة لا تتجاوز مدة ستة أشهر. وكذلك نجد نظام غرفة التجارة الدولية، قد حددت مدة إصدار الحكم ب 6 اشهر مع جواز تمديدها إذا اقتضت الضرورة، بناء على طلب الأطراف أو بمبادرة من المحكم أو هيئة التحكيم.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فإننا نجد أن قانون الاجراءات المدنية والادارية، لم يحدد مدة التحكيم، ولكن هو أمر تم تحجيجه في اتفاقيات التحكيم، فمثلاً نجد البروتوكول الملحق بالاتفاق الفرنسي الجزائري لسنة 1965 في مادته 176 قد أقر أن تصدر المحكمة قرارها خلال مدة 6 أشهر تبدأ من تاريخ تشكيل المحكمة، ويمكن مد هذا الأجل في حالة وفاة أحد المحكمين، أو لخطأ من المحكمة، أو إذا رأى رئيس المحكمة ضرورة لذلك.

وعليه تدعوا معظم الاتفاقيات الدولية وعقود الاستثمار إلى ضرورة صدور قرار هيئة التحكيم بأغلبية الأصوات، ويكون القرار نهائياً وملزماً بحيث لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، وإذا كانت غاية العقود والاتفاقيات الدولية أكدت على ذلك، إلا أن بعضها قد سمح استثناء في حالات محددة، بالطعن في قرار التحكيم، إذا تأسس هذا القرار على أسباب مخالفة للنظام العام، مثل اتفاقية واشنطن لسنة 1965¹.

الفرع الخامس: تنفيذ حكم التحكيم:

¹ (أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 209).

لابد من الإشارة إلى أن القاعدة العامة تقضي أن يصدر قرار التحكيم في شكل مكتوب، حيث نصت جل القوانين والاتفاقيات الدولية على ذلك، فنجد نص المادة الثانية من اتفاقية اليونسترال لسنة 1976 قد أكدت على وجوبية أن يتم إصدار حكم التحكيم في شكل مكتوب، ونفس الامر أكدت عليه اتفاقية البنك الدولي في مادتها 48 فقرة 02 على وجوبية صدوره كتابة وموقعا من طرف أعضاء المحكمة الموافقين عليه.

وبالرجوع للتشريع الجزائري فإننا لا نجد نصا صريحا، يؤكد على وجوبية صدور حكم التحكيم كتابة، لكن من خلال استقراء مجموعة نصوص قانونية المنفرقة من قانون الاجراءات المدنية والادارية، يفهم منها ضرور صدوره في الشكل المكتوب.

فنجد نص المادة 1027 من ق إ م إ التي تنص على وجوبية تضمين أحكام التحكيم، عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، ووجوبية أن تكون الأحكام مسببة.

كذلك وجوب تضمين أحكام التحكيم جملة من البيانات الالزامية، المثلة في اسم ولقب أعضاء هيئة التحكيم، تاريخ ومكان صدور الحكم وغيرها من البيانات الواردة في المادة 1028 من نفس القانون، وكذا توقيع المحكمين على قرار التحكيم بحسب نص المادة 1029 كذلك. ووجوبية إيداع أصل التحكيم في أمانة ضبط المحكمة المختصة، لأجل تنفيذها بحسب نص المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

فكل هذه النصوص القانونية، تمثل مؤشرا على ضرورة صدور حكم التحكيم كتابة، لأجل الاعتراف بها وتنفيذها في الإقليم الجزائري.

ويكتسب حكم التحكيم الصادر في منازعات الاستثمار الأجنبي، حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدوره، شأنه شأن الأحكام القضائية، وتثبت هذه الحجية للحكم قبل وضع الصيغة التنفيذية عليه، ويترتب على ذلك أن يكون لطرف النزاع الذي صدر الحكم لصالحه، أن يتمسك به وبما يقرره

له من حقوق في مواجهة من صدر ضده، ولا يجوز لهذا الأخير أن يطلب طرح النزاع مرة أخرى أمام أية جهة قضائية أخرى، أو محكمة تحكيم، وهذا هو مقتضى حجية الأمر المقضي به¹.

وحتى لا يتم تجريد الحكم من فعاليته، يتم اتخاذ الوسائل والضمانات الكفيلة لتنفيذه، من خلال إلمهارة بالصيغة التنفيذية، التي تنطوي على أمر بالتنفيذ يصدر من الجهة القضائية المختصة، لأنه بدون الاعتراف به وصدور أمر بتنفيذه، لا يثبت للحكم التحكيمي أي أثر، غير كونه سند إثبات².

ولقد عاجلت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها الثالثة مسألة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث قضت بأنه على الدول المتعاقدة أن تعترف بأحكام التحكيم، باعتبارها أحكاما ملزمة، وأن تنفذها طبقا للقواعد والاجراءات المقررة في الإقليم، الذي يجري فيه التنفيذ، وعلى الطرف الذي يطلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، أن يقوم باثبات صحة الحكم الأصلي وكذا اتفاق التحكيم.

ونفس الأمر تم التأكيد عليه في اتفاقية اليونسترال للقانون النموذجي للتحكيم، في مادتها 35 بنصها " يكون قرار التحكيم ملزما بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، وينفذ بناء على طلب كتابي يقدم إلى المحكمة المختصة...."

وعليه يجب التمييز بين الاعتراف بالقرار التحكيمي، والأمر بتنفيذه، وإن كانا متلازمين في معظم الحالات، فالاعتراف يقتصر على مراقبة قانونية، تؤدي إلى قبول القرار الصادر عن الهيئة التحكيمية، في النظام القانوني للدولة المعترف به، عن طريق سلطتها القضائية، ودون أن يعطي ذلك قوة التنفيذ الجبري، أو يرغم القاضي على إعطائه الصبغة التنفيذية³.

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 285.

² ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دط، دار هوم، الجزائر، د س ن، ص. 197.

³) Mayer p, L'insertion de la Sentence dans l'ordre juridique International en France, FEDUCI, 1984, p. 85.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فإن ما يقتضيه القانون الجزائري من أجل الاعتراف بالحكم التحكيمي، هو اثبات وجود الحكم التحكيمي، وفقا لما نصت عليه المادة 1051 من ق إ م إ ج وما يستشف من نص المادة أن المشرع الجزائري لم يميز بين الاعتراف والتنفيذ.

وإن عملية إثبات الحكم التحكيمي تتم عن طريق تقديم أصل الحكم، مرفقا باتفاقية التحكيم، أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها وهو الأمر الذي تضمنته المادة 1052 من ق إ م إ ج والتي تنص على ما يلي: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها."

وهو الأمر الذي يدل على أنه إذا لم يتمكن الطرف الذي باشر هذه الاجراءات، لسبب أو آخر تقديم أصل الحكم التحكيمي، وأصل اتفاقية التحكيم، فإنه يتعين عليه على الأقل تقديم نسخا منها تستوفي شروط صحتها، والتي يفترض فيها أن تكون مطابقة للأصل ومصادق عليها¹.

وتودع الوثائق المطلوبة بأمانة ضبط الجهة القضائية، وهو ما ورد في نص المادة 1053 من ق إ م إ ج التي تنص على ما يلي: "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتعجيل." وبالتالي فإنه يتعين على القاضي الذي تلقى طلب الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي، أن يتأكد من مدى توافر هذه الشروط، وذلك على حسب ما ورد في قانون الاجراءات المدنية والادارية، وكذا القواعد الواردة في اتفاقية نيويورك 1958، باعتبار الجزائر مصادقة على الاتفاقية، وبذلك تكون قد أدخلتها في نظامها القانوني الداخلي².

¹) Terki Nour Edinne ; op ; cit ; p . 129.

²) وقد كان لقضاة المحكمة العليا فرصة للتطرق لهذه المسألة في قرارها الصادر في 18-04-2007، ملف رقم 461776 حيث جاء في حيثيات الوجه المثار تلقائيا من طرف المحكمة العليا: "حيث أنه بالرجوع إلى مستندات القضية والقرار المطعون فيه، يتبين بأن قضاة الموضوع قد خرقوا قاعدة جوهرية في الاجراءات، لما قضوا على المطعون ضدها بإيداع أصل قرار التحكيم الدولي، إلى غير ذلك من الوثائق، بحيث كان على قضاة الموضوع قبل إصدار أمر بالتنفيذ أن يلزموا طالب التنفيذ المطعون ضدها، أن تقدم ملفا يتضمن الوثائق اللازمة والمنصوص عليها في المادة 458 مكرر من قانون الاجراءات المدنية، وكذا المادة 2/4 من اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05-11-1988.

وما تجدر الإشارة إليه أنه من خلال استقراء نص الفقرة الثانية من المادة 1051 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على ما يلي: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التنفيذ موجودا خارج الاقليم الوطني".

نستنتج أن المشرع الجزائري قد اعتمد على الاختصاص الاقليمي للقاضي، مركزا على مكان صدور القرار التحكيمي، أو مكان التنفيذ لتبسيط الاجراءات، وتيسير الحصول على الأمر بالتنفيذ، وبالتالي تنفيذ القرار التحكيمي في نفس مكان صدور الأمر، وهذا ربما مراعاة لمصلحة صاحب الحق، حتى لا تزيد في أعباء الطرف المحكوم لصالحه، وهو نفس الحكم الذي أكدت عليه المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

مع الإشارة إلى أنه يحق للمحكمة المطلوب منها إظهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية أن ترفض الاعتراف والتنفيذ من تلقاء نفسها ودون طلب من الخصوم، وعليه يمكن القول بان هناك حالتين لرفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي.

وتتمثل الحالة الأولى في رفض المحكمة المختصة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي، بناء على طلب من أحد الخصوم، بحيث يحق لها في هذه الحالة أن ترفض تنفيذ الحكم الأجنبي، إذا قدم لها

وأن هذه الشروط المنصوص عليها بالمادة السالفة الذكر لأجل الحكم بالأمر بالتنفيذ يتمثل في إيداع لدى كتابة ضبط المحكمة، نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصادق عليها قانونا لقرار التحكيم ونسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصادق عليها قانونا من اتفاقية التحكيم، وأن يتم تحرير محضر عن إيداع تلك الوثائق كما أنه يتم تسليم نسخة من طالب أمر القرار التحكيمي كما تنص عليه المادة 458 مكرر 19 من قانون الاجراءات المدنية وأن يتم تبليغ القرار التحكيمي المراد التنفيذ عليه.

حيث أن هذه الوثائق والمنصوص عليها يجب مراقبتها من طرف القاضي الأمر بالتنفيذ، فإن تبين له أنها مستوفية لتلك الشروط المنصوص عليها قانونا يحق له أن يصدر أمر بالتنفيذ.

حيث أن قضاة الموضوع لما انتهوا إلى أمر بإيداع تلك الوثائق لدى كتابة الضبط فإنهم قد خرقوا المادة 458 مكرر 18 و 19 من قانون الاجراءات المدنية.

حيث أنهم لما قضوا كما فعلوا فإنهم قد عرضوا قرارهم للنقض والابطال.

قرار المحكمة العليا ملف رقم 461776 بتاريخ 18-04-2007، قضية الشركة الجزائرية للصناعات الغذائية "ساليينا" ضد "ترادينج أند سارفيس"، المنشورة في مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2007، ص. 207، 214.

الخصم دليلاً يثبت فيه أن الحكم مشوب بأحد العيوب التي ترد في الاتفاقية التي تم على أساسها التحكيم. ويمكن الإشارة مثلاً إلى ما قامت بتعديده المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، مثل نقص أهلية أطراف الاتفاق، أو عدم صحة العقد الأصلي، أو عدم إعلان الخصم بالتحكيم، أو فصل التحكيم في أمر لم يتفق عليه، أو تجاوز الاتفاق ومخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءاته للاتفاق أو القانون، أو عدم نهائية الحكم، فكلها دفوع يتم الاستناد عليها لأجل طلب رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي.

أما الحالة الثانية فتتمثل في تصدي المحكمة المختصة وطنيا بالاعتراف بالحكم، تلقائياً ورفض تنفيذه، دون الحاجة لطلب من الخصوم، ووفقاً لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقد حددت حالتين فقط هما:

- إذا كان قانون طالب التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع، عن طريق التحكيم.

- إذا كان في الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه، ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ، ويمكن للمنفذ عليه أن يتذرع بهذين السببين أمام المحكمة.

وبالرجوع للتشريع الجزائري فإنه يتم التمييز، بين ما إذا كان حكم التحكيم الدولي، صادراً في الجزائر أو خارج الجزائر. فإذا كان حكم التحكيم الدولي صادراً بالجزائر، وفي حالة التنفيذ الجبري له، فإن هذه الأخير لا يتم إلا بموجب صدور أمر بالتنفيذ، الذي يصدر عن رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها بحسب نص المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وبحسب نص الفقرة الثانية من المادة 1058 فإن الأمر بالتنفيذ في هذه الحالة لا يقبل أي طعن¹. فهو أمر يشجع على التوزيع الدولي للاختصاص القضائي بين الدول تجاه أحكام التحكيم التجاري الدولي، بحيث يعترف للقاضي بحق إبطال أحكام التحكيم الصادرة في إقليمه، ومنعه من إبطال أحكام التحكيم

¹ (تنص الفقرة الثانية من المادة 1058 على ما يلي: " لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن...")

الصادرة خارج إقليم دولته لأنه يفترض فيها أنها أحكام نهائية تنفيذية صحيحة، وهو نفس الأمر المعمول به في التشريع الفرنسي¹.

غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي، يرتب بالنتيجة أو بقوة القانون طعنا ضد الأمر بالتنفيذ، وهو ما قضت به نفس الفقرة من نفس المادة المشار إليها أعلاه حيث تنص أنه " غير أن

الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ..."

أما حكم التحكيم الدولي الصادر خارج إقليم الجزائر، فإنه غير قابل للطعن بالبطلان، وأن تنفيذه يقتضي الاعتراف به وإمهاره بالصيغة التنفيذية من طرف الجهة القضائية المختصة، من خلال صدور أمر بتنفيذه من قبل رئيس المحكمة محل التنفيذ، وهذا بحسب ما أشارت إليه المادة 1051 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وأن القاضي الوطني في هذه الحالة، له إما أن يرفض الاعتراف وبالنتيجة تنفيذه على مستوى الوطن، وإما أن يعترف بالحكم ويصدر أمر بتنفيذه.

وإنه في كلا الحالتين فهما قابلتين لأن يكونا محلا للطعن بالاستئناف، أمام المجلس القضائي خلال أجر شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، وهذا بحسب ما أشارت إليه المادة 1057 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

وبالتالي فقد حدد المشرع الجزائري الجهة القضائية المختصة، وفق قاعدة آمرة لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، عكس المشرع المصري الذي جعل الاختصاص في حالة التحكيم التجاري الدولي، سواء جرى في مصر أو في الخارج، لمحكمة استئناف القاهرة، مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر².

¹) Fouchard Philippe, L'arbitrage International en France apres le décret du 12 Mai 1981, JDI, N°2, Avril-Mai-Juin, 1982, p. 411.

² عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملولد معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص. 205.

وعليه نوضح أنه في حالة رفض القاضي الاعتراف، وتنفيذ الحكم فإن المشرع الجزائري قد اقتدى بنفس ما أشارت إليه المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1958، حيث يكون الرفض بالاعتراف والتنفيذ محلاً للطعن بالاستئناف بحسب المادة 1055¹، ونفس الأمر أكدت عليه المادة 1056 في حالة الاعتراف والأمر بتنفيذ الحكم، وقد حددت المادة حالات الطعن بالاستئناف على سبيل الحصر ممثلة فيما يلي:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم، أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالف للقانون.

- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

وبالإضافة إلى امكانية الطعن بالاستئناف فإنه يمكن الطعن فيه كذلك بالبطلان، ولكن يقتصر الأمر فقط على أحكام التحكيم الصادرة بالجزائر فقط، وهذا بحسب نص المادة 1058²، وما يمكن الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد وحد بين كل من الطعن بالاستئناف، والطعن بالبطلان من حيث تعداد أسباب الطعن على سبيل الحصر، والجهة القضائية المختصة، وكذا مواعيد إيداع الطعن، وهذا ما يستشف من نص المادتين 1057 و1059 من قانون الاجراءات المدنية والادارية³.

¹ تنص المادة 1055 على ما يلي: "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ قابلاً للاستئناف."

² تنص المادة 1058 على ما يلي: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه."

³ تنص المادة 1057 على ما يلي: "يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة."

وتنص المادة 1059 على ما يلي: "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم."

وإن لكل من الطعن بالاستئناف والطعن بالبطلان، الأثر الموقوف لتنفيذ أحكام التحكيم، وهذا بحسب ما أكدت عليه المادة 1060 من قانون الاجراءات المدنية والادارية¹، بحيث لا يتم الشروع في التنفيذ الجبري إلا بعد انقضاء مواعيد الطعن بالاستئناف أو البطلان.

وإن كنا لا نتفق مع الأثر الموقوف للطعن بالاستئناف أو البطلان، في أحكام التحكيم الدولي، لأنه أمر يتنافى مع المبدأ أو الطبيعة التي ينطوي عليها أسلوب التحكيم، باعتباره وسيلة سريعة وفعالة لضمان عدم تكبد المستثمر الأجنبي خاصة، لتحمل تكاليف ومصاريف مالية إضافية، إذا ما عرض النزاع على القضاء، بحيث أن المبدأ في أسلوب التحكيم، هو تفادي طرق الطعن المعمول بها قضائياً وما يترتب عنها من إطالة في إجراءات تسوية النزاع.

علاوة على ما سبق فقد استحدثت المشرع الجزائري طريق الطعن بالنقض، بحسب نص المادة 1061 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وإن مبادرة المشرع الجزائري بهذا النوع من الطعن، يفتح هو الآخر المجال لإطالة أمد النزاع، مثله مثل الأثر الموقوف للطعن بالبطلان أو الاستئناف، فهي آثار واجراءات لا تتوافق مع أسلوب التحكيم التجاري الدولي.

كما يبقى التساؤل مطروح حول الفراغ القانوني الذي لم ينظمه المشرع الجزائري، في حالة الطعن بالنقض. فهل نطبق الأحكام العامة المنصوص عليها في المادة 358 وهل يخضع للآثار المترتبة في المادة 361 من قانون اجراءات المدنية والادارية، من حيث عدم وقف التنفيذ إلا في حالات محددة. أو يخضع للآثار المترتبة عن الطعن بالاستئناف والبطلان وفقاً للمادة 1060 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

الفرع السادس: المفاضلة بين القضاء والتحكيم في تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية:

لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ اتبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.
¹ تنص المادة 1060 على ما يلي: " يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد 1055، و1056، و1058، تنفيذ أحكام التحكيم."

يمكن تفسير ربط تسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية بأسلوب التحكيم، لسبب المزايا التي يحققها هذا الأخير بالمقارنة مع أسلوب القضاء التي كثيرا ما يتفوق بها على أسلوب القضاء الرسمي. فمما لا شك فيه أن تلك المزايا التي يتمتع بها نظام التحكيم، ويقدمها لأطراف النزاع هي التي أدت إلى انتشاره بصورة كبيرة بين المتعاملين، وخاصة في مجال التجارة الدولية، لفض ما ينشأ بينهم من منازعات.

وتتجلى مزايا التحكيم التي يتفوق فيها على القضاء: فيما يلي

1- كون التحكيم أداة فض نزاع اختيارية، يسلكها أطراف النزاع برغبتهم الكاملة وعن رضاه تام منهم بما يقرره المحكم، فهم يثقون في حيده وكمال نظر المحكم، كما أنهم يتفوقون على كفاءته، وخبرته السليمة في موضوع النزاع، ويتحصل كل هذا في مقابلة قرار المحكم برضاء وقبول حسن من الأطراف¹.

ذلك أن التحكيم يتيح للخصوم فرصة اختيار محكميهم بأنفسهم، ممن يمتلكون الخبرة في موضوع النزاع، ومن أصحاب التكوين المهني الكافي لتسوية هذا النوع من المنازعات، حيث يكون المحكم متخصصا في المجال الذي يطلب منه الفصل فيه.

ثم أن القاضي في محاكم الدولة، قد يكون فقهيًا بارعا، ولكن قليل الخبرة بشئون التجارة والمال، فيتعذر عليه الفصل في المنازعات المتعلقة بها، إلا بالاستعانة بخبير يرشده ويكشف له ما أستصعب عليه من جوانب النزاع، فإذا اقتضى الأمر تعيين خبير، وإضاعة الوقت في انتظار تقريره وتحمل ما ينجم عن ذلك من نفقات.

2 يتميز التحكيم بسرعة التصدي للمنازعات ووضع حد لها في وقت ملائم للأطراف وظروف عملهم، وذلك بخلاف القضاء الرسمي، والذي يرتبط بذلك الكم الهائل من القضايا المعروضة أمامه، فالأطراف بالتجائهم إلى التحكيم يتفادون ببطء إجراءات القضاء العادي، وما يترتب عليه من انتظار

¹ (منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الادارية، الجزائر، 2000، ص. 10).

لموعد نظر قضيتهم، ثم ما تتعرض له القضية أمام قضاء الدولة من تأجيل متكرر، ناهيك عن تعدد درجات التقاضي مما قد يؤثر على مصالحهم.

3- السرية أيضاً هي إحدى الضمانات الهامة التي يقدمها نظام التحكيم لمن يلجأ إليه من المتنازعين، فالسرية مطلب ضروري، عند حل المنازعات التجارية والمالية، وهو الأمر غير المتوفر في القضاء الرسمي الذي يقوم على أساس العلانية.

4- نظام التحكيم الأكثر ملاءمة لفض المنازعات ذات الطابع الدولي الناشئة عن العلاقات الخاصة الدولية، خصوصاً مع نمو هذه العلاقات وزيادة التعاملات التجارية بين أطراف من جنسيات مختلفة وشركات دولية، حيث يقدم التحكيم قضاء محايداً لا ينتمي إلى جنسية معينة مما يبعث الثقة في أحكامه والإقبال عليه.

أخيراً، فإن اللجوء إلى الآليات البديلة لتسوية النزاعات المترتبة، والناجمة عن تنفيذ العقود التجارية والمعاملات المالية من شأنه المساهمة في تحسين مناخ العلاقات الدولية الاستثمارية وتعزيز جاذبيتها.

المبحث الثاني: دور الوسائل القضائية في حسم منازعات الاستثمار الأجنبي:

يمكن أن تتم تسوية منازعات الاستثمارية، التي تنشأ بين الدولة المضيفة للاستثمار، والمستثمر الأجنبي، بموجب القضاء الرسمي. الذي ييثر في النزاع بموجب حكم قضائي، وهذا القضاء يمكن أن يكون ممثلاً في قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، أو قضاء الدولة التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، أو قضاء دولة ثالثة. كما يمكن أن تتم تسويته بموجب قضاء دولي، يختص بتسوية المنازعات التي تنجم عن الاستثمارات الأجنبية. وبالتالي ستعرض للقضاء الوطني كمطلب أول، والقضاء الدولي كمطلب ثاني، ومحكمة الاستثمار العربية أنموذجاً في مجال فض منازعات الاستثمار الأجنبي كمطلب ثالث.

المطلب الأول: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

إن عقد الاختصاص الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، يعد أهم مظهر من مظاهر سيادة الدولة الداخلية، وهو الأمر الذي نلمحه من محتوى جل القوانين الاستثمارية الداخلية، وكذا الاتفاقيات الثنائية، في عقد الاختصاص للقضاء الوطني للدولة المضيفة، واخضاع جميع المنازعات المتعلقة بالأشخاص والأموال، سواء كانت أموالاً عقارية أو منقولة، وسواء كانوا أشخاصاً وطنيين أو أجانب، ماداموا يتمتعون بحمايتها في اخضاعهم لقضائها وقوانينها، مالم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

ونشير إلى أنه بإمكان الأطراف اللجوء إلى محاكم دولة المضيفة للاستثمار، أو اللجوء إلى محاكم الدولة التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، أو اللجوء إلى محاكم دولة ثالثة. إلا أن الملاحظ بصفة عامة هو ندرة لجوء الأطراف لتسوية منازعاتهم، عن طريق القضاء الوطني لدولة المستثمر الأجنبي، أو القضاء الوطني لدولة ثالثة، ذلك أن اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر الأجنبي، أو إلى محاكم دولة ثالثة، لا يمكن أن يسهم كثيراً في تسوية المنازعات، بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

وذلك بسبب تمتع الدولة الأجنبية بالإعفاء التام، من الزامية الخضوع لقضاء المحاكم الوطنية، في جميع المنازعات التي تكون طرفاً فيها، إلا إذا قبلت الخضوع لذلك صراحة، لأن سيادة الدولة واستقلالها،

يتنافيان مع امكانية خضوعها بأية صورة من الصور لسلطان القضاء في دولة أخرى، ذلك أن مقاضاة الدولة أمام محاكم دولة أخرى، ينطوي عى انتهاك لسيادتها ومساس باستقلالها¹.

وإن عقد الاختصاص الأصيل للقضاء الوطني، يجد أساسه في كل من المواثيق والقرارات الدولية، وكذا القوانين الداخلية، فعلى المستوى الدولي نجد نص الفقرة الرابعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية رقم 1803 لسنة 1962 على ما يلي: " على أي حال فعندما تثير مسألة التعويض خلافاً يجري استنفاد الاختصاص الوطني للدولة، التي اتخذت مثل تلك الاجراءات، هذا وعند الاتفاق بين الدولة ذات السيادة والأطراف المعنية، تتم تسوية النزاع من خلال التحكيم أو المقاضاة الدولية".

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 02 من قرار الجمعية العامة رقم 29/3281 المتعلق بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول الأعضاء تؤكد على أنه " عندما تثير مسألة التعويض خلافاً، يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة، وعن طريق محاكمها. مالم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على اتباع وسائل أخرى سلمية، لحل هذه النزاعات يقوم على أساسها المساواة في السيادة، بين الدول وفقاً للاختيار الحر للوسائل".

وبالرجوع إلى التشريعات الداخلية نجد قانون الاستثمار الليبي رقم 05 لسنة 1997 بموجب نص المادة 24 من تنص على أنه " يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي، والدولة إما بفعل المستثمر أو نتيجة لاجراءات هذه الدولة، على المحاكم المختصة في الجماهيرية إلا إذا كانت هناك اتفاقية...".

وكذلك نجد القانون الكويتي رقم 08 لسنة 2001 بشأن تنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي، حيث نصت المادة 16 في الفصل السادس من هذا القانون على أنه: " تكون المحاكم

¹ عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص. 161.

الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع، ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أيا كان.

كما نجد قانون الاستثمار الأردني رقم 30 لسنة 2014 ينص في مادته 43 على مايلي: " تسوى نزاعات الاستثمار بين الجهات الحكومية والمستثمر وديا، خلال مدة أقصاها 6 أشهر، بخلاف ذلك لطرفي النزاع اللجوء إلى المحاكم الأردنية، أو اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات باتفاق الطرفين."

وبالمقابل فإنه ليس من حق الدولة المضيفة أن تلزم المستثمر الأجنبي، بتسوية المنازعات التي تنشأ من استثمار أمواله فيها، أمام محاكمها الوطنية، إذا وجد اتفاق بينهما على خلاف ذلك، كما أنه ليس لها أن تمنعه من اللجوء إلى قضائها الوطني، إذا رغب في ذلك، وإلا عرضت نفسها للمساءلة الدولية، لأنها بذلك الفعل، تكون قد ارتكبت جريمة انكار العدالة بموجب العرف الدولي، الذي يلزمها بوجوب تأمين العدالة للجميع¹.

وحتى يلقي القضاء الوطني القبول والترحيب من قبل المستثمر الأجنبي، يتعين على المشرع الوطني، تفعيل مجموعة من الاجراءات التشريعية، والتنظيمية من بينها ما يلي:

- ضرورة سن قوانين تتعلق بترقية الاستثمار الأجنبي، وتشجع على جذب رؤوس الأموال الأجنبية، وكذا تفعيل ضمانات، تضمن للمستثمر الأجنبي الطمأنينة.
- العمل على إيجاد نظام قضائي متخصص، خاصة في مجال التجارة الدولية، من خلال انشاء محاكم متخصصة، تضم قضاة ذوي كفاءة وخبرة فنية وقانونية عالية، في مجال التجارة الدولية.
- سرعة البت في المنازعات المتعلقة بالاستثمار، واعتماد مواعيد قصيرة الأجل في التقاضي.

¹ (عبد الله سليمان، المقدمة الأساسية في القانون الدولي الجنائي، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص. 119).

-تسريع الفصل في أي إجراء احترازي، قد يتخذ بشأن تجميد الأموال والممتلكات التابعة للمستثمر الأجنبي، ووضع ضمانات كافية للحيلولة دون الحجز أو التحفظ عليها، لمدة قد تضر بمصالح الطرف الأجنبي.

-تسهيل إجراءات تنفيذ الأحكام، والأوامر القضائية ذات الصلة بعمليات الاستثمار، وتقصير مواعيد وإجراءات الطعن.

وبالرجوع للتشريع الجزائري نجد نص المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار رقم 16-09 بنصها: " 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 اتفاقيات 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."

ويمكن الإشارة إلى الاتفاقية الجزائرية الفنلندية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات¹ التي نصت في الفقرة 02 من المادة الثامنة، التي جاءت تحت عنوان "تسوية النزاعات بين مستثمر وطرف متعاقد" على مايلي: " إذا لم تتم تسوية هذا النزاع في مدة 03 أشهر ابتداء من تاريخ رفعه بإشعار كتابي، يرفع هذا النزاع وفقاً لاختيار المستثمر إما:

أ) إلى الجهة القضائية المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار. أو

ب) إلى التحكيم الدولي..."

وتأكيداً على الولاية الأصلية للقضاء الوطني للدولة المضيفة، في فض منازعات الاستثمار الأجنبي، فقد أدرك قانون الاجراءات المدنية والإدارية هذا الاختصاص في نص الفقرة 06 من المادة

¹ الاتفاقية الجزائرية الفنلندية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-469 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق ل 11 ديسمبر 2006، ج ر ج ع 82، الصادرة بتاريخ 17 ديسمبر 2006.

32 منه حيث استحدثت أقطاب متخصصة للنظر في مجموعة من المنازعات على سبيل الحصر بنصها: "تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم، بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات."

وبالتالي فإن نشاط التجارة الدولية، التي حتماً يكون موضوعها الاستثمار الأجنبي، تدخل ضمن نطاق اختصاص هذه الأقطاب. وما تجدر الإشارة إليه أن هذه الأقطاب المتخصصة التي يدخل ضمن مجال اختصاصها، منازعات التجارة الدولية، تتشكل على خلاف تشكيلة القضاء العادي، من 03 قضاة يفترض تمتعهم بالخبرة الفنية والقانونية، وذلك نظراً لأهمية القيمة القانونية والمالية للنزاعات المطروحة أمامها، على سبيل الحصر¹.

وفي الأخير نشير إلى أن حرص المشرع الجزائري على النهوض بالمنظومة التشريعية، من بداية التسعينات في مجال الاستثمار الأجنبي، وتدعيم المستثمر الأجنبي بالضمانات المالية والموضوعية والإجرائية، وكذا تنصيب الأقطاب المتخصصة، كل هذه الأمور تعد عاملاً ومؤشراً على حصر المشرع، في توفير جو مريح ومطمئن للمستثمر الأجنبي، عند مثوله أمام القضاء الوطني الجزائري. إذا كل هذه النصوص الدولية والوطنية، تؤكد على الاختصاص الأصيل، في حالة نشوب أي نزاع متعلق بالاتفاقية الاستثمارية، هو القضاء الوطني للدولة المضيفة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ويجدر بنا القول أن نجاح الدول وخاصة النامية، في التمسك سواء في قوانينها الوطنية، أو في الاتفاقيات الاستثمارية التي تبرمها، بأحقية القضاء الوطني في تسوية النزاعات، قبل إحالته إلى الهيئات الدولية، قد جاء متفقاً مع مبادئ النظام الاقتصادي الدولي الجديد، الذي تطالب به، هذه الدول لإعادة العدالة للنظام القانوني، الذي يحكم العلاقات الاقتصادية الدولية.

(¹) أحمد بوخلخال، المرجع السابق، ص. 76.

ضف إلى ما سبق واقع الخلاف حول تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، بطريق القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، يرجع جانب كبير منه الاعتبارات السياسية والتاريخية، التي تعود إلى الفترات الاستعمارية التي صاحبت الاستثمارات الأجنبية، خلال القرن التاسع عشر وحتى بداية القرن العشرين، والتي في ظلها تم الاعتراف بالمعاملة التفضيلية للأجانب، والتي وصلت إلى حد إقامة قضاء خاص بالأجانب، على نحو ما عرف بنظام الامتيازات الأجنبية، التي تم فرضها من قبل الدول الغربية المستعمرة على الدول، التي كانت تتم الاستثمارات الأجنبية على أراضيها، وذلك بهدف إخراج المنازعات المتعلقة بهذه الاستثمارات، من ولاية اختصاص القضاء وطني للدولة الواقعة، تحت وطأة الاستعمار.

وهو الأمر الذي يفسر حرص الدول وخاصة النامية منها، على إخضاع منازعات الاستثمارات الأجنبية لاختصاص قضائها الوطني، والنظر إليه على أنه أحد أهم مظاهر السيادة الإقليمية، وخاصة السيادة على ثرواتها الطبيعية التي حرمت منها إبان فترات استعمارها واستغلالها، من قبل الدول الغربية المصدرة للاستثمارات الأجنبية¹.

حيث تؤكد هذه المبادئ على أن الدولة، يجب أن تمارس سيادتها على مواردها الطبيعية، من خلال إخضاع كل المنازعات الناشئة عن الاستثمارات في هذه المواد، إلى محاكمها ووفقاً لقوانينها، عوضاً عن اللجوء مباشرة إلى الاجراءات الدولية، التي تتطلبها الدولة المتقدمة².

وكخلاصة نشير إلى أنه بالرغم من التأكيد على أحقية الدولة المضيفة، في فض منازعات الاستثمار الأجنبي أمام قضائها الوطني، ما لم يكن هناك اتفاق مسبق على خلاف ذلك، إلا أن مثل المستثمر الأجنبي أمام القضاء الوطني للدولة المضيفة، لا يخلو من المشاكل والصعوبات التي

¹ عمرو مراد معوض حيدر، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في إطار اتفاقية واشنطن بشأن انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دراسة تطبيقية في ضوء أحكام التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي العام، جامعة القاهرة، مصر، 2012، ص. 92.

² بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 153.

تفرضها طبيعة المراكز القانونية لكلا الطرفين، الأمر الذي يؤدي إلى عدم ثقة المستثمر الأجنبي، في هذه الوسيلة.

وبناء على ماسبق سوف نتعرض إلى العوائق الصعوبات، التي تواجه المستثمر الأجنبي أمام القضاء الوطني للدولة المضيفة.

إن عقد الاختصاص الأصيل للقضاء الوطني، في فض منازعات الاستثمار الأجنبي، سواء كان قضاء الدولة المضيفة، أو قضاء الدولة التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، هو حق مقرر ومعترف به بمقتضى العرف الدولي. إلا أن لجوء المستثمر الأجنبي إلى المحاكم الوطنية خاصة للدولة المضيفة، يثير عدة صعوبات وعدة عوائق، مصدرها الأساسي هو الاختلاف في مراكز القانونية لأطراف النزاع، إذا أن أحد الطرفين، ممثل في دولة ذات سيادة، والطرف الآخر شخص طبيعي أو اعتباري، من أشخاص القانون الخاص.

ولا شك أن هذا الاختلاف ليس في صالح المستثمر الأجنبي، خاصة في حالة عقد الاختصاص للقضاء الوطني للدولة المضيفة، لأن الأمر سيؤدي حتما إلى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة أمام قضاء الدولة المضيفة، وإلى عدم حصول المستثمر على اجراءات تقاض عادلة¹، بالإضافة إلى عدم انكار حقيقة، أن القضاء الوطني للدولة المضيفة، سيتأثر لا محالة بالتوجهات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، خاصة وأن عنصر أجنبي طرف في القضية المطروحة عليه.

فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة، حتى وإن كان يتصف بالحياد والاستقلالية، فإنه في نهاية المطاف قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة، أو أحد أجهزتها طرفا فيها، مع متعاقد أجنبي، وخاصة أن منازعات الاستثمار عادة ما تنشأ نتيجة الارتباط، الذي يجمع بين طبيعة هذه العقود والمصالح الحيوية في الدولة من اقتصاد وسياسية التنمية فيها.

¹ (أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 162).

وحتى وإن التزم القضاء الوطني بالحياد التام، فإن المستثمر دائما يتردد في منح الثقة للقضاء الوطني، لأنها اجراءات غير مألوفة بالنسبة له، فضلا عن تخوفه المسبق من احتمال تأثر القاضي الوطني، بالتيارات الفكرية والاجتماعية السائدة في دولته. أو التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون دولته في الوقت الذي يكون فيه هذا القانون، محل شكوى أو اعتراض من جانب المستثمر الأجنبي، كما أن انتماء القاضي إلى الدولة المضيفة، يجعل منه خصما وحكما في آن واحد¹.

كذلك ما ما يمكن اعتباره عائق أمام المستثمر الأجنبي، فباللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة، هو حقيقة افتقار قضاة القضاء الوطني، للخبرة الفنية والقانونية، اللازمة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي المعقدة، وهو أمر مسلم به، حيث لا تكون هذه المحاكم متخصصة دائما في المواضيع التجارية، كما قد لا يتمتع القضاة دائما بتدريب كاف، على فض منازعات ذات طبيعة فنية ومركبة، مثل عقود استغلال الثروات الطبيعية، وعقود نقل التكنولوجيا، وتسليم المفتاح وغيرها من العقود، التي تتطلب المعرفة الفنية والخبرة القانونية المتخصصة، في فض منازعاتها، وهو ما لا يتوفر في القضاء الوطني².

وأخيرا فإن ما يعاب على القضاء الوطني، هو بطء اجراءات التقاضي لديه، والسبب يرجع إلى أن المحاكم الوطنية تنطوي على عدة تعقيدات، التي تعتري المنازعات المعروضة على القضاء، وخاصة هذا النوع من المنازعات، وما ينجم عنها من تراكم في القضايا، وكذا تعدد درجات التقاضي التي تتيح للطرف الخاسر امكانية مراجعة القضية، وهو الأمر الذي لا يتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، التي بطبيعتها تتطلب السرعة في اجراءات الفصل في النزاع، لما تقتضيه من تحقيق مصلحة لكلا الطرفين، في عدم تضييع الوقت مع اجراءات التقاضي.

ذلك أنه في الغالب الأعم عادة ما تتعلق منازعات الاستثمار الأجنبي، بعمليات استثمارية مالية ضخمة، وإن تعقيدات عرض النزاع على القضاء الوطني، من شأنه تضييع الوقت للمستثمر الأجنبي،

¹ عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص. 165.

² خالد كمال جمعه، المرجع السابق، ص. 149.

من خلال ترجمة وثائق ومستندات مجريات القضية، وإلى حين صدور الحكم بعد كل هذه التعقيدات، يكون المستثمر قد تكبد خسائر مالية إضافية، وكل هذه التعقيدات والبطء في اجراءات التقاضي الوطني، لا تتفق مع طبيعة عقود الاستثمار الأجنبي، التي تتطلب السرعة في فض منازعاتها، بالمراعاة للمصالح المالية لكلا الطرفين.

ونتيجة لكل هذه التعقيدات والنقائص التي تعترى القضاء الوطني، فإن المستثمر الأجنبي سيجد نفسه مجبراً، على التهرب من القضاء الوطني، واللجوء إلى الهيئات الدولية. أكثر من هذا فإن المستثمر الأجنبي تخوفاً من عدم حياد القضاء الوطني، عادة ما يلجأ إلى إدراج شرط في الاتفاقية الاستثمارية، يتمثل في منح الولاية للهيئات الدولية، لأجل تصدي للنزاعات، التي ممكن أن تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة.

وتداركا لهذه النقائص فقد دفع بالعديد من الدول، إلى توفير أكبر قدر من الضمانات لأجل جذب المستثمر الأجنبي، ومن بين هذه الضمانات، فتح مجال حرية اختيار واتفاق الطرفين، على اختيار الوسيلة الأنسب والأريح للمستثمر الأجنبي، في تسوية منازعاته. فعلى الرغم من أن اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة، يعد الوسيلة الأكثر اتفاقاً مع مقتضيات سيادتها، إلا أن رغبتها في تشجيع الاستثمار على إقليمها، يلزمها أن تراعي ما يجول في نفسية المستثمر الأجنبي، فيما يتعلق بالقضاء الوطني، من حيث عدم حياديته وقدرته على فض منازعات الاستثمار الأجنبي، وفتح المجال للهيئات الدولية في فض منازعاته

المطلب الثاني: دور القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

تقضي القاعدة العامة أن القضاء الوطني، هو القضاء المختص للفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي، لكن العوائق والمشكلات التي تواجه المستثمر الأجنبي، في حالة عرض نزاعه أمام القضاء الوطني، خاصة التباين في المراكز القانونية، لكلا طرفي النزاع. أدى إلى البحث عن وسيلة قضائية أخرى، تمثلت في المحاكم الدولية، لما يمكن أن توفره من مساواة نسبية لطرفي النزاع.

وعليه فإن عقد الاختصاص للقضاء الدولي، لأجل النظر في مثل هذه المنازعات التي يكون المستثمر الأجنبي، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا طرفا فيها، لم يكن جائزا، وإنما جاء الاعتراف للمستثمر الأجنبي بهذا الحق، نتيجة عقد عدة اتفاقيات دولية، سعت فيها الدول إلى توفير الحماية القضائية الدولية، للرعاياها في الدول الأجنبية.

ومن ثم تثير مسألة تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، عن طريق القضاء الدولي، عدة مشكلات هي الأخرى، حيث يأتي في مقدمتها عدم قدرة المستثمر الأجنبي، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا على إقامة دعوى مباشرة، ضد الدولة المضيفة للاستثمار، أمام المحاكم الدولية. وهذا راجع لكون أن المستثمر الأجنبي، لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، وأن الدول هي وحدها صاحبة الحق لأجل مباشرة هذا النوع من القضايا، ومن ثم فلم تكن هناك وسيلة متاحة أمام المستثمر الأجنبي لرفع دعواه أمام المحاكم الدولية، إلا من خلال موافقة دولته على تبني مطالبه، وإقامة الدعوى أمام القضاء الدولي وهو ما يعرف باسم دعوى الحصانة الدبلوماسية.

وعلى الرغم من أهمية هذه الدعوى، إلا أن الشروط التي أحاطت بها، وكذا تمتع الدولة التي ينتمي لها المستثمر الأجنبي، بقدر كبير من الحرية في إقامة دعواه من عدمها، فضلا على توقف قرارها في هذا الشأن على العديد من الاعتبارات السياسية والاقتصادية، وعلى طبيعة العلاقة التي تربط بينها، وبين الدولة المدعى عليها الطرف الآخر، في النزاع من المستثمر الأجنبي. فكل هذه العقبات من شأنها إضعاف أو شل عملية التقاضي الدولي، باعتبارها وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي¹.

الفرع الأول: السوابق الدولية التي مهدت للفرد امكانية التقاضي الدولي:

¹ عمرو مراد معوض حيدر، المرجع السابق، ص. 98.

تكشف بعض السوابق الدولية أن التجاء الفرد إلى المحاكم الدولية، لم يلقى الترحيب المباشر من قبل أعضاء المجتمع الدولي، بحيث كان موقف الفقه¹ والقانون الدولي مترنحا بين القبول تارة والرفض تارة أخرى، وبالتالي فإن اقبال المستثمر على القضاء الدولي، لأجل تسوية نزاعاته تم الاعتراف له بهذا الحق في عدة مناسبات، وهو ما سنحاول توضيحه من خلال ما يأتي:

- إنشاء محكمة التحكيم الدائمة بموجب اتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية، التي توصل إليها مؤتمر السلام الدولي الذي عقد بلاهاي في 29 جويلية 1899، وغايتها حل نزاعات الدول المسجلة بالطريقة الدبلوماسية وإن فشلت يتم اللجوء للتحكيم المنعقد داخلها.

ومنذ عقد الخمسينات أصبحت المحكمة تنظر حتى في النزاعات القائمة، بين الدول والشركات في دول أخرى، إذ أضحي من حق هذين الطرفين الإشارة في شرط التحكيم، المضمن بعقد معاملة الرابط بينهما، الى إسناد الاختصاص لهذه المحكمة للبت فيما قد ينشب بينهما من نزاع بخصوصه، والهدف من التحكيم في هذا النوع من الاستثمارات هو حصول الشركات المتعاقدة على دعم دولها، بالضغط دبلوماسيا للوصول لما لها من حقوق، كما ولو أن النزاع قائم بين دولتين، وبهذا التغيير تم الرفع من عدد القضايا المعروضة لتصل الى حوالي 300 قضية استثمار منذ سنة 1950².

- مؤتمر السلام الدولي الثاني بلاهاي الذي تم فيه التوقيع على الاتفاقية الخاصة، بإنشاء محكمة غنائم دولية سنة 1907، والتي خولت في المادة الرابعة منها للفرد حق اللجوء المباشر إلى محكمة الغنائم لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية، أو عرض الموضوع كاملا على هذه المحكمة الدولية

¹ ذهب أنصار المدرسة الوضعية وعلى رأسهم الفقيهين تريبل وأنزيلوتي إلى انكار امكانية تمتع الفرد في إطار القانون الدولي التقليدي بالخصوية القانونية الدولية، وهو اتجاه كان متفقا مع وضع القانون الدولي حينما كان يعتبر أن الدولة هي الشخص القانوني الوحيد المخاطب بأحكامه.

² عبد الرحمان المصباحي، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، المنعقد بالدوحة من 24 إلى 26 سبتمبر 2013، قطر، ص. 04.

من البداية، إلا أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ لسبب عدة مشكلات، تتعلق بالقانون الواجب التطبيق وطريقة اختيار القضاة.

-اتفاقية انشاء محكمة عدل دول وسطى أمريكا، حيث تم التوقيع في 20 ديسمبر 1907 على هذه الاتفاقية من قبل خمس دول أمريكا الوسطى، هم كل من نيكاراغوا، السلفادور، هندوراس، جواتيمالا، كوستاريكا. وقد ظلت قائمة حتى عام 1917، ولقد أتاحت هذه الاتفاقية لرعايا الدول الخمس الحق التقاضي أمام محكمة عدل دول وسطى أمريكا، بعد استنفاد طرق التقاضي الداخلية، وقد تم رفع خمس قضايا أمامها، وتم رفض أربع منها لعدم استنفاد طرق الطعن الداخلية، وحكم في القضية الخامسة منها ضد طلب الفرد.

-معاهدة السلام بعد الحرب العالمية الأولى، حيث أسندت هذه المعاهدة للفرد حق اللجوء المباشر والكامل، إلى محاكم التحكيم المختلطة لتسوية المسائل، والأضرار الناجمة عن الحرب، حيث قررت إمكانية تقديم الأشخاص الخاصة، من رعايا دول الحلفاء أو المنظمة إليها، الذين أصابهم ضرر نتيجة لأعمال الحربية دعواهم، إلى هذه المحاكم مثل الدول، وتم العمل بهذه المحاكم إلى غاية سنة 1932.

- كما تم انشاء محكمة تحكيم سيليزيا العليا، بموجب اتفاقية جنيف الموقعة بين ألمانيا وبولندا في 15ماي 1922، والتي بمقتضاها تم منح الفرد حق الادعاء مباشرة أمام هذه المحكمة، من أجل حماية مصالحه حتى في مواجهة الدولة التي ينتمي إليها¹.

وفي الأخير فإن كل هذه السوابق الدولية، تؤكد على تطور المركز القانوني للفرد في ظل تطور قانون الدولي، من خلال الاعتراف له بنوع من الوجود القانوني على المستوى الدولي، من خلال تمثيله من قبل دولته، وهو الأمر الذي يسمح له باكتساب وضمان بعض الحقوق.

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص.308، عمرو مراد معوض حيدر، المرجع السابق، 102،

Browlin, principles of public international law, third ed, clarendon press, oxford, 1979, p . 581.

إلا أن هذا الاعتراف لم يمنح الحق المباشر والمطلق للمستثمر الأجنبي، سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، في الالتجاء المباشر للقضاء الدولي، لتسوية النزاع القائم بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، لعدم تمتعه بالشخصية القانونية الدولية، طبقا لقواعد القانون الدولي العام. ومن ثم فإنه لا يجوز للأفراد أو الاشخاص الاعتبارية، اللجوء مباشرة إلى المحاكم الدولية، إلا في الحالات الاستثنائية، المتفق عليها بموجب الاتفاقيات الدولية -محاكم التحكيم- وإنه في حالة غياب مثل الاتفاقيات، فإن المستثمر الأجنبي ليس له حق اللجوء إلى القضاء الدولي، إلا بعد تدخل دولته باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، وذلك من خلال ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية.

الفرع الثاني: دعوى الحماية الدبلوماسية:

تعرف دعوى الحماية الدبلوماسية، أنها إحدى الوسائل التي تعبر بها الدولة عن ممارسة الاختصاص الشخصي تجاه رعاياها، وبحيث يؤدي الضرر الذي يلحق فردا بعينه، إلى تحمل الدولة التي ارتكب الفعل المخالف للقانون الدولي، تبعة المسؤولية إزاء الدولة التي يتبعها المجني عليه بجنسيته¹. كما تعرف أيضا بأنها وسيلة قانونية من وسائل القانون الدولي، بمقتضاها تقوم الدولة التي لحق الضرر برعاياها، بتحريك المسؤولية الدولية تجاه الدولة، التي سببت هذا الضرر بعملها غير المشروع دوليا، وذلك حماية لرعاياها، إذا لم يتمكنوا من الحصول على حقوقهم، بالطرق القضائية الداخلية². فمن خلال هذين التعريفين نخلص أنه من مبادئ القانون الدولي العربي، أنه من حق الدولة أن تتصدى لحماية رعاياها، في حالة ما إذا أصابهم ضرر بفعل دولة أخرى، وهو ما يعرف بدعوى الحماية الدبلوماسية، التي تنطوي على مجموعة من الاجراءات السلمية، التي تتخذها الدولة لأجل الدفاع عن حقوق رعاياها ومصالحهم، عند الاعتداء عليهم من قبل دولة أخرى. وتتخذ هذه الحماية

¹ أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط4، القاهرة، مصر، 2004، ص. 876، 877.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 383.

عدة صور، منها المطالبات الرسمية بالتعويض بالطرق الدبلوماسية، ومنها حق اللجوء للقضاء الدولي¹.

ذلك أنه في حالة غياب اتفاقية ثنائية أو جماعية، تبين الوسيلة التي تتبع لفض منازعات الاستثمار الأجنبي حماية لمصالح الطرفين، وفي حالة غياب التعويض المناسب من طرف الدولة المضيفة للاستثمار، إذا ما أخلت بإحدى التزاماتها تجاه المستثمر الأجنبي، تتحرك آليات اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية، لتأمين ذلك الحق المنتهك للمستثمر الأجنبي².

وبموجب ميثاق منظمة الأمم المتحدة بنص مادتها 07 تعد محكمة العدل الدولية أحد الأجهزة الرئيسية في المنظمة، وأكدت المادة 92 على أهمية المحكمة بنصها " محكمة العدل الدولية هي الأداة القضائية الرئيسية "للأمم المتحدة" وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي الملحق بهذا الميثاق وهو مبني على النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي، وجزء لا يتجزأ من الميثاق.

وقد حصرت نطاق حق التقاضي على مستوى محكمة العدل الدولية المادة 34 فقرة 01 بنصها: "للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع للمحكمة."

وبالتالي وبموجب نص المادة فإن الدول وحدها لها حق التقاضي على مستوى المحكمة، ومن ثم فإن المستثمر الأجنبي، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، فإنه لا يملك حق المثل مباشرة، ويفسر هذا بدهاء بعدم تمتع الفرد بالشخصية الدولية، لأنه من غير المخاطبين بأحكام القانون الدولي، ومن ثم فهو لا يعد من أشخاصه³.

وكنتيجة لعدم أحقية المستثمر الأجنبي في المثل أمام محكمة العدل الدولية، فإنه يعترف له بحق ممارسة هذا الحق بطريقة غير مباشرة، عن طريق تبني دولة المستثمر الأجنبي دعواه، وبمباشرة إجراءات التقاضي

(1) عمرو مراد معوض حيدر، المرجع السابق، ص. 104.

(2) جابر فهمي عمران، المرجع السابق، ص. 413.

(3) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 161.

نيابة عنه، وهو ما يعرف بدعوى الحماية الدبلوماسية، التي تعد إحدى الوسائل التي تعبر بها الدولة عن ممارسة الاختصاص الشخصي تجاه رعاياها.

ويقوم حق الدولة في ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية لرعاياها، على أساس أن الضرر الذي ألم بحقوق ومصالح أحد رعاياها، يمثل في ذات الوقت إضراراً بمصالح الدولة، التي يحمل جنسيتها سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية، مما يخولها الصلاحية لمقاضاة الدولة، التي أحدثت الضرر أمام المحاكم الدولية، ومطالبتها بالتعويضات المستحقة، وفقاً للأحكام الموضوعية المقررة في القانون الدولي، والمتعلقة بالحماية دولية المقررة للأجانب، وممتلكاتهم ومشروعاتهم الاستثمارية¹.

وقد اعترفت اتفاقية فيينا لعام 1961 بحق الدولة في تقديم الحماية الدبلوماسية في الخارج، حيث نصت المادة الثالثة منها، على أن أهم وظائف البعثة الدبلوماسية، هي حماية مصالح الدولة المعتمدة ومصالح رعاياها في الدولة المعتمدة لديها، ضمن الحدود التي يقرها القانون الدولي².

وكخلاصة عن دعوى الحماية الدبلوماسية فإن المستثمر الأجنبي، ليس له الحق في اتخاذ إجراءات التقاضي الدولي، وأن الدول هي وحدها التي يمكن أن تكون طرفاً في الخصومة أمام محكمة العدل الدولية، فإذا كان هناك اعتداء على حقوق أحد مواطني، إحدى الدول الأعضاء أثناء وجوده على إقليم دولة عضو أو نتيجة دخوله في علاقات قانونية، مثل عقود الاستثمار في دولة أجنبية عنه، فإنه يقع على عاتق المستثمر الأجنبي، لأجل امكانية تحريك القضية، على مستوى محكمة العدل الدولية، أن يستنفذ أولاً طرق الطعن الداخلية، في الدولة المضيفة للاستثمار.

ثم يلجأ بعدها إلى تدخل دولته بالطرق الدبلوماسية، بقصد إقناع الدولة المضيفة للاستثمار، بجبر الضرر الحاصل للمستثمر الأجنبي، وفي حالة عدم نجاح الطرق الدبلوماسية، يتم تبني القضية من طرف الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي، لأجل رفع القضية على مستوى محكمة العدل الدولية.

¹ عمرو مراد معوض حيدر، المرجع السابق، ص. 104.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 257.

وهكذا فإنه يلزم لرفع دعوى الحماية الدبلوماسية توافر شرطين، هما أن يكون المستثمر المضرور متمتعاً طبعاً بجنسية الدولة التي تريد ممارسة الحماية، بالإضافة أن يكون المستثمر الأجنبي، قد استنفذ طرق التقاضي الداخلية، المنصوص عليها في قانون الدولة المدعى عليها، وهو ما سنحاول التعمق في أكثر من خلال ما يلي.

أولاً شرط الجنسية:

تقوم منازعات الاستثمار الأجنبي على تنازع القوانين، مادام أنها تجمع بين طرفين أجنبيين عن بعضهما البعض، لكل منهما تشريعه الخاص، ومن هنا فإن للجنسية أهمية من حيث تنازع القوانين، ومن حيث الاختصاص القضائي، فالأول يكون يجعل المشرع القانون الواجب التطبيق على الشخص، هو قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، أما الثاني فقد يعقد المشرع الاختصاص بمنزعة مشوبة بعنصر أجنبي لمحاكم الدولة، التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته¹. وعليه تعرف رابطة الجنسية بأنها علاقة قانونية بين الفرد والدولة، يصبح الفرد بمقتضاها عضواً في ركن الشعب. أو هي رابطة قانونية وسياسية وروحية بين الفرد والدولة، فهي سياسية، لأن مبنائها سيطرة دولة، وسيادتها في الحياة الدولية².

وبما أن الحماية الدبلوماسية تمثل أحد مظاهر ممارسة السيادة، فهي حق مملوك للدولة وليس للأفراد سواء كان فرداً طبيعياً أو معنوياً³، فيشترط أن يكون طالب الحماية الدبلوماسية، أياً كان فرداً أو شخصاً معنوياً من رعايا الدولة التي تحميه، بمعنى أن يحمل جنسيتها، لأن الجنسية هي أساس ممارسة الحماية الدبلوماسية.

(1) أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 171.

(2) غالب علي الدودي، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة وأحكام الجنسية، ط2، د م ن، سنة 1978، ص. 140.

(3) جابر فهمي عمران، المرجع السابق، ص. 415.

فإذا لم يتوفر شرط الجنسية في الرعية طالب الحماية، فإنه لا يحق للدولة أن تضع مسؤولية دولة أخرى موضوع التطبيق، فالعلاقة وثيقة بين الحماية الدبلوماسية ورابطة الجنسية، لأن هذه الأخيرة هي التي تخول للدولة الحق في رفع دعوى المسؤولية الدولية.

وإن الدولة تتمتع بسلطة تقديرية لا معقب عليها، في قبول التصدي لحماية مواطنيها من عدمه، مادام أنها تباشر حقها الخالص والسيادي، ولا شك أن وجود مثل هذه السلطة التقديرية، لا يبعث على الاطمئنان في نفسية المستثمر الأجنبي المضروب، لأنه يمكن تصور حالة تخلي الدول التصدي لحماية رعاياها، في مواجهة الدول الأخرى، مراعاة لمصالحها السياسية والاقتصادية، التي يمكن أن تجمع بين الدولتين.

ومن جهة أخرى إذا قررت الدولة قبول التصدي لحماية مواطنيها، الذين ألحقت بهم دولة أخرى أضراراً معينة، فإنه لا يجوز لهؤلاء الأشخاص في هذه الحالة التنازل عن هذه الحماية، قبل أو أثناء عرض النزاع أمام القضاء الدولي، لأنه بمجرد تبني الدولة الحماية نيابة عن مواطنها المضروب، فتصبح هي وحدها صاحبة القرار في مواصلة أو التخلي عن القضية¹.

وفي هذا الإطار قد أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي، على أهمية توافر شرط الجنسية، لممارسة الدولة للحماية الدبلوماسية في النزاع بين أستونيا وليتوانيا، حينما ذهبت إلى أنه "مالم يوجد اتفاق أو معاهدة تنص على حكم مخالف، فإن رابطة الجنسية بين الدولة والفرد هي وحدها التي تمنح الدولة حق الحماية الدبلوماسي".²

وقد يثور التساؤل حول ما إذا كان يكفي توافر رابطة الجنسية، بين طالب الحماية والدولة الذي سوف تتصدى للحماية الدبلوماسية لصالحه، عند تحقق الضرر أم أنه يشترط استمرار هذه الرابطة، إلى حين رفع النزاع أمام القضاء الدولي، أو صدور الحكم بمقتضاه؟

⁽¹⁾ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 257.

⁽²⁾ عمرو مراد معوض حيدر، المرجع السابق، ص. 106.

يتجه الرأي الراجح إلى ضرورة توافر رابطة الجنسية، بين طالب الحماية والدولة التي تصدت لحمايته، ليس فقط وقت تحقق الضرر، وإنما أيضا يجب توافرها وقت تقدم هذه الدولة رسميا، بطلب الحماية أو إبداء طلب الحماية.

أكثر من هذا فإنه يستلزم البعض توافر هذه الرابطة أيضا، وقت صدور الحكم من المحكمة، ويستند مبدأ استمرارية التبعية أو استمرار رابطة الجنسية، على أساس أن فكرة الحماية الدبلوماسية، تقوم على افتراض، مؤداه أن الضرر قد أصاب الدولة، التي تتصدى للحماية قبل أن يصيب مواطنها الذي تتصدى له بالحماية.

فإذا تغيرت جنسيته ولم يعد من مواطني الدولة الحامية له، فلا يصح افتراض أن ثمة ضرر قد أصابها ومن ثم يعدم أساس تدخلها لحمايته، وإن نفس الأمر يسري على الأشخاص الاعتبارية خاصة، وإن كان معيار تبعيتها للدولة الحامية هو معيار الرقابة أو ملكية رأس المال، إذ قد يتصور أن تتغير ملكية غالبية أسهم هذا الشخص الاعتباري، من رعايا الدولة الحامية، إلى رعايا دول أجنبية أخرى، في الفترة ما بين تحقق الضرر والتصدي للحماية، وهو الوضع الذي يترتب عليه انتفاء شرط استمرارية التبعية، مما يؤدي في نهاية الأمر إلى ترك الشخص الاعتباري، الذي أصابه الضرر من أفعال دولة أخرى دون حماية دولية¹.

وما يمكن الإشارة إليه أن الحماية الدبلوماسية، ليست مقتصرة فقط على الشخص الطبيعي، لما يمكن أن يصيبه من أضرار في الدول الأخرى، وإنما الأشخاص المعنوية، هي الأخرى لها الحق في الاستفادة من هذه الحماية. وهنا يمكن أن يثار التساؤل في حالة التعامل مع شركة متعددة الجنسيات، أو مع مستثمر أجنبي يحمل أكثر من جنسية، وتتفاقم المشكلة في حالة غياب الاتفاقية، تبين أي من الدول التي يحمل المستثمر جنسيته، يمكنها مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية لصالحه، ونفس المشكل يمكن إثارته بالنسبة لحالة عديم الجنسية.

¹ طه محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 164، 165.

بند 1: جنسية الشخص الطبيعي في دعوى الحماية الدبلوماسية: سيتم التعرض إلى كل من حالة

تعدد الجنسيات، وحالة انعدام الجنسية.

الحالة الأولى: حالة تعدد الجنسيات:

تعد رابطة التبعية الوحيدة التي يمكن أن تكون أساس الحماية الدبلوماسية، هي رابطة الجنسية، فإذا كان طالب الحماية شخصا طبيعيا، فيتعين أن يكون من رعايا الدولة التي سوف تحرك دعوى المسؤولية الدولية، تجاه دولة أخرى والمطالبة بالتعويض، عن الضرر الذي لحقه. ولا يختلف الأمر إذا كان طالب الحماية شخصا اعتباريا، إذ يتعين أيضا أن يتمتع هذا الأخير بجنسية الدولة، التي تتصدى لحمايته.

وكقاعدة عامة تحدد كل دولة من هم رعاياها بمقتضى تشريعاتها الداخلية، إذ يعد ذلك من صميم اختصاصها الداخلي، ولها كامل الحرية المطلقة في تحديدها، على أي أساس ترسى عليه، كمكان التأسيس، ومركز الإدارة الرئيسي، ومركز الاستغلال وغيرها. ويتدخل القانون الدولي في مسائل الجنسية، فقط من ناحية مبدأ احترام الدولة للقواعد، والأحكام الاتفاقية والعرفية، المقررة في مجال الجنسية. كما يبحث في شرعية منح هذه الجنسية، وذلك من خلال تحديد طبيعة الرابطة بين الفرد طالب الحماية، والدولة التي يحق لها التصدي لحمايته¹.

ولا تثار أية مشكلة في حالة ما إذا كان المستثمر الأجنبي، طالب الحماية الدبلوماسية يحمل فقط جنسية دولة واحدة، إلا أن المشكلة تثور في حالة ما إذا كان المستثمر الأجنبي يحمل أكثر من جنسية، وإن المسألة تتعدد أكثر في حالة غياب اتفاقية دولية، بين الدول التي هو حامل لجنسيتها، وذلك لكي يحدد بموجبها، الدولة التي يحق لها مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية لمصلحته.

وفي هذه الحالة يجوز لكل دولة من الدول التي يحمل المتضرر جنسيتها، المطالبة بإصلاح الضرر الحاصل له، على أساس حماية حقوق رعايتها، وهذا ما أكدته المادة 03 من اتفاقية لاهاي

¹ (بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 164).

لسنة 1930 المتعلقة بتنازع قوانين الجنسية، حيث نصت على أن كل شخص يحمل جنسيتين أو أكثر يمكن عده مواطناً لكل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها¹.

ففي البداية ساد ما يسمى بنظرية تكافؤ السيادة التي تنكر على القضاء الدولي، الحق في الترجيح بين الجنسيات التي يحملها الشخص المضرور، ووفقاً لهذه النظرية يكون من حق كل دولة من الدول، التي يحمل المضرور جنسيتها التصدي لحمايته، بطريق دعوى الحماية الدبلوماسية. وذلك استناداً إلى نظرية تكافؤ سيادات الدول التي هو حامل لجنسيتها، ولأن ترجيح إحداها يتضمن إهداراً لسيادة الدول الأخرى، وهو ما لا يجوز².

غير أن ذلك يؤدي إلى التوسع من خلال الحق بالمطالبة لكل دولة، لذا يستحسن عدم التوسع في مطالبة الحماية الدبلوماسية، من قبل تلك الدول لكون أن الشخص يحمل أكثر من جنسية، لأن ذلك يولد الفوضى وعدم الاستقرار، ويعدم الثقة في العلاقات الدولية المبنية على الثقة النوايا الحسنة³.

إلا أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد على أساس أنها تفترض عجز القانون الدولي، عن مواجهة المشاكل التي تقع بين الدول، ولا تؤدي بأي حال إلى حسم التنازع الناشئ عن تعدد الجنسيات. هذا بالإضافة إلى أن للجنسية مدلولها في القانون الدولي، الذي يختلف عنه في القانون الداخلي، على نحو ما عبر عنه البعض بقولهم، أن الجنسية تعبير غير متناسق فهو يستخدم في عدة معانٍ لعدة أغراض، في كل من القانون الدولي والقانون الداخلي، وليس هناك من تلازم في معنى الاصطلاح في كل من القانونين⁴.

¹ اتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة بتنازع القوانين في شأن الجنسية، الموقعة بتاريخ 22 مارس 1930، وذلك بناء على انعقاد أول مؤتمر لمعالجة ظاهرة تعدد الجنسيات بناء على القرار الصادر عن الجمعية العمومية لعصبة الأمم المتحدة في 23 سبتمبر 1924.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 116.

³ أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 173.

⁴ عمرو مراد معوض الحيدر، المرجع السابق، ص. 107.

وإزاء الانتقادات التي وجهت لنظرية تكافؤ السيادة، ظهر اتجاه يؤكد على أنه حتى تعد الجنسية أساساً لممارسة الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي، فلا بد أن تعكس عن ارتباط فعلي بين المستثمر الأجنبي المضروب، والدولة التي ينتمي إليها بجنسيته. وهو ما عرف بنظرية الجنسية الفعلية أو الغالبة أو الحقيقية¹.

فإذا لم تتوافر هذه الرابطة الفعلية، فإن رابطة الجنسية لوحدها، وإن كانت تنتج آثارها في العلاقة بين الشخص المضروب والدولة مانحة الجنسية، إلا أنه لا يعول عليها أو لا يمكن الاحتجاج بها تجاه الدول الأخرى، التي هو حامل أيضاً لجنسيتها.

وتقوم نظرية الجنسية الفعلية، على تفضيل الجنسية التي تكون أكثر اتفاقاً مع الواقع العملي، من خلال تظافر عدة مظاهر موضوعية وشخصية. محيطة بالشخص المتعدد الجنسيات مثل محل إقامته، ومحل ميلاده، وموطنه، فضلاً عن ممارسته لحقوقه الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية في الدولة، وشعوره وانتمائه النفسي ولغته. بحيث يدل كل ذلك على ارتباطه واندماجه في شعب الدولة، ويفسر بوضوح أن علاقته وثيقة وواقعية، بدولة معينة مقارنة بالدول الأخرى، التي ينتمي إليها بجنسيته².

ولقد استقر ذلك في قضاء محكمة العدل الدولية، إذ قضت المحكمة في قضية نوتبوم سنة 1955 أنه "لا يمكن الاعتراف بالجنسية من قبل الدول الأخرى، واستخدامها كسند قانوني للممارسة الحماية الدبلوماسية، إلا إذا كانت فعلية، أي تمثل رابطة حقيقية بين المانحة له، بمعنى آخر يجب أن تنسجم الجنسية مع الوضع الحقيقي للفرد وتشكل ترجمة حقيقية لصلته بالدولة التي تعده من رعاياها".

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 167.

² أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 174.

وتابعت المحكمة قولها "أن هذه القاعدة قد قررها المحكمون الدوليون في العديد من

الحالات المماثلة لازدواج الجنسية، عندما تثار مسألة الحماية الدبلوماسية"¹.

ومن خلال حكم محكمة العدل الدولية يستنتج أن الجنسية، وإن كانت شرط أساسي لتفعيل الحماية الدبلوماسية، إلا أنها غير كافية لمباشرة هذا الحق، وأنه من الضروري إثبات وجود صلة حقيقية بين الرعية والدولة التي تمارس الحماية الدبلوماسية².

الحالة الثانية: حالة عديم الجنسية:

قد يزداد الوضع أكثر تعقيدا من وضع المستثمرين متعددي الجنسية، في حالة المستثمر الأجنبي، الذي تنعدم لديه ربطة الجنسية، بينه وبين كافة دول العالم، وهو شأن عديم الجنسية. فيختلف مركز عديم الجنسية عن مركز غيره من الأجانب في الدولة، ذلك أن الأخيرين يعتبرون من الأجانب ذوي الجنسية المحددة، سواء كانت واحدة أو متعددة، أما عديم الجنسية فصفة الأجنبي بالنسبة له ليست نسبية، بل هي مطلقة، باعتباره أجنبيا عن جميع دول العالم³. وفي هذه الحالة يحتفي حق الفرد المستثمر في أن تتصدى الدولة لحمايته دبلوماسيا، في مواجهة الدولة المضيفة التي أصابته بأضرار، باعتبار أن الجنسية هي الحلقة الرئيسية، التي ترتبط بين الفرد والنظام القانوني الدولي، ومن دونها لا يستطيع المستثمر المضروب أن يحفظ حقوقه، أو أن يطالب بها دوليا⁴.

¹ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 169.

² إن مشكلة تعدد الجنسيات وبعد الفصل فيها من خلال نظرية الجنسية الفعلية او الحقيقية، التي تقوم على عدة اعتبارات وترابط فعلي بين المستثمر المضروب، والدولته التي تربطه بما علاقة فعلية، فإن قد يتصادف أن تكون الدولة المتسببة في الضرر، إحدى الدول التي يحمل المستثمر المضروب جنسيتها، فهل يعتد بجنسيتها في هذه الحالة؟

رجح رأي الفقه إلى أنه لا يجوز لأحدى الدول التي يكون المضروب حامل لجنسيتها أن تتصدى لحمايته دبلوماسيا في مواجهة دولة أخرى هو حامل كذلك لجنسيتها، حتى ولو كانت رابطة الجنسية بين المستثمر والدولة التي تصدت لحمايته تقوم على أسس واقعية وفعالية. وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في الراي الاستشاري الخاص بالتعويض عن الأضرار المتعلقة بالخدمة في الأمم المتحدة لسنة 1949 بقولها: "إن الممارسة العادية للحماية الدبلوماسية هي أن الدولة لا تمارس هذه الحماية لمصلحة أحد مواطنيها ضد دولة تعده مواطنا لها في نفس الوقت."

³ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 266.

⁴ بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 173.

ويترب عن هذا الوضع أن يصبح في إمكان الدولة، أن تعامل هذا المستثمر الأجنبي، معاملة تقل عن الحد الأدنى المعترف به دولياً للأجانب، فاعتباره عديم الجنسية يجعله في وضع يفتقر إلى الدولة، التي يمكن أن تتصدى لحمايته، في مواجهة الدول الأخرى. ما دامت رابطة الجنسية هي الرابطة المطلوبة، لإمكان ممارسة الحق في الحماية الدبلوماسية¹.

ونتيجة للآثار السلبية التي يخلفها وضع عديمي الجنسية، والانتقادات الموجهة لوضعهم، التي تصب كلها في ضرورة إيجاد حل لعديم الجنسية، عن طريق إيجاد رابطة تبعية أخرى تربطه بدولة معينة، اتجهت جهود الدول إلى عقد عدة اتفاقيات، حيث تمثلت أولى الجهود الدولية المبذولة في هذا المجال، في الأحكام التي تم إرساؤها في مؤتمر لاهاي 1930، لأجل معالجة والتقليل من حالات انعدام الجنسية. وأبرمت عدد من الدول الاتفاقيات الدولية، لتحسين وضع عديمي الجنسية، وقد دعا الفقه الدولي ومجموع الاتفاقيات، إلى ضرورة امتناع الدول عن تجريد الشخص من جنسيته، وعدم اللجوء إلى ذلك، إلا في حالات نادرة وفي أضيق نطاق، وبعد التأكد من أن الشخص اكتسب جنسية جديدة².

فهذه الاتفاقيات منحت عديمي الجنسية، مركزاً قانونياً قائماً على أساس قانون بلد الموطن أو الإقامة، بحيث يعامل عديم الجنسية نفس معاملة المواطنين، لتتصدى اتفاقيات جنيف المنظمة لحالات اللاجئين المنعقدة عامي 1951-1953 لعديمي الجنسية التي أقرت أن الدولة التي تتولى حماية عديمي الجنسية، هي الدولة التي اتخذوها موطناً لهم أو محلاً لإقامتهم³.

ويعد هذا انعكاساً لنظرية الجنسية الفعلية التي تبناها القضاء الدولي، بالنسبة لمتعدي الجنسية، ومبدأ الجنسية الفعلية يعينه القاضي، باستعمال سلطته التقديرية، في تحديد وتثبيت محل إقامة هذا الشخص

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 266.

(2) أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 175.

(3) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 174.

أو موطنه، على أساس علاقة الفرد بإحدى هذه الدول، من خلال ضوابط وظروف، مثل اللغة التي يتكلم بها، وفي أية دولة له مركز أعمال، وفي أية دولة يتمتع بحقوق سياسية ومدنية... إلخ¹.

البند الثاني: جنسية الشخص المعنوي في دعوى الحماية الدبلوماسية:

إن الشخص الاعتباري شأنه شأن الشخص الطبيعي، حيث يشترط فيه هو الآخر تمتعته برابطة الجنسية، لأجل إقامة دعوى الحماية الدبلوماسية لصالحه، وطبقاً للقواعد العامة في القانون الدولي، فإن جنسية الشركة هي وحدها صاحبة الحق، في حمايتها دبلوماسياً، وهذا كقاعدة عامة.

وتتمثل جنسية الشركة في جنسية الدولة، التي تأسست فيها بمقتضى قوانينها الداخلية، أو التي يقع في إقليمها مركز إدارتها الرئيسي، أو التي تأسست الشركة بمقتضى قوانينها، عندما يكون المقر الرئيسي للشركة، أو مركز إدارتها أو مركز السيطرة الفعلية عليها، داخل إقليمها، فضلاً عن الشركات المؤسسة طبقاً للقوانين الداخلية، والتي يملك المواطن فيها نسبة جوهرية، من رأس المال أو أغلبية الأسهم².

وعليه فقد يبدو من السهولة تحديد جنسية الشركة، إن كانت تنطوي على نفس الجنسية، التي تجمع بين جنسية الشركة وجنسية المساهمين فيها، إلا أن الأمر يتخذ نوع من التعقيد في حالة الشركة متعددة الجنسيات، التي عادة ما تنطوي على عدة مراكز ومصالح، متواجدة في أكثر من دولة. ففي هذه الحالة هل يعتد بالرابطة الجنسية لوحدها، لتحديد التبعية التامة للدولة حاملة الجنسية، أم لا بد من وجود اعتبارات أخرى إلى جانبها؟

1) موقف الفقه والقضاء من جنسية الشخص المعنوي في دعوى الحماية الدبلوماسية:

أجمع الفقه في البداية على أن المرجعية القانونية والقضائية، في تحديد جنسية الشركة متعددة الجنسيات، هي نفسها حكم محكمة العدل الدولية في قضية نوتابوم لسنة 1955، التي قررت أن الجنسية التي يعتد بها لتحديد مدى تبعية الفرد لدولته، في حالة تعدد جنسياته، هي الجنسية الفعلية

¹ (أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 176.

² (بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 175.

أو الحقيقية التي تقوم على عدة اعتبارات كما سبق وبيننا، وإن نفس الأمر ينطبق على جنسية الشركة متعددة الجنسيات.

إلا أن مدلول الرابطة الفعلية بين الشخص المعنوي، والدولة حامل جنسيتها، يختلف عن مدلول الرابطة الفعلية بين الشخص الطبيعي والدولته، ذلك أن مدلولها في حالة الشخص المعنوي، لا يقتصر على عنصر مكان التأسيس، أو مركز الإدارة الرئيسي، أو غيره من الاعتبارات. إنما يجد مدلوله في معيار الرقابة المباشرة، من طرف الدولة على الشخص المعنوي.

وهو ما قرره محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن لسنة 1964، حيث وجدت -كندا وهي الدولة الوطنية للشركة- أن أكثر من 88% من أسهم الشركة يملكها رعايا بلجيكيون¹، بمعنى أنها خاضعة لرقابتهم وإشرافهم، فهي تمثل المصالح البلجيكية، وهو ما أدى بها إلى العزوف عن مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية، بالنيابة عن الشركة انطلاقاً من مبدأ الجنسية الفعلية القائمة، على أساس معيار الرقابة المباشرة من طرف الدولة².

فمن خلال معيار الجنسية الفعلية وموقف محكمة العدل الدولية، في القضية المشار إليها أعلاه، نستنتج أن المعايير الأخرى المعتمدة في التشريعات الداخلية، من معيار التأسيس أو مركز الإدارة وغيرها، غير كافية لوحدها، وأنها تمثل قرينة بسيطة قابلة لإثبات عكسها، من خلال إقامة الدليل على تنافي معيار الرقابة، الذي يعكس عن وجود الرابطة الفعلية، التي تربط بينه وبين الدولة، التي تتصدى لحماية الشركة³.

وما يمكن الإشارة إليه أن موقف القضاء من نظرية الجنسية الفعلية، لم يثبت على استقرار الأخذ بها، في مختلف القضايا التي عرضت على محكمة العدل الدولية، ذلك أن موقف القضاء كان

1) CHARPENTIER Jean, L'affaire de la *Barcelona Traction* devant la Cour internationale de Justice (arrêt du 5 février 1970), *Annuaire Français de Droit International*, Année 1970 16 pp. 307-328

(2) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 178

(3) أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 178.

متريدا أحيانا بين الأخذ بها تارة، والانكار لها تارة لها أخرى، وهو ما يمكن استدلاله من خلال قضية تراكشن لسنة 1970، حيث أفضت دعوى بلجيكا ضد إسبانيا مؤكدا على أنه لا يجوز لبلجيكا، على الرغم من أن رعاياها يمتلكون أكثر من 88 % من أسهم الشركة، أن تتصدى لحماية الشركة دبلوماسيا، مع وجود دولة أخرى تتمتع الشركة بجنسيتها، وهي كندا.

فمن خلال هذه القضية نلمح أن محكمة العدل الدولية، لم تستند على معيار الجنسية الفعلية الذي قوامه معيار الرقابة، حيث أن أكثر من 88% من أسهم الشركة هي ملك لرعايا بلجيكا، وهي حصة تحولها بسط رقابتها على الشركة، وهو ما لم تأخذ به المحكمة وأولت الاختصاص لدولة كندا باعتبارها صاحبة الجنسية، وهي وحدها لها أن تتصدى لدعوى الحماية الدبلوماسية.

إذا من خلال ما تقدم يتضح لنا أن معيار الجنسية الفعلية، كأساس لدعوى الحماية الدبلوماسية غير كاف لوحده، فقد تم الاستعانة به أحيانا، وتم العدول عنه تارة أخرى، وأن التوسع في تطبيق هذه النظرية على جنسية الشركات، سيؤدي إلى إلقاء مزيد من الشك حول حق الدولة، التي يحق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية على الشركة. وذلك لو افترضنا أن النسبة الغالبة من أسهمها يملكها رعايا دولة لا تأخذ بمعيار الرقابة لتحديد جنسية الشركات، إنما تأخذ بمعيار التأسيس، وكانت الشركة قد تم تأسيسها أصلا بمقتضى قوانين دولة لا تأخذ بمعيار التأسيس، وكانت الشركة قد تم تأسيسها بمقتضى قوانين دولة، لا تأخذ بفكرة التأسيس لتحديد جنسية الشركة، وإنما تأخذ بمعيار مركز النشاط الرئيسي، وكان مركز النشاط الرئيسي للشركة في دولة ثالثة تأخذ بمعيار الرقابة.

ففي هذا المثال يستحيل أن يتم توفير الحماية الدبلوماسية للشركة، ما لم يوجد اتفاق بين هذه الدول، يقضي بتحديد الدولة التي ستتولى الحماية الدبلوماسية، ففي ظل غياب الاتفاق الدولي نكون أمام شركة عديمة الجنسية، وتقف قواعد القانون الدولي عاجزة أمام هذا الفرض¹.

¹ (بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 180).

وفي هذه الفرضية يمكن طرح التساؤل التالي، هل بالإمكان الفصل بين الجنسية الوطنية للشركة، وجنسية المساهمين فيها إن كانوا حاملين لجنسيات تختلف عن جنسية الشركة؟ فأبي الجنسية أحق بدعوى الحماية الدبلوماسية؟

(2) موقف القضاء الدولي من الحماية الدبلوماسية لدولة جنسية حاملي الأسهم في الشركة:

لو فرضنا أن دولة جنسية الشركة التي تعرضت لضرر ما، قد رفضت التصدي لحمايتها دبلوماسياً، أو أنها عدلت عن مواصلة الدعوى بعد إقامتها، كأن تعقد اتفاقاً مع الدولة التي تسببت في الضرر، لأجل حصولها على تعويض، إلا أنه من وجهة نظر المساهمين أنه تعويض غير عادل. فبعد أن تنازلت الدولة صاحبة الجنسية التي تتبعها الشركة، لأجل التصدي للحماية الدبلوماسية، فهل بإمكان حملة الأسهم في الشركة أن يلجؤوا إلى دولهم لأجل التصدي لحمايتهم دبلوماسياً؟

كإجابة عن هذا التساؤل فإنه تقضي القواعد العامة في القانون الدولي العام، بأن دولة جنسية الشركة، هي وحدها صاحبة الحق الأصيل، في التصدي للحماية الدبلوماسية لصالحها.

وهذا ما تم الرُّسُو عليه من خلال حكم محكمة العدل الدولية، التي رفضت في سعيها وراء القواعد، التي تحكم ممارسة حق الحماية الدبلوماسية، في نزاع برشلونة السماح بازدواج الحماية الدبلوماسية¹، حماية يحق ممارستها بواسطة دولة جنسية الشركة، وحماية تمارسها دولة أو دول جنسية المستثمرين، وخلصت المحكمة قائلة "إن المحكمة تعتبر اعتناق نظرية الحماية الدبلوماسية، بواسطة دول حملة الأسهم، وفتح الباب إلى مطالبات دبلوماسية متنافسة قد يخلق مناخاً من عدم الاستقرار، في العلاقات الدولية." وخلصت المحكمة إلى أن دولة جنسية الشركة، وحدها هي التي يحق لها ممارسة حق الحماية الدبلوماسية².

⁽¹⁾ هي قضية برشلونة تراكشن لسنة 1970 التي عرضت على محكمة العدل الدولية، التي رفضت فيه طلب الحكومة البلجيكية ضد اسبانيا بالتعويض لرعاياها الذي يملكون حصة 88% من أسهم في الشركة الأجنبية التي هي بكندا. فقد أنكرت المحكمة وجود أية قاعدة دولية، من شأنها أن تعهد للدولة الوطنية لحاملي الأسهم في ممارسة الحماية الدبلوماسية لرعاياها عندما يتعرضون للأعمال المشكو منها من قبل سلطات دولة ثالثة ضد الشركة

⁽²⁾ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 270.

فمن خلال هذا الحكم نستنتج أنه إذا رفضت دولة جنسية الشركة، التصدي للحماية الدبلوماسية للشركة، أو تنازلت عنها بعد أن أقامتها، من خلال تسوية النزاع بالاتفاق مع الدولة المسؤولة عن الضرر، عن طريق دفع تعويض لا يرضي حملة الأسهم، فإنه لا يجوز لدولة حملة الأسهم التصدي للحماية الدبلوماسية، في مواجهة الدولة التي أضرت بالشركة.

وفي حكم مهم لمحكمة العدل الدولية، سمحت بخرق الحجاب الفاصل ما بين الشخصية المعنوية للشركة وشخصية المساهمين حملة أسهمها، أو تغاضت عن الوجود القانوني للشركة، وأقرت للدول التي يتبعها حملة الأسهم بجنسيتهم، برفع الدعوى للمطالبة بالتعويض، بالرغم من أن الضرر الذي أصابهم كان غير مباشر، وذلك في ثلاث حالات شكلت استثناءات، عن القاعدة العامة هي كالآتي¹:

أ- تقتضي اعتبارات العدالة إعطاء الحق لدولة المساهمين حمايتهم دبلوماسياً، إذا كانت الدولة التي تحمل الشركة جنسيتها، هي دولة مدعى عليها، بمعنى مسؤولة عن إحداث الضرر.

ب- في حالة إذا لم تتم تصفية الشركة، أو فقدانها الأهلية القانونية، التي تمكنها من المطالبة القضائية.

ج- إذا كان هناك أسباب قانونية يتعذر معها، ممارسة الحماية الدبلوماسية، من قبل دولة جنسية الشركة.

من خلال هذه القضية يتضح أن حق الحماية الدبلوماسية قد تم التوسع فيها، من خلال الاعتراف لدولة جنسية حاملي الأسهم حق الحماية الدبلوماسية، وهذا ضمناً لعدم ضياع حقوق حاملي الأسهم، وتقرير حق دولهم في الحالات الاستثنائية المشار إليها سابقاً.

وعلى الرغم من أن الأهمية التي تترتب عليها رابطة الجنسية، ودعوى الحماية الدبلوماسية، لمباشرة الدولة لتلك الدعوى، باعتبار أن الجنسية هي تعبير عن هوية الشخص الطبيعي، فضلاً من

¹ (بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 185، 186).

أنها تحدد النظام القانوني للشخص الاعتباري، إلا أنها غير كافية من الناحية القانونية، لأجل تفعيل الحماية الدبلوماسية. وإنما لابد من توافر شرط آخر هو شرط استنفاد طرق التقاضي الداخلية، وهو ما سيتم التعرض إليه في النقطة الموالية.

ثانياً: شرط استنفاد طرق التقاضي الداخلية:

لا يكفي لأجل تصدي الدولة للحماية الدبلوماسية لصالح رعاياها، التمتع فقط برابطة الجنسية، وإنما يفترض أيضاً أن يكون المستثمر الأجنبي، الذي لحقه الضرر ويسعى إلى الحماية الدبلوماسية، قد سبق واستنفذ ودون نجاح جميع الوسائل المقررة لإصلاح الضرر، في الدولة المضيفة للاستثمار.

بمعنى أن المستثمر المضروب مطالب قبل التماس الحماية الدبلوماسية، من دولته التي يتبعها بجنسيته، أن يلجأ إلى كل وسائل الإصلاح الداخلية المقررة في الدولة المضيفة للاستثمار، وأن يفشل في إصلاح ما لحقه من ضرر، بمقتضى تشريعاتها ونظمها الداخلية¹.

وإنه لأجل تبرير قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية، قبل ممارسة التصدي للحماية الدبلوماسية، فقد تم الاستناد إلى عدة حجج تنطوي على ما يلي:

- أن مبدأ السيادة والاستقلال السياسي الداخلي لكل دولة، يعطيها الحق لأجل المطالبة بمنح محاكمها، الولاية العامة لإصلاح الضرر، في حالة ثبوت مسؤوليتها، وبالتالي فإنه يكون من غير المقبول أي تدخل، من خلال استعمال الحماية الدبلوماسية، قبل استنفاد وسائل الإصلاح المتاحة في النظام القانوني الداخلي، للدولة المسؤولة عن الضرر، المثلة في الدولة المضيفة للاستثمار.

- بالإضافة إلى شرط استنفاد طرق الطعن الداخلية، قبل اللجوء إلى ممارسة الحماية الدبلوماسية، يساعد في الحفاظ على العلاقات الودية بين الدول، ويحول دون إثارة المنازعات، التي

¹ (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 343).

يترتب عليها تحريك المسؤولية الدولية، التي تؤدي في كثير من الأحيان إلى نزاع مسلح، أو تهديد للسلم والأمن الدوليين.

-وفي الأخير فإنه لا شك في أن تلافي الخلافات الدولية، والتقليل من عدد الدعاوى التي ترفعها الدول على بعضها البعض، من خلال إعطاء فرصة للقضاء الوطني للدولة المضيفة، المتسببة في الضرر لأجل إصلاحه، فيه مصلحة محققة للمجتمع الدولي بأسره¹.

بعد إجماع الفقه على ضرورة استنفاد طرق التقاضي الداخلية، إلا أنهم اختلفوا حول تحديد الطبيعة القانونية التي تنطوي عليها، فذهب بعضهم إلى اعتبارها قاعدة موضوعية وجوهرية، يترتب على تخلفها، إلغاء كافة الاجراءات القانونية، المتعلقة الدعوى الدبلوماسية².

وذهب البعض الآخر إلى اعتبارها قاعدة إجرائية، بحيث تعد شرطاً للممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية، وليست شرطاً لثبوت المسؤولية ذاتها، بمعنى أن الضرر الذي يصيب المستثمر الأجنبي، يمكن أن يشكل مخالفة مباشرة للقانون الدولي، إلا أن هذا الأخير، يؤخر توقيع الجزاء المقرر، لهذه المخالفة حتى يثبت قطعياً أن تعويض الضرر، لا يمكن تحقيقه بالطرق المقررة في القانون الداخلي للدولة المسؤولة.

ويرى فريق ثالث من الفقه أن الطبيعة القانونية، لقاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية، تنطوي على الطبيعة المختلطة لكل من الموضوعية والاجرائية، وعلى المحكمة المعروضة عليها الدعوى، تحدد طبيعة القاعدة بحسب ظروف وملابسات كل قضية على حدى³.

وعلى الرغم من أهمية شرط استنفاد الوسائل القضائية الداخلية، إلا أنه لا يعد من المبادئ المطلقة، بل أن هناك ثمة قيود تحد من مجال تطبيقه هي كالتالي:

(1) عمرو مراد معوض حيدر، المرجع السابق، ص. 109.

(2) أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 183.

(3) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 191.

- إذا كانت القاعدة مقررة أصلاً لحماية مصلحة الدولة، المسؤولة عن الضرر، ضماناً واحتراماً لسيادتها وحفاظاً على العلاقات الودية بينها وبين الدولة المدعية، فإن للدولة المسؤولة أن تتنازل عن حقها في التمسك بتطبيق القاعدة، بما يحقق مصالحها إذا كان الغرض منها اختصار الاجراءات، وتسهيل حصول المستثمر المتضرر على حقه، وتشجيعاً له ولغيره من المستثمرين الآخرين، على القيام بمزيد من الاستثمارات، دون الشك أو التخوف من ضياع حقوقهم. ومن أجل استمرار العلاقات الودية، بين الدولة المسؤولة والدولة المدعية. ويتم هذا التنازل عادة في إطار اتفاقية استثمار، أو اتفاقية تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية¹.

- يجمع الفقه أنه حتى يلقي القضاء الوطني للدول المضيفة للاستثمار، إقبالا وطمأنينة لدى المستثمر المضروب، في أنه سيجد ظالته لديها في طلب التعويض. فإنه يفترض في جميع الأحوال أن تكون هذه الوسائل كافية وعادلة، وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات، وجود هذه الوسائل الكافية والعادلة، على الدولة التي وجه ضدها طلب الحماية.

فعلى هذه الدولة التي ستدفع بعدم استنفاد الوسائل الداخلية، أن تقيم الدليل على وجود هذه الوسائل الكافية والعادلة، بمقتضى تشريعاتها الداخلية، فإذا ما تبين عدم وجود وسائل كافية وعادلة، فإنه يجوز لدول جنسية المستثمرين، أن تتصدى لحمايتهم أمام القضاء الدولي مباشرة، ودون حاجة لاستنفاد الوسائل الداخلية².

- إذا كان قانون الدولة المستقطبة للاستثمار، لم يتناول بالتنظيم مسألة استنفاد طرق الطعن الداخلي، من خلال تخصيص نصوص قانونية، تسمح بموجبها للمستثمر الأجنبي استخدام وسيلة ومن وسائل التقاضي الداخلية، يضمن له حماية حقوقه من الأضرار التي لحقت به، بحيث يكون جبر الضرر مع قاعدة استنفاد طرق التقاضي الداخلية متعذراً³.

(1) بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 192.

(2) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 273.

(3) أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 182.

-يشير جانب من الفقه أن اشتراط استنفاد طرق التقاضي الداخلية، يستلزم ضرورة وجود رابطة بين طالب الحماية، والدولة المسؤولة عن الأضرار اللاحقة به. وتمثل هذه الرابطة في إقامة المستثمر الأجنبي طالب الحماية بهذه الدولة، وأن يكون مشروعه الاستثماري وممتلكاته متواجد في هذه الدولة، أما إذا انعدمت الرابطة بين طالب الحماية، وبين الدولة التي تسببت في إلحاق الضرر به، فإنه لا مبرر في هذه الحالة على اشتراط استنفاد الوسائل الداخلية، قبل أن تتصدى دولة جنسية المستثمر لدعوى الحماية الدبلوماسية¹.

-إذا كانت الدولة المضيفة للاستثمار تجعل نزع ملكية المشروع الاستثماري، من قبيل أعمال السيادة، والتي لا يجوز للقضاء الوطني، البحث في مشروعيتها أو ملاءمتها. فلا يمكن الخضوع لوسائل إصلاح الضرر المقررة في قانون الدولة المسؤولة، وإنما يدخل ضمن اختصاص المحاكم الدولية، وفقاً للقانون الدولي، سواء أكانت بالوسائل الدولية الدبلوماسية، أم القضائية².

والجدير بالذكر أن هناك شرط آخر يتطلب تحقيقه في دعوى الحماية الدبلوماسية، وهو يتمثل في ألا يكون المستثمر الأجنبي، قد ساهم من جانبه في إحداث الضرر الذي لحقه، وهو ما يجمع الفقه على تسميته بشرط الأيدي النظيفة، أو ما يسمى بشرط السلوك السليم للمدعي³.

ومعنى شرط الأيدي النظيفة أن لا يكون المستثمر الأجنبي المراد حمايته، قد تسبب بسلوكه المخالف للقانون الدولي العام، أو لقوانين الدولة التي أقام استثماره فيها، في إحداث الضرر الذي يشكوا منه، وبناء على ذلك هناك حالتان يتعذر معها قبول دعوى حماية دبلوماسية هما:

1- حالة انتهاك الفرد الأجنبي لقانون الدولة التي يقيم فيها، كأن يشترك مثلاً في تمرد أو حركة

ثورية ضد الحكومة الشرعية.

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 273.

(2) أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 182.

(3) عصام العطية، القانون الدولي العام، ط6، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 2006، ص. 358.

2- في حالة ما إذا أبدى نشاطا يتعارض والقانون الدولي العام، كاشتراكه في تجارة الرقيق، أو خرقه حياد دولة أجنبية أو قيامه بالتجسس عليها¹.

المطلب الثالث: محكمة الاستثمار العربية أنموذجا في مجال فض منازعات الاستثمار الأجنبي:

تعد محكمة العدل الدولية صاحبة الولاية العامة، لأجل النظر في جميع المنازعات الدولية، أيا كانت طبيعتها، وقد تم الاستعانة بأحكامها وقراراتها في هذه الدراسة، لأجل الوقوف أكثر الأحكام المتعلقة بتحريك الدعوى الدبلوماسية، وربطها بموضوع منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر. وعليه وكما سبق وأن تعرضنا فإن الدول هي وحدها هي صاحبة الحق، لأجل التقاضي على مستواها، دون إمكانية أن يمتد هذا الحق إلى للأفراد. باعتبار أن الدول هي وحدها من أشخاص القانون الدولي، التي يمكن أن تتقاضى على مستوى محكمة العدل الدولية، بالإضافة إلى الشروط الأخرى المتعلقة برابطة الجنسية، وشرط استنفاد طرق الطعن الداخلية، وما يتعلق بمما من قواعد واستثناءات سبق وأن تم تبيانها.

وبناء على ما تنطوي عليه محكمة العدل الدولية من ولاية عامة، واختصاص شامل لجميع النزاعات، فقد سعى أعضاء المجتمع الدولي إلى خلق هيئة قضائية، مثلها مثل محكمة العدل الدولية، ولكن مع حصر اختصاصها فقط في المسائل والمنازعات الاستثمارية.

وتبعاً لما تقدم فسوف يتم حصر دراستنا في هذه النقطة، بمحكمة الاستثمار العربية، التي تمثل القضاء الإقليمي في مجال فض منازعات الاستثمار الأجنبي، والتي تعد سابقة في مجال القضاء الدولي، من حيث فتح المجال للمستثمرين الأفراد، امكانية اللجوء إليها مباشرة، ودون الحاجة لتمثيلهم من قبل دولهم لأجل، إقامة دعواهم أمام المحكمة العربية للاستثمار.

¹ (أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 183، بسمان نواف فتحى حسين الراشدي، المرجع السابق، ص. 194).

لقد جاء النص على محكمة الاستثمار العربية لأول مرة، في متن الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1980¹، بنص فقرتها الأولى من المادة 28 بما يلي: **لحين انشاء محكمة العدل العربية، تنشأ محكمة للاستثمار العربي**."

وقد وتم وضع نظامها الأساسي من طرف الهيئة العربية للاستثمار سنة 1985، وتم تشكيلها بمقتضى قرار المجلس الاقتصادي عام 1991، وتتخذ من الأمانة العامة، لجامعة الدول العربية بالقاهرة مقراً لها². ولكنها لم تخرج إلى حيز الوجود إلا في عام 1994، وعليه يمكن القول بأن عام 1994 شهد قيام أول محكمة عربية في منازعات الاستثمار³.

الفرع الأول: تشكيل محكمة الاستثمار العربية:

تتشكل المحكمة من عدد فردي من القضاة لا يقل عن خمسة قضاة، إضافة إلى عدد من الأعضاء الاحتياطيين، يعينهم المجلس الاقتصادي العربي من بين قائمة القانونيين العرب، حيث ترشح كل دولة طرف اثنين منهم، وطبعاً يشترط فيهم الكفاءة والخبرة، وتمتعهم بالصفات الخلقية الرفيعة، التي تؤهلهم لتولي منصب قاضي على مستوى المحكمة، كذلك يراعى في تعيينهم الاختلاف في الجنسية العربية، لضمان التمثيل الحيادي النزيه.

ويفترض في قضاة المحكمة التفرغ لتولي منصب قاضي على مستواها، إلا إذا كانت هناك ظروف أخرى تقضي بغير ذلك، وتكون مدة العضوية لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، أما بالنسبة للرئيس فيتم تعيينه من قبل المجلس الاقتصادي من بين أعضاء المحكمة⁴.

¹ تم المصادقة على الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306 مؤرخ في 12 جمادى الأولى لعام 1416، الموافق ل 07 أكتوبر لسنة 1995، ج ر ع 59، الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر 1995.

² عبد الرحمان المصباحي، المرجع السابق، ص. 04.

³ زروال معزوزة، المرجع السابق، ص. 617.

⁴ تنص المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة على مايلي: "لمحكمة الاستثمار العربية هيئة قضائية تضم عددا من القضاة لا يقل عن خمسة يختارهم المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجامعة الدول العربية، من بين قائمة تضم مرشحي الدول الأطراف من القضاة، الذين تحملهم صفاتهم الخلقية والعلمية وخبراتهم المهنية، في هذا المجال لتولي مناصب القضاة الرفيعة. وتكون رئاسة المحكمة بالتناوب حسب الحروف الهجائية للدول التي ينتمون إليها.

وتتخذ المحكمة من جامعة الدول العربية مقرا دائما لها، ويجوز أن تعقد جلساتها أو أن تقوم بوظائفها في أي مكان آخر بقرار مسبب منها¹.

الفرع الثاني: اختصاص محكمة الاستثمار العربية:

من حيث طبيعتها القانونية، فهي تختص بصفتها القضائية في المنازعات الاستثمارية، الخاصة بتطبيق أحكام الاتفاقية، ومن جانب آخر تعمل كهيئة فتوى، على تقديم الآراء الاستشارية، في المسائل القانونية الداخلة في اختصاصها .

أولا: اختصاصها القضائي:

لقد حددت المادتين 29 و30 من الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية على نطاق اختصاص المحكمة، من حيث الموضوع والأشخاص، الذين يحق لهم اللجوء إلى المحكمة على التوالي:

من حيث الموضوع: حددت المادتين 29 و30 من الاتفاقية نطاق اختصاص المحكمة من حيث الموضوع، عندما نصت على أن المحكمة تختص بالفصل في المنازعات التالية:

- المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها.

- المنازعات المتعلقة بالاستثمار، والتي يتفق أطرافها على اعتبارها داخلة ضمن ولاية المحكمة، ولو كان هناك اتفاق على عرض هذه المنازعات على التحكيم أو القضاء الدولي.

من حيث الأشخاص: بينت الفقرة الثانية من المادة 29 من الاتفاقية نطاق الاختصاص الشخصي للمحكمة عندما اشترطت أن يكون النزاع قائما بين:

- دولتين أو أكثر من الدول الأطراف، أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة للأطراف، أو بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف.

- الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة وبين المستثمرين العرب.

كما يختار المجلس من تلك القائمة عدد من الأعضاء الاحتياطيين".

(¹) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 153.

-الأشخاص المذكورين في الفقرتين السابقتين، وبين الجهات التي توفر ضمانات للاستثمار، طبقاً لهذه الاتفاقية.

فمن خلال استقراء نص المادتين فإنه يظهر جلياً أن اختصاص المحكمة، يشمل كل من المنازعات الاستثمارية القائمة بين الدول العربية أو المستثمرين العرب، وإن كان هذا الأمر يحسب للمحكمة، من حيث فتح المجال للمستثمرين العرب امكانية التقاضي على مستواها، إلا أن تقييد اختصاصها دائماً بأن يكون طرفيها من العرب يؤدي إلى نوع من التغاضي عن القضايا، التي يكون فقط أحد طرفيها من العرب، ويكون الطرف الثاني أجنبي، ففي هذه الحالة ينعدم اختصاص المحكمة، طبقاً لما تم النص عليه في تحديد الاختصاص الشخصي للمحكمة، وهو الأمر الذي يؤدي إلى خروج العديد من المنازعات الاستثمارية، عن اختصاص محكمة الاستثمار العربية.

ثانياً: اختصاصها الاستشاري:

لقد تم الإشارة إلى اختصاص المحكمة بإبداء آراء استشارية في صلب المادة 36 من الاتفاقية الموحدة، بنصها: "للمحكمة أن تفتي برأي استشاري غير ملزم، بأية مسألة قانونية تدخل ضمن اختصاصها، وبناء على طلب دولة طرف أو الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس الاقتصادي".

من خلال استقراء نص المادة المشار إليه أعلاه، فإنه يثبت حق طلب الاستشارة من المحكمة العربية للاستثمار، لكل الدول الأطراف في الاتفاقية، وكذلك يثبت الحق للأمين العام لجامعة الدول العربية، والمجلس الاقتصادي العربي، ومن نص المادة يستدل أنه لا يحق للمستثمر العربي الخاص أن يلجأ للمحكمة، لأجل طلب رأيها الاستشاري في مجال اختصاصها¹.

وبموجب نص المادة 31 من الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية، فإن المستثمر العربي مخير في اللجوء إلى القضاء الوطني، أو إلى المحكمة العربية للاستثمار، ولكن ليس بإمكانه إقامة

¹ (زروال معروزة، المرجع السابق، ص. 648).

الدعوى في نفس الوقت، أمام كل منهما، وعليه إذا أقام الدعوى أمام جهة معينة، فإنه لا يستطيع إقامتها أمام الجهة الأخرى¹.

الفرع الثالث: إجراءات صدور الحكم:

فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة أمام المحكمة، لأجل الفصل في النزاع المعروض عليها، فإن الاتفاقية تركت للمحكمة مهمة إعداد اللوائح التي توضح، قواعد العمل ولإجراءات المتبعة أمامها، وهي في ذلك لا تخرج عما هو متعارف عليه من الإجراءات التقليدية، المتبعة أمام المحاكم الداخلية والدولية.

وتتمتع المحكمة بصلاحيات واسعة في مرحلتها الإجرائية والشفائية، ولكل طرف في الدعوى إبداء دفوعاته شفاهياً أو كتابياً، وكقاعدة عامة تجرى المرافعات علانية، إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك، إما بناء على طلب من الأطراف، أو أحدهم أو بدونه فإنها تتم بسرية². وللمحكمة بناء على طلب أحد الأطراف لها، أن تقرر اتخاذ التدابير المؤقتة، لدرء وقوع مزيداً من الأضرار للمستثمر، إذا رأت ذلك ضرورياً³.

وإذا رأى أحد من غير الأطراف في المنازعة المعروضة على المحكمة، أن له مصلحة سيؤثر عليها الحكم الصادر في الدعوى، جاز له أن يقدم طلب تدخل فيها، وتبت المحكمة في هذا الطلب. أما ما يتعلق بطريقة صدور الحكم فإن نص الاتفاقية جاء خالياً من الإشارة إلى هذه النقطة، وعليه فإنه ما يستدل من خلال التشكيلة الفردية لأعضاء المحكمة، الذي لا يقل عن خمسة أعضاء، فإن الحكم سيتخذ بالأغلبية.

¹ تنص المادة 31 من الاتفاقية الموحدة على ما يلي: " للمستثمر العربي أن يلجأ إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الاستثمار، طبقاً لقواعد الاختصاص فيها، وذلك في الأمور التي تدخل في اختصاص المحكمة، على أنه إذا رفع المستثمر العربي الدعوى أمام إحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى".

² عبد الرحمن المصباحي، المرجع السابق، ص. 05.

³ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 156.

أما بالنسبة لحجية الحكم فقد حددتها الفقرة 01 من المادة 34 عندما نصت على أنه لا يكون للحكم قوة إلزام إلا في مواجهة أطراف الدعوى، أما من حيث الموضوع فتقتصر حججته على موضوع النزاع الذي تم الفصل فيه، وذلك بنصها: " لا يكون للحكم قوة إلزام إلا في مواجهة أطراف الدعوى، وفي خصوص ما فصل فيه من نزاع."

ونود الإشارة هنا بأن المحكمة تختص وحدها بتفسير الأحكام التي تصدرها، ولأي طرف في النزاع أن يطلب من المحكمة تفسير الحكم، في معناه ومدلوله.

الفرع الرابع: الطعن في الحكم ومدى تنفيذه:

تصدر أحكام المحكمة العربية للاستثمار نهائية بأغلبية الأصوات، وهي غير قابلة للطعن، وهذا بحسب نص الفقرة الثانية من المادة 34 من الاتفاقية بنصها: " يكون الحكم نهائيا غير قابل للطعن... " ولا تقبل إلا تصحيح الخطأ المادي في الحساب أو الأسماء، أو طلب شرح يعتريه بعض الغموض، وهذا بحسب نص نفس المادة: " وعند التنازع في معناه أو مدلوله، تقوم المحكمة بتفسيره بناء على طلب أي من الأطراف."

إلا أنه استنادا إلى نص المادة 35 من الاتفاقية الموحدة، فإن المحكمة تستطيع إعادة النظر في الأحكام التي تصدرها، وذلك إذا ما تضمنت هذه الأخيرة انتهاكا جسيما وخطيرا، لقاعدة أساسية في الاتفاقية الموحدة، أو لإجراءات التقاضي، أو عند اكتشاف وقائع جديدة، وعليه يمكن إجمال هذه الحالات فيما يلي:

- 1- إذا تضمن الحكم تجاوزا خطيرا، لقاعدة أساسية في الاتفاقية أو إجراءات التقاضي.
- 2- إذا ظهرت واقعة ذات تأثير حاسم في الدعوى، وكان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة، والطرف طالب إلتماس إعادة النظر.

3- ألا يكون الجهل بهذه الواقعة ناشئا عن إهمال طالب إعادة النظر. ويجب تقديم الطلب خلال ستة أشهر من تاريخ اكتشاف الواقعة الجديدة، وقبل انقضاء خمس سنوات على صدور الحكم.

فإذا توافرت هذه الشروط تقبل المحكمة طلب إلتماس إعادة النظر، ولكن ذلك لا يعني وقف تنفيذ حكم المحكمة، إلا أنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب من الطرف مقدم الطلب وقف تنفيذ الحكم، شريطة أن يتم ذلك قبل البدء في إجراءات إعادة النظر¹.

أما ما يتعلق بتنفيذ أحكام المحكمة، فقد ساوت الاتفاقية بين الأحكام التي تصدرها محكمة الاستثمار العربية، والمحاكم الصادرة عن المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة، وهذا بموجب نص الفقرة الثالثة من المادة 34 بأنه: " يكون للحكم الذي تصدره المحكمة قوة النفاذ في الدول الأطراف، ويجري تنفيذه فيها مباشرة كما لو كان حكما نهائيا قابلا للنفاذ صادرا من قضائها المختص".

وفي الأخير فإنه نشير إلى المحكمة العربية للاستثمار رغما ما تنطوي عليه من خصوصية وأمور إيجابية، من حيث كونها تمثل قضاء دولي متخصص، في مجال منازعات الاستثمارات العربية وامكانية اللجوء إليها دون الحاجة إلى دعوى الحماية الدبلوماسية، إلا أن دورها يبقى محدود وغير فعال. وهذا ما ينعكس عن عدت معطيات أهمها، هو تأخر تنصيبها إلى غاية 1994 بالرغم من أنه جاءت الإشارة إليها في صلب الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية لسنة 1980، ضف إلى ذلك أنه منذ سنة تنصيبها إلى غاية 2004 لم تنظر في أي خلاف استثماري بخلاف النزاع الاستثماري السعودي التونسي لسنة 2004². وإن قلة القضايا المعروضة على المحكمة دليل على عدم فعاليتها وكفاءتها للنظر في القضايا الاستثمارية ذات الحجم الدولي.

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 157.

² للاطلاع على القضية راجع الموقع الإلكتروني لجامعة الدول العربية، <http://www.arableguetunis.org>

وبحسب المعطيات المستخرجة من الموقع الإلكتروني لجامعة الدول العربية، فإنها لم تفصل إلى حد شهر فيفري من سنة 2017 إلا في 14 قضية تناولت فيها مسائل قانونية، بشأن اختصاص المحكمة، وبشأن مبدأ الحق في التقاضي، وغيرها من المواضيع، التي تؤكد أهمية دور القضاء في تفسير مضمون الاتفاقيات، وكيفية تجسيدها وإنفاذها بصفة عملية.

الفصل الثاني: دور المركز الدولي في تسوية

منازعات عقود الاستثمار الأجنبي:

لقد مثل تأسيس المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، خطوة مهمة في وضع إطار قانوني دولي لحماية الاستثمارات الأجنبية، حيث يوازي هذا الأخير بين مصالح، ومطالب الأطراف المشاركة فيه، ويعمد من خلال قواعده وأحكامه إلى خلق مناخ من الثقة المتبادلة، بين المستثمرين الأجانب والدول التي ترغب في استقطاب رؤوس أموالهم، بعيدا عن تدخل الأجهزة السياسية أو القضائية المحلية¹.

فالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يصب جل اهتماماته على المصالح الاقتصادية البينية بين الدول، والسعي والبحث عن سبل حلها سلميا في حالة النزاعات، نظرا لما تمثله هذه المصالح من تأثيرات سلبية تؤثر على العلاقات الدولية، في حالة نشوب نزاعات اقتصادية. وعليه فإن المركز الدولي كوسيلة دولية، يقوم بذلك الدور يستطيع أن يحول دون تحول النزاع من المرحلة الأدنى إلى المرحلة الأعلى، فالمركز الدولي يسعى جاهدا لأن يخفف من شدة الاحتكاك المباشر بين الدول، الأمر الذي يمكن أن ينعكس سلبا على مسار العلاقات الدولية.

فالمنازعات الاقتصادية يشهد لها العالم أجمع أنه كان لها الأثر الأكبر، في قيام الحروب الكبرى العالمية، وإن المنازعات الاستثمارية هي الأخرى يكون لها أسوأ الأثر على مسار العلاقات الدولية، والذي يؤدي في بعض الأحيان إلى تدخل دول جنسية المستثمرين، في الشؤون الداخلية للدول المضيفة لهم، وقد يؤدي في بعض الظروف الخاصة إلى حد قيام الحروب بسببها، ويعد العدوان الثلاثي على مصر عام 1956 من قبل كل من بريطانيا، وفرنسا، وإسرائيل على مصر، وذلك إثر قيام الحكومة المصرية بإجراء تأميم قناة السويس، والتي كانت مملوكة لمواطنين يتمتعون بالجنسية الانجليزية، فهي تعد مثلا واضحا على ما قد ينجم عن المنازعات الاستثمارية الأجنبية من تطورات في النزاع تؤثر على العلاقات البينية للدول، والتي قد تصل إلى حد قيام الحروب الدولية لسببها².

¹ حبيب الرحمن علي أحمد نايف، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في اليمن (دراسة قانونية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2011، ص. 517.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 402.

ويكمن الهدف الأساسي من إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، في تشجيع الاستثمارات الأجنبية، من خلال ضمان الوسائل الكفيلة بتسوية المنازعات الاستثمارية، بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة، على النحو الذي يحقق مصلحة كلا الطرفين في نظر المنازعة من قبل جهة محايدة ومشهود لها بالنزاهة.

وبالرجوع لأحكام الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية، نجد أن أحكامها تنطوي على أسلوبين فقط هما أسلوب التوفيق باعتباره ممثل للدور السياسي السلمي لتسوية المنازعات، وأسلوب التحكيم باعتباره ممثل للدور القانوني لتسوية المنازعات الاستثمارية.

وإن رسو أحكام الاتفاقية على أسلوب التوفيق فقط، دون باقي الأساليب السلمية الأخرى التي سبق التعرض لها، يرجع لما تتربع عليه هذه الوسيلة من مرونة وصلح من جهة، ومن جهة أخرى ما تتميز به عن سائر الوسائل السلمية الأخرى، من مقدرة على إحتواء النزاع وامكانية التوصل إلى تسوية عادلة للنزاع المطروح مرضية لجميع أطرافه، وفيما يلي سيتم التعرض إلى كل من أسلوب التوفيق على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي كمبحث أول وأسلوب التحكيم كمبحث ثان.

المبحث الأول: إجراءات التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

نصت اتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية، على قواعد اجرائية واضحة بشأن الاجراءات الواجب اتباعها من قبل أطراف النزاع، لأجل فض نزاعهم. وإذا كان نظام التحكيم يعد النظام الأساسي، والأمثل في تسوية منازعات الاستثمار، فإن أسلوب التوفيق أو الصلح يعد نظاما مفضلا أيضا مثل هذه المنازعات، لما يؤدي إليه من تسهيل لعملية التسوية بالتراضي بين الأطراف المتنازعة¹.

لذا قام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بتبني نظام للتوفيق الاختياري، من شأنه التيسير على الأطراف الوصول إلى نتيجة مرضية، وتسوية النزاع القائم وديا. ومن خلال هذه النقطة سنحاول التعرض إلى كل من إجراءات إبداء الرغبة في التسوية الودية عبر التوفيق، وكيفية تشكيل لجنة التوفيق واختيارها، وما ينجم عنها من قبول أو رفض لآرائها.

المطلب الأول: أسلوب التوفيق:

يعرف أسلوب التوفيق بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف، وقوامه اختيار أحد الأعيان ممثلا، إما في موفق واحد فرد أو لجنة توفيقية، لأجل الوصول إلى تسوية النزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ودون أن يمتد أثره إلى اقتراح الحل على الطرفين، أو إصدار قرار ملزم لهما.

¹ تظهر أهمية وسيلة التوفيق التي اعتمدها المركز الدولي كأسلوب ودي لتسوية المنازعات الاستثمارية، في عدة نواحي انسانية وقانونية وساسية، بحيث تظهر الأهمية الانسانية في كونها تسعى إلى تسوية النزاع بطريقة انسانية سلمية بعيدا عن استعمال القوة، في حسم النزاع بما لها من نتائج وآثار غير انسانية. في حين تظهر الأهمية القانونية في كون أن وسيلة التوفيق، هي وسيلة تخضع لقواعد القانون الدولي، في تسوية المنازعات الدولية، فيتم إجراء التوفيق وفقا لقواعد قانونية محددة، وهو الأمر الذي يطمئن أطراف النزاع، في أنه سيتم اخضاع اجراءات التوفيق، لقواعد قانونية موضوعية وليس لاعتبارات شخصية أو إيديولوجية.

أما الأهمية السياسية فتتجلى من خلال مراعاة ظروف كل طرف في النزاع، وعدم إجبار الأطراف على الأخذ بنتائجه أو فرضها عليهم، فلهم كامل الحرية في الأخذ بما من عدمه، وهو الأمر الذي يمنح الثقة لأطراف النزاع في الأخذ به كأسلوب لحل النزاع، دون التخوف من فرض نتائجه عليهم في حالة عدم الاتفاق المرضي لكلا طرفي النزاع.

كما يعرف بأنه وسيلة إرادية يتم من خلالها مساعدة الأطراف، من قبل شخص يدعى الموفق، الذي يختار باتفاق الأطراف، يسعى من خلاله إلى تسوية ودية للنزاع القائم، ويتم اختيار وسيلة التوفيق بحرية تامة من قبل الأطراف¹.

كما يرى البعض أن للتوفيق تعريفين أحدهما تعريف واسع والآخر تعريف ضيق، فالأول يقصد به عملية تسوية للمنازعة وديا بتدخل طرف ثالث، يقوم بهذه التسوية بين طرفي النزاع، محاولا تقريب وجهات النظر بينهما. بينما التعريف الثاني فيقصد به إحالة النزاع إلى لجنة، تقدم اقتراحاتها لتسوية النزاع، ولا تكون هذه الاقتراحات ملزمة لأي من الطرفين، إلا إذا وافق عليها أطراف النزاع². فمن خلال التعريف المشار، إليه أعلاه يمكن الوقوف على العناصر الأساسية، التي تحققها وسيلة التوفيق.

الفرع الأول: العناصر الأساسية للتوفيق:

أولاً: التوفيق طريق ودي لتسوية المنازعات:

يعد أسلوب التوفيق من بين الأساليب الودية في تسوية الخلافات وديا وسلميا، فالتوفيق ليس وسيلة قانونية أو قضائية يلجأ إليها لتسوية الخلافات، وإنما هو أحد الوسائل التي يصنع فيها القرار أو الاتفاق المرضي، لكلا طرفي النزاع، وبما أن أسلوب التوفيق هو أسلوب رضائي ودي، فإن إجراءاته وقواعده تتم بمنأى عن رقابة القضاء، بدليل أن ما يقوم به الموفق من مجهودات، ومحاولات لا تخضع لرقابة القضاء بصفة عامة³.

1) Pi re Lamontagne ; op, cit ; p .05 .

2) محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 23.

3) المرجع نفسه، نفس الصفحة.

ثانيا: التوفيق طريق اختياري لتسوية المنازعات:

بما أن أسلوب التوفيق أسلوب ودي سلمي لتسوية النزاعات، فإن أساسه أو قوامه هو إرادة الأطراف وحدها، بحيث لا يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب جبرا أو قهرا، وإنما هو أسلوب رضائي يجد أساسه في مدى قبول أطراف النزاع اللجوء إليه كحل ودي¹.

وأكثر من هذا فإن مبدأ الرضا أو إرادة الأطراف، هي التي سوف تحدد مدى اقتناع الأطراف به كحل ودي لنزاعهم، لأن إقبال الأطراف على أسلوب التوفيق، دون إبدائهم للرغبة في الخوض في إجراءاته وتقديم التنازلات المتبادلة، دليل أو قرينة على عدم الرضا والاقتناع به كحل ودي، وهو الأمر الذي سيؤدي إلى فشل إجراءات التوفيق لا محالة. وبالتالي فإن أسلوب التوفيق هو حل رضائي في جميع مراحل بدءا من إبداء الرغبة في اعتماده كحل للنزاع القائم، وصولا إلى الالتزام بالنتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها، لأن هذه الأخيرة هي الأخرى تنفذ وتحترم، على أساس مدى قبولها من قبل أطراف النزاع، ودون تدخل من أي جهة قضائية كانت.

ثالثا: التوفيق أسلوب قوامه تدخل الغير أو طرف ثالث:

من خلال استقراء تعريف أسلوب التوفيق، فإنه يتضح جليا أنه يعتمد على تدخل شخص من الغير أو طرف ثالث، وذلك إما لأجل التقريب بين وجهات النظر المتباينة، وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات والوثائق، من أجل الوصول بالأطراف إلى نقطة إلتقاء، تتحقق فيها مطالبهم المختلفة²، أو أن تتسع مهمة الموفق إلى حد اقتراح بعض الحلول على الأطراف، والتي قد يسفر بعضها عن شيء يرتضيانه، دون أن يملك الموفق امكانية الانفراد بتقرير الحل، أو فرضه على أطراف النزاع³.

ولما كان ما يصدره الموفق من نتائج وتوصيات، لا يمثل حكما تحكيميا، أو حكما قضائيا أو قرارا ملزما، فإن نظام التوفيق لا يمكنه أن يستنفذ ولاية القضاء، وذلك على خلاف التحكيم، الذي

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 309

(2) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 318.

(3) محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 31.

يستنفذ تلك الولاية دون أن يعنى عنها، فالأمر دائما يحتاج إلى تدخل القضاء للفصل في كل ما يلزم، لتمكين المحكم من تنفيذ مهمته، مما يخرج عن حدود ولايته، ولضمان التزامه بالولاية المحددة له. كما أنه بعد صدور التوصية وقبول الأطراف لها، فإنها لا تخضع لتقدير القضاء، لأجل النظر في مدى صحتها، وذلك عكس القرار الصادر من المحكم، الذي يخضع لتقدير أخير للنظر في مدى صحة الحكم الصادر، عندما يطعن الطرف الصادر الحكم ضده ببطلان حكم التحكيم¹.

رابعا: توصيات التوفيق غير ملزمة لأطرافه:

تتمير الوسائل الودية لتسوية المنازعات، بكونها وسائل إرادية تقوم على مبدأ إرادة أطراف النزاع، سواء في اللجوء والإقبال عليها كحل للنزاع القائم، أو في مدى قبول النتائج، والتوصيات المترتبة عنها.

وبالتالي فإن أسلوب التوفيق مثله مثل باقي الأساليب الودية الأخرى، وإنه في فرضية نجاح العملية التوفيقية، التي تتمثل في توصل أطراف النزاع إلى اتفاق مرضي لكليهما، فإن الموفق سوف يصوغ جملة من التوصيات، التي هي بمثابة تنازلات لكلا الطرفين.

وعليه فإن الموفق من خلال ما بذله من مجهودات يقتصر دوره فقط، على التقريب بين وجهات النظر لأطراف النزاع، وبالتالي فإن ما ستسفر عنه مجهوداته، هي عبارة فقط عن توصيات، لا ترقى لمرتبة الأحكام أو القرارات الملزمة.

ومادام أن الأساليب الودية جملة، تقوم على إرادة الأطراف، فإن أسلوب التوفيق، هو الآخر توصياته غير ملزمة لأطراف النزاع، ولهم كامل الحرية في الالتزام بها واحترامها، من عدمه، إذا رأى أطراف النزاع أن هذه التوصيات لا تحقق الحد الأدنى من مطالبهم، أو ما يجدونه ملبيا لرغباتهم.

ونظرا لما يحققه أسلوب التوفيق من مزايا جعلت منه أحد الأساليب التي يعتمدها المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية.

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 312.

الفرع الثاني: مزايا أسلوب التوفيق:

ينطوي أسلوب التوفيق على عدة مزايا نجملها في كل من الاقتصاد في الاجراءات وأنه عدالة ناجزة، وقلة تكلفته ومحافظة على العلاقات التعاقدية، وإصلاح الأضرار، وكذا إقامة التوازن والتعادل بين الأطراف.

أولاً: الاقتصاد في الإجراءات:

عادة ما يفضل المتنازعين اللجوء إلى أسلوب التوفيق، باعتباره وسيلة ودية، تخرج عن نطاق الأساليب الرسمية الممثلة في القضاء، وإلى حد ما حتى التحكيم، وذلك لكون أن أسلوب التوفيق لا يتقيد بأي إجراءات قضائية أو تعقيدات، من شأنها إطالة أمد النزاع، من جهة وتفاقم الأضرار والخسائر المالية من جهة أخرى¹.

فالتوفيق طريق يحقق مبدأ الاقتصاد في الاجراءات بمعناه العام، أي إعفاء الأطراف المتنازعة من الخضوع للقواعد الشكلية، وبالتالي قصر أمد التقاضي، وتقديم عدالة سريعة لهؤلاء الأطراف، بيد أن الأمر لا يقتصر على تحقيق السرعة في اقتضاء الحقوق فقط، وإنما أيضا أسلوب التوفيق يلبي رغبات الأطراف في الحصول على عدالة أقل تكلفة².

ثانياً: الاقتصاد في التكاليف:

إن خلو أسلوب التوفيق من الاجراءات الشكلية، والتعقيدات التي تتميز بها الأساليب القانونية الرسمية لتسوية النزعات، تنعكس على المصاريف والتكاليف التي يتحملها أطراف النزاع، بحيث تكون أقل تكلفة من الأخيرة.

فبما أن أسلوب التوفيق يتميز بأنه طريق سريع وفعال في تسوية المنازعات، فإنه حتما سيؤدي إلى الإقلال من التكلفة التي يتحملونها، في سبيل الوصول إلى حل عادل يرتضيانه، فالتوفيق يسمح للأطراف بالحصول على عدالة أقل تكلفة، وفي مدة قصيرة، وذلك على خلاف التحكيم.

¹ بلحسان هوارى، المرجع السابق، ص. 241.

² محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 58.

فإذا كان التحكيم يشترك مع التوفيق في قصر المدة التي يستغرقها الفصل في النزاع، وإن كان البعض يرى أن هذه السمة لا تلازم التحكيم على الدوام، إلا أن التوفيق ينفرد بأنه غير مرهق للأطراف المتنازعة، وإن كان التحكيم يتميز بسهولة الإجراءات وسرعة الفصل، في المنازعات المعروضة عليه، فإنه يختلف عن التوفيق في كثرة النفقات، التي يتحملها أطراف النزاع في سبيل الفصل فيما يثور بينهم من منازعات، فالتحكيم شأنه في ذلك شأن القضاء.

فهو يحمل الأطراف ما لا يطيقون تحمله من نفقات، الأمر الذي يتجنبه نظام التوفيق، فوفقاً لوسيلة التوفيق تتم الاستعانة بشخص من الغير، يكون أهل لإزالة أسباب النزاع وإعادة روح الود، الأمر الذي لا يكلف الأطراف الكثير من النفقات¹.

ثالثاً: المحافظة على العلاقات التعاقدية:

أهم ما يميز الأساليب الودية في تسوية النزاعات في حالة اللجوء إليها، هو الوقوف على رغبة الأطراف المتنازعة في تسوية خلافهم، في جو ودي يسوده مبدأ الاتفاق وإرادة الطرفين، وأن نفس الأمر ينطبق على أسلوب التوفيق، باعتباره طريق ودي للتسوية، ذلك أن الأطراف المتنازعة، عادة ما تسعى إلى ضمان استقرار العلاقات الاقتصادية، لما له من أثر حالي ومستقبلي.

فالأطراف عند اختيارهم لوسيلة التوفيق، فإنهم يضعون نصب أعينهم المصالح الاقتصادية المشتركة بينهم، سواء الحالية التي هي محل للخلاف، أو المصالح الاقتصادية المستقبلية. وعليه فإنه من شأن التوفيق في حال اعتماده كأسلوب للتسوية، أن يضمن استقرار العلاقات البينية الاقتصادية، ما دام أنه يتعد كل البعد عن الإجراءات والشكليات القضائية، وما تقتضيه من حصانة دبلوماسية في حالة النزاع القائم بين دولة ومستثمر أجنبي.

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 316.

فالحل التوفيقي لا يفرض على أطرافه، وهو الأمر الذي يمكن من المحافظة على العلاقات الودية بين الأطراف، وهذا ما بينته المذكرة المقدمة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بشأن مشروع القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي.

حيث ذكرت أن اليونيسترال قد أعدت هذا القانون لمساعدة الدول، على صياغة إجراءات لحل المنازعات، تستهدف التقليل من تكاليف تسويتها، وتيسير الحفاظ على أجواء تعاونية بين أطراف التعامل، وتفادي ظهور مزيد من المنازعات، وبث اليقين في المعاملات الاقتصادية الدولية، وبتوعية الأطراف المنخرطة في المعاملات الاقتصادية، بأغراض تلك المعاملات، مما يشجع الأطراف على التماس طرق غير قضائية لتسوية المنازعات، مما يعزز الاستقرار في مجال تسوية هذه المنازعات¹.

أكثر من هذا فإن المنطق الذي يقوم عليه التوفيق التجاري، يساعد إلى حد كبير على ضمان استمرارية العلاقات التعاقدية بين الأطراف، ويعمل على حمل الأطراف، في الخروج من دائرة الخلاف إلى مجال التسوية، ومواصلة تنفيذ الاتفاق الاستثماري، فعند التقاء وجهات النظر على نقطة اتفاق، فإن هذا من شأنه أن يضمن إقامة نوع من التوازن العقدي بين التزامات الأطراف، توازن يسمح إلى حد كبير باستمرارية العلاقات بينهم.

ذلك أن مهمة الموفق تكمن في خلق جو من التفاهم بين الطرفين، من خلال القيام بنوع من التهيئة لالتزامات الأطراف، تهيئة تساعد بدورها على إعادة التوازن بين الالتزامات المتولدة، عن العلاقات التعاقدية².

على أنه هناك جانب كبير من الفقه ينتقد أسلوب التوفيق، وجل الوسائل الودية، في مجال تسوية المنازعات، وخاصة المنازعات الاستثمارية، وإن مرجع هذه الانتقادات، مكمناها هو الفشل المصاحب لإجراءات التوفيق، في أغلب تجاربه، بحيث يعتبرها جانب من الفقه، خاصة في حالة فشلها أنها مضیعة للوقت، وتفويت الفرص.

¹ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 62.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 319.

إلا أنه يمكن الرد على هذا الانتقاد من خلال التأكيد، على أن فشل العملية التوفيقية، لا يرجع في الأساس إلى العملية في حد ذاتها، أو في الأسلوب المتبع. وإنما مرد الفشل قد يكون مرجعه عدة أسباب، وكما لا يمكن حصر هذه الأخير فقط في شخص الموفق، لأنه وإن كان الموفق يلعب دورا محوريا في التقريب بين وجهات الاختلاف، إلا أن العملية التوفيقية تدعمها وسائل أخرى، كالعلاقة التي تجمع بين طرفي النزاع، وطبيعة الموضوع محل النزاع، ومدى رغبة، ونية أطراف النزاع في تسوية الخلاف بينهم تسوية ودية توفيقية.

على أنه إذا تم إجراء مقارنة بين أسلوب التوفيق، وباقي الأساليب الودية الأخرى، فإننا سنجد أن أسلوب الوساطة الذي هو الآخر يتطلب تدخل الغير، من أجل تسوية النزاع، والذي يتوافق في بعض النقاط مع أسلوب التوفيق، إلا أنه هناك نقاط اختلاف بين الأسلوبين، تتمثل في أن الوساطة هي أكثر مرونة في احتواء النزاع، من حيث كون أن الوسيط يجد مساحة أكبر من الموفق، لأجل التقريب بين الوجهات المختلفة، وذلك لكون أن الوسيط، له إمكانية اقتراح الحلول لأطراف النزاع، بخلاف الموفق.

وبالتالي فإنه وبالرغم من أن البعض يرى في أن الوسائل السلمية الأخرى، قد تفوق في آثارها الأثر المترتب على استخدام وسيلة التوفيق، وعلى الرغم من أن القرارات والتوصيات التي تصدرها للجنة التوفيقية غير ملزمة، إلا أن ما يتمتع به التوفيق كوسيلة للتسوية في المعاملات التجارية، والتي تنطوي على الاقتصاد في الاجراءات والتكاليف، ميزت أسلوب التوفيق في المحافظة على العلاقات الاقتصادية البينة، بين الأطراف المتنازعة، أضفى على هذه الوسيلة نوعا من القابلية والفاعلية، مما جعل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، كهيئة دولية لتسوية منازعات الاستثمار، تتخذه كوسيلة مفضلة لتسوية منازعات الاستثمار القائمة، بين الدول الأعضاء فيها، ومواطني الدول الأخرى.

ونظرا لكون المركز الدولي هيئة تسوية دولية، تقوم على المؤسساتية في إجراءاتها، فقد اتسمت قواعد التسوية عن طريق استخدام وسيلة التوفيق بالطابع المؤسسي، الذي يبدو جليا في مراحل التسوية عن

طريق أسلوب التوفيق، وفي القواعد التي أقرها المجلس الإداري للمركز، كقواعد ضابطة لحسن استخدام هذه الوسيلة، والوصول إلى تسوية عادلة مرضية لأطراف النزاع، وهو ما سيتم التفصيل فيه النقطة الموالية.

المطلب الثاني: إجراءات التوفيق في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

من خلال هذا المطلب سوف نتعرض إلى كل من طريقة إبداء الرغبة في الاعتماد على أسلوب التوفيق لتسوية الخلاف كفرع أول، وضوابط تكوين اللجنة التوفيقية واختصاصاتها كفرع ثان، وإجراءات سير العملية التوفيقية كفرع ثالث، وأخيرا مكان عقد جلسات التوفيق كفرع رابع.

الفرع الأول: إبداء الرغبة في تسوية النزاع بموجب التوفيق:

كما سبق وأن بينا فإن امكانية اللجوء إلى التوفيق كأسلوب ودي لحل النزاع، ممكن أن يتم النص والإشارة إليه مسبقا في الاتفاقية الاستثمارية، التي تجمع بين طرفي النزاع، بمعنى قبل نشوب النزاع، كما يمكن اللجوء إليه كاتفاق لاحق لنشوء النزاع.

من هذا المنطلق فإن التوفيق ينتفي معه تماما الطابع الإلزامي في اللجوء إليه لتسوية المنازعات، أكثر من هذا فإن الطابع الإلزامي له لا يجد أثر له، حتى في حالة الاتفاق المسبق في اللجوء إلى التوفيق، كحل في حالة نشوب أي نزاع. ما دام أن قوام التوفيق، وما يضفي عليه الصفة الإلزامية، هو إبداء الطرفين الرغبة في المثول والأخذ بالآراء التوفيقية، التي تم التوصل إليها.

ومن هذا المبدأ فإن الإلزام يعد مخالف لأساس التوفيق، الذي يقوم على التقريب بين وجهات النظر المتباينة، فمن غير الصحيح أن يتوقع قبول ومساهمة الطرفين في إنجاح العملية التوفيقية، إذا كان أحد الطرفين، أو كلاهما رافض لها من الأساس.

وطبقا للإجراءات المعمول بها في ظل الاتفاقية، المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تبدأ الإجراءات بتقديم طلب كتابي يبدي فيه الطرف المتضرر رغبته في اللجوء إلى

التوفيق كحل ودي للنزاع، إلى السكرتير العام الذي يقوم بدوره بإرسال نسخة من الطلب، بعد تسجيله في أمانة المركز، إلى الطرف الآخر في النزاع.

وبالتالي فإنه لا يمكن سلوك هذا السبيل دون وجود اتفاق بين الأطراف وصحته، وإبداء أحدهم الرغبة في اتباعه، وعليه يكفي لتسجيل طلب التوفيق أن يتبين لسكرتير المركز، دليل بسيط على رغبة الأطراف في الالتجاء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لأجل تسوية النزاع القائم بينهما، ويعد من دلائل موافقة الأطراف، إدراج هذه الرغبة إما في اتفاق الاستثمار المبرم بينهما أو في اتفاق لاحق، أو من خلال النص على ذلك في قانون الاستثمار للدولة المضيفة¹.

وهذا بحسب نص الفقرة 01 من المادة 28 من اتفاقية واشنطن بنصها: "الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة، الذي يرغب في اتخاذ اجراءات التوفيق، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام، الذي يرسل صورة منه إلى الطرف الآخر."

ويتعين أن يشتمل الطلب المقدم، من أحد الأطراف تحديدا لموضوع النزاع وعناصره، حتى يتمكن الموفق من الإلمام بكافة المسائل التي تثير الاختلاف بين الأطراف، هذا فضلا، عما يقوم به هذا التحديد من اختيار الأشخاص، الذين يقومون بعملية التوفيق.

وهذا بحسب نص الفقرة 02 من نفس المادة بنصها: " يجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع، وهوية الأطراف، وموافقتهم على تقديمه إلى التوفيق طبقا للائحة الاجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق أو التحكيم."

ويقوم بعد ذلك السكرتير العام بتسجيل الطلب، والشروع في البدء في إجراءات التوفيق، ما لم يثبت له من المعلومات التي تضمنها طلب أحد الأطراف اللجوء إلى التوفيق، أن النزاع يقع خارج اختصاص المركز بشكل ظاهر، عندئذ يتعين عليه إخطار طرفي النزاع بقبوله أو رفضه، تسجيل الطلب بحسب نص الفقرة 03 من المادة 28 من الاتفاقية.

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 430.

ما يستدل من النص الأخير من الفقرة أنه إذا تبين للسكترير العام، بناء على البيانات الواردة في طلب إجراء التوفيق، أن النزاع يخرج عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فله في هذه الحالة الامتناع عن تسجيل الطلب.

إلا أن الامتناع المباشر عن تسجيل الطلب، يكون قاصرا على الحالة التي يكون فيها الطلب خارجا عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بشكل واضح أو ظاهر بحسب عبارة الفقرة.

أما إذا كان هناك شك في مدى اختصاص المركز بالنزاع، فيتوجب عليه اعتبار النزاع مما يدخل في اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وتسجيل الطلب. ذلك أن لجنة التوفيق عند النظر في المنازعة، تقرر ما إذا كانت المنازعة داخلة ضمن اختصاص المركز أم لا¹.

ويشترط لقبول طلب مباشرة إجراءات التوفيق، أو التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، توافر شرطين:

(1) وجود طرف أجنبي أو إدار أجنبية ممثلة في شركة.

(2) أن تتفق الادارة أو الشركة الأجنبية مع الدولة المضيفة أن تعامل الشركة أو الادارة معاملة الشخص الأجنبي، حتى يتمكن توافر الشروط التي يتطلبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي².

وتتحقق الادارة الأجنبية بصرف النظر، عن ملكية المساهمين الأجانب لكل الأسهم، ويكتفي بملكية عدد كبير من هؤلاء المساهمين لغالبية الأسهم حتى تكون قرينة على الإدارة الأجنبية³.

¹ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 175.

² سبق وأن بينا أن شروط انعقاد اختصاص المركز تلتخص في موافقة الأطراف على إحالة النزاع إلى المركز، وأن يكون النزاع قانونيا استثماريا، وأن يكون أحد طرفي النزاع على الأقل طرفا في اتفاقية واشنطن.

³ عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 207.

وما يمكن الإشارة إليه أن اتفاق التوفيق لا يحدث أية التزام على عاتق الأطراف، والاستمرار في إجراءاته، وحتى الأخذ والالتزام بما يراه الموفق. فإبداء الرغبة في اللجوء للتوفيق، لا يمثل أي التزام على عاتق الطرف مقدم الطلب، أو الذي أبدى موافقته على قبول هذه المحاولة.

وبالتالي فإنه يجوز لأي منهما رفض مباشرة إجراءاته، أو حتى إنهاؤها بعد السريان فيها، واللجوء إلى الأساليب الأخرى التحكيمية والقضائية، دون أي قيد أو شرط¹.

الفرع الثاني: ضوابط تكوين لجنة التوفيق واختصاصها:

أولاً: وترية أعضاء لجنة التوفيق:

تتميز القواعد الخاصة بالاجراءات التوفيقية، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بقدر من المرونة، وإذا كانت القاعدة العامة تتمثل في أن يتمتع أطراف النزاع بحرية كبيرة في اختيار لجنة التوفيق، في حالة الاتفاق بينهما، إلا أنه يمكن اللجوء للقواعد التي وضعها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، في حالة عدم الاتفاق على أعضاء اللجنة التوفيقية، لأجل تسهيل عملية الاختيار².

إلا أن هذه الحرية يحددها قيد أساسي، هو اشتراط وترية التشكيل عند اتفاق أطراف النزاع على تحديدها، وذلك تحسباً لأي اختلاف في وجهات النظر بين الموفقين. وهذا ما أكدت عليه الفقرة 02 و 03 من المادة 29 من الاتفاقية بنصها: "تتألف اللجنة من موفق واحد أو من عدد فردي من الموفقين، يعينون طبقاً لاتفاق الأطراف.

¹ بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 253.

² ما تجدر الإشارة إليه أن حق الأطراف في اختيار أعضاء لجنة التوفيق هو حق مطلق للأطراف، يمكن أن تعثره بعض الاستثناءات في حالة تعذر أطراف في اختيار الموفقين مرور أجل محدد. ضف إلى ذلك أن حق أو حرية الأطراف في اختيار الموفق هو حق قوامه مبدأ المساواة، بمعنى لا يمكن لأي طرف أن يستأثر بحق تعيين الموفقين دون الآخر أو أن يقوم أحد الأطراف باختيار عدد الموفقين لصالحه بما يفوق ما اختاره الطرف الآخر في النزاع.

وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن عدد الموفقين وطريقة تعيينهم، تضم اللجنة ثلاثة موفقين يعين كل طرف موقفا واحدا أما الموفق الثالث والذي هو رئيس اللجنة، فإنه يعين بالاتفاق مع الطرفين."

فمن خلال استقراء نص المادة المشار إليه أعلاه، نجد أن لجان التوفيق قد تتكون من موفق واحد أو أكثر من موفق، إلا أنه في الغالب تتكون هذه اللجان التوفيقية من أكثر من موثق، ذلك أن وجود موفق واحد لا يمثل قوة ذات تأثير في تسوية المنازعات، كما أن القرار الذي يصدره أكثر من شخص يقلل من تأثير الضغوط والاتجاهات المختلفة في النزاع، بمعنى أن العمل الذي يشترك فيه أكثر من شخص سينغلب عليه الطابع الحيادي، وسيكون له من القوة ما يستطيع به مواجهة الاتجاهات والضغوط.

كما أن لجان التوفيق إذا ضمت أشخاصا تم اختيارهم وفق إرادة أطراف النزاع، وتوصلت هذه اللجنة فيما بعد إلى قرار محدد لتسوية النزاع، فإن هذا يعطيها قوة في تنفيذ قرارها أكثر، مما لو كانت اللجنة التوفيقية مكونة من شخص واحد وليس من اختيارهم¹.

وما يمكن الإشارة إليه أنه حرية الأطراف في اختيار هيئة التوفيق، وبالقدر التي تتمتع به من مرونة في تحديد طريقة اختيارهم، وتحديد وقت اختيارهم، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي مقيدة بضرورة احترام مبدأ المساواة في الاختيار، وبالتالي فلا يحق لأحد الأطراف الاستئثار بهذه الحرية أو أن يكون له الحق في اختيار عدد يفوق ما، يحق للطرف الآخر اختياره، وهذا ما قرره صراحة كافة الأنظمة القانونية والاتفاقات الدولية، كما تقضي ببطان أي شرط يحول أحد الأطراف الانفراد بالاختيار دون الآخر أو عندما ينص الاتفاق على استئثار أحد الأطراف باختيار الموفق في حالة تخلف أحد الأطراف عن اختيار موفقه².

¹ بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 254.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 435.

وإذا لم يوفق أطراف النزاع في تشكيل اللجنة التوفيقية خلال مهلة 90 يوما الموالية لإرسال السكرتير العام الاعلان بتسجيل الطلب إلى الأطراف، أو في خلال أي مدة أخرى يتفق عليها الأطراف خلافا لذلك، يجب على رئيس المجلس الاداري -بناء على طلب أي طرف وبعد التشاور مع الأطراف بقدر الامكان- إجراء التعيينات الناقصة، وهذا بحسب ما نصت عليه المادة 30 من الاتفاقية.

ومن مظاهر المرونة التي تميزت بها اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في هذا الشأن، أنها سمحت للأطراف تعيين موفقين من خارج القوائم التي يحتفظ بها المركز، بشرط أن يكونوا حائزين لنفس الصفات الواجب توافرها في من يعين من قوائم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي¹.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في أعضاء لجنة التوفيق:

وفيما يتعلق بتعيين أعضاء لجنة التوفيق، فإن أطراف النزاع وإن كانوا يتمتعون بقدر من الحرية في اختياراتهم، إلا أن قواعد واجراءات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تضع بعض القيود والشروط في طريقة اختيارهم، وتتضح تلك الشروط في القيود فيما قرره نص الفقرة الأولى من المادة 14 من الاتفاقية التي نصت على مايلي: "يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبي رفيع ومن المشهود لهم بتخصصهم وكفائتهم في المجالات القانونية أو التجارية أو الصناعية أو المالية. وأن تتوافر لديهم ضمانات الحيدة والاستقلال في مباشرة وظائفهم، مع ملاحظة أن التخصص القانوني بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم يعتبر شرطا جوهريا." من نص المادة يفهم أنها لا تورد أي قيد حول جنسية الموفقين، الأمر الذي يفهم منه امكانية تعيين موفقين من جنسية طرفي النزاع، وهذا بخلاف أسلوب التحكيم، الذي يقتضي أن يكون المحكم لا يتمتع بجنسية أحد طرفي النزاع، كما سيتم التفصيل فيه لاحقا.

¹ (عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 209).

كما أنه يراعى في اختيار هيئة التوفيق سواء من قبل أطراف النزاع، أو عن طريق رئيس المجلس الإداري، تمثيلها للمبادئ الأساسية والأشكال العامة للنشاط الاقتصادي العالمي، وهذا ما تمليه نص الفقرة الثانية من نفس المادة¹.

ويرى البعض أنه بعيدا عن شرط توافر الأهلية في شخص الهيئة التوفيقية، فإنه يتعين انتفاء مصلحتهم في النزاع الذي يتدخلون لتسويته، فانتفاء المصلحة في النزاع يعد شرطا أساسيا لضمان نجاح العملية التوفيقية، وهذه المصلحة قد تكون مصلحة مباشرة، وتتحقق في حالة ما إذا كان الموفق طرفا في النزاع الذي يتدخل لتسويته، بمعنى يكون هو الخصم والحكم في نفس الوقت. وقد تتمثل في مصلحة غير مباشرة عندما تثبت أو تتحقق للموفق استفادة من النزاع المعروض عليه، لأجل القيام بالعملية التوفيقية، ولا شك أن تلك المصلحة سوف تنتفي، عندما يكون الموفق شخصا مستقلا عن أطراف النزاع.

وإن كانت هذه الاستقلالية تؤثر على نجاح محاولة التسوية، نظرا لما تلعبه العلاقة التي تربط بين الموفق والأطراف من دور مؤثر، في نجاح عملية التسوية، ذلك أنه كلما كان هناك رباط وثيق بين الموفق وأطراف النزاع، كلما سهل هذا الأمر على لجنة التوفيق القيام بمهمتها خير قيام، لما تعنيه هذه العلاقة من توافر للثقة بين الموفق وأطراف النزاع، الأمر الذي ينعكس إيجابيا على العملية التوفيقية للخروج بحل رضائي يخدم مصلحة كلا طرفي النزاع².

وتقضي القاعدة أنه في حالة بدأ الإجراءات التوفيقية، فإنه لا يجوز أن يتم إلحاق أية تعديلات على أعضاء اللجنة، وهذا وفقا لنص المادة 56 فقرة 01 إلا في حالتين فقط: هما حالة وفاة الموفق أو حصول له مانع، وحالة الاستقالة.

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 14 من الاتفاقية على مايلي: " وعلى الرئيس أن يأخذ في اعتباره في مجال تعيين هؤلاء الأشخاص أنه من الأهمية ان تمثل في هذه القوائم الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم بالإضافة إلى تمثيل القطاعات الرئيسية للنشاط الاقتصادي العالمي".

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 437.

فحالة الوفاة أو حصول مانع للموفق، هو ما تم النص عليه في فقرة 01 من المادة المشار إليها أعلاه بنصها "متى شكلت لجنة التوفيق، أو محكمة التحكيم وبدأت الاجراءات، لا يجوز تعديل التشكيل. ومع ذلك فإنه في حالة الوفاة أو العجز أو الاستقالة بالنسبة لأحد الموفقين أو المحكمين، فإنه يتم شغل المنصب الشاغر طبقاً لأحكام الفصل الثالث القسم الثاني أو الفصل الرابع القسم الثاني."

وإنه عند استقراء نص الفقرة 03 من نفس المادة، نجد أنها قد فصلت في الاستقالة، حيث أنها قد ميزت بين حالي ما إذا كانت الاستقالة بموافقة اللجنة أو بدونها.

فإذا ما وافقت اللجنة على استقالة موفق ما وانسحابه، فإنه يتم تعيين بديل له وفقاً لنصوص الاتفاقية الخاصة باختيار أعضاء لجنة التوفيق، وهي نفس الاجراءات المتبعة في تعيين الموفق المتوفي أو في حالة استحالة ممارسة مهمته.

أما في حالة ما إذا استقال العضو المعين دون موافقة اللجنة، ففي هذه الحالة يقوم رئيس المجلس الإداري، بتعيين بديل عنه مباشرة من ضمن الأسماء الواردة في القوائم¹.

ونشير أنه في حالة ما إذا تم تعيين موفق من بين الأسماء الواردة في قائمة لجان التوفيق، وبعد سريان إجراءات التوفيق، وتخلي عن صفته كموفق أو لم يعد عضواً في القائمة، فإنه في هذه الحالة يتعين عليه مواصلة الإجراءات التوفيقية، وعدم التحجج بفقدانه صفة الموفق، التي كان حائزاً لها، وهذا بحسب نص الفقرة 02 من نفس المادة.

¹ (تنص الفقرة 03 من المادة 56 بما يلي: "إذا استقال موفقاً أو محكماً، وكان معيناً من قبل الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بدون موافقة اللجنة أو المحكمة التي هو عضو فيها، يقوم الرئيس بملء المنصب الشاغر عن طريق اختيار أحد الأشخاص الواردة أسماؤهم بالقائمة المناسبة."

ثالثاً: اختصاص لجنة التوفيق:

حددت المادة 32 من الاتفاقية المسائل التي تدخل في اختصاص اللجنة، والتي تتضمن سلطة الفصل في مدى اختصاصها بالنظر في النزاع¹.

وبناء عليه، فإنه يجوز للجنة التوفيق أن تفصل في الدفوع التي تقدم إليها بعدم الاختصاص، والمثارة من قبل الأطراف إما بسبب خروج النزاع عن اختصاص المركز ابتداءً، أو على أساس أن المسألة أولية يجب الفصل فيها من قبل سلطة أخرى غير المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي².

الفرع الثالث: إجراءات سير عملية التوفيق:

لقد فصلت الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إجراءات التوفيق أمام المركز الدولي من خلال موادها الأربعة 32، 33، 34، 35، وجاءت على التفصيل التالي:

تتمثل إجراءات التوفيق كما سبق الإشارة، في بذل لجنة التوفيق المكونة من شخصيات متخصصة، إما من اختيار أطراف النزاع، أو بتعيين عن طريق رئيس المجلس الإداري وبموافقة أطراف النزاع طبعاً، مجهوداتها لأجل الوصول إلى حل رضائي، من خلال بحث جوانب النزاع، والخروج بتقرير يتضمن اقتراحات وتوصيات لحل الخلاف القائم.

وتعمل لجنة التوفيق على ما يلي:

-توضيح النقاط محل النزاع بين الأطراف.

⁽¹⁾ تنص المادة 32 من الاتفاقية على ما يلي:

1- أن اللجنة محكمة باختصاصها.

2- إذا أثير دفع بعدم الاختصاص، من قبل أحد الأطراف، يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أي سبب آخر يتعلق باللجنة، فإن اللجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية، أو أن فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية.

⁽²⁾ أحمد عبد الكريم عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار "دراسة مقارنة"، دط، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، 1990.

- العمل على تقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة، والسعي إلى توقيع اتفاق، يتضمن قواعد مقبولة من الطرفين.

وتجرى إجراءات التوفيق وفقا للقواعد والاجراءات المنصوص عليها في الاتفاقية، واتساقا مع تلك الاجراءات القواعد يتعين على اللجنة توضيح عناصر النزاع بين الأطراف، ومحاولة الوصول إلى قواعد وشروط يقبلها الطرفان والعمل على تقريب وجهات النظر بينهم، بغية تحقيق الغرض من الوصول إلى اتفاق.

وقد أجازت الاتفاقية للجنة في أية مرحلة من مراحل الاجراءات، وكذلك في أي وقت أن تصدر توصيات تتضمن قواعد للتسوية بين الطرفين، وذلك بالتعاون مع الأطراف لتمكينها من القيام بوظائفها، واختصاصاتها¹.

وتختص اللجنة بنظر النزاع المطروح عليها وفق اختصاصها، وإذا دفع أحد الأطراف بعدم اختصاصها، عليه أن يقيم الدليل على ذلك، لتقرر اللجنة ما إذا يعامل هذا الدفع كمسألة شكلية أو موضوعية². وهذا بحسب نص الفقرة 02 من المادة 32 بنصها: "إذا أثير دفع بعدم الاختصاص، من قبل أحد الأطراف، يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أي سبب آخر يتعلق باللجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية، أو أن فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية".

فمن خلال استقراء نص المادة نستنتج أن الاتفاقية قد حددت المسائل، التي تدخل في اختصاص اللجنة، والتي منحها سلطة الفصل في شأن مدى اختصاصها بنظر النزاع، فالاتفاقية قد اعتبرت لجنة التوفيق قاضية بنفسها، في شأن مدى اختصاصها بنظر النزاع المطروح أمامها.

وبناء على ذلك فإنه يجوز لها أن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص، والذي يثار من قبل أحد أطراف النزاع، والمتضمن خروج النزاع من اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أو أنه

¹ أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 129.

² كمال سمية، المرجع السابق، ص. 195.

لا يدخل في لأسباب أخرى في اختصاص اللجنة، باعتباره مسألة أولية قبل الفصل في الموضوع، أو ضم مثل هذا الدفع إلى موضوع النزاع، والفصل فيهما معا في وقت واحد¹.

ومن بين الاجراءات التي تتخذها لجنة التوفيق، هو قيامها بتحديد المسائل التي يتعين عليها معالجتها، وعادة ما تنقسم هذه المسائل إلى مجموعة من المطالب، ومجموعة من الدفوع التي يرد بها على تلك المطالب. وهنا يبرز دور الموفق الذي يقوم بتقريب وجهات النظر المتباينة لأطراف النزاع، وصولا بهم إلى نقطة التقاء، تتحقق عندها مطالبهم².

واستنادا لنص المادة 33 من الاتفاقية³ فإنه يمكن للأطراف الاتفاق على قواعد اجرائية معينة تلتزم بها لجنة التوفيق، أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على هذه القواعد الاجرائية، فإن اللجنة تطبق القواعد الاجرائية الواردة في القسم الثالث من الفصل الثالث، بالإضافة إلى القواعد التي يقررها المجلس الاداري للمركز، والمعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التوفيق⁴.

وإن التوفيق باعتباره وسيلة ودية قوامها الرضائية، فإن النتيجة التي سيتم التوصل إليها بمساعدة الموفق هي عبارة عن تقرير أو مجموعات توصيات لأطراف النزاع بغية الوصول إلى اتفاق بينهم، وذلك خلافا للتحكيم الذي ينتهي بإصدار قرار يتضمن قواعد محددة ملزمة للأطراف⁵.

وهذا بحسب نص الفقرة الأولى من نص المادة 34 التي تنص على ما يلي: " تتمثل وظيفة اللجنة في توضيح النقاط محل النزاع من الأطراف، وعليها أن تبذل قصارى جهدها في توجيههم نحو الحل الذي يقبلانه، ولهذا الغرض يجوز للجنة في أية مرحلة من الاجراءات أن توصي الأطراف

(1) مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 178.

(2) بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 256.

(3) في هذا السياق أشارت المادة 33 إلى ما يلي: "تدار إجراءات التوفيق طبق لأحكام هذا القسم، ومالم يتفق الأطراف على غير ذلك، طبقا للائحة التوفيق المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التوفيق، وإذا ثارت مسألة اجرائية لم ينص عليها بمقتضى هذا القسم، أو بموجب لائحة التوفيق أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى اللجنة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائما."

(4) مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 178.

(5) عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 210.

بشروط التسوية، ويتعين على الأطراف التعاون بحسن نية مع اللجنة، بغرض تمكينها من تأدية وظائفها، ويجب عليهم أن يأخذوا توصياتها بأكثر قدر من الجدية والاعتبار.¹

ويفهم من نص المادة أن للموفق دور بالغ الأهمية، يتجلى في التقريب بين وجهات النظر المتباينة لأطراف النزاع، وصولاً بهم إلى نقطة التقاء، تتحقق عندها مطالب طرفي النزاع، وعادة تمر عملية التوفيق بمراحل متعددة حتى يمكن التوصل إلى تسوية مرضية لجميع الأطراف.

حيث تبدأ العملية التوفيقية بالتحضير والإعداد، ثم يعقبها بعد ذلك التقديم والعرض وبيان النزاع، وتوضيح عناصره، ثم بعد ذلك يتم طرح وتقديم البدائل التي يمكن الاختيار بينها، وأخيراً الاتفاق على التسوية والحل الذي يرضيه الأطراف ويحقق مطالبهم، وعادة ما يلجأ الموفق إلى مبادئ العدالة والانصاف، لإمكانية اقتراح بعض الحلول التي تنأى بالأطراف عن جو المنازعة¹.

وعلى العموم تنتهي إجراءات التوفيق بحسب الحالات التي تؤول إليها نتيجة التوفيق، وهذا بحسب نص الفقرة 02 من المادة 34 " إذا توصل الأطراف إلى اتفاق تعد اللجنة محضراً رسمياً يتناول عرضاً لوقائع النزاع وتثبيت فيه اتفاق الأطراف وإذا قدرت اللجنة في أي مرحلة من الاجراءات التوفيقية أنه لا تتوفر أية امكانية للتوصل إلى اتفاق بين الأطراف، فإنها تنهي الاجراءات وتحرر محضراً رسمياً تقرر فيه أن النزاع طرح على التوفيق، ولم يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأنه. وإذا تغيب أحد الطرفين وامتنع عن المساهمة في الاجراءات تنهي اللجنة الاجراءات وتحرر محضراً رسمياً تقرر فيه أن أحد الطرفين تغيب أو امتنع عن المشاركة في الاجراءات.

ومن خلال استقراء نص الفقرة نستدل أن النتيجة المحتملة لإجراءات التوفيق، تنقسم إلى ثلاث فرضيات، هي على النحو التالي:

¹ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 177.

-الفرضية الأولى: يمكن أن تكفل عملية التوفيق بالنجاح، إذا ما تلقت توصيات اللجنة الترحيب والقبول من قبل أطراف النزاع، وفي هذه الحالة تعد اللجنة تقريراً مفصلاً لوقائع النزاع والاتفاق الذي تم التوصل إليه، وهذا بحسب نص الفقرة المشار إليه أعلاه فإذا توصل الطرفان إلى اتفاق تقوم اللجنة بوضع تقرير مبينة فيه المسائل المتنازع عليها، ومسجلة أن الطرفين قد توصلا إلى اتفاق.

وبالتالي فإنه وبحسب الفقرة الثانية من المادة 34 من الاتفاقية، فإنه إذا ما حققت اللجنة في سعيها وصول الأطراف إلى عقد الاتفاق، فإنها تقوم بوضع تقرير تسجل فيه موضوع النزاع، وما بلغته الأطراف من نتائج، أما إذا اخفقت اللجنة في بلوغ تسوية للنزاع، فإنها تنهي الاجراءات وتقوم بإعداد تقرير توضح فيه أسباب فشل الوصول إلى الاتفاق¹.

ويعرف التقرير الذي تعده اللجنة التوفيقية، أنه الإسم الذي يطلق على الوثيقة التي تعدها اللجنة، وتقدمها للأطراف المتنازعة، وهذا بهدف أن تتمكن الأطراف، من تكوين رأيها الخاص، بناء على ما تم تقديمه من مقترحات من قبل أعضاء اللجنة التوفيقية.

ويتضح من خلال تعريف التقرير أنه يجب أن يتضمن هذا الأخير عنصرين أساسيين، يتمثل العنصر الأول في مقترحات أعضاء اللجنة لتسوية النزاع القائم بين الأطراف، أما العنصر الثاني فيتمثل في الأسباب التي دعت اللجنة إلى الاقتناع، بأن هذه المقترحات هي السبيل لتسوية النزاع، وإلى الاقتناع بأن الأطراف سيقبلون هذه المقترحات².

مع الإشارة إلى أن التقرير الذي تعده اللجنة لا يكون له طابع الالتزام، إلا منذ اللحظة التي تبدي فيها الأطراف قبولهم ورضائهم له.

-الفرضية الثانية: للموفق سلطة وقف الإجراءات التوفيقية، حسب سلطته التقديرية لمجريات التوفيق، ومدى تعاون الطرفين، لأن جهود التوصل إلى حل رضائي للطرفين، أساسه مدى قبول وتعاون الطرفين في إيجاد الحل.

⁽¹⁾ أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 129.

⁽²⁾ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 437.

ففي حالة ما إذا ثبت للموفق أنه من الصعب التوصل إلى تسوية ودية للنزاع المطروح عليها، فإنه في هذه الحالة، من الضروري عدم الاستمرار في تلك المحاولة وإضاعة الوقت، طالما أن نتيجة عملية التوفيق أضحت معروفة ومؤكدة، وبناء على ذلك تصدر اللجنة تقريراً، تبين فيها هذه عجز العملية التوفيقية¹.

وإنه بالإمكان الوقوف على عجز العملية التوفيقية، من خلال عدة دلائل ومواقف يؤتيها أطراف النزاع، مثل عدم تعاون أطراف النزاع في تقديم المقترحات والتنازلات المتبادلة، وكذلك عدم إبداء الرغبة الجدية في الحضور للقاءات التوفيقية، فكل هذه المؤشرات دليل على فشل إجراءات التوفيق، الأمر الذي يجبر اللجنة على انهاء إجراءاتها، وإصدار تقرير بوقف العملية التوفيقية.

وهذا بدليل نص الفقرة التي تنص على ما يلي: " وإذا قدرت اللجنة في أي مرحلة من الاجراءات التوفيقية أنه لا تتوفر أية امكانية للتوصل إلى اتفاق بين الأطراف، فإنها تنهي الاجراءات وتحرر محضراً رسمياً تقرر فيه أن النزاع طرح على التوفيق، ولم يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأنه. وإذا تغيب أحد الطرفين وامتنع عن المساهمة في الاجراءات، تنهي اللجنة الاجراءات وتحرر محضراً رسمياً تقرر فيه أن أحد الطرفين تغيب أو امتنع عن المشاركة في الاجراءات."

فوفقاً لنص المادة من الاتفاقية فإنه يترتب على تغيب أحد الأطراف، أو امتناعه عن المساهمة في إجراءات التوفيق، انتهاء الاجراءات بقرار تصدره اللجنة، التي يتوجب عليها أن تحرر محضراً رسمياً تقرر فيه أن أحد الأطراف، تغيب أو امتنع عن المشاركة في الاجراءات².

-الفرضية الثالثة: وقد تنتهي إجراءات التوفيق من خلال اعتراض أو رفض أحد الطرفين أو كلاهما، مواصلة المضي في التسوية الودية، واللجوء إلى وسيلة أخرى، لأجل فض النزاع القائم. وفي هذا السياق قد يتحجج أحد الأطراف بعدم استكمال اجراءات التوفيق، لسبب عدم صلاحية أحد

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 440.

² مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 179.

أعضاء اللجنة التوفيقية للنظر في النزاع، لوجود أية رابطة مثلا بين الموفق والطرف الآخر في النزاع، أو لعدم أهلية الموفق بحسب الشروط الواردة في الاتفاقية.

وفي هذه الحالة تختص اللجنة التوفيقية، بالنظر في الدفوع المقدمة ضدها، بشرط ألا يشترك العضو المدعى بعدم صلاحيته في إصدار قرار الفصل في الدفوع، وإنه في حالة ما إذا كان عدد الأعضاء الآخرين غير المطعون في صلاحيتهم، والمنوط بهم اتخاذ القرار بخصوص الطعن الموجه لها زوجيا، أو إذا كان الطعن موجهها إلى موفق فرد واحد، وذلك في حالة تشكيل اللجنة من موفق واحد، ففي هاتين الحالتين يتصدى رئيس المجلس الإداري للطعن ويفصل فيه، وفي حالة ما إذا صدر القرار بعدم صلاحية العضو المطعون فيه يستبدل بعضو آخر، وفقا للأحكام الخاصة بتعيين الموفقين، وهذا بحسب نص المادة 58 من الاتفاقية¹.

وقد منحت الاتفاقية أطراف النزاع حرية واسعة في تقديم دعواهم أمام لجنة التوفيق، وبكافة الوسائل القانونية المتاحة²، وحتى لا يتأثر أي من أطراف النزاع من أي إجراء أمام اللجنة أثناء قيامها بعملها، فقد نصت الاتفاقية كقاعدة عامة على أنه لا يمكن لأي طرف من أطراف النزاع، الحق في التمسك أمام أي جهة قضائية أخرى، بتقرير اللجنة أو توصياتها، أو ما صدر عن الطرف الآخر، من وجهات نظر أو أقوال أو ما قبله أو عرضه من تسويات للنزاع.

إستثناء فإنه يمكن لطرفي النزاع الاعتماد على ما تم إبدائه أمام اللجنة التوفيقية، إذا ما عرضت القضية أمام الجهات القضائية الأخرى، وهذا يتحقق فقط في حالة وجود اتفاق بين الأطراف المتنازعة،

¹ بحيث يفصل في الطلب المقدم لتنحية أحد أعضاء لجان التوفيق أو أحد المحكمين باقي أعضاء اللجنة، أو المحكمة حسب الأحوال، على أنه في حالة ما إذا كان المطلوب تنحيته هو الشخص الوحيد المعين للتوفيق أو للتحكيم، أو إذا كان المطلوب تنحيتهم هم أغلبية المحكمين، يفصل الرئيس في الطلب، وإذا تقرر ان الطلب مبني على أساس سليم يستبدل بعضو لجنة التوفيق أو بالمحكم الذي يتعلق به القرار بشخص آخر، طبقا لأحكام الفصل الثالث القسم الثاني أو الفصل الرابع القسم الثاني.

² عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق ص. 211.

يقضي بإمكانية الاحتجاج، بما قيل أو قدم أثناء سير الدعوى التوفيقية، وهذا بحسب ما تقضي به المادة 35 من الاتفاقية¹.

الفرع الرابع: مكان عقد جلسات التوفيق:

بالرجوع إلى نصوص الاتفاقية فإن مكان اتخاذ الاجراءات التوفيقية، قد حددتها المادة 62 من الاتفاقية حيث "تجرى عملية التوفيق والتحكيم في مقر المركز" والذي حددته المادة الثانية من الاتفاقية عندما بينت أن "مقر المركز هو مقر البنك العالمي للانشاء والتعمير، ومع ذلك يمكن نقل مقر المركز إلى أي مكان آخر بقرار من المجلس الاداري للمركز يصدر بأغلبية ثلث أعضائه."

ومع ذلك أجازت المادة 63 من الاتفاقية للأطراف الاتفاق، على أن تتم عملية التوفيق في مقر المحكمة الدائمة للتحكيم، أو في أي مؤسسة أخرى ملائمة سواء عامة أو خاصة، إذا كان المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، قد أجرى معها الترتيبات اللازمة بهذا الشأن، أو في أي مكان آخر توافق عليه لجنة التوفيق بعد التشاور مع السكرتير العام للمركز².

وفيما يتعلق بمصاريف أعضاء اللجنة التوفيقية، فإن اتفاقية واشنطن تنص في الفقرة الأولى من المادة 60 منها على أن تحدد لجنة التوفيق، أتعاب ومصاريف أعضائها، طبقاً للقواعد التي يضعها المجلس الاداري، بعد التشاور مع الأمين العام بنصها: تحدد كل لجنة توفيق وكل محكمة تحكيم أتعاب ومصاريف أعضائها في الحدود التي يقرها المجلس الاداري، وذلك بعد التشاور مع السكرتير العام."

¹ وفي هذا السياق تنص المادة 35 من الاتفاقية أنه: "وما لم يتفق على غير ذلك فإنه لا يجوز لأي من الطرفين بمناسبة أية اجراءات أخرى تتخذ أمام هيئة تحكيم أو قضاء أو بأية صورة أخرى أن يستند إلى الآراء التي أعرب عنها أو التصريحات أو عروض التسوية التي قدمت من جانب الطرف الآخر خلال اجراءات التوفيق الفاشلة خلاف ما ورد بالمحضر الرسمي أو توصيات اللجنة."

² مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 179.

على أن الاتفاقية تجيز لأطراف النزاع أن يحددوا مسبقا وبالاتفاق مع لجنة التوفيق، أتعاب ومصاريف أعضاء تلك اللجنة، وهذا بحسب ما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة 60 بنصها : "وبصرف النظر عن أحكام الفقرة السابقة، يجوز للخصوم أن يحددوا مقدما، بالاتفاق مع لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم أتعاب ومصاريف أعضائها."

وإن طبيعة أسلوب التوفيق الذي هو عبارة عن وسيلة ودية، يتم من خلالها التوصل إلى اتفاق بين الطرفين، وليس قرار فاصل، فليس من طبيعة لجنة التوفيق، أن يكسب أحد الأطراف قضية أمامها أو يخسرها، وبذلك يتم تقسيم الأعباء المالية المتعلقة باللجنة وتسهيلات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، مناصفة بين الأطراف¹، وبذلك يتحمل الأطراف أية نفقات تنشأ ثانيا الاجراءات، بالتساوي نتيجة لطبيعة اجراءات التوفيق ، وهذا بحسب نص الفقرة الأولى من المادة 61 من الاتفاقية التي تنص على ما يلي: "في حالة دعوى التوفيق فإن أتعاب ومصاريف أعضاء اللجنة، وكذلك الرسوم الواجبة مقابل الانتفاع بخدمات المركز يتحملها طرفا النزاع مناصفة.

ويختص الأمين العام بتحديد الأعباء التي يتحملها الطرفان مقابل خدمات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وذلك طبقا للقواعد التي يضعها المجلس الإداري، وهذا بحسب نص المادة 59 من الاتفاقية "يحدد السكرتير العام الرسوم والمصاريف التي يتحملها الأطراف مقابل الانتفاع بخدمات المركز، وذلك طبقا للوائح المقررة في هذا الصدد من قبل المجلس الإداري."

وبالنتيجة وعلى الرغم بما يتميز به أسلوب التوفيق، كحل ودي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنه يمكن القول إن هذه الوسيلة، لم تكن ذات جدوى، وقليل ما تلقى الترحيب، وذلك

¹ (أميرة جعفر شريف، المرجع السابق، ص. 130.

للاعتقاد السائد في مجال العلاقات الاستثمارية، من أن الطرف الضعيف هو فقط الذي يسعى إلى تسوية النزاع بطريقة التوفيق¹.

وفي الأخير نخلص إلى أن اختيار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لأسلوب التوفيق بجانب التحكيم، اختيار صائب، ذلك راجع لكون أن المركز باعتباره هيئة دولية هدفها الأساسي، هو تهيئة مناخ من الثقة بين الدول ومواطني الدول الأخرى، أو بين الدول نفسها، ليس هدفه فقط تسوية المنازعات عن طريق حكم تحكيمي حاسم، لأجل الفصل في النزاع المعروض على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وإنما يهدف إلى خلق الجو الودي والوفاق بموجب أسلوب التوفيق، الأمر الذي ينعكس بشكل إيجابي على مسار العلاقات الدولية الاقتصادية.

ولا ريب أن سبيل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إلى ذلك هو استخدام أسلوب التوفيق، لأجل خلق أرضية مرضية لكلا طرفي النزاع، فالتوفيق ينتهي بإصدار مجموعة التوصيات، التي هي في الأصل مقترحات كلا الطرفين ولجنة التوفيق، لأجل التقريب بين وجهات النظر المتباينة، في جو يملؤه الود والوفاق، هذا التقريب من شأنه الوصول بالأطراف إلى نقطة التقاء بين مطالبهم، من دائرة الخلاف والخصومة إلى دائرة الاتفاق والتفاهم².

وعليه يمكن الإشارة إلى أن قد جرت سابقة تحكيمية، تم فيها الاتفاق على حل ودي بين طرفي النزاع، تمثل في حل توفيق أثناء سريان العملية التحكيمية، وخلالها تم التوصل إلى اتفاق ودي بين طرفي النزاع. ولأجل إضفاء الصفة الرسمية والالزامية للاتفاق الذي توصل إليه أطراف النزاع، تم صياغته في قالب حكم تحكيمي، من قبل المحكمة التي أنشئت لأجل القيام بالعملية التحكيمية في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

وعليه نخلص إلى أن الحكم التحكيمي، قد يأخذ شكلا مغايرا، عن صورة قرار تتخذه المحكمة حيث يتخذ الحكم التحكيم صورة تسوية ودية للنزاع توصل إليها أطرافه، ثم تقدموا بطلبهم إلى

¹ خالدكمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 370.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 443.

المحكمة لإخراج التسوية الودية التي توصلوا إليها في النزاع القائم بينهم، على شكل حكم تحكيمي صادر من محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وقد تجسد ثلاث منازعات عرضت على المركز للتسوية، وهي

- Guadalupe Gas Products V. Nigeria.
- Grenada Private Power Limited V. Ukraine.
- Antoni Goetz V. Burundi.

وتتلخص وقائع القضية الأخيرة في تقدم السيد Antoni Goetz، وآخرون بطلب إلى السكرتير العام للمركز الدولي بتاريخ 29-01-1995 وذلك طلبا لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لأجل النظر في النزاع القائم بينهم وبين حكومة جمهورية بوروندي.

حيث تعود وقائع النزاع إلى قيام حكومة بوروندي بعقد اتفاق بينها وبين المدعين، والذي بمقتضاه تمنح الأولى الأخيرين حق امتياز انشاء منطقة صناعية معفاة من الضرائب والرسوم الجمركية، وذلك بهدف قيام الأخيرين بإقامة مصنع لتصنيع المنتجات المعدنية المستخرجة من هذه المنطقة، وبعد منح الموافقات والتراخيص اللازمة للمشروع، وبدء المشروع في مزاولة أعماله قامت حكومة بوروندي بسحب هذه التراخيص والموافقات وذلك بعد عامين من مزاولة المشروع لأعماله، مما نتج عنه تكبد المشروع لخسائر مالية جسيمة، ونتيجة لذلك تقدم المدعون بتقديم طلبهم السابق إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

وعندما قام السكرتير العام للمركز بإخطار حكومة بوروندي بالطلب المقدم ضدها، قامت باختيار محكمها، إلا أنها أخطرت السكرتير العام، أن هذا لا يحول بينها وبين تقديم اعتراضها على انعقاد اختصاص محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، للنظر في الفصل في النزاع.

على الرغم من ذلك لم تقم حكومة بوروندي بالاعتراض على انعقاد اختصاص المركز، كما أنها لم تحضر جلساتها ولم تبد أسبابها في ذلك، على الرغم من المهلة التي منحتها لها المحكمة، مما أجبر

المحكمة على السير في إجراءاتها وذلك وفقا للمادة 54 من الاتفاقية، التي تنص على أن تسير المحكمة في إجراءاتها في حالة عدم حضور أي طرف من أطراف النزاع وعدم إبداءه لأسباب عدم حضوره، وقد استمرت المحكمة في إجراءاتها وتوصلت إلى أن قيام حكومة بوروندي سحب التراخيص والموافقات التي سبق وأن منحتها للمدعين بعد انتهاكها لحقوق هؤلاء المدعين، وبعد تجريدا لصاحب الحق من حقه، وذلك وفقا للمادة الرابعة من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين حكومة بوروندي وبلغاريا، وأقرت المحكمة بضرورة قيام حكومة بوروندي، بأداء التعويض الكامل والعادل للمدعين، في خلال أربعة أشهر من إصدار المحكمة لقرارها، إلا أن الطرفان قد توصلا في خلال الفترة التي حددتها المحكمة لأداء التعويض إلى اتفاق، تم بمقتضاه منح حكومة بوروندي للمدعين حق امتياز لمنطقة صناعية أخرى، كما قررت حكومة بوروندي إعفاء المدعين من الضرائب المستحقة عليهم، أثناء مزاولة المشروع لأعماله عن الفترة التي سبقت سحبها للتراخيص والموافقات. واستجابة لمطالب الطرفين قررت المحكمة تجسيد هذا الاتفاق، وهذه التسوية الودية في صورة حكم تحكيمي، على أن يتحمل الطرفان نفقات إجراءات التحكيم مناصفة فيما بينهم¹.

¹) Antoni Goetz and Oters v. Republic of Burundi, ICSID Review , Foreign Investment Law Journal, vol 15 , N°2, 2000, case n° ARB/95/3.

المبحث الثاني: التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي:

يعد التحكيم من أكثر الوسائل شيوعاً وإقبالاً لدى المستثمرين سواء أكان منصوصاً عليه في قوانين وعقود الاستثمار، أم في الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، فهو النظام الذي يتبناه المستثمرون على مستوى العالم أجمع، لما لهم من حرية في اختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق واجراءات التحكيم.

ولقد شهد العالم الحديث توسعاً في دور التحكيم، وخاصة فيما يتعلق بتسوية المنازعات الدولية في مجال التجارة والاستثمار، وقد عكس تطور التحكيم في هذا المجال نمو المعاملات ذات الصفة الدولية، التي تتسم باتجاه واضح نحو تفضيل اللجوء إلى التحكيم، كوسيلة لحل المنازعات. وبما أن اتفاقية واشنطن وما تهدف إليه من تشجيع وحماية للاستثمارات الأجنبية، فقد تضمنت قواعدها أسلوبين يتم اعتمادهما على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لأجل تسوية المنازعات الاستثمارية، تمثلت في كل من التوفيق والتحكيم.

وباعتبار أن أسلوب التوفيق يمثل طريقاً ودياً لتسوية المنازعات، وكذا المحافظة على العلاقات البينية بين أطراف النزاع، إلا أن أهم ما يعاب عنه أن أسلوب التوفيق، وغيره من الأساليب الودية، أنها لا تفضي إلى حكم ملزم في النزاع، فعلى سبيل المثال قد يوافق الطرفان على وضع توصيات الموفق موضع الاعتبار الجدي، إلا أن ذلك لا يخول الموفق سلطة فرض توصياته عليهم، وبالتالي فلن يلجأ الأطراف إلى الوسائل الودية، إذا ابتغوا صدور حكم يبت في النزاع بصورة نهائية.

أكثر من هذا فإنه بالرغم مما يتسم به أسلوب التوفيق من إيجابيات، فإنه يمكن القول بأن هذه الوسيلة لم تكن ذات جدوى، للاعتقاد السائد في الأوساط الاستثمارية، وذلك أن الطرف الضعيف هو فقط من يبادر إلى محاولة تسوية النزاع بالتوفيق.

وبالتالي يعتبر التحكيم الأسلوب الأكثر ملاءمة، والأكثر رسمية، في مجال تسوية المنازعات الاستثمارية، بالرغم من وجود عدد ليس بالقليل، من حالات التحكيم التي انتهت بتسوية ودية قبل

صدور الحكم، وفي حالة عدم التوصل إلى تلك التسوية، فإن النتيجة تتمثل في صدور حكم ملزم للطرفين.

ولذلك يفضل من الناحية العملية، اللجوء إلى التحكيم بدلا من التوفيق، إذ أن الغالبية العظمى من القضايا التي تم رفعها إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، كان التحكيم هو الفاصل فيها.

فالحقيقة أن التوفيق في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، نادر الوقوع، ويرجع السبب لكون أنه الاختيار بين هاذين الأسلوبين، يكون في يد الطرف البادئ في اجراءات التقاضي، وكقاعدة عامة فإنه من المفيد والحكمة أن تتركس الجهود والتكاليف، للطريقة التي تنتهي في النهاية بحكم ملزم¹.

ومن خلال هذا المبحث سنحاول إلقاء الضوء على كيفية سير العملية التحكيمية على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، منذ بداية الاجراءات إلى غاية صدور الحكم التحكيمي.

المطلب الأول: مرحلة ما قبل صدور القرار التحكيمي:

نظرا لكون التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي تحكيما مؤسسيا، فإنه من البديهي أن تكون إجراءاته، محكومة بما يعرف بقواعد المؤسسة، وهي قواعد لا يمكن لأطراف النزاع أن الاتفاق على خلافها، فهي قواعد واجبة الاتباع من جانب كل من المركز ذاته والأطراف على حد سواء، إلا في الحدود التي تجيز فيها الاتفاقية صراحة لأطراف النزاع الاتفاق على مخالفتها². وطبقا لقواعد وإجراءات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإن تحريك الدعوى التحكيمية أمامه، تستوجب قيام أحد أطراف النزاع بإحالة طلب إجراء التحكيم أمام المركز الدولي

¹ (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 450.

²) Broches Aron, The Experience of the International Centre of Investment Disputes, ICSID Review, Holtzman wise & Shepard of new york, 1985, p .88.

لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وعلى أساس قبول هذا الطلب أو رفضه يقوم الأطراف بالاتفاق على اختيار أعضاء المحكمة التحكيمية، التي ستنظر في النزاع. وعليه سنعالج في هذا الجزء كل من تقديم طلب التحكيم، وإجراءات اختيار محكمة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق، على إجراءات التحكيم وموضوعه.

الفرع الأول: تقديم طلب التحكيم:

تفتح إجراءات تسوية النزاع أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، عن طريق التحكيم بطلب خطي مقدم من قبل الطرف الراغب في تسوية الخلاف أمامه، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الأولى من نص المادة 36 من الاتفاقية بنصها: " الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الالتجاء إلى طريق التحكيم، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام، الذي يقوم بإرسال نسخة منه إلى الطرف الآخر. "

وبالتالي فإنه يلزم على الطرف المتقدم للتحكيم أمام محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، سواء كان دولة متعاقدة أو شخصا خاصا، طبيعيا كان أو اعتباريا، ينتمي بجنسيته إلى دولة أخرى، أن يقدم طلبا بهذا المعنى إلى السكرتير العام للمركز، ويجب أن يكون الطلب كتابيا. ذلك أن التعبير عن الإرادة يجب أن يكون صريحا وحاسما ومكتوبا، ولا يكفي الجزم للقول بوجود اتفاق التحكيم، إنما ينص كتابة في العقد على أن في حالة وجود نزاع يحل النزاع عن طريق التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي¹.

ويتعين أن يتضمن الطلب المقدم إلى السكرتير العام لأجل التحكيم، رضاء الأطراف والاتفاق الذي يبين هذا الرضاء، مثل اتفاق الاستثمار المبرم بين طرفي النزاع، متضمنا لرضاء الطرفين في اللجوء إلى المركز لتسوية النزاع بموجب التحكيم.

¹ السيد اليماني، اتفاق التحكيم التجاري في قانون التحكيم المصري، محاضرة في الدورة العامة للتحكيم، مركز الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ديسمبر 2005، ص. 4.

أو الاتفاقية الثنائية التي تجمع بين الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي، بصدد عرض المنازعات التي تنشأ بين الدول المضيفة ومواطني الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية إلى محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، للفصل في النزاع القائم بينهم، أو قانون الدولة المضيفة الذي يشير إلى اختصاص المركز بموجب أسلوب التحكيم، للفصل في المنازعات التي تنشأ بينها وبين المستثمرين الأجانب، وعليه ينعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من خلال التعبير عن الرضا بالتحكيم، الذي يتم في أشكاله المتعددة التي سبق التعرض إليها، والتي تتمثل في شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، أو التحكيم بالإحالة¹.

وعليه يمكن القول بأن التحكيم على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يبدأ إراديا بمعنى بموافقة أطراف النزاع، إلا أنه يمكن أن يتصف بالالزامية بعد اللجوء إليه، فبمجرد قبول الطرفين يصبح الزاميا ولا يمكن لأي منهما سحب موافقته في اللجوء إليه.

كما يصبح إلزاميا أيضا بتطبيق نصوص الاتفاقية، من خلال احترام اجراءات اختيار المحكمين من القوائم التي يضعها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ولا يعين أحد من خارج القائمة إلا بموافقة الرئيس. كما أن المحكمة هي التي تحكم في اختصاصها من عدمه، ويكون الحكم ملزم ونهائيا للطرفين، حتى أن هذه الاتفاقية هي الوحيدة التي فتحت المجال، لإعادة النظر بالقرار وبتفسيره أمام نفس المحكمة التي أصدرته، وبهذا نلمح كيف أن التحكيم على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يبدأ إراديا، وينتهي إلزاميا وفقا لاتفاقية².

وبالرجوع إلى موضوع الطلب الكتابي للتحكيم، نجد أنه قد أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة المشار إليها أعلاه المعلومات التي يجب أن يتضمنها طلب التحكيم بنصها: "ويجب أن يشتمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع، وهوية الأطراف، وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الاجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم."

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 367.

(2) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 397.

وخلصت المادة في فقرتها الأخيرة على النص بأنه " يتعين على السكرتير العام تسجيل الطلب، إلا إذا قدر في ضوء البيانات الواردة بالطلب، أن النزاع يخرج بشكل جلي عن اختصاص المركز، ويجب على السكرتير العام أن يخطر الأطراف على الفور بتسجيل الطلب أو رفض تسجيله."

مما تقدم يتضح أنه لكي تبدأ العملية التحكيمية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنه يجب أن يقوم أحد الطرفين الراغب في بدء التحكيم، بتوجيه طلب للسكرتير العام للمركز، ويجب أن يتوفر في طلب التحكيم الذي يشترط أن يكون مكتوبا، مجموعة من البيانات المحددة والمتمثلة فيما يلي¹:

1- تحديد أطراف النزاع بشكل دقيق، وهذا يتضمن أنه في حال كان أحد الطرفين في النزاع مؤسسة، أو هيئة تابعة للدولة متعاقدة، فيجب تبيان ذلك، كما أنه يجب أن يتم تحديد جنسية الطرف الثاني، وذلك لأجل معرفة ما إذا كان يحمل جنسية دولة متعاقدة أم لا. وكذلك لمعرفة ما إذا كان يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، فكما سبق وأن بينا فإن المستثمر الطرف في النزاع، لا يجوز له أن يكون منتميا إلى نفس الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار.

2- تحديد تاريخ القبول بالتحكيم، ولهذا التحديد أهمية خاصة، في تحديد جنسية أطراف النزاع، وذلك منعا للتحايل، وإحداث تعديلات غير جدية في الجنسية، بهدف خلق اختصاص محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أو بهدف التحايل لأجل استبعاد اختصاص المركز بشأن نزاع معين.

3- بيان الطبيعة القانونية للنزاع بين الأطراف وربطه بالاستثمار الأجنبي، وبالتالي يخرج عن نطاق اختصاص المركز الخلافات السياسية، لأنها خارجة عن الطبيعة القانونية، كما يرفض المركز

(¹) لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 108.

الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، اجراء التحكيم في المنازعات الناتجة عن الاستثمار الداخلي¹.

وبالتالي وبعد إدراج كافة هذه المعلومات في طلب التحكيم، يتم إحالته إلى السكرتير العام للمجلس للمركز، لأجل فحص الطلب، وهذا بحسب نص الفقرة الثالثة من المادة 36. مع الاشارة إلى أن الطرف مقدم الطلب عليه أن يوقع على طلبه، وأن يقدم منه خمسة نسخ إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، مع دفع الرسوم المقررة².

فإذا ما تبين له بناء على البيانات الوادة فيه، أن النزاع يخرج عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فله في هذه الحالة أن يرفض تسجيل الطلب.

وإن قرار السكرتير العام برفض تسجيل الطلب، هو قرار نهائي لا سبيل على الطعن فيه، وإن هذا الأمر قاصر فقط على الحالات التي يكون فيها أمر الطلب جلي وواضح، في خروجه عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

أما إن كان هناك شك في مدى اختصاص المركز بالنزاع، فيتوجب على السكرتير العام اعتباره من النزاعات التي تدخل في اختصاص المركز، وقيامه بتسجيل الطلب، مع التنبيه إلى أن قرار السكرتير في هذه الحالة -بمعنى في حالة الشك- لا تعني صحة الطلب شكلا وموضوعا، ذلك أن محكمة التحكيم عند بدئها في إجراءات التحكيم، تملك تقرير ما إذا كان النزاع يدخل في اختصاصها أو لا، بما تملكه من سلطة في هذا المجال³.

¹ جلال وفاء محمددين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 37.

² جلال وفاء محمددين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المرجع السابق، ص.

53.

³ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 183.

وبمجرد تسجيل الطلب من قبل السكرتير العام، وقيامه بإرسال نسخة منه إلى الطرف الآخر، يقوم بمساعدة الأطراف في اتخاذ الخطوات اللازمة لأجل مباشرة اجراءات التحكيم، والمتمثلة في تشكيل محكمة التحكيم والسير في المحاكمة.

الفرع الثاني: تشكيل محكمة التحكيم:

بعد أن يتم قيد طلب التحكيم لدى سكرتير العام للمركز، يقوم أطراف النزاع طبقاً لما تمليه أحكام وقواعد اتفاقية واشنطن، بتعيين المحكمين من قوائم المحكمين، التي شكلها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ويتم إعداد القائمة وفقاً لما تنص عليه المادة 13 من الاتفاقية على النحو التالي:

1- يجوز لكل دولة متعاقدة أن تعين أربعة أشخاص لكل قائمة، ولا يلزم بالضرورة أن يكونوا من رعاياها.

2- ويجوز للرئيس أن يعين عشرة أشخاص لكل قائمة، ويتعين أن يكونوا من رعايا دول مختلفة بالنسبة للقائمة الواحدة.

وإن الشروط والصفات التي يجب أن تتوفر في المحكمين، هي نفسها الشروط التي تم تبيانها في الشروط المطلوبة في شخصية الموفق، وهذا بحسب ما تمليه المادة 14 من الاتفاقية بنصها: "يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبي رفيع ومن المشهود لهم بتخصصهم وكفائتهم في المجالات القانونية أو التجارية أو الصناعية أو المالية، وأن تتوفر لديهم ضمانات الحيدة والاستقلال، في مباشرة وظائفهم مع ملاحظة أن التخصيص القانوني بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم، يعتبر شرطاً جوهرياً."

فالعالم اليوم هو عالم مختلط يمكن أن نجد فيه دول اشتراكية ودول ليبرالية، ودول إسلامية ودول غير إسلامية، دول صناعية غنية ودول نامية، والتجارة الدولية تربط بين هذه الدول والنظم الاقتصادية والسياسية والدينية المختلفة، وبالتالي فإن أي خلاف في مادة التجارة الدولية، يحال

إلى التحكيم، وبالتالي ستبرز بالتأكيد الحاجة إلى محكم، يكون موضع ثقة واطمئنان لدى كافة أطراف النزاع¹.

وبالتالي فإنه يتحتم على أطراف النزاع طبقاً لأحكام الاتفاقية، التعجيل باختيار المحكمين، الذين سيقومون بالفصل في النزاع القائم بينهم، في أقرب فرصة من تاريخ تسجيل طلب التحكيم بالمركز، وإخطار الأطراف السكرتير العام كتابياً بموافقتهم على ذلك²، وهو الأمر الذي يستدل من نص الفقرة الأولى من المادة 37 بنصها: "تشكل المحكمة التحكيمية (المسماة فيما يلي بالمحكمة) بقدر الامكان عقب تسجيل الطلب طبقاً للمادة (36)".

وطبقاً لأحكام اتفاقية واشنطن فإنه يجب تشكيل المحكمة، خلال المدة التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم غياب الاتفاق بينهما، على المدة التي يجب خلالها تشكيل المحكمة، فإنه يتعين في هذه الحالة أن يتم تشكيل المحكمة، قبل مرور فترة تسعين يوماً من الإخطار، الذي يرسله السكرتير العام، إلى الأطراف بتسجيل طلب التحكيم³.

وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الأولى المادة 38 من الاتفاقية بنصها: "إذا لم تشكل المحكمة خلال التسعين يوماً التالية للإخطار بتسجيل الطلب بواسطة السكرتير العام طبقاً للمادة (3/36) أو خلال أية مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل، وبقدر الامكان بعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد."

وإنه انسجاماً مع المرونة التي تتمتع أحكام الاتفاقية، فإنه يجوز لأطراف النزاع، أن يقوموا بتعيين أعضاء المحكمة التحكيمية من خارج القائمة التي وضعها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، شريطة أن تتوافر فيهم ذات الشروط والمؤهلات المطلوب توافرها، في المحكمين

(1) لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 113.

(2) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 477.

(3) إبراهيم شحاته، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص. 10.

الواردة أسماءهم في القوائم. فسواء كان المحكم المعين من ضمن قائمة المحكمين المعتمدة لدى المركز أم لا، فيجب أن يكون من كبار رجال القانون والقضاء، أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال، ومتمتعاً بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة¹. هذا الأمر الذي تقضي به نص الفقرة الثانية المادة 40 من الاتفاقية: "يجب أن تتوافر في المحكمين المعينين من خارج القائمة الشروط والمؤهلات المبينة بالمادة 1/14".

وما يمكن الإشارة إليه في هذه الحالة أنه أغلبية المحكمين المختارين، أمام محكمة تحكيم المركز في المنازعات التي عرضت عليها -سواء تم تعيينهم من طرف الأطراف المتنازعة أو من طرف الرئيس- ينتمون بجنسياتهم إلى الدول الصناعية الغربية.

ولقد علل السكرتير العام للمركز هذه الظاهرة، بأن العديد من الدول النامية لم يقوموا -وإلى وقت قريب- بتعيين أي محكمين لدى هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، كما أن بعض الدول النامية، قد قامت بتعيين بعض موظفيها العموميين كمحكمين لدى المركز، وبما قد يحول في بعض الأحوال من اعتماد اختيارهم كمحكمين في المنازعات المعروضة².

وقد قررت أحكام الاتفاقية أنه وعلى خلاف الأحكام المتعلقة بإجراء التوفيق، فإنه تشترط الاتفاقية في موضوع التحكيم، أن لا تنتمي أغلبية المحكمين بجنسياتهم إلى الدولة الطرف في النزاع، أو إلى الدولة التي يكون أحد مواطنيها طرفاً في النزاع³.

إلا أنه استثناء يجوز أن يكون المحكم متمتعاً بجنسية أحد طرفي النزاع، إذا اتفق الطرفان على محكم وحيد أو في حالة اتفاقهم على كامل أعضاء المحكمة⁴، وهذا بحسب ما قضت به 39 من

(1) لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 117.

(2) جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 55.

(3) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 479.

(4) مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 185.

الاتفاقية بنصها: "والمحكمون الذي يؤلفون الأغلبية يجب أن يكونوا من رعايا دولة أخرى خلاف الدول المتعاقدة، الطرف في النزاع أو الدولة المتعاقدة التي أحد رعاياها طرف في النزاع. مع ملاحظة أن هذا الحكم لا ينطبق في حالة ما يقوم الأطراف باتفاق مشترك بتعيين المحكم الوحيد، أو كل من المحكمين أعضاء المحكمة."

وإن العدد المكون لهيئة التحكيم مثله مثل ما يتعلق بهيئة التوفيق، فإنه يشترط أن يتسم شكل محكمة التحكيم بالوترية كذلك، حيث يجب أن تتكون محكمة التحكيم، من أي عدد فردي أو محكم واحد، ثم يقوم كل طرف من أطراف النزاع باختيار المحكم الذي يرضيه، أما رئيس المحكمة فيتم اختياره بالاتفاق بين طرفي النزاع، وهذا بحسب ما تقضي به من المادة 37 من الاتفاقية بنصها: "تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقاً لاتفاق الأطراف."

وفي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكمين وطريقة تعيينهم، تضم المحكمة ثلاثة محكمين، يعين كل طرف محكماً واحداً، أما المحكم الثالث والذي هو رئيس المحكمة، فإنه يعين بالاتفاق بين الطرفين."

من خلال ما تقدم يمكن إجمال القول في أنه بالرغم ما تتمتع به اتفاقية واشنطن، من مرونة وقيام أسلوب التحكيم على مبدأ الرضائية في اللجوء إليه، إلا أنه بمجرد إبداء الرضاء في اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يتحول مبدأ الرضائية إلى الزامية احترام الاجراءات والقواعد المنصوص عليها في الاتفاقية، والتي تنطوي على بعض القواعد الآمرة، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، مثل ما تقضي به من وجوب وترية أعضاء المحكمة التحكيمية، وأن يكون المحكمين من ذوي الأخلاق، ومم يعترف لهم بالكفاءة والمقدرة في المجالات ذات الصلة.

وكذلك أن تكون الأغلبية في هيئة التحكيم من مواطني دولة غير الطرف في النزاع، أو الدولة التي يكون أحد رعاياها طرفاً في النزاع، مع ملاحظة عدم انطباق هذا النص في حالة ما إذا كان المحكم الوحيد، أو المحكمين قد تم تعيينهم باتفاق مشترك بين طرفي النزاع¹. وبعد تشكيل هيئة التحكيم، فإن هذه الأخيرة وطبقاً لما تقضي به الاتفاقية فإنها تختص بتحديد اختصاصها، وهذا بحسب ما تقضي به المادة 241²، بمعنى أن الاتفاقية قد جعلت من محكمة التحكيم، قاضية بنفسها في شأن مدى اختصاصها، بنظر النزاع المطروح أمامها.

البند 01: تكاليف ومدة التحكيم:

إن التحكيم على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يتطلب دفع رسوم، حيث قدرت على سبيل المثال رسوم تسجيل الطلب، بما يعادل ثلاثمائة دولار أمريكي³. وقد حددت اتفاقية واشنطن في المواد 59 حتى 61 كيفية تحديد النفقات ودفعها، حيث نصت المادة 59 من الاتفاقية على ما يلي: "يحدد السكرتير العام الرسوم والمصاريف التي يتحملها الأطراف، مقابل الانتفاع بخدمات المركز، وذلك طبقاً للوائح المقررة في هذا الصدد من قبل المجلس الإداري".

وبصفة عامة فإن أتعاب المحكمين تحدد طبقاً للاتفاق بين الأطراف، وفي حالة تعذر الاتفاق بين الطرفين، فإن الرسوم التي تتقرر بواسطة المركز⁴، والتي تختلف من وقت لآخر، تكون واجبة النفاذ على طرفي النزاع، وحتى وقت قريب، كان أجر المحكم خمسمائة دولار أمريكي عن اليوم

¹ جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 55.

² تنص المادة 41 على ما يلي: "إن المحكمة محكمة باختصاصها.

إذا أثير دفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أي سبب آخر يتعلق باللجنة، فإن اللجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية أو أن فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية."

³ جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 41.

⁴ تنص الفقرة الثانية من المادة 60 من الاتفاقية على ما يلي: "وبصرف النظر عن أحكام الفقرة السابقة، يجوز للخصوم أن يحددوا مقدماً، بالاتفاق مع لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم، أتعاب ومصاريف أعضائها."

الواحد، بالإضافة إلى حق المحكم في استرداد كافة النفقات، التي يتحملها خلال سير الاجراءات التحكيمية¹.

وكقاعدة عامة فإن نفقات التحكيم، في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تختلف بحسب ظروف ومتطلبات كل قضية، وذلك تبعاً لطول أو قصر الاجراءات، وعليه نشير إلى أن متوسط الفترة التي يستغرقها التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تصل إلى فترة سنتين ونصف، وإن المدة التي يستغرقها التحكيم تختلف بحسب خصوصية كل قضية.

فقد يحدث بعض التأخير لسبب عدم اتفاق الطرفين، على أعضاء الهيئة التحكيمية، أو أن يتعرض المحكم لظروف طارئة تمنعه من القيام بمهمته كموته أو عجزه، أو في بعض الأحوال بسبب اعتزال المحكمين، ويمكن أن تكون هناك أسباب أخرى تساهم في تأخير صدور الحكم، مثل إدعاء أحد الأطراف باحتياجه لوقت إضافي، لأجل إعداد مذكرات الدفاع، أو كاعتراضه على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي².

البند 02: حضور الخصوم وغيابهم:

تتطلب المادة 45 من اتفاقية واشنطن التي جاءت في ظل القسم الثالث تحت عنوان سلطات ووظائف المحكمة، مثل الخصوم أمام محكمة التحكيم، وهو الأمر الذي يستدل بمفهوم المخالفة، من خلال استقراء نص الفقرة الأولى من المادة المشار إليها أعلاه³.

(1) لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 119.

(2) جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 41.

(3) تنص المادة 45 من الاتفاقية على ما يلي: " إذا تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه، فإنه لا يعد لهذا السبب في حد ذاته، مسلماً بادعاءات الطرف الآخر.

إذا تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه في أي مرحلة من مراحل الخصومة، يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة الاكتفاء بما تم تقديمه، وإصدار حكمها بناء على ذلك. ويجب على المحكمة - مع إخطارها الطرف المتغيب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه بالطلب الذي تلقتة، أن تمنح هذا الطرف مهلة لتدبير الأمر قبل اصدار حكمها، ما لم تقدر المحكمة عدم توافر النية لديه للحضور إلى المحكمة أو السير في الخصومة."

وبالمقارنة بين أحكام أسلوب التوفيق وأسلوب التحكيم، فإن الأمر يختلف، ذلك أن تخلف أحد الأطراف أو امتناعه عن تقديم دفعه أثناء سير الإجراءات التحكيمية، فإن هذا الأمر لا يؤدي وقف سير التحكيم، بخلاف ما يتعلق بأسلوب التوفيق، الذي يؤدي غياب أو امتناع أحد الأطراف على حضور جلسات التوفيق إلى إلغاء سير العملية التوفيقية، وهو الأمر الذي يتدل عليه من نص الفقرة الثانية من مادة 45 من الاتفاقية.

وبالتالي فإن غياب أحد الخصوم أو امتناعه عن تقديم أوجه دفاعه، لا يؤدي إلى وقف الاجراءات، وإنما لمحكمة التحكيم بناء على طلب الخصم الآخر، بعد تبليغ الخصم المتغيب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه بطلب الخصم، والمتضمن الاستمرار، بنظر موضوع النزاع والحكم فيه، أن تمنح الخصم المتغيب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه، مهلة للمثول أمامها أو تقديم أوجه دفاعه¹.

ومن خلال التمعن في نصوص الاتفاقية، فيما يتعلق بغياب أو امتناع أحد الأطراف، المثول أمام المحكمة التحكيمية، نجد أنها تتمتع بالمرونة، من حيث عدم اعتباره خطأ يستوجب توقيع جزاء عليه، أو حرمانه من الضمانات المعتادة، وهو ما قضت به المادة في عبارتها "أن عدم حضور أحد الطرفين أو عدم ابداءه لدفاعه لا يعتبر تسليماً منه بادعاءات الطرف الآخر".

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية:

تنطوي العملية التحكيمية الدولية، سواء على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بشكل خاص، أو في العمليات التحكيمية بشكل عام، على مجموعة من الاجراءات والقواعد التي لا تتوقف عند حد تقديم طلب التحكيم، واختيار أعضاء المحكمة التحكيمية. بل أن الأمر يتجاوز هذا الحد، إلى تحديد القانون الذي سوف يحكم العملية التحكيمية، سواء من حيث القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، أو من حيث تحديد القانون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

¹ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 189.

وترجع أهمية هذا التحديد في أنه بمجرد الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، تسهل العملية التحكيمية، من خلال سير العملية التحكيمية وفقا للقانون المحدد، فيما يتعلق بغياب الخصوم وحضورهم، ومهلة سير العملية التحكيمية، وغيرها من ضوابط القواعد التي تسيّر على ضوءها العملية التحكيمية.

ومن خلال هذا الفرع سنتعرض إلى كل من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

البند 01: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

من خلال استقراء نصوص اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نجد أنها تتمتع بقدر كبير من المرونة، التي تسمح لأطراف النزاع الاتفاق، على خلاف ما جاء في الاتفاقية كقاعدة عامة، باستثناء القواعد الآمرة التي تنطوي عليها الاتفاقية، التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها كما سبق وأن بينا.

وباعتبار أن اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، معاهدة دولية، فإنها لا تأخذ بعين الاعتبار أي قانون وطني، فهي تكون قانون المحكم. وقد حرصت هذه الاتفاقية على تنظيم طريقة عمل وتكوين هيئة التحكيم كما سبق تبيانه، وبالرغم من أن قواعد هذه الاتفاقية في الأصل هي الواجبة التطبيق من الناحية العملية، إلا أنها ضمنا لنجاح العملية التحكيمية ولتحقيق الطمأنينة لأطراف النزاع، تسمح لهم بمخالفة قواعد المكملة¹.

وإن أمر جواز مخالفة أحكام الاتفاقية هو الأمر الذي يمكن الوقوف عليه من خلال أحكام والقواعد المنصوص عليها في نصوص الاتفاقية، حيث تنص المادة 44 من الاتفاقية على ما يلي: "تدار جميع إجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم، وما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، طبقا للاتحة التحكيم المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التحكيم، وإذا ثارت مسألة إجرائية لم ينص

¹ لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 122.

عليها في هذا القسم أو في لائحة التحكيم أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى المحكمة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائماً."

وبالتالي يستدل من نص المادة أن الأحكام التي جاءت بها الاتفاقية، هي الواجبة التطبيق على اجراءات التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك¹.

كما تفيد لعبارة الأولى من نص المادة 42 من الاتفاقية بقولها أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع المعروف عليها، وفقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الطرفان، يعني بشكل مباشر ومطلق أن اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، منحت أطراف النزاع الحق وسلطة اختيار القواعد القانونية، التي تطبق على موضوع النزاع².

وعليه فإن الأطراف يتمتعون باستقلال تام، وحرية واسعة في اختيار أي نظام قانوني، الذي يرونه مناسباً لتطبيقه على نزاعاتهم في عقود الاستثمار. فقد ينصب اختيارهم على قانون جنسية أحد أطراف النزاع أو كلاهما معاً، أو قانون دولة ثالثة أو القانون الدولي العام، كما يمكنهم أن يختاروا جملة من القواعد القانونية من عدة نظم قانونية، أو قواعد قانونية مشتركة بين القانون الوطني والقانون الدولي العام... إلخ

كذلك يمكن الوقوف على المرونة التي تتمتع بها نصوص الاتفاقية من خلال نص المادة 40 التي تجيز لأطراف النزاع اختيار أعضاء الهيئة التحكيمية، من خارج القائمة التي وضعها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي³، كذلك حرية الأطراف فيما يتعلق بتحديد عدد المحكمين، وطريقة

¹ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن، ص. 135.

² بن سهلة ثان بن علي، نعيمة فوزي، المرجع السابق، ص. 26، 27.

³ تنص المادة 40 على ما يلي: يمكن أن يختار المحكمون من خارج قائمة التحكيم، على أن هذا الحكم لا يسري في حالة تعيينهم بواسطة الرئيس طبقاً للمادة (38)."

تعينهم بموجب نص الفقرة الثانية من المادة 137¹، وغيرها من النصوص التي تسمح لأطراف النزاع الاتفاق، على خلاف ما ورد في الاتفاقية.

وهكذا نخلص إلا أن اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد كرست مبدأ سلطان الإرادة، وإن كانت قد فرضت تطبيق قواعدها في حال عدم اتفاق الأطراف، على قواعد تسيير الاجراءات وفقا لها.

البند 02: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

بعد أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، على إجراءات الدعوى التحكيمية، تقوم المحكمة التحكيمية بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وبالرجوع إلى نصوص اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نجد أنها تعترف بالحرية الكاملة لأطراف النزاع، في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك احتراماً لحرية الإرادة باعتبارها أحد المبادئ الأساسية، التي تحكم القانون الواجب التطبيق².

وقد نصت المادة 42 من الاتفاقية على أنه:

"1- تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع. وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع.

2- ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية أو عمومية مثل هذه النصوص.

3- ولا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة -إذا ما اتفق الطرفان على ذلك- في الحكم بموجب مبادئ العدل والانصاف."

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 37 على ما يلي: "تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقاً لاتفاق الأطراف. وفي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكمين...."

² مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 190.

من خلال استقراء نص المادة وخاصة الفقرة الأولى منها نجد أنها تنطوي على فرضيتين يتم من خلالهما إعمال نصوص القانون واجب التطبيق على النزاع، تتمثل الفرضية الأولى في تطبيق القانون الذي يختاره طرفا النزاع، أما الفرضية الثانية فتتمثل في غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف¹.

أولاً: حالة اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع:

تعترف الاتفاقية للأطراف بسلطة تحديد القواعد القانونية، التي تطبق عند قيام المحكمة بالفصل في النزاع، وهو ما يستدل من نص الفقرة الأولى من المادة 42 المشار إليها أعلاه، التي يستفاد منها أن المحكمة تفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية، التي اتفق عليها الأطراف، وبالتالي فإنه يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل يطبق على التحكيم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فيمكن للأطراف أن يختاروا نظام قانوني، لأي من الطرفين أو كليهما، أو حتى قانون دولة ثالثة.

ويرجع الأخذ بهذا المبدأ إلى أسباب عملية ونظرية، إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون، الذي يحكم موضوع النزاع، للتعدد الكبير والاختلافات والتشعب في التعاملات العقدية الدولية، فهذا المبدأ يسمح لأطراف النزاع باختيار القانون الملائم، لتحقيق النتيجة التي يرغبها في تحقيقها، كأن يختاروا قانون دولة أخرى أجنبية عنهم، نظراً لما يتضمن هذا الأخير من أحكام تنظم سير العملية التحكيمية، وموضوع التحكيم، بصورة معينة أو بصورة تفصيلية أفضل من تلك التي كانت ستحققه الأحكام، التي وردت في قوانينهم الوطنية، أو لما يحققه من قيود أقل.

وعلاوة على ذلك يجوز للأطراف الاتفاق على فض منازعاتهم، طبقاً للمبادئ العامة للقانون، أو جزء من القواعد المعمول بها في نظام قانوني معين¹. فإرادة الأطراف تلعب دوراً هاماً وحاسماً، في اختيار

¹) Delaume, Georges R, The Proper Law of State Contracts and the lex Mercatoria: A Reappraisal, 3ICSID, review, FILJ, 1988, p. 91.

القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، فالإرادة تقوم بدور ضابط الاسناد، الذي يحدد النظام القانوني واجب التطبيق على النزاع.

حيث تضمنت الفقرة الثالثة من المادة 42 نصا يقضي بتحويل هيئة تحكيم المركز، الفصل في النزاع المعروف عليها، وفقا لمبادئ العدل والانصاف، وهي مبادئ عامة تهدف إلى الفصل في النزاع بناء على ما يعتقده المحكم، ويقتنع به قناعة شخصية أنه يحقق العدالة لأطراف النزاع.

وترجع الفائدة من هذا النص أنه يوسع من سلطات هيئة التحكيم، ويعطيها حرية أكبر في تسوية النزاع، فيستطيع المحكم عند اتفاق الأطراف على تفويضه في تطبيق هذه المبادئ، أن يختار أي نظام قانوني يراه ملائما للتطبيق، فيستطيع أن يرجع إلى المبادئ العامة للقانون، كما أنه بإمكانه أن يوسع من نطاق مبدأ قانوني معين، أو تعديله ليناسب النزاع المعروض، مما يسهم بدوره في تطوير القواعد القانونية الواجبة التطبيق على منازعات الاستثمار².

ولكي تطبق هيئة المحكمة مبادئ العدل والانصاف على موضوع النزاع، فيلزم وجود اتفاق صريح بين الأطراف على ذلك، فالمحكمة لا تستطيع أن تفصل في النزاع، وفقا لتلك المبادئ من تلقاء نفسها، لأن الموافقة شرط أساسي للفصل في النزاع طبقا لهذه المبادئ، ويعتبر الحكم الصادر بدون تلك الموافقة حكم باطل لتجاوز هيئة التحكيم لسلطتها³.

وإن السؤال الذي يفرض نفسه في هذه النقطة، هو هل أن اختيار قانون دولة ما ليحكم النزاع القائم، يعني استثناء قواعد تنازع القوانين لهذه الدولة أم لا؟

إن المنطق يقتضي أن الإجابة عن هذا السؤال تكون سلبية، والسبب في ذلك يعود إلى أن نص البند الأول من الفقرة الأولى من المادة 42 الذي ينص على : "تحكم المحكمة في النزاع وفقا

⁽¹⁾ جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 59.

⁽²⁾ صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 1/42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995 ص. 33.

⁽³⁾ عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 218.

للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان.. "يستدل منها أنها قد اعترفت بحرية واسعة في اختيار مجموعة قواعد قانونية لتشكيل القانون، الذي يحكم النزاع القائم بينهم، فالأطراف يمكنهم تحديد ما إذا كانت قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالدولة، التي اختاروا تطبيق قانونها تدخل أم لا ضمن هذه القواعد التي اختاروها، ويملكون وحدهم الحرية في استثنائها أو عدم استثنائها، وبالتالي فإن عدم ذكر عبارة قواعد تنازع القوانين، في حال اختيار الأطراف للقانون المطبق، يعود إلى الحرية الواسعة التي أعطيت للأطراف في اختياره¹.

وإن اختيار القانون الذي يقوم المحكم بإعماله، قد يتم في العقد المبرم بين الدولة المضيفة، والطرف الأجنبي الخاص (المستثمر الأجنبي)، الذي نشأ عنه النزاع المعروض على التحكيم، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم هذا الاختيار، في حالة تحققه، أثناء إبرام العقد في تاريخ لاحق أثناء عرض النزاع على التحكيم، أو أثناء التحكيم ذاته. إذ أنه يكفي في هذا الصدد أن يتم هذا الاختيار، قبل أن تشرع محكمة التحكيم في الفصل في النزاع².

وعليه فإن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد، يكمن في مدى وضوح إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق؟ بمعنى هل يشترط أن يكون التعبير عن تحديد القانون الواجب التطبيق صريحاً، أم يكفي التعبير عنه ضمناً واستنتاج الإرادة الضمنية لأطراف النزاع، من خلال دلائل تفيد التركيز الموضوعي للعقد في نظام قانوني معين؟

للإجابة عن هذا التساؤل ظهر اتجاهين، الاتجاه الأول يشترط الإرادة الصريحة والواضحة لإرادة الأطراف، في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك بغض النظر عن الوقت الذي يتم فيه هذا التحديد، سواء أثناء إبرام العقد أو أثناء الاتفاق على شرط التحكيم، أو أثناء سير عملية التحكيم³.

(1) لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 141.

(2) حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 512..

(3) بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 293.

أما الاتجاه الثاني من الفقه فيرى أن التفسير الحرفي لنص الاتفاقية بصدد اختيار القانون الواجب التطبيق، يفيد إلى أنها لا تشترط التعبير الصريح والواضح لارادة الطرفين، ذلك أنه وفقاً لنظرية سلطان الارادة في القانون الدولي الخاص، فإن مثل هذا الاختيار يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالعقد، أو من خلال إدراج بعض الشروط، والتي لا تتصل على نحو مباشر ببعض القوانين واجبة التطبيق، وهو ما يعضد فكرة أن يكون اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق اختياراً ضمناً¹.

ثانياً: حالة غياب اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع:

تعد مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق مسألة هامة، في ممارسات هيئة التحكيم، فتطبيق النظام القانوني الصحيح، يعد مطلب أساسي لإصدار حكم تحكيمي شرعي، وإن الفشل في تطبيق القانون الصحيح والمناسب، يعد إفراطاً في استعمال السلطة، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى إبطال الحكم الصادر.

وقد أوجبت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، على هيئات تحكيم المركز، الفصل في النزاع المطروح أمامها، بما يتفق مع قواعد القانون المتفق عليها بين الأطراف، وأنه في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق يقومون بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، بالإضافة إلى القواعد المناسبة في القانون الدولي².

وهذا بحسب ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 42 من الاتفاقية، التي ألزمت هيئة التحكيم، بتطبيق قانون الدولة المضيفة، شاملاً قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي³.

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 483.

(2) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص. 452.

(3) ما يمكن الإشارة إليه أنه وبالنظر إلى السمة الغالبة في الدول النامية، والمتثلة في كثرة التعديلات والإلغاء بالنسبة للقوانين، فهل القانون الذي تطبقه محكمة التحكيم بوصفه قانون الدولة المضيفة، هو القانون الساري وقت إنشاء العلاقة الاستثمارية أم القانون النافذ وقت اللجوء إلى التحكيم؟ وفي هذه الحالة يجب التفرقة بين ما إذا كان الطرفان قد اتفقا على شرط الثبات التشريعي، أو ما يعرف بتجميد القانون في الزمان أو لا. ففي حالة اتفاق الأطراف على تجميد القانون في الزمان، والذي يعني أنه لا يسري إلا القانون الذي كان نافذاً وقت انشاء العلاقة الاستثمارية مع استبعاد جميع ما يطرأ عليه من تعديلات تشريعية، حتى ولو كانت هذه التعديلات التشريعية تمثل قوانين آمرة، بل أن هذه القوانين الآمرة تفقد طابعها في النطاق الدولي.

وبذلك فإنه يمتنع في هذه الحالة، تطبيق أي قانون وطني آخر، إلا من خلال قواعد تنازع القوانين، وفقا لقواعد الاسناد في الدولة المضيفة، ويرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة في هذه الأحوال، إلى أن اللجوء إلى الاستثمار في بلد معين، يتضمن رضاء ضمني، بتطبيق قوانين هذا البلد الخاصة بالجوانب المختلفة لعقد الاستثمار¹.

بحيث يتمثل الأساس القانوني في تفضيل واختيار قانون الدولة المضيفة، حسب ما ذهب إليه الفقه، يرجع إلى أنه القانون الأكثر صلة بالعلاقة موضوع النزاع، حيث أن الاستثمار وما ينتج عنه يتواجدان ماديا على اقليم الدولة المضيفة، كما أن هذه الدولة غالبا هي مكان إبرام العقد. ولعل من الحكمة عند نشوب أي نزاع عن هذا العقد، أن تبحث المحكمة أولا عن مدى ارتباطه بقانون الدولة المضيفة، إضافة إلى أن المستثمر عندما أقدم على الاستثمار في هذه الدولة، فقد رضي ضمنا بتطبيق قوانينها الخاصة، بالجوانب المتعلقة بالعملية الاستثمارية².

وهو ما رست عليه أحكام محكمة التحكيم، لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، في حكمها الصادر في 21 أكتوبر 1983 في قضية: «Klockner industrie anlagen gmb H.V. united republic of Cameroon»³

حيث قررت محكمة التحكيم أن تطبق القانون المدني والتجاري لدولة الكاميرون، إلا أنه تبين لها أن هذا القانون يحيل إلى القانونين الانجليزي والفرنسي معا، فاستندت محكمة إلى نص الفقرة الأولى للمادة 42 من الاتفاقية، التي تقضي بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين، في الدولة المتعاقدة، واختارت

ويتوجب على المحكم في هذه الحالة تطبيق هذا القانون، وليس له أن يحل اختياره محل اختيار الأطراف في اختيار هذا القانون. ومن ذلك الشرط المدرج في الاتفاق المبرم بين جمهورية تونس وإحدى شركات النفط الأمريكية سنة 1978، والذي ينص على أنه يكون واجب التطبيق القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي، أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على مثل هذا الشرط فإن محكمة التحكيم تطبق القانون بالحالة التي هو عليها وقت اللجوء إلى التحكيم.

¹ جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 45.

² صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 1/42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص. 51.

³ Emmanuel Gaillard, Chronique des Sentences arbitrales, JDI, vol 1-2, 1987, p. 135.

القانون الفرنسي على أساس أن العقد، تم تنفيذه في الجزء الفرنسي من الكاميرون، والذي يوجد به أيضا المشروع المنشأ بمقتضى العقد والمركز الرئيسي للشركة التابعة للكاميرون، والمسماة بـ socam، وذلك طبقا لما تقضي به قواعد تنازع القوانين، السارية المفعول في الكاميرون¹. وكذلك من القضايا التي قامت فيها هيئة تحكيم المركز بتطبيق قانون الدولة المضيفة، في حالة غياب اتفاق الأطراف، أو سكوتم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، قضية الشركة الإيطالية Benvenuti & Bonfant ضد دولة الكونغو 1977.²

وإنه من خلال التمعن في نص الفقرة الأولى من المادة المشار إليها، يمكن القول أنها قد جمعت بين كل من قواعد القانون الوطني، للدولة المضيفة للاستثمار، بما تشمله من قواعد الاسناد، مع إمكانية الاستعانة بقواعد القانون الدولي، وهذا بصريح العبارة "...أن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع."

فالواقع أن تطبيق القاعدة المشار إليها أعلاه -قانون الدولة المضيفة وقواعدها المتعلقة بتنازع القوانين- قد يسبب صعوبات كثيرة خاصة عندما يكون هناك فجوة أو فراغ، يشوب قانون الدولة

¹ (للاطلاع على مزيد من التفاصيل على القضية أنظر:

اطلع عليه بتاريخ 2017-11-22 type=caseRH8.www.icsid.worldbank.org/icsid/fronteserlet?request
Klockner Industries-Anlagen gmbh and others v. United Republic of Cameroon and Société Cameronaise des engrais (icsid case N°: ARB/81/2)

² حيث تلخص وقائع هذا النزاع في قيام حكومة الكونغو بتكليف الشركة المذكورة بإنشاء مصنع لإنتاج الزجاجات البلاستيكية في نهاية عام 1972، وقد طلبت الشركة من الحكومة أن تكون شريكا بنسبة 40% في المشروع، ويكون للحكومة حصة 60% منه، وبشرط أن تدفع الحكومة نصيبها في رأس مال المشروع البالغ 55 مليون فرنك، وبعد أن نفذت الشركة الإيطالية التزاماتها فوجئت بعدم قدرة الحكومة والبنوك المحلية على تنفيذ التزاماتها، وتقديم التمويل اللازم، فضلا عن تراجع الحكومة عن التزاماتها بشأن حماية إنتاج الشركة، وعدم التدخل في تسعيرة الإنتاج، بل تزايد تدخل الحكومة في أعمال الشركة -حتى أصبحت في الواقع إحدى شركات الدولة- وانتهى الأمر باحتلال الجيش لمقر الشركة، وباءت كل محاولات التفاوض بالفشل مما دفع الشركة إلى تقديم طلب التحكيم إلى محكمة المركز، مصحوبا باتفاق بينهما وبين حكومة الكونغو يتضمن شروطا للتحكيم لدى المركز طبقا لنص المادة 36 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، وقد استظهرت هيئة التحكيم عدم تعبير الأطراف المتعاقدين عن رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين، ومن ثم لجأت المحكمة إلى تطبيق الفقرة الثانية من المادة 1/42 من اتفاقية إنشاء المركز، وانتهت إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الكونغو، فضلا عن قواعد العدل والانصاف التي يحق للمحكمة تطبيقها وفاق لاتفاق الأطراف، وانتهت المحكمة إلى إلزام حكومة الكونغو بسداد مبلغ 3مليون و3 آلاف فرنك عن قيمة الأرباح فضلا عن 110 مليون قيمة الحصة المصادرة من أسهم الشركة.

المضيئة للاستثمار، وبالتالي فإنه في هذه الحالة يتوجب على محكمة التحكيم، البحث عن القواعد المناسبة والمبادئ الملائمة، في القانون الدولي لأجل سد الفراغ. فمبادئ القانون الدولي، يتم الاعتماد عليها كتكملة لما يمكن أن يعتري القانون الوطني للدولة المضيفة، من نقص أو من أجل تفسير بعض مواد القانون التي يشوبها بعض الغموض، أو تتدخل من أجل إبعاده، إذا تبين للمحكمة أن هذا القانون أو بعض مواده، يتعارض مع مبادئ القانون الدولي الواجب حمايتها. فيمكن تصور أن قواعد القانون الدولي، في علاقتها مع القانون الوطني للدولة المتعاقدة، تؤدي دورا تكميليا، ودورا تعضيديا ودورا تصحيحيا، لما قد يعتري قانون الأخيرة من نقص¹.

بهذا تكون الاتفاقية بنصها المشار إليه أعلاه، قد نجحت في اختيار القانون الأنسب للتطبيق على موضوع النزاع، بالإضافة إلى نجاحها في سد النقص، الذي قد يعتري القانون الوطني للدولة المضيفة، وذلك من خلال إشارتها إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة، بالقانون الوطني للدولة المضيفة، إضافة إلى القواعد القانون الدولي².

وأخيرا تحول الفقرة الثانية من نفس المادة لهيئة التحكيم، سلطة الفصل في المنازعات طبقا لقواعد العدالة، وأن الواقع أن الالتجاء إلى قواعد العدالة لا يكون لمجرد ملء فراغ قانوني فقط، وإنما يعني أيضا أن هيئة التحكيم، لن تقتصر على تفسير أو تكملة القواعد الواجبة التطبيق، في ضوء اعتبارات العدالة، بل إنه يمكنها أن تفصل في النزاع، عندما يقتضي الأمر تغليب قواعد العدالة³.

وبناء على ما ورد في نص المادة 42 التي تضمنت تبيان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، نجد أنها قد حرصت على ترك الباب مفتوحا، أمام محكمة التحكيم، لأجل البحث عن حكم للمسائل التي لم يتم الفصل فيها طبقا للفقرة الأولى من المادة 42، وفقا لقواعد العدالة والانصاف، وكذلك عن طريق الاستعانة بقواعد وأعراف التجارة الدولية، حيث أنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض

(1) طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 484.

(2) غسان رباح، المرجع السابق، ص. 265.

(3) جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 62.

الفصل في إحدى المسائل المعروضة عليها، بحجة عدم وجود نص خاص بها، أو بسبب غموض في القانون¹.

وإن الواقع في الالتجاء لقواعد العدالة، لا يكون مجرد ملء فراغ قانوني فقط، وإنما يعني أيضا أن هيئة التحكيم لن تقتصر على تفسير أو تكملة القواعد واجبة التطبيق في ضوء اعتبارات العدالة، بل أنها تفصل في النزاع، عندما يقتضي الأمر تغليب قواعد واعتبارات العدالة².

وهنا يمكن الاستدلال بحكم محكمة التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، الصادر بشأن النزاع القائم بين شركة AGIP SPA مع حكومة الكونغو، حيث يتعلق النزاع بقيام شركة AGIP SPA بتأسيس شركة لتوزيع البترول في دولة الكونغو سنة 1962، واحتفظت بنسبة 90% من الأسهم، أما النسبة الباقية كانت من نصيب شركة HYDROCARBONS السويسرية.

وتم توقيع اتفاق بين شركة AGIP SPA وحكومة الكونغو في 2 يناير 1974، تعهدت فيه الشركة أن تباع للحكومة نسبة 50% من أسهم رأس المال مقابل تعهد الحكومة بعودة التزامات كان من أهمها ضمان نسبة 50% من ديون الشركة، واتخاذ جميع الاجراءات الضرورية لضمان تسويق منتجات البترول، وزيوت التشحيم اللازمة لهيئات الدولة، عن طريق الشركة، وكذلك اتخاذ جميع الاجراءات اللازمة لتثبيت النظام القانوني للشركة، وعدم تأثره بأية تعديلات قانونية لاحقة.

واتفقت الأطراف على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بتسوية أي خلافات قد تنشأ عن هذا العقد بطريق التحكيم، على أن يكون القانون الكونغولي المستكمل بمبادئ القانون الدولي، هو القانون الواجب التطبيق¹.

(1) خالدكمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 404.

(2) ولتوضيح هذه الفكرة فإنه يجب على المحكمة أن تنظر أولا في النزاع على ضوء قانون الدولة المضيفة، وهذا القانون يطبق بالدرجة الأولى وفقا لوقائع النزاع، ثم تدرس النتائج وفقا لأحكام القانون الدولي، وهذه العملية لن تتضمن تأكيد أو انكار لصحة قانون الدولة المضيفة، ولكن قد يحصل عدم تطبيق لهذا القانون، إذا ما تعارض مع القانون الدولي، وهذا يعني أن القانون الدولي يتفوق ترتيبا مع القانون الوطني حسب المادة 42 في فقرتها الأولى. طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 487.

ومع أوائل عام 1974 صدر قانون يقضي بتأميم قطاع توزيع منتجات البترول، ونقل كافة الأمور المالية لشركات البترول المؤممة إلى شركة البترول الوطنية HYDRO-CONGO، واستثنت الحكومة شركة AGIP SPA من هذا القانون، والتي واجهت منافسة شديدة من شركة HYDRO-CONGO، مما ترتب عليه فقدها لعدد كبير من العملاء، وعقب ذلك تم تأميم شركة AGIP SPA سنة 1975، بموجب القرار الجمهوري رقم 75/6، واستولى الجيش الكونغولي على كافة مراكز الشركة وأصولها المالية، وملفاتها ووثائقها.

ونتيجة لذلك أرسلت شركة AGIP SPA إلى السكرتير العام للمركز الدولي، طلبا للتحكيم بتاريخ 26 سبتمبر 1977، مرفقا به بروتوكول اتفاق استثمار موقع بين الشركة وحكومة الكونغو في أوائل يناير عام 1974، تطالب بتسوية نزاعها مع شريكها لعدم وفائه بالتزامات التعاقدية، وذلك عن طريق التحكيم، في إطار نصوص اتفاقية واشنطن لعام 1965، وتم قيد طلب التحكيم في 4 نوفمبر 1977.²

وبدأت الاجراءات في 19 جويلية 1978، وبدراسة أعضاء محكمة التحكيم لنشأة النزاع تبين لهم وجود اتفاق استثمار موقع بين شركة AGIP SPA وحكومة الكونغو في 2 من يناير 1974 اتفقت فيه الأطراف على أن : يتم تسوية أية خلافات تتعلق بتطبيق أو تفسير بروتوكول هذا الاتفاق

¹ قد يثار التساؤل هنا حول القانون الواجب التطبيق من طرف محكمة التحكيم، هل هو القانون الساري في دولة الكونغو في 2 يناير 1974 بمعنى تاريخ إبرام اتفاق الاستثمار، أم هو القانون النافذ وقت اتخاذ اجراءات التحكيم؟
الاجابة عن هذا التساؤل تكمن في اتفاق أطراف النزاع الذي أوضح فيه أن هناك التزاما يقع على عاتق الحكومة مقتضاه: "اتخاذ الاجراءات اللازمة لمنع تطبيق الشركة لأية تعديلات تحدث في المستقبل، في قانون الشركات ويكون من شأنها التأثير في بنائها التنظيمي.
وقد ورد في بروتوكول الاتفاق المبرم بين الشركة والحكومة الكونغولية، تعهد هذه الأخيرة بعدم تطبيق اية قوانين أو لوائح لاحقة يكون شأنها تغيير النظام الأساسي للشركة باعتبارها ذات مسؤولية محدودة، وعلاوة على ذلك ستتخذ الاجراءات الملائمة لتأكيد انه أي أثر على نظام الشركة الوارد في بروتوكول الاتفاق والثابت لمدة تسعة وتسعين عاما.

ومن خلال هذا يتضح أن الأطراف قد اتفقوا مسبقا على اعتبار القانون الكونغولي النافذ وقت إبرام اتفاق الاستثمار، هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وذلك على أساس بند الثبات التشريعي الوارد باتفاقهم، مع تطبيق مبادئ القانون الدولي على المسائل التي لا يوجد لها حكما في القانون الوطني الكونغولي.

وفقا لاتفاقية واشنطن 1965، والتي تم المصادقة عليها من قبل جمهورية الكونغو الشعبية، بموجب القانون رقم 6965 بتاريخ 30 ديسمبر 1965، ومن خلال محكمة تحكيم، المشكلة من ثلاثة محكيم حسب ما تمليه الاتفاقية، والتي ستطبق القانون الكونغولي، المستكمل في حالة الضرورة بمبادئ القانون الدولي.

وقد تمثل مطلب الشركة AGIP SPA، في مطالبة الحكومة الكونغولية بدفع التعويض على أساس عدم وفاء حكومة الكونغو بالتزاماتها التعاقدية والتي من بينها تثبيت مركزها القانوني.

وكان في تقدير المحكمة أن المسألة الحالية محل البحث، تتمثل في القرار الجمهوري رقم 75/6 ألقى اتفاق الأطراف الموقع بينهم عام 1974، والذي كان ضمانا لثبات النظام القانوني للشركة، الأمر الذي ترتب عليه حرمان الشركة من مزاوله نشاطها، وانتقلت المحكمة بعد ذلك لمناقشة تأمين الشركة سواء من ناحية القانون الداخلي الكونغولي، أو من ناحية القانون الدولي، وانتهت إلى حق حكومة الكونغو في تأمين المشروع واستحقاق شركة AGIP SPA للتعويض على أساس عدم وفاء الحكومة بالتزاماتها التعاقدية، علاوة على قيامها بتأمين الشركة والاستيلاء على مكاتبها وأصولها المالية.

ليصدر حكم محكمة التحكيم في شهر نوفمبر 1979 يقضي باستحقاق شركة AGIP SPA للتعويض نظير عدم وفاء حكومة الكونغو بالتزاماتها التعاقدية معها، وكذلك لعدم تثبيت النظام القانوني للشركة، وعدم تأثره بأية قوانين لاحقة وفقا لاتفاق الأطراف.

ويتضح من خلال هذه القضية أن الأطراف قد اتفقوا على تطبيق القانون الكونغولي، مع امكانية استكمالها بأحكام القانون الدولي العام¹.

وفي الأخير نخلص إلى أنه سواء كان القانون الوجب التطبيق من اختيار الأطراف أو من اختيار هيئة التحكيم، فإنه في جميع الأحوال يجب ألا يتعارض مع النظام العام للبد، المراد التنفيذ فيه حكم المحكمة، ذلك أن الهدف من اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ما هو إلا الحصول

¹ (مراجعة حكم المحكمة بالتفصيل راجع خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 405، 406، 407.

على حكم قابل للتنفيذ، دون أن يصطدم بفكرة عدم قابلية تنفيذه، أو إعاقته تنفيذه في المكان المراد تطبيقه فيه¹.

المطلب الثاني: مرحلة ما بعد صدور القرار التحكيمي:

بعد أن تقوم هيئة التحكيمية بدراسة الأدلة والمستندات وسماع أطراف النزاع، لأجل التوصل إلى الحكم النهائي، والذي تقوم المحكمة بإصداره وذلك بأغلبية أصوات جميع أعضائها ويجب أن يصدر حكم المحكمة في صورة كتابية، وأن يوقع عليه أعضاء هيئة المحكمة الذي صوتوا لصالحه، وبهذا تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم التحكيمي في موضوع النزاع، وتبلغ هذا الحكم لأطراف النزاع وتنفيذه.

وإن الحكم التحكيمي كما سبق وأن تم تعريفه، هو ذلك الحكم الذي يفصل في النزاع أو في نقطة أو مطلب من نقاط أو مطالب النزاع، فصلاً نهائياً وملزماً لطرفي النزاع. ويجب أن يراعى عند إصدار الحكم التحكيمي في نهاية الاجراءات، مسألة قابليته للتنفيذ، بحيث لا يفقد أثره بإبطاله لخلل فيه². ويتميز الحكم الصادر عن محكمة التحكيم بالمركز بأنه نهائي، ويمكن تنفيذه دون الحاجة إلى أي إجراء إضافي، وبالتالي لا يمكن الطعن فيه بالاستئناف، أو أي طريق آخر للطعن، إلا في الحدود التي قررتها الاتفاقية، شأنه في ذلك شأن أي حكم صادر من محكمة قضائية، داخل إقليم الدولة المتعاقدة المطلوب تنفيذ الحكم فيها³.

كما يتميز بأنه حكم ملزم للأطراف ويتم تنفيذه بقوة القانون، ودون الحصول على أمر تنفيذي بذلك، فالحكم الصادر عن محكمة المركز يعتبر بمجرد صدوره قابلاً للتنفيذ، في كل الدول المتعاقدة في الاتفاقية، وملزماً لها بمجرد إيراد نسخة من الحكم مصدقاً عليه من السكرتير العام للمركز، كما يجب

(1) لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 148.

(2) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 412.

(3) عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص. 10.

على الدولة القيام بتنفيذ الالتزامات المالية، المقررة في الحكم على إقليمها كما لو كان صادرا عن إحدى محاكمها القضائية الداخلية.

ولا شك أن عدم خضوع الأحكام التي تصدر عن هذه المحاكم للإشراف والرقابة من قبل محاكم أخرى، سواء كانت محلية أو دولية، لا يعني تجريد الأطراف المتنازعة، من وسائل الطعن ضد هذه الأحكام، فقد نصت الاتفاقية على بعض الاجراءات، التي يمكن لكل طرف اتخاذها بعد صدور حكم التحكيم، لتوضيح دعواه وتجنب الغموض أو الأخطاء الواردة، في دعواه وتجنب الغموض أو الأخطاء الواردة في الحكم.

وفيما يلي سيتم التعرض إلى آثار الحكم التحكيمي الصادر في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من خلال نهائية حكم التحكيم، وكيفية تنفيذه، والضمانات المقررة له، وكذا إجراءات مراجعة الحكم.

الفرع الأول: نهائية حكم التحكيم الصادر عن المركز:

يفترض في المحكم أن يبذل مجهوداته لأجل الخروج بحكم تحكيمي، يكون محصن ضد امكانية إبطاله، بحيث لا يفقد أثره بإبطاله لسبب وجود خلل به، وعليه فيجب على المحكم أن يبذل عناية خاصة لكي يأتي بحكم مطابقا للمهمة التحكيمية. فلا يأتي بحلول لنصف النقاط المثار فيها النزاع، فيكون قد فصل في جزء من النزاع، وواجبه أن يفصل في كل نقاط النزاع، كما أنه من واجبه ألا يصدر حكما يتجاوز فيه المهمة التحكيمية، فيعرضه للإبطال¹.

وعليه نشير إلى الحكم التحكيمي يصدر في حالة تكوين المحكمة التحكيمية من محكم واحد، بعد الانتهاء من تقديم الوثائق والمذكرات المتبادلة بين أطراف النزاع، وإقفال باب المرافعة، أما في حالة ما إذا كانت المحكمة التحكيمية، مكونة من هيئة جماعية من المحكمين، فإن هذا الحكم يصدر

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 490.

بعد أن يتداول المحكمين في حيثيات النزاع، وهذه المداولة الأصل أن تتم سرية، وليس من الضروري أن يتم إجراء المداولة بين المحكمين وهم مجتمعين في مكان واحد.

بل يمكن أن يقوم رئيس المحكمة بإصدار مشروع الحكم التحكيمي، وترسل نسخة منه إلى محكم في البلد الذي يكون متواجد فيه، ويقوم كل منهم بإبداء رأيه بالمراسلة، إلى أن يتم الاتفاق على صيغة نهائية لهذا الحكم¹.

ويصدر حكم التحكيم كتابة، بأغلبية أصوات الهيئة التحكيمية، متضمنا توقيع الأعضاء الموافقين عليه، ولكل عضو في المحكمة أن يلحق بالحكم رأيه الخاص سواء أكان متفقا مع الأغلبية أم لا، مع بيان أسباب الخلاف، وهذا بحسب ما قضت به المادة 48 من اتفاقية واشنطن بنصها:

"1- تفصل المحكمة في كل مسألة بأغلبية أصوات أعضائها.

2- ويصدر الحكم كتابة، ويوقع عليه من قبل المحكمة الموافقين عليه.

3- ويجب أن يرد الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى، كما يجب أن يكون مسببا.

4- ويجوز لكل عضو في المحكمة أن يلحق بالحكم رأيه الخاص سواء كان يشاطر فيه أو لا يشاطر رأي أغلبية أعضاء المحكمة، مع بيان أسباب الخلاف إن وجد.

5- ولا ينشر المركز أية أحكام بدون موافقة أطراف النزاع."

وبالتالي يجب أن يكون الحكم التحكيمي شاملا لجميع المسائل التي أثير بشأنها النزاع، ومتضمنا للأسباب التي بني عليها الحكم، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة 48 من الاتفاقية بنصها: " يجب أن يرد الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى، كما يجب أن يكون مسببا." ويلزم السكرتير العام للمركز بإرسال نسخة من الحكم التحكيمي إلى أطراف النزاع بمجرد صدور الحكم، ويعتبر تاريخ إرسال النسخ تاريخا لصدور الحكم²، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة

⁽¹⁾ لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 150.

⁽²⁾ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 194.

الأولى من المادة 49 من الاتفاقية بنصها: "يرسل السكرتير العام بدون تأخير إلى أطراف النزاع

صوراً معتمدة من الحكم، ويعتبر الحكم أنه صدر في يوم إرسال الصور المذكورة."

ونشير إلى أن اتفاقية واشنطن لم تحدد ميعاداً، معيناً لصدور الحكم التحكيمي، ويستغرق نظر القضية في الغالب أمام المركز مدة عامين ونصف، وفي سبيل تحقيق السرعة في الفصل في مثل هذه القضايا، استحدث المركز نظاماً يساعد على ذلك، من خلال عقد اجتماع تمهيدي للأطراف مع هيئة التحكيم، بحيث يتم فيه استعراض المسائل، التي لا خلاف عليها، وبحيث تقتصر الاجراءات بعد ذلك، على ما هو محل خلاف بينهم¹.

ويعد الحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي حكماً نهائياً لا يجوز الطعن فيه، إلا في الحدود التي قررتها الاتفاقية، وتلزم الاتفاقية، الدول الأعضاء فيها الانصياع للحكم التحكيمي، الصادر عن محاكم المركز وتنفيذه، كما لو كان صادراً عن محكمة مختصة في الدولة التي يطلب منها الاعتراف بالحكم، وتنفيذه في إقليمها، فالحكم الصادر من محاكم المركز يمكن تنفيذه تلقائياً، دون الحاجة للجوء إلى أية إجراءات أخرى.

إذ يجب على كل دولة متعاقدة الاعتراف بأن الحكم الصادر من محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ملزماً لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم مصدقاً عليه من السكرتير العام للمركز. كما يجب على كل دولة متعاقدة تنفيذ الالتزامات المالية، التي فرضها الحكم التحكيمي².

بمعنى أن الحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار الأجنبي، يتميز بأنه حكم ملزم للأطراف، ويتم تنفيذه بقوة القانون ولا يتوقف تنفيذه على اتخاذ أي إجراء آخر كتطلبه إجراء صدور أمر بتنفيذه، في إقليم الدولة المراد التنفيذ فيها الحكم، فكل دولة موقعة على الاتفاقية تعترف بأن الحكم الصادر عن هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يكون ملزماً لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم مصدقاً عليها من قبل السكرتير العام للمركز، كما لو كان حكماً

¹ محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص. 68.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 491.

قضائياً، صادراً من إحدى محاكمها الوطنية¹، وهذا بخلاف ما هو وارد في اتفاقية نيويورك التي تتطلب ضرورة الحصول على الصيغة التنفيذية، في الدولة التي يطلب التنفيذ فيها، دون الدولة التي صدر فيها الحكم².

ولا ريب في أن عدم خضوع الأحكام التي تصدر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، للإشراف والمراقبة من قبل محاكم أخرى، سواء كانت محلية أو دولية، لا يعني تجريد الأطراف المتنازعة من وسائل الطعن ضد هذه الأحكام، فقد نصت الاتفاقية على بعض الاجراءات التي يمكن لكل طرف اتخاذها بعد صدور حكم التحكيم، لأجل توضيح دعواه وتجنب الغموض أو الأخطاء الواردة في دعواه، وتجنب الغموض أو الأخطاء الواردة في الحكم، وتشمل هذه الاجراءات تصحيح، وتفسيره، ومراجعته وإبطاله، وكلها إجراءات داخلية تتم في إطار نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم:

البند 1: طلب تصحيح الحكم:

تنص الفقرة الثانية من المادة 49 من الاتفاقية على ما يلي: "بناء طلب أحد الخصوم الذي يقدم خلال خمسة وأربعين يوماً من صدور الحكم، تستطيع المحكمة بعد إخطار الطرف الآخر، أن تفصل في أية مسألة تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيها عند إصدار حكمها، وكذلك أن تصحح أية أخطاء مادية واردة في الحكم، ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزءاً لا يتجزأ من الحكم، ويخطر به الخصوم بذات الأشكال المقررة لذلك. وتبدأ المدد المنصوص عليها بالمادة 2/51 والمادة 2/52 تبدأ في السريان من تاريخ صدور الحكم."

(1) خالدكمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 413.

(2) وان اتفاقية واشنطن بخصوص نهائية أحكامها وعدم امكانية الطعن فيها إلا في حدود ما قرره الاتفاقية، فإنها تختلف مع اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي، التي تجيز لأية دولة طرف فيها أن تعترف أو ترفض الاعتراف بالحكم التحكيمي، من المحاكم المنشئة بموجب هذه الاتفاقية، وبناء عليه تمنحها الحق في قبول أو رفض تنفيذه، إلا أن هذا لا يعني صيرورة الحكم لاغياً، وإنما يتم إلغاء الحكم إذا تم إلغاؤه في الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي أو وفقاً للقانون الذي صدر في نطاقه.

وبالتالي فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة 49 من الاتفاقية، طلب تصحيح ما وقع في الحكم من أخطاء، وذلك إذا توافرت الشروط التي جاءت بها المادة المشار إليها أعلاه، والتي تتمثل في ما يلي:

- 1- أن يطلب أي من الخصوم ذلك. وبالتالي فإنه لا يجوز للمحكمة أن تقوم بتصحيح الحكم من تلقاء نفسها، وإنما لا بد من أن يكون هناك طلب خطي من أحد الخصوم بذلك.
- 2- أن يكون الخطأ مادياً. ويقصد بالخطأ المادي الخطأ في التعبير عن الإرادة سواء اتخذت صورة خطأ كتابي أو حسابي، وعلى ذلك لا يعد من قبيل الأخطاء المادية التي تجيز تصحيح الحكم، الخطأ فيما يتعلق بتقدير الوقائع أو تحديد القاعدة القانونية التي تحكم النزاع أو تفسير تلك القاعدة.

3- أن يقدم طلب التصحيح خلال 45 يوماً من تاريخ صدور الحكم الأصلي. وفي هذه الحالة وبعد توافر الشروط المدونة أعلاه، تقوم هيئة التحكيم التي سبق لها وأن أصدرت الحكم الأصلي، بإبلاغ الطرف الآخر، بطلب تصحيح الحكم، ثم تنظر في هذا الطلب، ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزءاً لا يتجزأ من الحكم الأصلي¹.

ويبلغ به الخصوم بذات الكيفية التي يبلغون فيها بالحكم، والتي تتمثل في قيام السكرتير العام بإرسال لهم صورة معتمدة من الحكم المطابق، ويعتبر الحكم قد صدر في يوم إرسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم، ولأجل الحيلولة دون استغلال عملية التصحيح للمساس بالحكم، فقد حددت الاتفاقية ميعاداً للطعن بإعادة النظر أو بالإلغاء، من تاريخ إرسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم².

البند 2: طلب تفسير الحكم:

نصت المادة 50 من الاتفاقية على التالي:

⁽¹⁾ عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 221.

⁽²⁾ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 196.

"1- إذا نشأ نزاع بين الأطراف فيما يتعلق بمفهوم أو مضمون الحكم فإنه يمن للخصم صاحب الشأن، أن يتقدم كتابة إلى السكرتير العام بطلب تفسير الحكم.

2- ويعرض الطلب بقدر الامكان على المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تفسيره. وإذا تعذر ذلك، تشكل محكمة جديدة للنظر فيه طبقاً للقسم الثاني من هذا الفصل، ويجوز للمحكمة متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك أن تقرر وقف تنفيذ الحكم، إلى أن تفصل في طلب التفسير المعروض عليها."

وبالتالي يمكن لأي من أطراف النزاع أن يقدم طلباً للمحكمة التي أصدرت الحكم التحكيمي، مضمونه هو تفسير معنى الحكم أو مضمونه، وهذا الطلب يكون كتابياً ويقدم للسكرتير العام للمركز، وإذا لم يتمكن طالب التفسير من اللجوء إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، فإنه يتم تشكيل محكمة جديدة بنفس الطريقة، التي شكلت بها المحكمة الأصلية، والتي نصت عليها الاتفاقية في المواد من 37 إلى 40، من الاتفاقية.

ونشير إلى أن المقصود بطلب تفسير الحكم، هو تحديد ما يتضمنه من تقدير على اعتبار أنه عمل تقديري، وليس تصرفاً قانونياً، ويتم ذلك من خلال البحث في العناصر المكونة للحكم، وفقاً لما يملكه المنطق القويم، ودون الاعتداد بارادة المحكم، ولهذا فإنه ليس من الضروري أن يقوم بالتفسير ذات هيئة التحكيم، التي أصدرت الحكم المراد تفسيره¹.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية قد قررت للمحكمة، في هذه الحالة أن تصدر قراراً بإيقاف تنفيذ الحكم، إيقافاً مؤقتاً إلى حين أن تتوصل المحكمة إلى قرار يفصل في هذا الطلب²، بحيث يملك الطرف صاحب طلب تفسير الحكم التحكيمي، المطالبة في أي وقت بإيقاف تنفيذ الحكم أو أحد أجزائه والمرتبطة بتفسير الطلب.

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 415.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 496.

كما أنه للمحكمة إذا قدرت أن الظروف المحيطة بالطلب، تتطلب وقف تنفيذ الحكم، فإنها تأمر بتعليق تنفيذ الحكم لحين صدور قرارها النهائي، ويعلم السكرتير العام للمركز الأطراف بإيقاف التنفيذ، الذي يعد نافذاً من تاريخ إرسال هذا الاعلان، وينتهي إيقاف تنفيذ حكم التحكيم بصورة تلقائية، من تاريخ صدور القرار النهائي في طلب التفسير¹.

البند 3: طلب إعادة النظر في الحكم:

تنص المادة 51 من اتفاقية واشنطن على ما يلي:

"1- يجوز لكل من الأطراف أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إعادة النظر في الحكم، بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر بشكل قاطع في الحكم، بشرط أن تكون هذه الواقعة مجهورة قبل النطق بالحكم، من قبل كل من المحكمة والطرف طالب إعادة النظر في الحكم، بحيث أن تجاهلها لم يكن راجعاً إلى خطأ الطالب.

2- يجب أن يقدم طلب إعادة النظر خلال التسعين يوماً التالية لاكتشاف الواقعة الجديدة، وفي جميع الأحوال خلال السنوات الثلاث التالية لصدور الحكم.

3- ويجب أن يعرض الطلب بقدر الامكان على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب إعادة النظر فيه، وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة ذلك تشكل محكمة جديدة للنظر فيه طبقاً للقسم الثاني من هذا الفصل.

4- ويجوز للمحكمة متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن تقرر وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب الخصم - في صدد إعادة النظر - وقف تنفيذ الحكم فإن التنفيذ يوقف مؤقتاً حتى تفصل المحكمة في هذا الطلب."

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 415.

فوفقاً لنص المادة المشار إليه أعلاه فإنه قد أجازت لأي من الخصوم، التقدم إلى السكرتير العام للمركز، بطلب لإعادة النظر في الحكم الصادر عن محكمة التحكيم، إذا ما توافرت الشروط التي تتطلبها المادة 51 من الاتفاقية.

وقد حددت الفقرة الأولى من المادة 51 الشروط التي يشترط توفرها لأجل تأسيس طلب إعادة النظر في الحكم، والمتمثلة في ظهور وقائع جديدة، لم تكن معلومة عند صدور الحكم، إلا أنه يشترط في هذه الوقائع حتى تكون سببا صحيحا، لطلب إعادة النظر في الحكم ما يلي¹:

1- أن يكون من شأن الواقعة الجديدة التأثير في الحكم بشكل جوهري، بمعنى أنه لو تم العلم بها قبل صدور الحكم، لتغير مضمون الحكم التحكيمي الصادر عن المحكمة.
2- أن تكون هذه الوقائع غير معلومة قبل النطق بالحكم من قبل المحكمة، وكذا الطرف طالب إعادة النظر في الحكم.

بمعنى أنه لو كانت الوقائع التي يبني عليها طلب إعادة النظر، معلومة لدى المحكمة أو الطرف طالب إعادة النظر، فإن السكرتير العام أن يرفض طلب إعادة النظر. وعلى العموم فإن مسألة التثبيت من علم الطرف بها، من عدمه، هي من الأمور التي ترجع للسلطة التقديرية للمحكمة.

3- أما الشرط الأخير فيتمثل في أن لا تكون الواقعة الجديدة، المبني عليها طلب إعادة النظر في الحكم، ترجع إلى خطأ جهل الطرف طالب إعادة النظر، أو لسبب تقصير منه².

وعليه فإنه يشترط في طلب إعادة النظر أن يشتمل على التاريخ، ويشار فيه إلى الحكم الذي يتعلق به مرفقا به أمر الايداع، وتفصيلا عن الوقائع التي يتم اكتشافها والتي من شأنها التأثير بصورة حاسمة في الحكم³.

(1) مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 197.

(2) لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 169.

(3) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 417.

وقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة 51 من الاتفاقية، تقديم طلب إعادة النظر إلى السكرتير العام خلال تسعين يوماً من اكتشاف الواقعة، وفي جميع الأحوال يجب تقديم هذا الطلب خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

ويترتب على عدم امتثال طالب إعادة النظر في الحكم، للميعاد المحدد في نص المادة، سقوط حقه في طلب إعادة النظر، وأن العبرة في ذلك أن مدة الثلاث سنوات، هي مدة كافية لإعادة النظر في الحكم، وليس من المعقول أن يبقى حكم التحكيم مهدداً بالإلغاء إلى الأبد¹.

ونشير أنه وبحسب نص المادة 51 في فقرتها الثالثة، فإنه بمجرد تقديم الطرف المعني طلب إعادة النظر في الحكم إلى السكرتير العام، وثبوت كل الشروط المطلوبة في الطلب، يقوم السكرتير العام بإحالة الطلب إلى المحكمة، التي سبق وأن أصدرت الحكم التحكيمي، وفي حالة ما إذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة، وفقاً للقسم الثاني من الفصل الرابع بناءً على طلب الأطراف².

وإنه يترتب على تقديم وقبول طلب إعادة النظر من قبل السكرتير العام للمركز، تحقق أثر الموقف لتنفيذ الحكم التحكيمي، بحيث أنه يجوز لمقدم الطلب، أن يطلب وقف تنفيذ الحكم مؤقتاً، إلى حين صدور الحكم بشأن طلب إعادة النظر في الحكم، كما يمكن للمحكمة هي الأخرى أن تقرر وقف تنفيذ الحكم، بدون طلب منها، وذلك إذا قررت المحكمة أن الظروف المحيطة بالقضية تتطلب ذلك³.

وعليه فإن طلب وقف تنفيذ الحكم، يجب أن يتم بمناسبة طلب إعادة النظر، بحيث لا يجوز للخصم طلب وقف التنفيذ استقلالاً، وإنما لا بد من اتصاله بطلب إعادة النظر. ويتم وقف التنفيذ بقرار من

¹ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 198.

² خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 417.

³ لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 169.

المحكمة، سواء بناء على طلب أو من تلقاء نفسها، إذا ما توفرت الشروط السابقة، ومن الملاحظ في هذا الشأن أن قرار المحكمة لا يجوز الطعن فيه¹.

البند 4: طلب إلغاء الحكم:

تجيز اتفاقية واشنطن لأطراف النزاع، الحق في تقديم طلب إبطال الحكم التحكيمي، الصادر عن محاكم المركز الدولي، بصدد تسوية النزاع القائم بينهم، وذلك بموجب تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام للمركز، يستند فيها طلب الإبطال على سبب أو أكثر، من الأسباب المحددة في الاتفاقية².

وتتجلى أهمية نظام الإلغاء في إطار اتفاقية واشنطن، في حصر نطاق هذا الطعن في إطار المركز الدولي ذاته، بمعنى في الاطار الدولي فقط، وبالتالي تستبعد كل امكانية لبطلان أحكام محاكم المركز، أمام القاضي الوطني، الأمر الذي لا تعرفه أنظمة التحكيم المؤسسي الأخرى³.

أولاً: أسباب طلب إلغاء الحكم:

لقد حددت المادة 52 في فقرتها الأولى أسباب الإلغاء بشكل واضح وصريح تم تحديدها على سبيل الحصر وهي كالاتي:

1- إذا لم تشكل هيئة التحكيم بطريقة صحيحة، ويقصد بذلك عدم اتباع الشروط والاجراءات، التي نصت عليها الاتفاقية في ضوابط تشكيل لجنة التحكيم، كأن يدعي أحد أطراف النزاع عدم تشكيل المحكمة بطريقة تتفق ونصوص الاتفاقية. فالمحكمة التحكيمية بحسب نصوص الفصل الثاني من الباب الرابع، يجب أن تتكون من عدد فردي من المحكمين، الذي يعينون من القائمة التي أعدها المركز بأسماء

¹ مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 199.

² المادة 52 من اتفاقية واشنطن.

³) Thibaut de Berranger, L article 52 de la convention de washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique, Revue de l arbitrage, N°: 1, 1988, p. 96.

المحكّمين، والذين يكونون من دول غير دول الطرف في النزاع، والدولة المتعاقدة التي يكون أحد مواطنيها طرف في النزاع¹.

2- إذا تجاوزت هيئة التحكيم اختصاصها بشكل واضح، بحيث يتحقق ذلك في حالة مخالفة هيئة التحكيم للصلاحيات، والاختصاصات المخولة لها، في اتفاق التحكيم، كأن تتدخل للفصل في مسألة غير تلك المتفق عليها، أو كأن تطبق قواعد قانونية سبق وأن استبعدتها الاتفاق صراحة.

3- إذا ثبت فساد عضو من أعضاء هيئة التحكيم، كأن يثبت تلقي المحكم رشوة أو منفعة، من أحد الأطراف بغرض إصدار حكم لصالحه.

4- إذا لم تراعي المحكمة أحد القواعد الاجرائية الأساسية، حيث أن الإجراءات تلعب دورا هاما في سير محاكم التحكيم، والقضاء بصفة عامة، لذلك يجب مراعاتها لتفادي امكانية الطعن في الحكم².

5- إذا لم يذكر الحكم الأسباب التي استند إليها، حيث يستطيع أطراف النزاع إلغاء الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي³، في حالة ما إذا شاب ذلك الحكم، قصورا في التسبيب، وهو جزاء تم التأكيد عليه نتيجة مخالفة الفقرة الثالثة من المادة 38 من الاتفاقية، والتي تنص على ما يلي: " يجب أن يرد الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى، كما يجب أن يكون مسببا."

(1) لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 170.

(2) إن الواقع أن اتفاقية واشنطن لم تتضمن قائمة أو ملحق بقواعد الاجراءات الأساسية، التي يشكل تجاوزها بشكل خطير سببا من أسباب البطلان، ولهذا يمكن اعتبار المقصود بقواعد الاجراءات هذه القواعد التي تطبق في التحكيم الدولي، بشكل عام لناحية المساواة في التعامل بين الطرفين، ومراعاة مبدأ الوجاهية، وحق الدفاع لكل من الطرفين، إلا أن الاتفاقية لم توضح المقصود بدرجة الخطورة التي يجب أن يتميز بها التجاوز الحاصل لإجراء من إجراءات المحاكمة الأساسية.

(3) محمد محمد بدران، الجوانب القانونية والفنية لحكم التحكيم "دراسة في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994"، مج التحكيم، ع 70، صادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ديسمبر 2005، ص. 37.

فلا بد من أن يكون الحكم مؤسسا على أسباب تمكن المطلع على القضية، من تتبع الوقائع والقانون الذي استند عليه الحكم، بحيث تكون الأسباب مترابطة بعضها ببعض، وتؤدي في النهاية إلى النتيجة التي توصل إليها المحكم، وبالمقابل فإذا كانت الأسباب متناقضة وضعيفة أو غير مقنعة، ولا تحمل في طياتها الرد على ما يقدمه أطراف الدعوى، من طلبات ودفع، فذلك يعد قصورا في بيان الأسباب التي بني عليها الحكم، الأمر الذي يستوجب إبطاله¹.

وقد تعددت دعاوى الإبطال المقدمة للمركز الدولي، والتي أبدت فيها اللجان المؤقتة المختصة، رأيها فيها، ومن أمثلة هذه الدعاوى نجد:

-Amco v. Indonesia

-Klockner v. Cameron

-Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Government of Guinea, and SPP v. Egypt.

قضية² Amco Asia Corp v. Republic of Indonesia

تتلخص وقائع القضية في أنه عند انتهاء شركة AMCO الأمريكية من أعمال الانشاء لفندق في مدينة جاكرتا الاندونيسية³، قامت الحكومة الاندونيسية بمساعدة قوات الجيش بالاستيلاء على الفندق، وعلى الرغم من أن محكمة التحكيم بالمركز، قد أصدرت حكمها في القضية طبقا للقانون

¹ (عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 223.

² للاطلاع على مزيد من التفاصيل على القضية أنظر:

اطلع عليه بتاريخ 22-03-2018 type=caseRH8.2018-03-22 www.icsid.worldbank.org/icsis/fronteserlet?request

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (icsid case N°: ARB/81/4)

³) Emmanuel Gaillard, Chronique des sentences arbitrales, JDI, vol 1-2, 1986, p. 197.

الاندونيسي، وهو القانون الواجب التطبيق على النزاع، طبقا للاتفاق المبرم بين الأطراف، إلا أن اللجنة المؤقتة رأت أن المحكمة قد أخطأت في اختيار نصوص القانون الاندونيسي، الواجب تطبيقها على موضوع النزاع، وأشارت إلى قواعد القانون الدولي العام، واستهدفت بذلك فقط تأكيد وتدعيم الحلول القائمة في القانون الاندونيسي، بشأن المسؤولية التعاقدية، وذلك في الوقت الذي كان فيه القانون الأندونيسي هو القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن ثم تجاوزت المحكمة سطلتها في الفصل في النزاع مما عرض الحكم لإبطال جزء منه¹.

قضية:

Maritime International Nominée etablissement v. Republic of Guini :

فقد طرحت مسألة الاختصاص، وكذا مسألة التسبيب، حيث لم تنفذ حكومة غينيا التزاماتها تجاه شركة MINE المترتبة عن اتفاق الاستثمار بينهما، المتعلق بنشاط نقل، حيث قامت بإبرام اتفاق سري مع شركة أخرى، فطرحت الشركة النزاع أمام هيئة التحكيم الأمريكية « American Arbitration Association »

فطعن حكومة غينيا في الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، الذي أدانها بتعويض الشركة بمبلغ يتجاوز 27 مليون دولار أمريكي، أمام المحكمة العليا الأمريكية على أساس أن الاختصاص يعود إلى المركز الدولي CIRDI، بناء على اتفاق الاستثمار، كسبت الدعوى فتحول النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث أصدرت هيئة التحكيم حكما بتاريخ 6 جانفي 1988، فقضت فيه بمسؤولية غينيا، وألزمها بالتعويض للشركة، فأقامت حكومة غينيا إجراءات إبطال الحكم استنادا لنص الفقرة 1/هـ من المادة 52 التي تقضي بإمكانية الطعن بالبطلان في حالة عدم تسبيب الحكم، وكذا نص المادة 48 فقرة 3 من الاتفاقية.

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 500.

مؤكد على أنه يتعين على محكمة التحكيم، أن تعالج كل مسألة طرحت أمامها، كما يتعين عليها تحديد الأسباب التي بنت عليها حكمها، خاصة تلك التي تؤثر في الحكم، ورأت أن الحكم معرض للإبطال إذا كانت الأسباب تبدو متناقضة أو متعارضة، حيث لا يقتصر التزام المحكمة على ذكر الأسباب التي تدعم النتيجة التي توصلت إليها، وإنما يمتد الأمر إلى ذكر الأسباب التي تدعوها لرفض أي حجج قدمت إليها.

ومما لا شك فيه أن اعتماد ما توصلت إليه اللجنة الخاصة بقضية MINE تؤدي إلى نتائج غير مطمئنة على فعالية تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث يمكن الاستناد إلى قاعدة عدم كفاية الأسباب، وهي قاعدة غير محددة المعالم، تسمح بالخوض في موضوع النزاع مرة أخرى، كما يمكن أن ترفع من عدد القرارات التي تتعرض للإبطال¹.

ثانياً: ميعاد الإلغاء:

تستلزم الفقرة الثانية من المادة 52 من الاتفاقية، تقديم طلب الإلغاء إلى السكرتير العام خلال 120 يوماً من تاريخ صدور الحكم، واستثناء يجوز تقديم طلب الإلغاء بعد فوات هذه المدة في حالة استناد طلب الإلغاء إلى رشوة أحد الأعضاء، حيث يمكن تقديم طلب الإلغاء في هذه الحالة، حتى بعد مرور فترة 120 يوماً من تاريخ اكتشافها، على أنه يجب في جميع الأحوال أن يقدم هذا الطلب خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم².

ثالثاً: إجراءات الطعن بإلغاء الحكم التحكيمي:

تمارس إجراءات الإلغاء أمام لجنة مؤقتة Ad hoc Committee تشكل خصيصاً لهذا الغرض، وهذه اللجنة بخلاف هيئة التحكيم، لا يمكن أن تشكل من قبل الأطراف، وإنما يتم تشكيلها بواسطة رئيس المجلس الإداري من ثلاثة أعضاء يشترط فيهم ما يلي:

1- أن يكونوا من مدرجين في قائمة المحكمين.

¹ عيساوي محمد، المرجع السابق، ص. 324.

² مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 201.

- 2- ألا يكون أحدهم من أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم.
- 3- ألا يكون أحدهم منتميا لجنسية الدولة الطرف في النزاع، أو الدولة التي أحد مواطنيها طرف في النزاع.
- 4- ألا يكون قد عين في قائمة المحكمين، بواسطة الدولة الطرف في النزاع، أو دولة المستثمر الطرف في النزاع.
- 5- ألا يكون أحدهم قد اشترك في القضية بصفته مستشارا¹.

رابعا: أثر إلغاء الحكم التحكيمي:

يترتب على الطعن بالإلغاء وقف تنفيذ الحكم، إلى حين صدور قرار المحكمة في الطعن، إذا ما ثبت وجود ظروف من شأنها أن تجعل من مواصلة التنفيذ، الوصول إلى حالة يتعذر معها العودة إلى الحالة التي كان عليها الأطراف قبل التنفيذ²، وهذا بحسب نص الفقرة الخامسة من المادة 52 من الاتفاقية. ويتم تقرير وقف تنفيذ الحكم، إما بقرار من اللجنة من تلقاء نفسها، وإما بناء على طلب من الطرف الطاعن في الحكم بالإلغاء³.

وفي الأخير نخلص إلى أن واحد من أهم المميزات للتحكيم، في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، هو عدم امكانية الاعتراض على الحكم التحكيمي، أمام المحاكم الوطنية في الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو غيرها، ولكن هذه الأحكام تبقى قابلة للإبطال أمام لجنة خاصة، تعين لهذا الغرض، ويعين محكميها من قائمة المحكمين في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي⁴.

الفرع الثالث: تنفيذ الحكم:

(1) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 422.

(2) مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 202.

(3) يمكن الإشارة هنا إلى ما جاءت به الاتفاقية من امكانية الطعن بالغاء في الحكم التحكيمي، بناء على أسباب محددة على سبيل الحصر في نصوص اتفاقية واشنطن، يمكن القول أنها اجراءات من شأنها أن تطيل أمد النزاع، والتأثير في نهائية الحكم التحكيمي ومدى فعاليته.

(4) لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 174..

تتمثل الغاية من اللجوء إلى التحكيم، لتسوية النزاع بين الأطراف المتنازعة، في حماية الحق المعتدى عليه، عن طريق صدور حكم تحكيمي فاصل في الموضوع، يجسد الحماية لصاحب الحق. وعليه فإن صدور الحكم التحكيمي، وبقاء منطوقه مجرد عبارات مكتوبة، يجرد التحكيم من أية قيمة، ويفقده الفعالية كأسلوب لتسوية المنازعات.

ومن خلال هذه الجزئية سنتعرض إلى القواعد الاجرائية المنظمة لمسألة الاعتراف، وتنفيذ الحكم في الدول المتعاقدة، وكذا التعرض إلى الحصانة التنفيذية التي تعترض اجراءات التنفيذ، مع الاشارة بصفة خاصة إلى الضمانات المقررة من قبل واضعي اتفاقية واشنطن، في حالة عدم تنفيذ حكم التحكيم.

البند 1: القواعد الاجرائية للاعتراف وتنفيذ الحكم:

لقد نظمت اتفاقية واشنطن، بخصوص الاعتراف بالحكم وتنفيذه، قواعد خاصة فريدة من نوعها، حيث لا يخضع الحكم الصادر لأية رقابة في الدولة المطلوب فيها تنفيذه، سواء كانت الدولة الطرف في النزاع، أو أية دولة أخرى متعاقدة.

ومن أجل تحقيق هذه الغاية وضعت الدول الأطراف على عاتقها التزاما دوليا بموجبه يعترف بأحكام التحكيم الصادرة عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أما إجراء تنفيذ حكمها فلا يشترط فيه سوى اتخاذ إجراء شكلي بسيط من قبل صاحب المصلحة، أمام الجهة المختصة في دولة التنفيذ¹.

حيث يعد الحكم الصادر من محاكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حكما نهائيا لا يجوز الطعن فيه، وتلزم الاتفاقية الدول الأطراف الانصياع للحكم التحكيمي وتنفيذه، كما لو كان صادرا عن محكمة مختصة في الدولة التي يطلب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه في إقليمها.

¹ (قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 421.

فالحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يمكن تنفيذه تلقائياً، دون اللجوء إلى أية اجراءات أخرى، إذ يجب على كل دولة متعاقدة الاعتراف بأن الحكم الصادر من محاكم المركز، ملزماً لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم، مصادقاً عليها من قبل السكرتير العام للمركز، كما يجب على كل دولة متعاقدة تنفيذ الالتزامات المالية، التي فرضها الحكم التحكيمي¹.

وبالتالي فإن الأثر الأساسي والأول لإصدار حكم التحكيم، وفقاً لقواعد اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، هو الزامية هذا الحكم بالنسبة للمستثمر، وكذلك بالنسبة للدولة المضيفة، وقد نصت الاتفاقية على هذا الالتزام في المادتين 53 و54 من الاتفاقية².

وقد أكدت الفقرة الأولى من المادة 53 على الطابع الإلزامي الذي يتمتع به الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بنصها: "يكون الحكم ملزماً بالنسبة لأطرافه، ولا يجوز أن يكون محلاً لأية طريق من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الاتفاقية".

إلى جانب هذا تم النص في المادة 54 من الاتفاقية، على الالتزام الواقع على الدولة المتعاقدة، بشأن الاعتراف وتنفيذ الالتزامات المالية، التي تتطلبها أحكام التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث جاء في نص الفقرة الأولى من المادة المشار إليها أعلاه ما يلي: "يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف باي 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، وإذا كانت الدولة المتعاقدة ذات نظام فيدرالي، فإنها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفيدرالية"³.

¹) Comment United States Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign states, Implication of the icsid Convention, Harvard International Law Journal, vol 17, 1976, p 402-413.

² خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص. 423.

³ نشير إلى أن نص المادة لم يغفل أمر محاكم الدول الاتحادية، فنصت على أنه يجوز للدول المتعاقدة ذات النظام الاتحادي، أن تنفذ حكم المحكمين في محاكمها الاتحادية أو بواسطتها، وأن تقرر أن مثل هذه المحاكم تعتبر الحكم كما لو كان حكماً نهائياً صادراً عن محاكم إحدى ولاياتها.

فمن خلال التمعن في نص المادتين يتضح لنا اتفاقية واشنطن، تفرض على الدول الأطراف فيها التزامين أساسيين، يتمثل أولهما في اعتبار الحكم التحكيمي الصادر عن المحاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حكماً نهائياً، وذلك دون اللجوء إلى إجراء إضافي، وبصفة خاصة يمكن تنفيذه دون الحصول على الأمر التنفيذي أو الصيغة التنفيذية.

ولا يقتصر الأمر على الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، أو تلك التي يعتبر المستثمر الأجنبي مواطناً تابعاً لها، وإنما يشمل كل دولة متعاقدة في الاتفاقية، فتكون ملزمة بالاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه إذا اقتضى الأمر ذلك¹، أو إذا تضمن الحكم التزامات مالية يقتضي تنفيذها فيه، هذا من جهة².

ومن جهة أخرى عند تقديم حكم التحكيم، صادر عن محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، قصد الحصول على الاعتراف به وتنفيذه، فإنه لا يمكن فرض أية رقابة مهما كان نوعها، بل لا يجوز الاعتراض على الاعتراف بالحكم، أو رفض تنفيذه حتى ولو كان ذلك على أساس الدفع المتعلق بالنظام العام³.

وفي هذه النقطة بالذات والمتعلقة بالمسألة النظام العام، نشير أنه أثناء إجراء المشاورات التي أدت إلى إقرار اتفاقية واشنطن، كان هناك رأي يناهز بإتاحة الفرصة لعدم تنفيذ الحكم، الصادر عن محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، على أساس الدفع بالنظام العام.

إلا أن الرأي استقر على أن السماح بإثارة هذا الدفع من شأنه، هدم كل ما قامت هذه الاتفاقية من أجله، لتثبيت دعائم حكم التحكيم الصادر في منازعات الاستثمار بين الدول الأطراف في الاتفاقية والمستثمرين الأجانب، ولذلك ظهرت الصيغة النهائية للاتفاقية خالية، من النص على الدفع بالنظام العام⁴.

⁽¹⁾ نشير في هذه النقطة أنه يدخل في مفهوم ونطاق الحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي، الحكم الفاصل في موضوع النزاع، بالإضافة إلى كل حكم تتخذه محكمة التحكيم بشأن طلب التفسير أو إعادة النظر أو إلغاء الحكم، وفقاً لنصوص المواد 50، 51، 52 من اتفاقية واشنطن.

⁽²⁾ لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 153.

⁽³⁾ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 422.

⁽⁴⁾ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 493.

وعليه نشير أنه من بين الأحكام التي فرضتها اتفاقية واشنطن، لأجل ضمان التنفيذ المباشر لأحكام محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أن مثل هذا التنفيذ يجب أن يخضع ويتم وفقا للقوانين المتعلقة بتنفيذ الأحكام، القابلة لتنفيذ في الدولة المطلوب التنفيذ في إقليمها¹.

وفي الأخير نخلص إلى أن حرص اتفاقية واشنطن على ضمان الاعتراف بالحكم وتنفيذه، من طرف الدول المتعاقدة من شأنه بث الثقة والطمأنينة في نفوس الأطراف المتنازعة، في فعالية الأحكام الصادرة تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وقابليتها للتنفيذ. وفي هذا المقام لنا أن نتساءل عن الجهة المختصة المنوطة بالاعتراف وتنفيذ الحكم.

البند 2: الجهة المختصة بالاعتراف بالحكم وتنفيذه:

تؤكد المادة 54 في فقرتها الثالثة، على ما يلي: "ويحكم تنفيذ هذا الحكم، التشريع الوطني المتعلق بتنفيذ الأحكام المعمول به، في الدولة التي يسعى المحكوم له تنفيذ الحكم على أراضيها." وعليه يستنتج من نص الفقرة، أن تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يتم وفقا للشروط والأوضاع المعمول بها في قانون الدولة، المطلوب فيها التنفيذ.

وبالتالي فإنه بالرغم ما يتمتع به الحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من حيث كونه حكام ملزم ونهائي وحائز لحجية الشيء المقضي فيه، إلا أن أمر تنفيذه على مستوى الاقليم الوطني للدولة المطلوب التنفيذ فيها، يقتضي تدخل السلطات العامة المختصة لأجل ضمان تنفيذه، بمعنى أن أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لا تلقى التطبيق التلقائي وإنما يستوجب تدخل السلطة الوطنية المختصة، التي سبق تحديدها وإخطار المركز الدولي بشأنها.

فحكم التحكيم الصادر في منازعات الاستثمار الأجنبية، يكتسب حجية الأمر المقضي به، بمجرد صدوره، شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي، وهذه الحجية تثبت للحكم، قبل وضع الصيغة

(1) لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 153.

التنفيذية عليه، ويترتب عليه، في أن يكون لطرف النزاع، والذي صدر الحكم لصالحه أن يتمسك به، وبما يقرره له من حقوق في مواجهة من صدر ضده، وهذا الأخير لا يجوز له أن يطلب إعادة النظر في النزاع مرة أخرى، أمام أية جهة قضائية أخرى أو محكمة تحكيم، وهذا هو مقتضى حجية الأمر المقضي به¹.

وبالتالي فإنه يقع على عاتق الدول الأطراف في اتفاقية واشنطن، تحديد وتعين الجهة المختصة للاعتراف بالحكم وتنفيذه، حيث نجد نص المادة الثانية من نفس المادة التي تنص على ما يلي: " من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أراضي دولة متعاقدة، يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم معتمدة من السكرتير العام، إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض، ويجب على كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بالمحكمة المختصة أو أية سلطات تعينها لهذا الغرض، وبأية تغييرات لاحقة في هذا الأمر."

وتطبيقاً للنص المذكور أعلاه، تتمتع الدول المتعاقدة في الاتفاقية بالحرية الكاملة، في اختيار وتحديد السلطة المختصة، التي يقدم إليها الحكم الدولي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، قصد الاعتراف والاشراف على تنفيذه.

وإعمالاً لنص المادة في تحديد الجهة المختصة على المستوى الوطني، قامت بعض الدول الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية، بتعين الإدارة المركزية، وعين البعض الآخر إحدى الجهات الداخلية، سواء تلك المتواجدة على مستوى قمة نظامها القضائي، أو تلك المتواجدة على مستوى الدرجة الأولى أو الثانية².

¹ حسين حنفي عمر، الحكم القضائي الدولي "حجته وضمائنه تنفيذه"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص. 107.

² قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 425.

ومن الناحية التطبيقية فقد لجأت بعض الدول المتعاقدة في الاتفاقية، إلى تعيين إحدى الوزارات مثل بلجيكا، والسويد اللتان عينتا وزارة الخارجية، كجهة مختصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المركز الدولي. كما قامت جمهورية مصر بتعيين وزارة العدل لهذا الغرض.

أما بعض الدول الأخرى فقد عينت جهة قضائية محددة، حيث تم تعيين المحكمة العليا من قبل غانا، وجاميكا، وأندونيسيا، وكينيا. كما عينت بعض الدول الأخرى المتعاقدة محاكم الاستئناف، أو المحاكم الجهوية لمكان التنفيذ. فضلا عن هذا عينت بعض الدول الأخرى، المحاكم الابتدائية أو الكلية مثل جمهورية ساحل العاج، التي عينت المحكمة الابتدائية للعاصمة أبيجان، والمحكمة الابتدائية لمكان التنفيذ بالنسبة لجمهورية تونس، والمحكمة الكلية لمكان التنفيذ بالنسبة لدولة فرنسا.

وبالرجوع للتشريع الجزائري فإنه نشير إلى أنه ليس هنا أي تحديد أو إخطار على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بشأن تحديد الجهة المختصة بالاعتراف وتنفيذ الحكم، الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 52 من الاتفاقية.

إلا أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية، في الفصل المتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، نجد الإجابة في نص الفقرة الثانية من المادة 1051 من قانون إ م إ¹، التي حددت أن رئيس محكمة محل التنفيذ، هو المختص بالاعتراف وتنفيذ الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

على أن الأمر الذي يشد الانتباه إليه، هو ما ورد في نص المادة 1055 من ق إ م إ²، التي تنص على امكانية استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي. وهذا وفقا للحالات المحددة حصرا في المادة 1056 من نفس القانون، وهي نفسها الحالات المنصوص

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 1051 من ق إ م إ على ما يلي: "...بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الاقليم الوطني."

² تنص المادة 1055 من ق إ م إ على ما يلي: " يكون المر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف."

والمشار إليها في اتفاقية واشنطن، في حين نعلم مسبقاً أن أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، هي أحكام نهائية وملزمة وحائزة لحجية الشيء المقضي فيه، وبالتالي لا يمكن ممارسة حق الرقابة عليها، من قبل المحاكم الوطنية¹.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ G. Delaume بأنه:

« Dans le cadre de la convention CIRDI aucune exception procedurale, ni meme au nom de l'ordre public, ne peut faire échec au caractère obligatoire d'une sentence, et à sa reconnaissance et exécution dans les états contractants. »²

وفي الأخير نشير إلى أن إجراء الحصول على الاعتراف بالحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وتنفيذه، لا يكتنفه أي غموض أو تعقيد، حيث يكفي لصاحب المصلحة في الاعتراف والتنفيذ، أن يقدم نسخة من الحكم المصادق عليه من قبل السكرتير العام للمركز الدولي، إلى الجهة المخولة والمختصة بالاعتراف والتنفيذ في الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم، وهذا بحسب نص الفقرة الثانية من المادة 54 من الاتفاقية التي تقضي بما يلي: "... يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة، أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض..."

وفي هذا الإطار تتخذ سلطات الجهة المختصة، المنوط بها مهمة الاعتراف وتنفيذ الحكم، على المستوى الوطني التأكد من أمرين:

-التأكد من أن حكم التحكيم المراد الاعتراف به وتنفيذه، قد صدر فعلاً عن محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وكذلك التحقق من مصادقة السكرتير العام للمركز للحكم.

¹ مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات حسب آخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، دط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 40.

²) Georges Delaume ; Le Centre International pour Règlement des Différents Relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissement d'autre Etats ; JDI ; N° 4 ; 1982 ; p.838.

-التأكد من عدم توافر أحد الشروط التي تحول دون تنفيذ حكم التحكيم، وذلك بمراجعة الأوضاع التي قررتها اتفاقية واشنطن في هذا الشأن¹.

وبهذا نجد أن اتفاقية واشنطن قد عاجلت مشكلة الاعتراف بحكم التحكيم، وإن كانت قد نصت على أن تنفيذ الحكم، يخضع كقاعدة عامة للقوانين الداخلية في الدولة، المراد تنفيذ الحكم فيها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى تعريض أحكام التحكيم، الصادرة بمقتضى الاتفاقية، إلى اختلاف في المعاملة من دولة إلى أخرى، تبعاً للنظم القانونية المعمول بها في تشريعاتها².

الفرع الرابع: العقوبات التي تعترض تنفيذ الحكم:

يتمتع الحكم الصادر عن محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بأنه حكم نهائي ملزم كما سبق تبياناه، وبالتالي فإنه يتوجب تنفيذه على أرض أية دولة متعاقدة، كما لو تعلق الأمر بتنفيذ حكم نهائي صادر عن محكمة تمارس صلاحياتها على أرض هذه الدولة، إلا أنه لا يمكن لهذا التنفيذ أن يتعارض مع الأحكام التي ترعى حصانته، إذ يمكن أن يتعرض تنفيذ القرار التحكيمي هذا، لمخاطر التصادم مع أحكام القانون الوطني في هذا النطاق، أو أن تتمسك الدولة بحصانته القضائية ضد أمر تنفيذه أو غيرها من العقوبات، التي تشكل حائلاً دون تنفيذ الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي³.

وبالتالي فإنه يمكن القول أنه بالرغم من المؤهلات التي يتمتع بها الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من كونه حكم نهائي وملزم وحائز لحجية الشيء المقضي فيه، إلا أنه باستقراء نص المادة 55 من الاتفاقية التي تؤكد على ما يلي: " لا يجوز تفسير عبارات المادة 54، على أنها تدخل استثناء على القواعد القانونية السارية، في أراضي الدولة المتعاقدة فيما يتعلق بحصانة التنفيذ للدولة المذكورة، أو ولاية دولة أجنبية."

¹ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 427.

² مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 204.

³ لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 154.

فنص المادة المشار إليه أعلاه يفيد أنه بالرغم ما يتميز به حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من ميزات، إلا أن ذلك لا يؤثر على ما تتمتع به الدولة المتعاقدة من حق في التمسك بحصانتها السيادية، ضد إجراءات تنفيذ الحكم على أراضيها الوطنية¹. وهكذا فإن نص المادة 55 من الاتفاقية يبين لنا كيف أن الحصانة السيادية حق مضمون في ظل نصوص اتفاقية واشنطن، حيث تتدخل هذه الأخيرة في تنفيذ الحكم الصادر عن المركز، وتقف حائلا أمامه، على الرغم من الالتزام الذي جاءت به الاتفاقية، والذي فرضته على الدول المتعاقدة فيها بمعاملة حكم المركز، كما لو كان حكما نهائيا صادرا من أحد محاكمها الوطنية.

وكذلك كيف أن حكم المركز قد يلقي معاملة، تختلف بين كل دولة متعاقدة وأخرى في الاتفاقية، وهذا وفقا لمرونة أو عدم مرونة القوانين المتعلقة بالتنفيذ، والحصانة السيادية المعمول بها في دولة التنفيذ، كما لو كانت هذه الدولة تمنع التنفيذ، ضد أملاك أو أموال الدولة الأجنبية².

البند 1: الحصانة السيادية كحائل دون تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز:

رغم تأكيد الاتفاقية على فاعلية الحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إلا أن هناك نقيصة خطيرة في الاتفاقية، وهي أن اعتبارات السيادة للدولة المضيفة للاستثمار، يمكن أن تقف حائلا دون تنفيذ الحكم التحكيمي، ذلك أن الاتفاقية احتفظت للدول الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية، بالحق في أن تدفع بالحصانة السيادية، عندما يطلب إليها تنفيذ حكم التحكيم، ولا شك أن أعمال هذا الاستثناء تقويض ما سعت الاتفاقية إلى تجسيده من حكم تحكيمي له صفة الالتزامية والتنفيذ³.

⁽¹⁾ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 428.

⁽²⁾ لما أحمد كوجلان، المرجع السابق، ص. 155.

⁽³⁾ جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص. 91.

وعليه نشير إلى أن الحصانة السيادية تنقسم إلى كل من الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية، حيث تهدف الأولى إلى الحيلولة دون الاعتداء على سيادة واستقلال الدولة، من خلال منع خضوعها لقضاء وطني آخر، غير قضائها الوطني أو حتى لقضاء التحكيم. بينما تهدف الحصانة التنفيذية في الحيلولة دون التنفيذ على أموال الدولة، وما يتضمن ذلك من سلطة الإكراه¹.

ويثور التساؤل هنا عن أثر شرط التحكيم على الحصانة السيادية ككل، بمعنى هل أن شرط التحكيم الذي يسقط بطريقة غير مباشرة أثر الحصانة القضائية، يمتد ليشمل حتى الحصانة التنفيذية أم أن أثره محدود؟

اختلفت الآراء الفقهية في هذا الصدد، فالبعض يرى أن تمسك الدولة بالحصانة القضائية، على الرغم من إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بينها وبين الطرف الآخر لا أثر له، ذلك لأن قبول الدولة لشرط التحكيم يعتبر بمثابة تنازل ضمني من قبلها عن حق التمسك بحصانتها أمام المحكم الذي قبلت الخضوع الاختياري لقضائه، ولأن القول بعكس ذلك، يتعارض مع مبدأ حسن النية المتطلب في تنفيذ الالتزامات التعاقدية².

إلا أن الرأي الراجح يذهب إلى التأكيد على انفصال الحصانة القضائية عن الحصانة التنفيذية، حيث أن التنازل عن الحصانة القضائية، لا يستلزم بالضرورة التنازل عن الحصانة التنفيذية. ففي مجال حصانة الدولة القضائية تم التوصل إلى أن دخول الدولة في عقد يتضمن شرطاً للتحكيم، يعد تنازلاً من قبل هذه الأخيرة عن حصانتها القضائية، نظراً لعدم ارتباط اختصاص المحكم بالصلاحيات السيادية للدولة المنوط بها تنفيذ الحكم.

¹ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 429.

² طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 511.

أما بالنسبة لحصانة الدولة التنفيذية، فلا يمكن القول بأنه تم التنازل عنها بمجرد، وجود اتفاق على التحكيم، نظرا لاستنادها إلى اعتبارات السيادة والمساواة بين الدول، والمحافظة على العلاقات الدولية¹.

وهو الرأي الذي تم التأكيد عليه في المادة 32 من اتفاقية فيينا، التي نصت على أن التنازل عن الحصانة القضائية بصدد دعوى مدنية أو إدارية، لا يفيد ضمنا التنازل عن حصانتها الخاصة، بإجراءات التنفيذ. وهذا الحكم الذي تبنته اتفاقية فيينا، يعتبر نتيجة ضمنية على استقلالية وذاتية كل من فكري الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية².

إلا أن هذا الرأي الذي يقضي بإطلاقية مبدأ الحصانة التنفيذية، قد تعرض للنقد، ذلك أنه ليس من المنطقي أن تتنازل الدولة عن حصانتها القضائية، ثم تعود بعد ذلك للدفع بحصانتها ضد الاجراءات التنفيذية للحكم، فليس هناك جدوى من خضوع الدولة لقضاء التحكيم، إذا لم يتمتع الحكم الصادر بقيمة تنفيذية فعلية، ذلك أن عدم تنفيذ أحكام التحكيم، بعد قبول اللجوء إلى هذا النظام القضائي الخاص أمر في غاية التناقض.

ومن خلال هذا النقد الموجه لمبدأ إطلاقية الحصانة التنفيذية، تم إقرار أن طبيعة النشاط الذي تمارسه الدولة، هو الذي يحدد امكانية التنفيذ على الأموال التي تخصصها الدولة، لهذا النشاط من عدمه. فإذا كان النشاط الممارس من قبل الأنشطة العامة المرتبطة بالسيادة، فإن الأموال المخصصة له تتمتع بحصانة التنفيذ. أما إذا كان النشاط عاديا من قبيل أنشطة القانون الخاص، ذات الطبيعة التجارية أو الاقتصادية، فلا تتمتع الأموال التي تخصصها له الدولة من حصانة التنفيذ عليها³.

وهو الأمر الذي ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر سنة 1989، بخصوص حكم صدر من محكمة أول درجة، بالأمر بتنفيذ حكم تحكيم صادر عن المركز ضد السينغال، مفاده

(1) قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 430

(2) بلحسان هواري، المرجع السابق، ص. 311.

(3) قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 430

أنه إذا كانت السنغال قد التزمت بمقتضى اتفاقية واشنطن، بدفع المبالغ المالية التي قد يحكم بها عليها داخل أراضيها، بحسب ما تقضي به المادة 54 من الاتفاقية¹، فإنها لم تتنازل عن حصانتها ضد التنفيذ في أي دولة متعاقدة حسب ما تقضي به المادة 55 من الاتفاقية.

لذلك قضت المحكمة أنه استنادا إلى حصانة التنفيذ التي تتمتع بها الدولة الأجنبية في فرنسا، هي مبدأ أساسي، ولا يمكن تجاهله إلا في ظروف استثنائية، حينما تكون الأموال التي سينفذ عليها الحكم، قد خصصتها تلك الدولة لأغراض اقتصادية أو تجارية يحكمها القانون الخاص، وهو ما لم يثبت المدعي، فإنه يرفض تنفيذ الحكم في فرنسا، لأنه على حد قولها يصطدم مع النظام العام، ولأنه يتعارض ومبدأ الحصانة².

فضلا عما سبق يمكن القول أنه أمام تسابق الدول نحو تحقيق أكبر قدر من الضمانات التي تخدم صالح المستثمر الأجنبي، لأجل جذب الاستثمارات، خاصة القضائية منها، فليس من مصلحة الدولة المضيفة التنصل من التزاماتها في مجال تنفيذ الأحكام الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

علاوة على هذا وفي سبيل المحافظة على العلاقات الاقتصادية بين الدول، ومتعاملها الأجانب، فإن التنفيذ الطوعي والاختياري للأحكام الصادرة في منازعات الاستثمار، هو المبدأ السائد هذا من جهة.

ومن جهة أخرى إذا كانت اتفاقية واشنطن قد أبتت على امكانية التمسك بالحصانة التنفيذية بموجب المادة 55، إلا أنه منذ دخول اتفاقية واشنطن حيز التنفيذ سنة 1966، فقد عرفت نظرية الحصانة التنفيذية تطورا ملحوظا، سواء من الناحية الفقهية، أو التشريعية أو القضائية. بالإضافة إلى هذا، تدل القضايا التي تم فيها إثارة تطبيق المادة 55 من الاتفاقية بشأن حصانة الدولة التنفيذية، بأن

¹ تنص المادة 54 على ما يلي: "يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما، وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم..."

² مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 204، 205.

الدول المتعاقدة المطلوب فيها تنفيذ أحكام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تعمل على بلوغ فعالية تحكيم الجهاز الدولي، عن طريق تجاوز مشكلة الحصانة ضد التنفيذ¹.

البند 2: إجماع السلطات الوطنية عن تقديم التسهيلات لتنفيذ أحكام المركز:

لا ينحصر دور المحاكم الوطنية أو السلطات الوطنية أياً كانت، بحسب تحديدها على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، في تقديم المساعدة القضائية لتسهيل الاعتراف بهذه الأحكام، بل يمتد دور السلطات الوطنية المحددة، لتشمل تقديم التسهيلات لضمان تنفيذ هذه الأحكام.

وعليه يمكن أن نتصور إجماع السلطات المعنية بتقديم يد المساعدة، في تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز، ذلك أن حكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يمكن أن يلقي معاملة مختلفة، من محاكم دولة متعاقدة إلى محاكم دولة متعاقدة أخرى، وذلك وفقاً لمرونة أو عدم مرونة القوانين والاجراءات المتبعة في تلك المحاكم.

وقد يصادف تنفيذ أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، عقبات متعلقة بهذه المحاكم الوطنية، تتمثل في كون هذه المحاكم ممنوعة من التعرض لأية نزاعات تخص السلطة العامة، وبالتالي لا تستطيع تنفيذ الأحكام الصادرة لصالح المستثمر ضد السلطة العامة، وذلك نظراً لأن موضوع النزاع، قد يتصل بصورة مباشرة بعمل من أعمال هذه السلطة العامة، أو أن أية أحكام تصدر ضد هذه السلطة، ليس من حق هذه المحاكم الفصل فيها، والعمل على تنفيذ الاجراءات الخاصة بها².

وفي الأخير نشير إلى أن اتفاقية واشنطن ومن أجل ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة، عن محاكم تحكيم المركز الدولي، ذلك أنه لا عبرة لأحكام هذا الأخير، إن لم يتضمن إجراءات فعالة تحول دون إفراغ الحكم التحكيمي من محتواه وفعالته، وضماناً لذلك فقد قررت أحكام اتفاقية واشنطن طريقتين

¹ (قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 433.

² (طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 517.

رئيستين، من أجل تحقيق الغرض الذي صدر لأجله الحكم، وهما الحماية الدبلوماسية، وامكانية اللجوء لمحكمة العدل الدولية.

الفرع الخامس: ضمانات المقررة في حالة عدم تنفيذ أحكام المركز الدولي:

تلتزم الدول المتعاقدة الأطراف في الاتفاقية، بالاعتراف بالأحكام التحكيمية عن المركز الدولي، باعتبارها أحكام نهائية وملزمة، وتنفيذ الالتزامات المالية الواردة فيها، داخل إقليمها كما لو كانت أحكاماً نهائية صادرة عن محاكمها.

وبالنسبة للحكم الصادر ضد المستثمر، فإنه لا توجد أية عقبة تحول دون تنفيذ الحكم، وذلك لأن أموال المستثمر تقع في إقليم الدولة التي صدر الحكم لصالحها، ولكنه إذا ما صدر حكم التحكيم لصالح المستثمر، وامتنعت الدولة المضيفة عن تنفيذ الحكم فإن المستثمر يجد نفسه في موقف صعب، لأنه لا يستطيع أن يقاضي الدولة أمام محاكمها من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن الحجز والتنفيذ على أموالها في دول أخرى، لأن هذه الأخيرة تتمتع بالحصانة القضائية.

وبالتالي فإنه قد يحدث وأن تقابل الالتزامات المفروضة، بموجب الحكم التحكيمي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بالرفض كأن تمتنع الدولة التي صدر في غير صالحها الحكم التحكيمي عن الخضوع له، ودفع الالتزامات المالية المترتبة عليه. ولتجنب هذا الأمر-رفض تنفيذ الحكم- فقد أخذت اتفاقية واشنطن بعين الاعتبار هذه المسألة، وذلك من خلال تقرير بعض الاجراءات، الكفيلة بضمان فعالية الأحكام الصادرة عن محكمة تحكيم المركز، تتمثل في كل من الحماية الدبلوماسية أو رفع دعوى دولية أمام محكمة العدل الدولية.

البند 1: الحماية الدبلوماسية:

إذا كانت الاتفاقية قد أتاحت للمستثمر الأجنبي، الوقوف أمام جهة اختصاص دولي جنباً إلى جنب مع الدولة المضيفة للاستثمار، إلا أنها في المقابل قد حظرت على دولة المستثمر الأجنبي أن تمارس الحماية الدبلوماسية، وتقوم بمطالبة دولية بالنسبة لنزاع اتفق فيه أحد مواطنيها مع الدولة

الأخرى الطرف في النزاع على طريقة التحكيم¹، فاتفاقية واشنطن تمنح المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، الأهلية للجوء مباشرة، ودون حاجة إلى تمثيله من قبل دولته، إلى تحكيم المركز.

إلا أن عدم احترام الدولة المضيفة للحكم التحكيمي، الصادر ضدها وعدم تنفيذها له، يفتح المجال أمام هذا المستثمر لطلب الحماية الدبلوماسية من دولته، على ألا تعتبر المباحثات الدبلوماسية غير الرسمية بين الدولتين بهدف تسهيل حل النزاع، من قبيل الحماية الدبلوماسية².

وهو الأمر الذي أكدت عليه المادة 27 من الاتفاقية بنصها: "لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية، أو ترفع قضية دولية في خصوص أي نزاع متى اتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدولة الأخرى 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.

وفي خصوص تطبيق الفقرة السابقة، فإن مفهوم الحماية الدبلوماسية لا يشمل المساعي الدبلوماسية البسيطة، التي تهدف إلى تسهيل تسوية النزاع."

ويبدو من نص المادة 27 أن الفشل في الخضوع لحكم التحكيم، أو عدم تنفيذه هو الاستثناء الوحيد لمبدأ التنازل عن الحماية الدبلوماسية، فعدم احترام الدولة المضيفة للاستثمار للحكم، الذي يصدر ضدها من محكمة تحكيم المركز، يضمن مرة أخرى حق المستثمر في الحماية الدبلوماسية، حتى لا يعدم أية وسيلة لحمايته³.

ويشترط لسريان التنازل عن الحماية الدبلوماسية، في إطار المركز الدولي من جانب الدولة المتعاقدة مايلي:

(1) عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص. 226.

(2) لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 159.

(3) بلحسان هواري، المرجع السابق، 315.

1- أن تكون هناك موافقة بين الأطراف المتنازعة، على عرض النزاع أمام المركز الدولي، أو قد تم فعلاً عرضه أمامه، من خلال تسجيل طلب التحكيم من طرف السكرتير العام للمركز، وقبول محكمة التحكيم النظر فيه. وفي هذه الحالة يسري تنازل الدولة عن تقديم الحماية الدبلوماسية لرعايتها، بشأن النزاع المتفق على تسويته بطريق تحكيم المركز، كما يبقى هذا التنازل قائماً طيلة اجراءات خصومة التحكيم.

2- وهو أن تقبل الدولة المحكوم عليها تنفيذ الحكم، وإلا فللدولة المستثمر الأجنبي الحق في أن تمارس الحماية الدبلوماسية، ويترتب على عدم امتثال الدولة المضيفة للحكم الصادر ضدها من محكمة المركز، مسؤوليتها الدولية لخرقها أحكام الاتفاقية، واستناداً إلى ذلك، تستطيع دولة المستثمر أن ترفع دعوى ضد الدولة المضيفة أمام محكمة العدل الدولية.

وتجدر الإشارة أنه في حالة لجوء دولة المستثمر إلى حمايته دبلوماسياً، فإن محكمة العدل الدولية لا يمكنها تفسير الحكم أو التطرق إلى موضوع الدعوى الأصلية، تماشياً مع نهائية أحكام تحكيم المركز الدولي. من أجل هذا، فإن اختصاص المحكمة يمتدّ فقط إلى مسألة عدم تنفيذ حكم التحكيم وأسبابه وتقدير نتائجه¹.

وبهذا فإن اتفاقية واشنطن تكون قد حققت ضماناً لتنفيذ حكم التحكيم، الصادر عن المركز الدولي، بموجب المادة 27 منها، وكذلك فهي تقدم ضماناً أخرى عبر السماح للأطراف باللجوء إلى محكمة العدل الدولية.

البند 2: المطالبة القضائية أمام محكمة العدل الدولية:

تنص المادة 64 من اتفاقية واشنطن على ما يلي: "أي نزاع يمكن أن ينشأ بين الدول المتعاقدة، من حيث تفسير أو تطبيق الاتفاقية الحالية، ولم يتسن حله بالطرق الودية، يعرض على

¹ (قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 437).

محكمة العدل الدولية بناء على طلب أي طرف في النزاع، وذلك ما لم يتفق الأطراف المعنية على طريق آخر لتسويته.¹

الأمر الذي يفهم من استقراء نص المادة المشار إليه أعلاه، أن اتفاقية واشنطن قد قد أكدت على توفير ضمانات دولية لتنفيذ الحكم التحكيمي، الصادر عن المركز الدولي، لمواجهة ما تضعه الدول من عراقيل تحول دون تنفيذ هذه الأحكام¹.

وبالتالي فإنه في حالة عدم امتثال الدولة المضيفة للاستثمار للحكم، الصادر ضدها من محكمة المركز الدولي، يترتب عليه مسؤوليتها لخرقها لأحكام الاتفاقية، خاصة تلك الواردة في المادتين 53 و54. واستناداً على ذلك تستطيع دولة جنسية المستثمر، رفع دعوى ضد الدولة المضيفة أمام محكمة العدل الدولية، وفقاً للشروط التي يقرها النظام الأساسي فيها²، بغرض استصدار حكم يلزمها بتنفيذ القرار التحكيمي الصادر ضدها، بالإضافة إلى إلزامها بالتعويض، إذا كانت الدولة المدعية مصابة بضرر مادي من جراء ذلك.

وإنه لتمكين الدولة من تقديم دعاوى مواطنيها أمام محكمة العدل الدولية، يجب توفر ثلاثة شروط هي كالاتي:

¹ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 519.

² تعد محكمة العدل الدولية أحد الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة ونظامها الأساسي جزء لا يتجزأ من ميثاق الأمم المتحدة، وهي تنطوي على اختصاصين، اختصاص استشاري الذي يتحقق من خلال تقديم فتاوى وآراء استشارية غير ملزمة في المسائل القانونية التي تطلب الجمعية العامة أو مجلس الأمن الرأي فيها.

واختصاص قضائي في النظر في الدعاوى والمنازعات الناشئة بين الدول، وحق التقاضي أمامها مقصور على الدول فقط، ويشترط في الدول الراغبة في رفع النزاع إلى المحكمة أن تنتمي على الأقل إلى الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، حيث تصبح تلقائياً أطرافاً في النظام الأساسي للمحكمة. والدول المنضمة إلى النظام الأساسي للمحكمة ودون أن تكون عضواً في الأمم المتحدة، والدول التي ترغب في التقاضي أمام المحكمة، ودون أن تكون عضواً في الأمم المتحدة أو طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، وذلك وفقاً للشروط التي يقرها مجلس الأمن.

1- توافر رابطة قانونية أو سياسية بين الفرد ودولته، تتجسد في الجنسية التي يجب أن تتوفر عند نشوء النزاع وحدوث الضرر، مع ضرورة ثبوتها في التاريخ الذي تقدم الدولة دعوى المستثمر التابع لها.

2- استنفاد طرق الطعن الداخلية المعمول بها في الدولة المدعى عليها إن وجدت.

3- ألا يكون الفرد قد ارتكب خطأ ساهم في تضرره، كالإهمال أو عدم التبصر أو مخالفته لقواعد الدولة التي يستثمر فيها، أو كمخالفته لقواعد القانون الدولي¹.

وعليه نشير أن العبار الواردة في نص المادة 64 من الاتفاقية - ولم يتسن حله بالطرق الودية- تفيد أنه لا يمكن اللجوء إلى القضاء الدولي، إلا بعد فشل الطرق الودية التي يكون الأطراف قد باشرتها كاللجوء إلى المفاوضات أو التوفيق مثلا، فضلا عن عدم اتفاقهم على طريق آخر للتسوية، كالاكتفاء على الطرق المتفق عليها، في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية بين الدولتين إن وجدت، حيث غالبا ما تتضمن هذه الأخيرة النص على اختصاص محكمة تحكيمية خاصة لتسوية الخلافات الناشئة عن تطبيقها أو تفسيرها².

بالإضافة إلى ضمانات التنفيذ المنصوص عليها في الاتفاقية، فإن وجود المركز الدولي على مستوى البنك العالمي، وكون رئيسه رئيس المجلس الإداري للمركز، إلى جانب كون مقر البنك العالمي هو مقر المركز، من شأنها تسهيل تنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في إطار المركز الدولي، من قبل الدول المتعاقدة، لأن عدم الامتثال لأحكام الاتفاقية يعرض الدولة المعنية لضغوط من قبل البنك العالمي. ضف إلى ذلك فإنه بإمكان السكرتير العام أو رئيس المجلس الإداري، تقديم المساعدة لأطراف النزاع من خلال حملهم على تجاوز العقبات، ودفعهم إلى تنفيذ التزاماتهم، أو من خلال تشكيل لجنة خاصة من قبل المجلس الإداري لمتابعة تنفيذ حكم التحكيم، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الثانية من

⁽¹⁾ لما أحمد كولجان، المرجع السابق، ص. 160، 161.

⁽²⁾ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص. 438.

المادة 6 من الاتفاقية بنصها : "وللمجلس الادراي أن ينشئ أية لجان يراها ضرورية لانجاز أعمال المركز".

بهذا، تكون إتفاقية واشنطن قد وضعت نظاما متميزا لتنفيذ أحكام التحكيم، حتى تضمن فعاليتها. في الوقت الذي سمحت فيه الاتفاقية بالتمسك بالحصانة التنفيذية بموجب م 55 منها، إلا أنها في نفس الوقت منعت ذلك بطريقة غير مباشرة، عن طريق اللجوء إلى منح الحماية الدبلوماسية وفقا لنصّ المادة 27، أو باللجوء إلى محكمة العدل الدولية تطبيقا لنصّ المادة 64 ، فضلا عن الإمكانية المتاحة لجهات أخرى للتدخل في مجال ضمان التنفيذ ،بحكم علاقاتها الوطيدة مع المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي¹.

ولكن إذا كان ما تقدم يمكن القول به نظريا، فإن الواقع يوحى بغير ذلك، فلم يسبق وأن أثارت دولة مسألة الحصانة ضد تنفيذ حكم التحكيم الصادر عن المركز، ويرجع ذلك إلى الأسباب التالية:

- أن امتناع الدولة عن تنفيذ حكم التحكيم يجردها من المصادقية اللازمة في المعاهدات الدولية، وهو خطر لا يمكن لأي دولة أن تتجاهله².
- أن امتناع الدولة عن تنفيذ حكم التحكيم، عادة ما يلقي صدى سريع لدى الدول الأطراف الأخرى في الاتفاقية، وهو الأمر الذي لا يخدم مصلحة الدولة الراضية للتنفيذ الحكم، لأن مثل هذه المعاملة ستؤدي إلى تغيير وجهة العديد من المستثمرين الأجانب لدول أخرى، غير هذه الأخيرة.
- من المؤكد أن البنك الدولي سيعمل على استخدام نفوذه، كعلاج فعال ضد الدولة التي تعارض تنفيذ الحكم³.

(1) المرجع نفسه، ص. 439.

(2) إبراهيم شحاته، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية الخاصة، المرجع السابق، ص. 21.

(3) مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص. 205.

خاتمة

يعد الاستثمار الأجنبي حجر الزاوية، وعصب اقتصاديات دول العالم، وخاصة منها الدول النامية أو السارية في طريق النمو، التي تسعى من خلاله النهوض باقتصادها، ودخول الاقتصاد الدولي بجانب الدول الصناعية الكبرى، حيث تمكن أهمية الاستثمار الأجنبي في أنه يضطلع بدور مهم في عملية التنمية الاقتصادية التي تشمل وتمس تقريبا جل الميادين، كونه شريان رئيسي يتدفق من خلاله رأس المال والخبرة الفنية والعلمية والتكنولوجية.

فالاستثمار الأجنبي المباشر يعد من أهم أنواع الاستثمار الأجنبي، الذي يلاقي الترحيب والإقبال لدى أطراف العلاقة الاستثمارية، فيفضله المستثمر الأجنبي، لأنه يستطيع من خلاله أن يمارس حقه في إدارة المشروع الاستثماري والرقابة عليه، وتوجيهه بما يكفل تحقيق مصلحته. كما تفضله الدول المضيفة، لأنه من خلاله تضمن من جهة استيراد رأس المال، وانتقال الخبرة الفنية والتقنية، وكذا المهارات التنظيمية والإدارية، وخلق فرص عمل جديدة وأثرها في امتصاص مشكل البطالة في الدولة المضيفة، ومن جهة أخرى تفضله الدول الصناعية المصدرة، من أجل بسط سيطرتها الفعلية على المشاريع الاستثمارية وتوجيهها إلى أغراض الانتاج لخدمة اقتصادها ومصالحها.

ونظرا لأهمية العمليات الاستثمارية الأجنبية، فقد أصبح النظام الاقتصادي لأي دولة يقاس بمدى قدرته على جذب الاستثمار الأجنبي، من خلال الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، والتي تعد عنصر مهم لأجل استقطاب أصحاب رؤوس الأموال.

وفي بيان مفهوم هذا النمط من الاستثمار اتضح لنا بأنه توجد عدة محاولات تنوعت وتداخلت بين الجهود الاقتصادية والقانونية، باعتبار أن العملية الاستثمارية لها علاقة وطيدة بالمجال الاقتصادي، بالإضافة إلى المجال القانوني، الذي يكاد يمس جل الميادين والمجالات.

وعليه فقد حاول الفقه القانوني والاقتصادي وضع تعريف جامع ومانع للاستثمار الأجنبي، باعتباره عملية مركبة تحتوي على عناصر اقتصادية وأخرى قانونية، ولكن تلك المحاولات اخفقت في تحقيق ذلك، وهذا يعتبر أمرا طبيعيا، لأن الاستثمار ليس بالواقعة المحددة من الناحية القانونية أو الاقتصادية، لأنه يتسم في هذا الموضوع بالطابع العالمي، وبالنتيجة فإنه قد يتسع أو يضيق بحسب ظروف الدول

السياسية والاقتصادية، ومدى رغبتها وجديتها في استقطاب المستثمر الأجنبي، لأجل إقامة مشاريعه الاستثمارية على أراضيها.

لذلك فإن بعض الأنظمة المرنة تعطي مفهوماً واسعاً للاستثمار بما يمكنها من دخول أكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال الأجنبية إلى إقليمها، وعلى نقيض ذلك، تعطي أنظمة أخرى مفهوماً ضيقاً للاستثمار، وذلك من خلال وضع قيود متنوعة تحد من نطاقه.

كما عرفت بأنها تلك الطائفة من العقود الدولية، التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها، مع شخص طبيعي أو اعتباري، يلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أراضيها، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، وربح المستثمر الأجنبي، وهي تتمتع بطبيعة خاصة، حيث ترجع من ناحية إلى طبيعة أطرافها، كونها تبرم بين طرف عام مثل في الدولة المضيفة للاستثمار، وطرف خاص أجنبي هو المستثمر، ومن ناحية أخرى بالنظر إلى موضوعها إذ أن ما تهدف إليه هذه العقود، بشكل أساسي هو الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، مما يكسبها بعداً يتمثل في الارتباط بالمجتمع، بمعنى أن هذه العقود لن تعد في مصلحة الطرفين، وإنما في مصلحة المجتمع أيضاً، لسبب تعلقها بالثروة الوطنية للدولة.

وبالنظر لطول مدة تنفيذ هذه العقود، وتنوع وتعدد أطرافها، والدول التي ينتمون إليها، ستكون أكثر من غيرها عرضة إلى مشكلة تغير الظروف، واختلال التوازن الاقتصادي، حيث أن عقود الاستثمار الأجنبي تنفذ في مناخ سياسي واقتصادي، لا يتسم بالثبات والاستقرار بالنظر للمدة الطويلة التي تنطوي عليها تنفيذ الالتزامات المتبادلة فيها.

وبالتالي فإن العلاقة التي تربط بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، هي علاقة سريعة التأثير بما قد يتخذ كإجراءات انفرادية من قبل الدولة المضيفة، ونفس الأمر ينطبق على المستثمر الأجنبي، ذلك أنه وإن ظهرت العلاقة التي تجمع بينهما، حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تتغير لا سيما، وأن مصالح الطرفين لا تسير في اتجاه واحد، ومما لا شك فيه أن منازعات الاستثمار تنطوي على خصوصية ناجمة عن كون أن هذه العقود تبرم بين طرفين ذو طبيعة قانونية متباينة، أحدهما الدولة المضيفة للاستثمار،

والطرف الآخر مستثمر أجنبي خاص، وبذلك فإن التغير في الظروف المحيطة بعملية تنفيذ العقد ستؤثر لا محالة على استقرار العقد.

وبغض النظر عن أسباب ذلك التغير في الظروف، سواء أكان راجعا إلى أسباب اقتصادية أو قانونية أو طبيعية، فإن ذلك سيؤثر في المراكز القانونية لأحد أطراف العقد أو كلاهما، مما يجعل الزامهم بتنفيذ التزاماتهم وأداءاتهم التعاقدية أمرا مرهقا وشاقا بالنسبة إليهم، بحيث يتهددهم بخسارة جسيمة.

ومن ثم فإن المشكلة الأساسية التي تلزم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها، والأهداف التي يصبوا إليها المستثمر الأجنبي، مما يجعل مسألة تسوية منازعات عقود الاستثمار موضوعا غاية في الأهمية.

وفي ضوء المواضيع التي أثارها هذا الموضوع، توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات التي يمكن تلخيص أهمها فيما يلي:

- إن الاستثمار الأجنبي يشكل المحور الأساسي والرئيسي لتنمية اقتصاديات الدول النامية بشكل خاص، والدول الصناعية بشكل عام.

- أن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة المضيفة، أو أحد هيئاتها العامة التابعة لها مع المستثمرين الأجانب، الذين يستوي فيهم أن يكونوا أشخاصا طبيعيين أو معنوية. أنها تنطوي على طبيعة قانونية خاصة، لاحتوائها على كل من عناصر القانون العام والخاص، وكذا لعدم التساوي في المراكز القانونية لأطرافها وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

- إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتزداد أهميته في عقود الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، وأن هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بفعل التغيرات في الظروف التي عاصرت إبرام العقد. والمعلوم أن عقد الاستثمار يستغرق وقتا طويلا لتنفيذها، وإن تغير الظروف المحيطة بمجريات سريان عقد الاستثمار، من شأنها أن تكون سببا رئيسيا في إثارة العديد، من الخلافات والمنازعات بين أطراف العقد.

- تتنوع وتتعدد أسباب المنازعات في هذا الشأن، حول ما إذا كانت هناك التزامات من قبل الدولة المضيفة قد انتهكت، وقد ترجع أسباب منازعات الاستثمار إلى فعل المستثمر، بأن يخل بأحد الالتزامات المتفق عليها، كتفاعسه مثلاً عن تدريب العمالة الوطنية، أو رفض الإدلاء بمعلومات معينة، أو منع دخول جهات مراقبة وتقييم تطورات مشروعه الاستثماري.. إلخ.

كما قد تنشأ المنازعات نتيجة فشل التوقعات الخاصة بالمشروعات المشتركة، والعقود طويلة الأجل، وقد لا يستطيع الأطراف التعاون بسبب وجود ضغوط خارجية، أو اختلافات ثقافية أو اختلاف التوقعات بشأن نتائج المشروع المشترك الذي سيتم تنفيذه. وقد ترجع المنازعات إل ما يكشف عنه تنفيذ بعض العقود من عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات، إذ قد يتضح في النهاية عدم عدالتها.

- هناك نوعان من المخاطر التي يواجهان الاتفاقية الاستثمارية في الدولة المضيفة، أولهما المخاطر التجارية ويقصد بها المخاطر المتوقعة التي تنشأ عن نشاط المشروع الاستثماري، من تقلبات تتعلق بإدارة المشروع أو بظروف السوق، وتترتب على هذه المخاطر خسارة تلحق بالمستثمر، أو كسب يفوته... إلخ. وتجدر الإشارة إلى أن الدولة المضيفة هنا لا تتحمل عبء التعويض، ولا يترتب على وقوعها اشكالات قانونية بصدد علاقة بين المستثمر والدولة المضيفة.

أما المخاطر الثانية فهي المخاطر السياسية، التي يقصد بها التصرفات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، وتتصل بأوضاعها السياسية والاقتصادية، وتؤدي في نتيجتها إلى حرمان المستثمر بشكل مباشر أو غير مباشر من حقوقه الجوهرية المترتبة عن العملية الاستثمارية، وهي تعد من قبيل المخاطر غير التجارية.

وبالتالي فإن أهم وأفتك المخاطر التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية، هي المخاطر غير التجارية، الممثلة في استحواذ الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي على المشروع الاستثماري، المملوك للمستثمر الأجنبي الكائن في إقليمها. من جراء ما يترتب على هذا الإجراء من حرمان المستثمر الأجنبي، من حقوقه أو سلطاته الجوهرية على مشروعه، أو حتى طرده من أراضيها، بحيث لا يجد أمامه سوى المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر.

-وعليه فإن أشد إجراء يمكن أن يتخذ ضد مصالح أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية، هو استيلاء حكومات الدول المضيفة، على أموالهم ومصالحهم المالية سواء بدون تعويض، أو بتعويض غير متناسب مع قيمة الأموال والمصالح المالية المستولى عليها، وقد تتعدد طرق استيلاء الدولة المضيفة، على ممتلكات المستثمر الأجنبي الموجودة في أقاليمها، إلا أنها تتشابه جميعها في كونها اجراءات منسوبة للدول المضيفة، هدفها الأساسي هو حرمان المستثمر الأجنبي، من الفوائد المالية التي تعود عليه.

-يمكن الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وفي إطار الإصلاحات الاقتصادية ودفع عجلة التنمية، من خلال التحفيزات والضمانات الاستثمارية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، فإنه لم يولي أي اهتمام لإجراء التأميم في قوانين الاستثمار، الصادرة بعد الشروع في الإصلاحات الاقتصادية، بحيث اكتفى بالإشارة إلى شروط واجراءات نزع الملكية وذلك تماشيا مع التوجهات الجديدة للإصلاحات الاقتصادية، وفسح المجال للقطاع الخاص الوطني والأجنبي، في ظل مرحلة الخوصصة التي شرعت فيها الجزائر منذ عام 1995.

- أن واقع العلاقة التي تجمع بين الدولة المضيفة للاستثمار والطرف الأجنبي، وبعيدا عن منازعات الاستثمار الناشئة عن القوة القاهرة والظروف الطارئة، التي بتحققها يتحقق شرط إعادة التفاوض وإعادة تكييف العقد وما ينجم عنه من التزامات بحسب الظروف المتغيرة. فإنه هناك حالة أخرى تعتبر مصدرا من مصادر نشوء النزاع في عقود الاستثمار، والنابعة من سلطتها السيادية والمتمثلة في التغيير التشريعي.

- ونظرا لطول آجال تنفيذ عقود الاستثمار الأجنبي، نجد أن المستثمر الأجنبي قبل إقدامه على التعاقد يسعى جاهدا إلى دراسة الوضع الاقتصادي والاجتماعي، وخاصة التشريعي للدولة المزمع التعاقد معها. بحيث يجري المستثمر الأجنبي دراسات مستفيضة تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع واحتمالاته وتحليلاته للتدفقات النقدية، وقراءة للمخاطر المتوقعة، كل هذا بغرض تحديد المردود أو الربح المتوقع للاستثمار.

- أن مجال المنازعة الاستثمارية، هو مجال خصب ورحب من حيث تعدد وتنوع الأسباب المؤدية إلى قيامها. ومن ثم فإن الفصل أو التصدي لها يحتاج إلى آلية خاصة تختلف عن الطرق القضائية العادية، ضف إلى ذلك يشترط لدى القائمين على حل المنازعة الاستثمارية الخبرة الفنية والدراية العلمية الكافية، وهي أمور لا يتمتع بها رجل القضاء العادي.

- شروط الثبات التشريعي، ما هي إلا وعود صادرة عن الدولة المضيفة، بغرض استقطاب الاستثمارات الأجنبية، وأن مثل تلك الشروط لا تقضي التنازل عن الحقوق السيادية، فإذا ما وجد وتنازلت الدولة عن اختصاصها في تعديل تشريعاتها في وقت معين، فإن ذلك لا يحول دون استعادتها لسلطتها القاعدية التي تم تقييدها في وقت ما، وممارستها لمظاهر سلطتها التشريعية، وإلغاء تلك الشروط المقررة للثبات التشريعي، وذلك كلما دعت الحاجة خصوصا ضرورة حماية المصلحة العامة.

بمعنى آخر أن وجود شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، لا يسلب الدولة سيادتها ويبقى ما تصدره من تشريعات أو قرارات، بعد العقد ساريا على الطرف الآخر وملزما له. ولكن يترتب عليه التزام الدولة بتعويض الطرف الآخر عن زيادة الأعباء الناشئة عليه نتيجة هذه التشريعات أو القرارات.

- يعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي (CIRDI) السابقة الدولية في منح المستثمرين الأجانب، امكانية الوقوف على قدم المساواة مع الدول المضيفة لاستثماراتهم، من خلال منحهم حق اللجوء إلى المركز مباشرة دون الحاجة إلى تمثيلهم من قبل دول جنسيتهم، من أجل اتخاذ الاجراءات اللازمة في رفع دعواهم في مواجهة الدولة التي ألحقت بهم الضرر، وبذلك تكون اتفاقية واشنطن قد ساهمت في تنمية الاعتراف بالفرد كأحد اشخاص القانون الدولي على مستواه.

- تكرر اتفاقية واشنطن مبدأ الرضائية وإرادة الأطراف، في اختيار اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من عدمه، وكذا اختيار أسلوب التسوية الذي يتنوع بين التوفيق والتحكيم، فليس معنى أن توقيع الدولة وتصديقها على الاتفاقية المنشئة للمركز أن تجبر الدولة على اخضاع منازعتها مع المستثمر الأجنبي لتسوية نزاعها تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

- بالرغم من تكريس الاتفاقية لمبدأ ارادة الاطراف في تحديد العديد من اجراءات التوفيق أو التحكيم، إلا أن هذه المرونة لا يمكنها أن تؤثر على سير الاجراءات أو تعطّلها لأن قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، محددة كقاعدة عامة مع جواز الاتفاق على مخالفتها، وعلى سبيل المثال إذا امتنع أحد الأطراف عن التعاون فيما يخص تعيين المحكمين فنه يتدخل رئيس المجلس الاداري بموجب الصلاحيات المخولة له، لأجل القيام بملئ فراغ عدم تعيين المحكم من قائمة المحكمين على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

- يمكن القول في أنه بالرغم ما تتمتع به اتفاقية واشنطن، من مرونة، وقيام أسلوب التحكيم على مبدأ الرضائية في اللجوء إليه، إلا أنه بمجرد إبداء الرضاء في اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يتحول مبدأ الرضائية إلى الزامية احترام الاجراءات والقواعد المنصوص عليها في الاتفاقية، والتي تنطوي على بعض القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، مثل ما تقضي به من وجوب وترية أعضاء المحكمة التحكيمية، وأن يكون المحكمين من ذوي الأخلاق ومم يعترف لهم بالكفاءة والمقدرة في المجالات ذات الصلة.

- تتميز المنظومة الاجرائية للمركز بالفاعلية المنفردة، فأحكام الاتفاقية تقتضي انه بمجرد موافقة الأطراف على التقدم بطلب التسوية للمركز، عن طريق الموافقة الكتابية فلا يحق لأي طرف أن يتصل من هذه الموافقة أو فسخها بالرادته المنفردة، وتتضاعف فاعلية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، انطلاقاً من قاعدة أخرى تتعلق بالصلاحيية الحصرية فيما يخص المنازعات التي اتفق الأطراف على عرضها عليه، فالاتفاقية تعتبر أن قبول الأطراف لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يعني وجوب الامتناع عن اللجوء إلى أية محكمة أخرى لتسوية النزاع القائم بينهم، والذي تم رفعه إلى محاكم المركز للفصل فيه، إلا إذا حدد الاتفاق التحكيمي ما يخالف ذلك. فعلى صعيد الاختصاص الموضوعي نجد أن المركز يختص بالنظر فقط بالمنازعات ذات الطابع القانوني والناشئة عن استثمار دولي، اما على صعيد الاختصاص الشخصي نجد أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

الأجنبي، ينظر في المنازعات بين الدول المتعاقدة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب من دول متعاقدة.

- أن واحدة من أهم الخصائص التي تميز المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عن غيره من مراكز التحكيم، هي كونه يشكل مؤسسة دولية مستقلة عن القوانين الوطنية في الدول المتعاقدة، فقواعد التحكيم لدى المركز وضعت عبر اتفاقية دولية تجعل من عملية التحكيم لدى المركز عملية داخلية تشرف عليها أجهزة المركز الادارية.

-تظهر استقلالية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بشكل كبير في نظام الطعن المعتمد لديه، ففي حالة طلب تفسير الحكم أو إعادة النظر فيه، تقوم المحكمة التحكيمية التي أصدرت الحكم بالنظر في هذه الطلبات، أما في حالة طلب إبطال الحكم التحكيمي فيقوم رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير، بتعيين محكمة تحكيم جديدة بهدف النظر في طلب الإبطال. وبالتالي يبقى نظام التحكيم على مستوى المركز نظام داخلي يتعد عن القوانين الوطنية للدول المتعاقدة، فلا يتم الطعن أمام محاكم الدول المتعاقدة، وإنما تبدأ عملية التحكيم في المركز وتنتهي به.

-إن المرونة والتدابير التوفيقية والتحكيمية التي تقدمها اتفاقية واشنطن تضمن ان الاحتياجات الخاصة لكل من الدول المضيفة ومستثمري القطاع الخاص يتم الاستجابة لها، وبلا شك أن المركز الدولي سيبقى آلية ضرورية وفاعلة تحقق المصلحة المرتقبة للمجتمع.

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

-يعد الحكم الصادر من محاكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حكماً نهائياً لا يجوز الطعن فيه، وتلتزم الاتفاقية الدول الأطراف الانصياع للحكم التحكيمي وتنفيذه، كما لو كان صادراً عن محكمة مختصة في الدولة التي يطلب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه في إقليمها. فالحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يمكن تنفيذه تلقائياً، دون اللجوء إلى أية إجراءات أخرى، إذ يجب على كل دولة متعاقدة الاعتراف بأن الحكم الصادر من محاكم المركز، ملزماً لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم، مصادقاً عليها من قبل السكرتير العام للمركز، كما يجب على كل دولة متعاقدة تنفيذ الالتزامات المالية، التي فرضها الحكم التحكيمي.

ونظراً لما ينطوي عليه موضوع تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ودور المركز في هذا الموضوع من أهمية، فإنه يمكن الخروج بجملة من الاقتراحات والتوصيات، تتمثل فيما يلي:

-إن المستثمر عندما يلجأ إلى توظيف أمواله خارج بلاده، عليه أن يقوم بدراسة متأنية للنظام القانوني، للدولة المزمع إقامة مشروعه الاستثماري فيها، ولايسما قانون الاستثمار.

-يجب على المستثمر الأجنبي تدعيم عقده الاستثماري، بجملة من الضمانات، التي تسمح له تنفيذ التزاماته، في جو يسوده الثقة والطمأنينة.

-أن لا تخضع الاستثمارات الأجنبية، لإجراء نزاع الملكية، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، أو أي إجراء ذي اثر مماثل، ما لم يكن ذلك لمقتضيات المنفعة العامة، ولقاء دفع تعويض عادل ومناسب للمستثمر الأجنبي.

-على الدولة المضيفة للاستثمار، أن تكون كيسة فطنة إذا كانت ترغب في تطوير اقتصادها لأجل الدفع بعجلة التنمية بها، من خلال جذب رؤوس الأموال والخبرة، فيجب عليها تهيئة المناخ الآمن للاستثمار الأجنبي حتى لا يشعر المستثمر بالقلق وعدم الثقة وعدم الاطمئنان على رأسماله. فهي إن فعلت ذلك تكون دولة جاذبة للاستثمار، وإلا كانت في عداد الدولة الطاردة للاستثمارات الأجنبية المباشرة.

- وفي الأخير نشير إلى أن مهما كان الإجراء الذي تتخذه الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، من نزع ملكية، أو الاستيلاء أو المصادرة أو التأمين، لأصول وممتلكات الشركات الاستثمارية الأجنبية، فهي حقوق معترف بها على مستوى النطاقين، الخارجي والداخلي، باعتبارها اجراءات أو حقوق سيادية تمارسها الدول في نطاق اقليمها ولأجل الصالح العام والوطني.

انتهى بحمد الله وعونه.

قائمة الملاحق:

ملحق اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في 18-03-1965

المقدمة

إن الدول المتعاقدة...

تقديرا لضرورة التعاون الدولي من أجل التنمية الاقتصادية، ولأهمية الدور الذي تلعبه الاستثمارات الخاصة الدولية في هذا المجال.

ونظرا إلى أنه من ممكن أن تنشأ منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات، من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى.

ومع التسليم بأنه مثل هذه المنازعات يجب كقاعدة عامة أن تطرح على القضاء الداخلي، فإن الالتجاء إلى طرق التسوية الدولية في شأن هذه المنازعات يمكن أن يكون مناسبا في بعض الأحيان.

ومع إعطاء أهمية خاصة لتوفير أداة دولية للتوفيق أو التحكيم، بحيث يمكن للدول المتعاقدة، وكذلك لرعايا الدول الأخرى أن يطرحوا عليها مثل هذه المنازعات إذا ما ارادوا ذلك.

ورغبة في انشاء مثل هذه الأداة تحت رعاية البنك الدولي للانشاء والتعمير.

ومع التسليم بأن رضاء الطرفين المشترك بان يعرضوا مثل هذه المنازعات للتوفيق أو التحكيم بواسطة مثل هذه الأداة، يكون اتفاقا ملزما يستوجب بصفة خاصة أن توضع أي توصيات للتوفيق موضع

الاعتبار، وأن تحترم وتنفذ أحكام المحكمين.

ومع تقرير أن الدولة الموقعة لا تعتبر بمجرد التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو إقرارها -وبغير رضاها- ملزمة بعرض أي نزاع معين للتوفيق أو التحكيم.

وفي ضوء ما تقدم اتفقت الدول المتعاقدة على ما يلي:

الفصل الأول

المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات

القسم الأول

انشاء المركز وتشكيله

مادة (1):

1- ينشأ، بمقتضى هذه الاتفاقية، مركز دولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات (والذي يسمى فيما يلي - المركز).

2- وغرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية، ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية، طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية.

مادة (2):

مقر المركز هو مقر البنك العالمي للانشاء والتعمير (والذي يسمى فيما يلي بالبنك العالمي)، ومع ذلك يمكن نقل المركز إلى مكان آخر بقرار من المجلس الاداري للمركز يصدر بأغلبية ثلثي أعضائه.

مادة (3):

يتألف المركز من مجلس إداري وسكرتارية. ويحتفظ المركز بقائمة تضم عددا من الموفقين وأخرى تضم عددا من المحكمين.

القسم الثاني

المجلس الاداري

مادة (4):

1- يضم المجلس الإداري ممثلاً عن كل دولة متعاقدة. ويمكن لنائب هذا الممثل أو من يقوم مقامه أن يجلس باعتباره ممثل الدولة، في حالة غياب الأخير أو مرضه.

2- ومالم يكن هناك تعيين آخر، فإن محافظ البنك ونائب المحافظ اللذين تعينهما الدولة المتعاقدة، يقومان بحكم القانون بالوظائف الخاصة بممثل الدولة ونائبه.

مادة (5):

يعتبر رئيس البنك العالمي بحكم وظيفته رئيسا للمجلس الاداري (المسمى فيما يلي بالرئيس) بغير أن يكون له حق التصويت، وإذا كان هذا الرئيس غائبا أو مريضا أو كانت وظيفة رئيس البنك شاغرة، فإن الشخص الذي يحل محله في البنك يقوم بوظيفة رئيس المجلس الاداري.

مادة (6):

1- مع عدم الاخلال بالاختصاصات التي يمكن أن تمنح إلى المجلس الاداري بمقتضى النصوص الأخرى في هذه الاتفاقية، فإنه يختص بما يلي:

- (أ) تبني اللائحة الادارية واللائحة المالية للمركز.
 - (ب) تبني لائحتي الاجراءات المتعلقة بتقديم المنازعات إلى التوفيق والتحكيم.
 - (ج) تبني لائحتي الاجراءات المتعلقة بدعوى التوفيق والتحكيم (المسميتان فيما بعد لائحة التوفيق ولائحة التحكيم).
 - (د) الموافقة على كافة الترتيبات التي تتخذ مع البنك العالمي، بغرض استخدام امكنته وخدماته الادارية.
 - (هـ) تحديد شروط تعيين السكرتير العام والسكرتيرين العاملين المساعدين.
 - (و) إقرار الميزانية السنوية لايرادات ومصروفات المركز.
 - (ز) الموافقة على التقرير السنوي بشأن أوجه نشاط المركز -ونلاحظ أن القرارات التي تتخذ في المسائل الواردة بالفقرات (أ،ب،ج،و) يجب أن تصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الاداري.
- 2- وللمجلس الاداري أن ينشئ أية لجان يراها ضرورية لانجاز أعمال المركز.
- 3- ويياشر المجلس الاداري كافة الاختصاصات الأخرى التي يراها ضرورية من أجل وضع أحكام هذه الاتفاقية موضع التطبيق.

مادة (7):

1- يعقد المجلس الاداري دورة عادية سنوية، كما يعقد أية دورات أخرى سواء بقرار خاص منه، أو بناء على دعوة الرئيس، أو دعوة السكرتير العام بناء على طلب خمس أعضاء المجلس على الأقل.

2- ولكل عضو بالمجلس الاداري صوت واحد، ومع مراعاة أية استثناءات تقررها الاتفاقية الحالية، فإن كافة المسائل التي تعرض على المجلس، يفصل فيها بأغلبية الأصوات المعبر عنها. (بمعنى أغلبية الأعضاء الحاضرين المشتركين في التصويت).

3- وفي جميع دورات المجلس الاداري، يتألف النصاب من نصف عدد أعضائه زائد واحد.

4- ويمكن للمجلس الاداري أن يتبنى بأغلبية ثلثي أعضائه قرار يخول الرئيس أن يطلب من المجلس إجراء التصويت بالمراسلة (بالتصويت) في شأن موضوع معين على أن مثل هذا التصويت لا يكون صحيحا، إلا إذا شاركت فيه أغلبية أعضاء المجلس خلال المدة المحددة في القرار المشار إليه.

مادة (8):

ولا يمنح المركز أية مكافآت لأعضاء المجلس الاداري أو الرئيس مقابل تأدية أعمال وظائفهم هذه.

القسم الثالث

السكرتارية

مادة (9):

تشمل السكرتارية على سكرتير عام، وسكرتير عام مساعد واحد أو أكثر بالإضافة إلى مجموعة من الموظفين والمستخدمين.

مادة (10):

1- يتم اختيار السكرتير العام والسكرتيرين العامين المساعدين بواسطة الانتخاب بناء على ترشيح الرئيس، من قبل المجلس الاداري بأغلبية ثلثي أعضائه، لمدة لا تتجاوز ست سنوات مع جواز إعادة انتخابهم لمدة أخرى.

ويقدم الرئيس -بعد التشاور مع أعضاء المجلس الاداري- مرشح أو أكثر لكل وظيفة.

2- ولا يجوز للسكرتير العام أو السكرتيرين العامين المساعدين، ممارسة أية وظيفة سياسية. ومع عدم الاخلال بأية استثناءات يمكن أن يقرها المجلس الاداري في هذا الصدد، فلا يجوز للسكرتير العام أو السكرتيرين العامين المساعدين شغل أية وظائف أخرى أو ممارسة أية أنشطة مهنية أخرى.

3- في حالة غياب السكرتير العام أو مرضه، أو خلو منصبه، يؤدي السكرتير العام المساعد أعمال وظيفة السكرتير العام، وإذ كان يوجد أكثر من سكرتير عام مساعد واحد، فإن المجلس الاداري يحدد مقدما النظام الذي بموجبه يؤديون أعمال الوظيفة المشار إليها.

مادة (11):

يمثل السكرتير العام المركز قانونا، ويتولى توجيهه ويكون مسؤولا عن ادراته بما في ذلك تعيين الموظفين طبقا لأحكام الاتفاقية الحالية واللوائح التي يقرها المجلس الاداري. كما يقوم بعمل مسجل المحكمة. وله سلطة التصديق على القرارات التحكيمية الصادرة بمقتضى هذه الاتفاقية، واعتماد صورها.

القسم الرابع

القوائم

مادة (12):

تضم كل من قائمة الموفقين وقائمة المحكمين أشخاص مؤهلين معينين على نحو ما يلي، ويقبلون إدراج أسمائهم في هاتين القائمتين.

مادة (13):

1- يجوز لكل دولة متعاقدة أن تعين أربعة أشخاص لكل قائمة، ولا يلزم بالضرورة أن يكونوا من رعاياها.

2- ويجوز للرئيس أن يعين عشرة أشخاص لكل قائمة. ويتعين أن يكونوا من رعايا دول مختلفة بالنسبة للقائمة الواحدة.

مادة (14):

1- يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبي رفيع ومن المشهود لهم بتخصصهم وكفاءتهم في المجالات القانونية أو التجارية أو الصناعية أو المالية. وأن تتوفر لديهم ضمانات الحيدة والاستقلال في مباشرة وظائفهم مع ملاحظة أن التخصص القانوني بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم يعتبر شرطا جوهريا.

2- وعلى الرئيس أن يأخذ في اعتباره في مجال تعيين هؤلاء الأشخاص أنه من الأهمية بمكان أن تمثل في هذه القوائم الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم بالإضافة إلى تمثيل القطاعات الرئيسية للنشاط الاقتصادي العالمي.

مادة (15):

1- يجري تعيين هؤلاء الأشخاص لمدة ستة سنوات قابلة للتجديد.

2- وفي حالة وفاة أو استقالة أحد الأشخاص المدرجة أسماؤهم على هذه القائمة أو تلك، فإن الجهة التي عينت هذا الشخص تستطيع أن تعين بديلا، عن المدة الباقية له.

3- والأشخاص الذين تدرج أسماؤهم على هذه القوائم، يستمرون في هذا الوضع إلى أن يتم تعيين خلفاء لهم.

مادة (16):

1- يجوز للشخص الواحد أن يوضع اسمه على القائمتين، قائمة التوفيق وقائمة التحكيم وفي وقت واحد.

2- وإذا عين شخص لادراج اسمه على إحدى القائمتين من قبل عدة دول متعاقدة، أو من قبل دولة متعاقدة أو أكثر وأيضا من الرئيس فإن مثل هذا الشخص يعتبر أنه معين من قبل الجهة التي عينته أولا (سبقت في تعيينه). ومع ذلك إذا كان هذا الشخص، أحد رعايا دولة اشتركت في هذا التعيين، فإنه يعتبر معينا من قبل هذه الدولة.

3- وتبلغ جميع التعيينات إلى السكرتير العام، وتحسب مدة التعيين من تاريخ تسلم التبليغ.

القسم الخامس

تمويل المركز

مادة (17):

إذا لم تغط الرسوم التي تدفع للمركز الدولي مقابل الانتفاع بخدماته، أو مصادر الدخل الأخرى، تكاليف مباشرة المركز لوظائفه، فإن المبالغ الزائدة عن مصادر الدخل هذه، تتحملها الدول المتعاقدة الأعضاء في البنك العالمي كل بنسبة حصتها في رأسمال البنك، وأيضا الدول غير الأعضاء في البنك طبقا للوائح التي يضعها المجلس الإداري.

القسم السادس

المركز القانوني والحصانات والامتيازات

مادة (18):

يتمتع المركز بالشخصية القانونية الدولية الكاملة، وله على سبيل المثال:

(أ) أهلية التعاقد.

(ب) أهلية تملك الأموال المنقولة والعقارية.

(ج) أهلية التقاضي.

مادة (19):

من أجل أن يتمكن المركز من تأدية وظائفه، فإنه يتمتع على أراضي كل دولة متعاقدة بالحصانات والامتيازات المبينة في هذا القسم.

مادة (20):

يتمتع المركز بالحصانة القضائية، فلا يجوز أن يكون المركز أو ممتلكاته أو أرصده محلا لأي عمل قضائي، إلا إذا تنازل المركز عن هذه الحصانة.

مادة (21):

بالنسبة للرئيس، وأعضاء المجلس الاداري، والموقوفون والمحكومون، وأعضاء اللجنة المنصوص عليها بالمادة 3/52 وموظفي السكرتارية، فإنه:

(أ) لا يجوز مطاردة اي من هؤلاء بسبب أعمال ارتكبتها في مجال ممارسة وظائفه، إلا إذا رفع المركز عنه هذه الحصانة.

(ب) يستفيدون، متى كانوا من غير رعايا الدولة التي يمارسون وظائفهم على أراضيها، بالامتيازات المقررة في مجال الهجرة، وتسجيل الأجانب والواجبات العسكرية وأيضا بالتسهيلات المعترف بها في هذا الشأن مبادلة العملية وتحويلها.

مادة (22):

ينطبق حكم المادة (21) سالفه الذكر، على الأشخاص الذين يشاركون في الدعاوى المطروحة بمقتضى هذه الاتفاقية، بصفتهم أطرافا في الدعوى أو وكلاء عن الأطراف، أو مستشارين أو محامين أو شهود أو خبراء.

مادة (23):

1- يتمتع أرشيف المركز بالحصانة، في كل بلد يوجد به.
2- تمنح الدول المتعاقدة المركز في مجال اتصالاته الرسمية ذات المعاملة المميزة التي تمنحها للمنظمات الدولية.

مادة (24):

1- يعفى المركز وأرصده وممتلكاته المنقولة والعقارية ومصادر دخله، وكذلك مشروعاته التي تقرها الاتفاقية، من كافة أنواع الضرائب والرسوم الجمركية.
2- ولا يجوز فرض أية ضريبة على التعويضات التي يدفعها المركز للرئيس أو أعضاء المجلس الاداري. وأيضا لا يجوز فرض مثل هذه الضرائب على المرتبات التي تدفع للموظفين ومستخدمي السكرتارية، إلا إذا كان المستفيدين من رعايا الدولة التي يمارسون وظائفهم داخل أراضيها.

3-ولا يجوز فرض أية ضرائب على الأتعاب والتعويضات التي تدفع للموفقين أو المحكمين أو أعضاء اللجنة المنصوص عليها بالمادة 3/52 العاملين في الدعاوى المطروحة بمقتضى هذه الاتفاقية، متى كانت هذه الضرائب لا تقوم إلا على أساس الموقع الذي يوجد به المركز، أو تباشر فيه الدعوى أو تدفع فيه مثل هذه الأتعاب والتعويضات.

الفصل الثاني

اختصاص المركز

مادة (25):

1-يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني، التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز. ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده.

2-ويقصد بعبارة "أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى" ما يلي:

(أ) كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا في تاريخ تسجيل الطلب طبقا للمادة 3/28 أو المادة 3/36، مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ أو ذاك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

(ب) كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم. وأيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ، ويتفق على اعتباره (أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى) بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليها من قبل المصالح الأجنبية.

3-موافقة المؤسسات العامة والأجهزة التابعة للدولة المتعاقدة، لا تكتمل إلا بعد إقرارها من تلك الدولة، فيما عدا لو أوضحت الدولة المذكورة للمركز أن مثل هذا الاقرار غير ضروري.

4- تستطيع كل دولة متعاقدة، عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق، أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقدر أنه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم، وعلى السكرتير العام أن ينقل فوراً هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى. ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقاً للفقرة الأولى.

مادة (26):

موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية، يعتبر - ما لم ينص على غير ذلك - تخلياً عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية ويجوز للدولة المتعاقدة أن تشترط لموافقتها على طرح النزاع على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية، استنفاد طرق التسوية الداخلية سواء الادارية أو القضائية.

مادة (27):

1- لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو ترفع قضية دولية في خصوص أي نزاع متى اتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدولة الأخرى 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.

2- وفي خصوص تطبيق الفقرة السابقة، فإن مفهوم الحماية الدبلوماسية لا يشمل المساعي الدبلوماسية البسيطة التي تهدف إلى تسهيل تسوية النزاع.

الفصل الثالث

التوفيق

القسم الول

طلب التوفيق

مادة (28):

1-الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة، الذي يرغب في اتخاذ اجراءات التوفيق، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام، الذي يرسل صورة منه إلى الطرف الآخر.

2-ويجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع، وهوية الأطراف، وموافقتهم على تقديمه إلى التوفيق طبقا للائحة الاجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم.

3-يتعين على السكرتير العام تسجيل الطلب، إلا إذا قدر في ضوء البيانات الواردة بالطلب، أن النزاع يخرج بشكل جلي عن اختصاص المركز. ويتعين عليه أن يخطر الأطراف على الفور بتسجيل الطلب أو رفض تسجيله.

القسم الثاني

تشكيل لجنة التوفيق

مادة (29):

1-تشكل لجنة التوفيق (والمسماة فيما يلي باللجنة) بقدر الامكان عقب تسجيل الطلب طبقا للمادة 28.

2-(أ) تتألف اللجنة من موفق واحد أو من عدد فردي من الموفقين، يعينون طبقا لاتفاق الأطراف.

(ب) في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن عدد الموفقين وطريقة تعيينهم، تضم اللجنة ثلاثة موفقين يعين كل طرف موقفا واحدا أما الموفق الثالث والذي هو رئيس اللجنة، فإنه يعين بالاتفاق مع الطرفين.

مادة (30):

إذا لم تشكل اللجنة خلال التسعين يوما التالية للاخطار بتسجيل الطلب بواسطة السكرتير العام طبقا للمادة 3/28، أو خلال أية مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بناء على طلب

الطرف صاحب المصلحة في التعجيل، وبقدر الامكان بعد التشاور مع الأطراف، بتعيين الموفق أو الموفقين الذين لم يعينوا بعد.

مادة (31):

1- يمكن أن يختار الموفقون من خارج قائمة الموفقين، على أن هذا الحكم لا يسري في حالة تعيينهم بواسطة الرئيس على النحو المنصوص عليه بالمادة (30).

2- ويجب أن تتوافر في الموفقين المعينين من خارج القائمة الشروط والمؤهلات المبينة بالمادة 1/14.

القسم الثالث

الاجراءات أمام اللجنة

مادة (32):

1- أن اللجنة محكمة باختصاصها.

2- إذا أثير دفع بعدم الاختصاص، من قبل أحد الأطراف، يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أي سبب آخر يتعلق باللجنة، فإن اللجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية، أو أن فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية.

مادة (33):

تدار جميع اجراءات التوفيق طبقاً لأحكام هذا القسم، ومالم يتفق الأطراف على غير ذلك، طبقاً للائحة التوفيق المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التوفيق. وإذا ثارت مسألة اجرائية لم ينص عليها بمقتضى هذا القسم، أو بموجب لائحة التوفيق أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، وتتولى اللجنة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائماً.

مادة (34):

1- تتمثل وظيفة اللجنة في توضيح النقاط محل النزاع من الأطراف، وعليها أن تبذل قضاىى جهدها في توجيههم نحو الحل الذي يقبلانه. ولهذا الغرض يجوز للجنة في أية مرحلة من الاجراءات أن توصي الأطراف بشروط التسوية ويتعين على الأطراف التعاون بحسن نية مع اللجنة بغرض تمكينها من تأدية وظائفها، ويجب عليهم أن يأخذوا توصياتها بأكثر قدر من الجدية والاعتبار.

2- وإذا توصل الأطراف إلى اتفاق، تعد اللجنة محضرا رسميا يتناول عرضا لوقائع النزاع وتثبيت فيه اتفاق الأطراف، وإذا قدرت اللجنة في مرحلة من مراحل اجراءات التوفيق أنه لا تتوفر أية امكانية للتوصل على اتفاق بين الأطراف، فإنها تنهي الاجراءات وتحرر محضرا رسميا تقرر فيه أن النزاع طرح على التوفيق ولم يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأنه. وإذا تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن مساهمة في الاجراءات، تنهي اللجنة الاجراءات وتحرر محضرا رسميا تقرر فيه أن أحد الطرفين تغيب أو امتنع عن المشاركة في الاجراءات.

مادة (35):

وما لم يتفق على غير ذلك، فإنه لا يجوز لأي من الطرفين بمناسبة أية اجراءات أخرى تتخذ أمام هيئة التحكيم أو قضاء أو أية صورة أخرى، أن يستند إلى الآراء التي أعرب عنها أو التصريحات أو عرض التسوية التي قدمت من جانب الطرف الآخر خلال اجراءات التوفيق الفاشلة خلاف ما ورد بالمحضر الرسمي أو توصيات اللجنة.

الفصل الرابع

التحكيم

القسم الأول

طلب التحكيم

مادة (36):

1-الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في اللجوء إلى طريق التحكيم، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام، الذي يقوم بإرسال صورة منه إلى الطرف الآخر.

2-ويجب أن يشتمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الاجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم.

3-يتعين على السكرتير العام تسجيل الطلب، إلا إذا قدر في ضوء البيانات الواردة بالطلب، أن النزاع يخرج بشكل جلي عن اختصاص المركز. ويجب على السكرتير العام أن يخطر الأطراف على الفور بتسجيل الطلب أو رفض تسجيله.

القسم الثاني

تشكيل المحكمة

مادة (37):

1-تشكل المحكمة التحكيمية (المسماة فيما يلي بالمحكمة) بقدر الامكان عقب تسجيل الطلب طبقا للمادة (36).

2-(أ) تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقا لاتفاق الأطراف.
(ب) في حالة عدم اتفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكمين وطريقة تعيينهم، تضم المحكمة ثلاثة محكمين، يعين كل طرف محكما واحدا أما المحكم الثالث والذي هو رئيس المحكمة، فإنه يعين بالاتفاق بين الطرفين.

مادة (38):

وإذا لم تشكل المحكمة خلال التسعين يوما التالية للإخطار بتسجيل الطلب بواسطة السكرتير العام، طبقا للمادة 3/36 أو خلال أية مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل، ويقدر الامكان بعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين الذي لم يعينوا بعد.

ولا يجوز أن يكون المحكمون المعينون بواسطة الرئيس طبقاً لأحكام هذه المادة، من رعايا الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، أو الدولة المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرف في النزاع.

مادة (39):

والمحكمون الذين يؤلفون الأغلبية يجب أن يكونوا من رعايا دولة أخرى خلاف الدول المتعاقدة، الطرف في النزاع أو الدولة المتعاقدة التي أحد رعاياها طرف في النزاع. مع ملاحظة أن هذا الحكم لا ينطبق في حالة ما يقوم الأطراف باتفاق مشترك بتعيين المحكم الوحيد أو كل من المحكمين أعضاء المحكمة.

مادة (40):

1- يمكن أن يختار المحكمون من خارء قائمة التحكيم، على أن هذا الحكم لا يسري في حالة تعيينهم بواسطة الرئيس طبقاً للمادة (38).

2- ويجب أن تتوافر في المحكمين المعينين من خارج القائمة الشروط والمؤهلات المبينة بالمادة 1/14.

القسم الثالث

سلطات ووظائف المحكمة

مادة (41):

1- أن المحكمة محكمة مختصة باختصاصها.

2- إذا أثير دفع بعدم الاختصاص، من قبل أحد الأطراف يقوم على الإدعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أي سبب آخر يتعلق باللجنة، فإن اللجنة تقوم بفحصه، وعليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية أو أن غحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية.

مادة (42):

- 1- تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها طرفي النزاع. وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع.
- 2- ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية أو عمومية مثل هذه النصوص.
- 3- ولا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة -إذا ما اتفق الطرفان على ذلك- في الحكم بموجب مبادئ العدل والانصاف

مادة (43):

وما لم يتفق على غير ذلك، يجوز للمحكمة -متى قدرت ذلك ضروريا- في أي وقت وخلال المرافعات أن:

(أ) تطلب من الأطراف تقديم كافة الوثائق ووسائل الإثبات الأخرى.

(ب) تنتقل إلى الموقع وتجرى التحقيقات التي تراها ضرورية.

مادة (44):

تدار جميع إجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم، وما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، طبقا لللائحة التحكيم المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التحكيم، وإذا ثارت مسألة اجرائية لم ينص عليها فيها في هذا القسم أو في لائحة التحكيم أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى المحكمة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائما.

مادة (45):

1- إذا تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه فإنه لا يعد لهذا السبب في حد ذاته، مسلما بادعاءات الطرف الآخر.

2- إذا تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه في أي مرحلة من مراحل الخصومة، يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة الاكتفاء بما تم، وإصدار حكمها بناء على ذلك.

ويجب على المحكمة -مع إخطارها الطرف المتغيب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه بالطلب الذي تلقتة، أن تمنح هذا الطرف مهلة لتدبير الأمر قبل اصدار حكمها، ما لم تقدر المحكمة عدم توافر النية لديه للحضور إلى المحكمة أو السير في الخصومة.

مادة (46):

ما لم يتفق على غير ذلك، يجب على المحكمة بناء على طلب الخصوم أن تفصل في كافة الطلبات العارضة والاضافية والمقابلة، التي ترتبط بشكل مباشر بموضوع النزاع، بشرط أن تكون مثل هذه الطلبات مغطاة بموافقة الأطراف وداخلة في اختصاص المركز.

مادة (47):

وما لم يتفق على غير ذلك، يجوز للمحكمة، متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن توصي بكافة التدابير التحفظية التي تستهدف فقط المحافظة على حقوق الأطراف.

القسم الرابع

الحكم

مادة (48):

- 1- تفصل المحكمة في كل مسألة بأغلبية أصوات أعضائها.
- 2- ويصدر الحكم كتابة، ويوقع عليه من قبل أعضاء المحكمة الموافقين عليه.
- 3- ويجب أن يرد الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى، كما يجب أن يكون مسببا.
- 4- ويجوز لكل عضو في المحكمة أن يلحق بالحكم رأيه الخاص سواء كان يشاطر فيه أو لا يشاطر رأيه أغلبية أعضاء المحكمة، مع بيان أسباب الخلاف إن وجد.
- 5- ولا ينشر المركز أية أحكام بدون موافقة أطراف النزاع.

مادة (49):

- 1- يرسل السكرتير العام بدون تأخير إلى أطراف النزاع صورة معتمدة من الحكم. ويعتبر الحكم أنه صدر في يوم ارسال الصورة المذكورة.

2- بناء على طلب أحد الخصوم الذي يقوم خلال خمسة وأربعين يوماً من صدور الحكم، تستطيع المحكمة بعد اخطار الطرف الآخر، أن تفصل في أية مسألة تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيها عند اصدار حكمها وكذلك أن تصحح أية أخطاء مادية واردة في الحكم. ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزء لا يتجزء من الحكم، ويخطر به الخصوم بذات الأشكال المقررة لذلك، وتبدأ المدد المنصوص عليها 2/51 والمادة 2/52 تبدأ في السريان من تاريخ صدور الحكم.

القسم الخامس

تفسير الحكم وإعادة النظر فيه وإلغائه

مادة (50):

1- إذا نشأ نزاع بين الأطراف فيما يتعلق بمفهوم أو مضمون الحكم فإنه يمكن للخصم صاحب الشأن أن يتقدم كتابة إلى السكرتير العام بطلب تفسير الحكم.

2- ويعرض الطلب بقدر الامكان على المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تفسيره. وإذا تعذر ذلك، تشكل محكمة جديدة للنظر فيه طبقاً للقسم الثاني من هذا الفصل، ويجوز للمحكمة متى قدرت أن قدرت أن الظروف تتطلب ذلك أن تقرر تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب التفسير المعروض عليها.

مادة (51):

1- يجوز لكل من الأطراف أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إعادة النظر في الحكم بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر بشكل قاطع في الحكم. بشرط أن تكون هذه الواقعة مجهولة قبل النطق بالحكم من قبل كل من المحكمة والطرف الطالب إعادة النظر في الحكم، بحيث أن تجاهلها لم يكن راجعاً إلى خطأ الطالب.

2- يجب أن يقدم طلب إعادة النظر خلال التسعين يوماً التالية لاكتشاف الواقعة الجديدة، وفي جميع الأحوال خلال السنوات الثلاث التالية لصدور الحكم.

- 3- ويجب أن يعرض الطلب بقدر الامكان على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب إعادة النظر فيه. وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة للنظر فيه طبقا للقسم الثاني من هذا الفصل.
- 4- ويجوز للمحكمة متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن تقرر وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب إعادة النظر. وإذا طلب الخصم -في صدد إعادة النظر- وقف تنفيذ الحكم فإن التنفيذ يوقف مؤقتا حتى تفصل المحكمة في هذا الطلب.

مادة (52):

- 1- يجوز لكل من الطرفين أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إلغاء الحكم لأحد الأسباب الآتية:
- (أ) عيب في تكوين المحكمة.
- (ب) تجاوز المحكمة حدود سلطاتها بشكل واضح.
- (ج) رشوة أحد أعضاء المحكمة.
- (د) التجاهل الجسيم لقاعدة اجرائية أساسية.
- (هـ) التجاهل الجسيم لقاعدة اجرائية أساسية.
- 2- ويجب أن يقدم طلب إلغاء الحكم خلال المائة وعشرون يوما التالية لصدور الحكم. إلا أنه إذا استند طلب الالغاء إلى الرشوة، فإنه في مثل هذه الحالة يجب أن يقدم الطلب خلال المائة وعشرون يوما التالية لاكتشاف الرشوة. وفي جميع الأحوال السنوات الثلاث التالية لتاريخ الحكم.
- 3- على أثر تسليم الطلب، يعين الرئيس على الفور من بين الأشخاص المدرجة أسماؤهم على قائمة المحكمين، لجنة خاصة من ثلاث أعضاء ولا يجوز أن يكون أي عضو في هذه اللجنة، من أعضاء المحكمة التي أصدرت الحكم. ولا أن تحمل ذات جنسية أي عضو من أعضاء المحكمة المذكورة. وأيضا لا يحمل ذات جنسية الدول الطرف في النزاع، أو جنسية الدول التي أحد رعاياها طرف في النزاع. ولا أن يكون قد عين لادراج اسمه على قائمة المحكمين من قبل الدولتين المشار إليهما، ولا أن يكون قد قام بدور المستشار في ذات القضية، وتملك هذه اللجنة سلطة الغاء الحكم كلياً أو جزئياً من أجل أحد الأسباب الواردة بالفقرة الأولى من هذه المادة.

4-وتنطبق أحكام المواد 41 إلى 45 و48 و49 و54 والفصلين السادس والسابع، مع التعديلات الواجبة حسب الأحوال على الاجراءات التي تتبع أمام اللجنة.

5-ويجوز للجنة، متى قدرت أية ظروف تتطلب ذلك، أن تقرر وقف تنفيذ الحكم، إلى أن تفصل في طلب الغاء الحكم، وإذا طلب الخصم، في صدد طلب الالغاء، وقف تنفيذ الحكم، فإن التنفيذ يقف مؤقتا إلى أن تفصل اللجنة في هذا الطلب.

6-وإذا أعلن بطلان الحكم، بعرض النزاع. بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل، على محكمة جديدة تتألف طبقا للقسم الثاني من هذا الفصل.

القسم السادس

الاعتراف بالحكم وتنفيذه

مادة (53):

1-يكون الحكم ملزما بالنسبة لأطرافه، ولا يجوز أن يكون محلا لأية طريق من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الاتفاقية، ويتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه، إلا إذا كان تنفيذه موقوفا بمقتضى الأحكام المناسبة في هذه الاتفاقية.

مادة (54):

1-يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم، على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة. وإذا كانت الدولة المتعاقدة ذات نظام فيدرالي فإنها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفيدرالية.

2-من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أراضي دولة متعاقدة. يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى اية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض. ويجب على كل دولة متعاقدة

أن تخطر السكرتير العام بالمحكمة المختصة أو أية سلطات تعينها لهذا الغرض، وبأية تغييرات لاحقة في هذا الأمر.

3- ويحكم تنفيذ هذا الحكم التشريع الوطني المتعلق بتنفيذ الأحكام المعمول به في الدولة التي يسعى المحكوم له تنفيذ الحكم على أراضيها.

مادة (55):

ولا يجوز تفسير عبارات المادة (54) على أنها تدخل استثناء على القواعد القانونية السارية في أراضي الدولة المتعاقدة، فيما يتعلق بحصانة التنفيذ للدولة المذكورة أو لأية دولة أجنبية.

الفصل الخامس

استبدال الموفقين والمحكمين أو ردهم

مادة (56):

1- متى شكلت لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم، وبدأت الاجراءات، لا يجوز تعديل التشكيل. ومع ذلك فإنه في حالة الوفاة أو العجز أو الاستقالة بالنسبة لأحد الموفقين أو المحكمين، فإنه يتم شغل المنصب الشاغر طبقاً لأحكام الفصل الثالث من القسم الثاني أو الفصل الرابع القسم الثاني.

2- يستمر كل من عضو لجنة التوفيق وعضو محكمة التحكيم في تأدية وظائفه بصفته هذه، بصرف النظر عن واقعة استبعاد اسمه من القائمة.

3- إذا استقال موقفاً أو محكماً، وكان معينا من قبل الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بدون موافقة اللجنة أو المحكمة التي هو عضو فيها، ويقوم الرئيس بملء المنصب الشاغر عن طريق اختيار أحد الأشخاص الواردة أسماؤهم بالقائمة المناسبة (أي قائمة الموفقين أو المحكمين حسب الأحوال).

مادة (57):

يجوز للخصم أن يطلب من لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم رد أحد أعضائها من أجل أي سبب ينطوي على فقدان أكيد للصفات التي تتطلبها المادة (1/13). فضلا عن ذلك يجوز للخصم في دعوى التحكيم أن يطلب رد المحكمين بسبب عمد استيفاء الشروط المحددة بالقسم الثاني من الفصل الرابع بشأن تعيين محكمة التحكيم.

مادة (58):

يفصل الأعضاء الآخرون في اللجنة أو المحكمة ن حسب الأحوال في طلبات رد الموفقين أو المحكمين، ومع ذلك فإنه في حالة تساوي الأصوات، أو إذا كان طلب الرد يتناول موفق أو محكم وحيد أو غالبية أعضاء اللجنة أو المحكمة، هذه الحالات يصدر القرار من الرئيس. وإذا توافر لطلب الرد سببه الصحيح، فإن الموفق أو المحكم المعني بالقرار يستبدل طبقا لأحكام الفصل الثالث القسم الثاني أو الفصل الرابع القسم الثاني.

الفصل السادس

مصاريف الدعوى

مادة (59):

يحدد السكرتير العام الرسوم والمصاريف التي يتحملها الأطراف مقابل الانتفاع بخدمات المركز، وذلك طبقا للوائح المقررة في هذا الصدد من قبل المجلس الاداري.

مادة (60):

1-تحدد كل لجنة توفيق وكل محكمة تحكيم أتعاب ومصاريف أعضائها في الحدود التي يقرها المجلس الاداري، وذلك بعد التشاور مع السكرتير العام.

2-وبصرف النظر عن أحكام الفقرة السابقة، يجوز للخصوم أن يحددوا مقدما، بالاتفاق مع لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم، أتعاب ومصاريف أعضائها.

مادة (61):

1- في حالة دعوى التوفيق، فإنه أتعاب ومصاريف أعضاء اللجنة وكذلك الرسوم الواجبة مقابل الانتفاع بخدمات المركز، يتحملها طرفي النزاع مناصفة.

2- في حالة دعوى التحكيم، تحدد المحكمة، ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك، إجمالي المصاريف المطلوبة، وتحدد كيفية سداد هذه المصاريف بالإضافة إلى أتعاب ومصاريف أعضاء المحكمة والرسوم الواجبة مقابل انتفاع بخدمات المركز، ويعتبر القرار الصادر في هذا الشأن جزء لا يتجزء من الحكم الصادر في دعوى التحكيم.

الفصل السابع

محل الدعوى

مادة (62):

تجرى عملية التوفيق والتحكيم في مقر المركز، مع مراعاة الأحكام التالية:

مادة (63):

بناء على طلب الخصوم، يمكن أن تجرى عملية التوفيق والتحكيم في:

أ) سواء في مقر المحكمة الدائمة للتحكيم أو أية مؤسسة أخرى ملائمة، سواء عامة أو خاصة، متى كان المركز قد أجرى معها الترتيبات اللازمة في هذا الصدد.

ب) وفي أي مكان آخر، توافق عليه لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم بعد التشاور مع السكرتير العام.

الفصل الثامن

الخلافات بين الدول المتعاقدة

مادة (64):

أي نزاع أن ينشأ بين الدول المتعاقدة، من حيث تفسير أو تطبيق الاتفاقية الحالية، ولم يتسن حله بالطرق الودية، يعرض على محكمة العدل الدولية بناء على طلب أي طرف في النزاع، وذلك ما لم يتفق الأطراف المعنية على طريق آخر لتسويته.

الفصل التاسع

التعديلات

مادة (65):

يجوز لكل دولة متعاقدة أن تقترح أية تعديلات تراها على الاتفاقية الحالية، ويجب أن يقدم نص التعديل إلى السكرتير العام خلال تسعين يوماً سابقة على اجتماع المجلس الإداري الذي يجب أن يفحص التعديل المقترح فيه. ويجب على السكرتير العام أن يخطر جميع أعضاء المجلس الإداري بهذا التعديل على الفور.

مادة (66):

1- إذا أقر المجلس الإداري مشروع التعديل بأغلبية ثلثي أعضائه يوزع التعديل على جميع الدول المتعاقدة بغرض التصديق عليه. ويدخل هذا التعديل دور النفاذ بمضي 30 يوماً على قيام الدولة المودعة لديها، بإرسال مذكرة إلى الدول المتعاقدة تتضمن أن جميع هذه الدول قد صادقت على التعديل.

2- ولا يجوز أن يخل التعديل بحقوق والتزامات أية دولة متعاقدة طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية، والناشئة عن موافقة الأطراف على اختصاص المركز، المعبر عنها قبل تاريخ دخول التعديل دور النفاذ.

الفصل العاشر

أحكام نهائية

مادة (67):

هذه الاتفاقية مفتوحة للتوقيع عليها من قبل الدول الأعضاء في البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وكذلك الدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وأيضا الدول التي يقرر المجلس الإداري بأغلبية ثلثي أعضائه دعوتها للتوقيع على الاتفاقية.

مادة (68):

1- تخضع الاتفاقية الحالية للتصديق عليها من قبل الدول الموقعة طبقاً لأنظمتها الدستورية.
2- تدخل الاتفاقية الحالية دور النفاذ بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع عشرين وثيقة تصديق. وبالنسبة لأية دولة تودع وثيقة تصديقها فيما بعد، تدخل الاتفاقية دور النفاذ بمضي ثلاثين يوماً على الإيداع.

مادة (69):

يتعين على كل دولة متعاقدة، اتخاذ الترتيبات التشريعية وغيرها مما هو ضروري لوضع أحكام هذه الاتفاقية موضع التطبيق داخل أراضيها.

مادة (70):

بتطبيق هذه الاتفاقية على جميع الأراضي التي تمثلها الدول المتعاقدة على المستوى الدولي، باستثناء الأراضي التي تستبعد الدولة عن طريق إخطار المودع لديه هذه الاتفاقية لذلك الاستبعاد سواء وقت التصديق أو بعد ذلك.

مادة (71):

يجوز لكل دولة متعاقدة أن تسحب من الاتفاقية وذلك بإخطار موجه إلى المودع لديه، ويتم الانسحاب بعد سنة شهور من استلام الإخطار المشار إليه.

مادة (72):

يجوز لكل دولة متعاقدة أن تنسحب من الاتفاقية، وذلك بإخطار يوجه طبقاً للمادتين 70، 71 لا يؤثر بحقوق والتزامات تلك الدولة الناشئة عن الموافقة على اختصاص المركز المعبر عنها قبل استلام المودع لديه الإخطار المذكور.

مادة (73):

تودع كافة وثائق التصديق والقبول والانضمام لهذه الاتفاقية بالإضافة إلى كافة التعديلات التي ترد عليها لدى البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الذي يقوم بدور المودع للاتفاقية الحالية. ويرسل المودع

صورة معتمدة من الاتفاقية إلى الدول الأعضاء بالبنك الدولي، وإلى جميع الدول الأخرى المدعوة إلى التوقيع على الاتفاقية.

مادة (74):

يقوم المودع بتسجيل هذه الاتفاقية لدى سكرتارية الأمم المتحدة طبقاً للمادة (102) من ميثاق الأمم المتحدة واللوائح التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في هذا الشأن.

مادة (75):

يقوم المودع بإخطار كافة الدولة الموقعة بمعلومات فيما يلي:

أ) الموقعون طبقاً للمادة (67).

ب) إيداع وثائق التصديق والقبول والانضمام طبقاً للمادة (73).

ج) تاريخ دخول الاتفاقية الحالية دور النفاذ طبقاً للمادة (67).

د) الاستثناءات الواردة على نطاق التطبيق الاقليمي للاتفاقية الحالية طبقاً للمادة (70).

هـ) تاريخ دخول كل تعديل يرد على الاتفاقية دور النفاذ طبقاً للمادة (66).

و) انسحاب بعض الدول من الاتفاقية طبقاً للمادة (71).

حررت في واشنطن باللغات الانجليزية والاسبانية والفرنسية والنصوص الثلاثة تتمتع بحجية مساوية. وأودعت أرشيف البنك الدولي للانشاء والتعمير، الذي أقر بقبوله القيام بالوظائف الملقاة على عاتقه بموجب هذه الاتفاقية.

قائمة المراجع

-القرآن الكريم

*المراجع باللغة العربية:

*المؤلفات:

*المؤلفات العامة:

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن.
- 2- ابراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا "التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الالكترونية، دط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002.
- 3- إبراهيم محمد العناني، قانون العلاقات الدولية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- 4- أبو قحف عبد السلام، الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، دط، مصر، 2003.
- 5- أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط4، القاهرة، مصر، 2004.
- 6- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 7- أحمد عبد الكريم عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار "دراسة مقارنة"، دط، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، 1990.
- 8- أحمد محمد مصطفى نصير، دور الدولة إزاء الاستثمار وتطوره التاريخي، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
- 9- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006.
- 10- إلياس ناصيف، عقد المفتاح في اليد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2008.

- 11- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية دراسة قانونية تحليلية مقارنة، دط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2016.
- 12- باسم حمادي الحسين، الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) "عقود التراخيص النفطية وأثرها في تنمية الاقتصاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.
- 13- بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، د ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014.
- 14- جون هدسون، ومارك هرندر، العلاقات الاقتصادية الدولية، تعريب منصور طه، دار المريخ للنشر والتوزيع، الرياض، د س ن.
- 15- حسين حنفي عمر، الحكم القضائي الدولي "حجته و ضمانات تنفيذه"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
- 16- حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.
- 17- حسين عمر، المنظمات الدولية "هيئات ووكالات منظمة الأمم المتحدة ومنظمات التنمية والتجارة والتعاون الاقتصادي"، دط، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 1993.
- 18- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 19- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008.
- 20- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، ط1، مركز الدراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2006.
- 21- رياض محمود جنداري، الادارة المشتركة للآبار النفطية وتسوية المنازعات الدولية الخاصة بها، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013.

- 22- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1988.
- 23- سراج حسن أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 24- شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007.
- 25- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمارات الأجنبية في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2005.
- 26- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين "دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن"، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2001.
- 27- صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 1/42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
- 28- طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة)، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2016.
- 29- عبد الرحمن محمد العقيل، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، ط1، مركز الدراسات العربي، مصر، 2014.
- 30- عبد الستار أحمد مجيد الحوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة بين القانونية العراقية والمصري)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013.
- 31- عبد الستار أحمد مجيد الحوري، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2016.
- 32- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الادارية، دط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2008.

- 33- عبد العزيز عبد الغفار نجم، حصانات السيادة ومدى حق الدولة في المطالبة باستيراد ثرواتها المنهوبة، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979.
- 34- عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 35- عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثاني (القانون الدولي المعاصر)، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
- 36- عبد الكريم عوض خليفه، القانون الدولي الاقتصادي، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2012.
- 37- عبد الله سليمان، المقدمة الأساسية في القانون الدولي الجنائي، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 38- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية (دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الاشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 39- عبد المعز عبد الغفار نجم، الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للانشاء والتعمير، دط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
- 40- عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.
- 41- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.
- 42- عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972.
- 43- عصام العطية، القانون الدولي العام، ط6، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 2006.

- 44- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- 45- عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي، دط، دار الفكر والقانون، 2015.
- 46- علاء أبا ريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 47- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام (الأصول والمبادئ العامة)، ط11، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.
- 48- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية (دراسة مقارنة)، دط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008.
- 49- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008.
- 50- عمرو طه بدوي حمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد "دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 51- غالب علي الدودي، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة وأحكام الجنسية، ط2، د م ن، سنة 1978.
- 52- غسان رباح، العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، ط1، مطبعة دار الفكر اللبناني، بيروت، لبنان، 1988.
- 53- فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، دط، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2014.
- 54- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار)، ط الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006.

- 55- كمال ابراهيم ، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991.
- 56- لزه بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 9 لسنة 2008، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2010.
- 57- محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005.
- 58- محمد الصغير بعلي، العقود الادارية، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- 59- محمد سليم العوا، دراسات في القانون التحكيم المصري المقارن، ط2، المركز العربي للتحكيم، 2009.
- 60- محمد عبد العزيز عبد الله، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الاسلامية في ضوء الاقتصاد الاسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2005.
- 61- محمد علي جواد، العقود الدولية "مفادياتها، إبرامها، تنفيذها"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 62- محمود السيد التحتوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، دط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2001.
- 63- محمود حافظ غانم، ضمان استثمار الأموال العربية، مج مصر المعاصرة، ع 349، السنة الثالثة والستون، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، يوليو، 1972.
- 64- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 65- مرتضى جمعه عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

- 66- مرتضى ابراهيم السعدي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 67- مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، "دراسة مقارنة"، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- 68- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات حسب آخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، دط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 69- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
- 70- منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- 71- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
- 72- نزيه عبد المقصود محمد مبروك، محددات و ضمانات جذب الاستثمارات الأجنبية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
- 73- هشام على صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002.
- 74- هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي (دراسة تحليلية مقارنة)، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015.
- 75- وفاء مزيد فلهوطني، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 76- ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دط، دار هومه، الجزائر، د س ن.

*المؤلفات الخاصة:

- 1- جلال وفاء محمددين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، "القواعد - الإجراءات - الاتجاهات الحديثة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 2- جلال وفاء محمددين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 1995.
- 3- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن "ICSID")، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- 4- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008.
- 5- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي (وفقاً لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 6- مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، الجزء الأول، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ط1، دار وائل، الأردن، 2013.

*الأطروحات والمذكرات الجامعية:

*الأطروحات:

- 1- إبراهيم العناني اللجوء إلى التحكيم الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1970.

- 2- باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015.
- 3- بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية 'دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون العلاقات الدولية الاقتصادية، الجامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017.
- 4- حبيب الرحمن علي أحمد نايف، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في اليمن (دراسة قانونية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2011.
- 5- حسين نواره، الحماية القانونية لنزع ملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013.
- 6- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، أطروحة دكتوراه، حقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2009.
- 7- عبد الكريم بعداش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري خلال فترة 1996-2005، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص النقود والمالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2008.
- 8- عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفي فرنسا "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018.
- 9- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011.

- 10- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998.
- 11- عمرو مراد معوض حيدر، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في إطار اتفاقية واشنطن بشأن انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دراسة تطبيقية في ضوء أحكام التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي العام، جامعة القاهرة، مصر، 2012.
- 12- عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008.
- 13- قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
- 14- لمياء متولي يوسف مرسي، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2006.
- 15- ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة الاسكندرية، مصر، 2015.
- 16- نعيمى فوزي، دراسة بعض الجوانب الاقتصادية والقانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الدول النامية على ضوء التحولات العالمية الجديدة مع إشارة خاصة لحالة دول المغرب العربي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2001.
- 17- هالة على منصور، الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2015.

- 18- هبة الله محمود محمد ابراهيم المزروقي، حماية الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل تحرير التجارة العالمية (مع دراسة خاصة بالاقتصاد المصري)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم الاقتصاد والمالية العامة، جامعة المنصورة، مصر.
- 19- هند محمد مصطفى مصطفى، أطروحة تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 2015.

*المذكرات:

- 1- أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق بين عكنون، الجزائر، 2012.
- 2- بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجاً)، مذكرة ماجستير، تخصص قانون اداري وادارة عامة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2010.
- 3- حمدي حمزه حمد حسن، الحوافز الضريبية وأثرها على جذب الاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة وتطبيقية على اقليم كوردستان)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الاقتصاد والمالية العامة، جامعة المنصورة، مصر، 2014.
- 4- زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقاً لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المنازعات الادارية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2015.
- 5- سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الاجنبي ، مذكرة ماجستير في القانون الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2012.
- 6- سحنون فاروق، قياس أثر بعض المؤشرات الكمية للاقتصاد الكلي على الاستثمار الأجنبي المباشر "دراسة حالة الجزائر"، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، تخصص التقنيات الكمية المطبقة في التسييرن جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2010.

- 7- شعبان صوفيان، حماية الاستثمارات الأجنبية في ظل اتفاقية واشنطن لسنة 1965، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون عام معمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015.
- 8- عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح والوساطة القضائية طبقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية"، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2012.
- 9- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي العام، جامعة أسيوط، القاهرة، مصر، 2006.
- 10- فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة مع التطبيق على الجمهورية اليمنية)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي العام، جامعة أسيوط، مصر، 2007.
- 11- كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2003.
- 12- منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الادارية، الجزائر، 2000.
- 13- منيرة عبد الله البشاري، فض المنازعات التجارية "دراسة لمبدأ التفاوض في إطار منظمة التجارة العالمية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2003.
- 14- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير، التنظيم الاقتصادي، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2014.
- 15- والي سمية، الجوانب القانونية لمفهوم مناخ الأعمال في الجزائر، مذكرة ماجستير فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر1، 2011.

*المقالات:

- 1- ابراهيم بن فرج، فض النزاعات في اطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المغربية للادارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، ع41، 2003.
- 2- ابراهيم شحاته، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مج مصر المعاصرة، العددان 417، 418، السنة الثمانون، صادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريعي، القاهرة، مصر، اكتوبر 1979.
- 3- ابراهيم شحاته، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية الخاصة، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع 41، مصر، 1985.
- 4- ابراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مج العلوم القانونية والشرعية، ع 07، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015.
- 5- أحمد عبد الكريم سلامه، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مج البحوث القانونية والاقتصادية، ع 5، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، يناير 1989.
- 6- أحمد فوزي عبد المنعم، وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، مج المصرية للقانون الدولي، ع 61، صادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 2005.
- 6- اسماعيل سليم، أخبار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مج التحكيم العربي، ع 9، أغسطس 2006.
- 7- إقلولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مج النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 1، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2006.
- 8- أمينة عز الدين عبد الله، التدفقات المالية من الدول النامية إلى الخارج، مج مصر المعاصرة، ع 413-414، يوليو، أكتوبر 1988.

- 9- إيناس حاتم رشيد، وعود كاتب الأنباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، ع1، جامعة كربلاء، الحقوق، العراق، السنة السابعة، 2015.
- 10- إيهاب عز الدين نديم، الاستثمارات الأجنبية المباشرة والتنمية الاقتصادية في العالم، المج العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، ع2، 1996.
- 11- بن سهلة ثاني بن علي، نعيمة فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مج الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.
- 12- سلامة أحمد، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مج المصرية للقانون الدولي، ع43.
- 13- شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، مج الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ع2، ديسمبر 2016، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريس، تيسمسيلت، الجزائر، 2016.
- 14- رفيقة بسكري، التحكيم كضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية، مج الباحث للدراسات الأكاديمية، ع9، باتنة، الجزائر، جوان 2016.
- 15- عبد الحميد الأحذب، آليات فض المنازعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، مج الملف العربي الأوروبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي، باريس، فبراير 2001.
- 16- عبد الحميد برحومة، طلال زغبة، الأشكال الجديدة لتدفقات الاستثمار الأجنبي غير القائم على المساهمة في رأس المال وآثارها على التنمية الاقتصادية، مج العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، ع11، جامعة المسيلة، 2014.
- 17- عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة، مج العلوم القانونية والادارية والسياسية، ع11، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011.

- 18- عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مج نقابة المحامين، العدد التاسع والعاشر، 2002.
- 19- فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي Uncitral، مج الأمن والقانون، ع1، صادرة عن أكاديمية شرطة دبي، 2015.
- 20- محسن سفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، ع 1-2، القاهرة، مصر، 1977.
- 21- معمر بومكوسي، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، مج العلوم القانونية المغربية، ع 1، المغرب، 2013.
- 22- محمد أبو العينين، قواعد اليونيسترال للتحكيم "هل هي البديل الملائم لحسم منازعات الاستثمار الأجنبي"، مج التحكيم العربي، ع 10، سبتمبر 2007.
- 23- محمد محمد بدران، الجوانب القنونية والفنية لحكم التحكيم "دراسة في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994"، مج التحكيم، ع 70، صادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ديسمبر 2005.
- 24- محمود سمير، الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي، مج التحكيم العربي، ع 9، مجلة متخصصة يصدرها الاتحاد العربي للتحكيم التجاري الدولي، أغسطس 2006.
- 25- مفيد شهاب، التحكيم التجاري الدولي في العالم العربي، مج المصرية للقانون الدولي، ع 41، الصادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 1985.
- 26- مفيد شهاب، ضمانات الاستثمار والمزايا المقررة له في التشريعات العربية، مج المصرية للقانون الدولي، ع 39، الصادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، 1983.
- 27- ناصر مراد، واقع الاستثمار الأجنبي المباشر وعوائقه في الجزائر، مج الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع01، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 2008.

28- نبيهة بومعزة، الطبعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، ع 35، عنابة، سبتمبر 2013.

29- ويصا صالح، تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى، مج مصر المعاصرة، ع 379، السنة الواحد والسبعون، صادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، القاهرة، مصر، يناير 1980.

*المحاضرات:

-السيد اليماني، اتفاق التحكيم التجاري في قانون التحكيم المصري، محاضرة في الدورة العامة للتحكيم، مركز الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ديسمبر 2005.

*المؤتمرات الدولية:

1-صفوت عبد السلام عوض، الاستثمار الأجنبي المباشر وامكانية تطويره في ضوء أحكام منظمة التجارة العالمية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية للاستثمار في مصر، المؤتمر العلمي الثالث لكلية الحقوق، جامعة بنها الفترة الممتدة من 17-18 ابريل، 2006.

2- عبد الرحمان المصباحي، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، المنعقد بالدوحة من 24 إلى 26 سبتمبر 2013، قطر.

3-فهد الرفاعي، التحكيم والخبرة الفنية في منازعات الاستثمارات السياحية، ورقة عمل مقدمة بمناسبة انعقاد أعمال الملتقى الدولي للاستثمار وتسوية المنازعات، المنعقد يومي 25-26 أبريل 2014، الدار البيضاء، المغرب.

4-محمد أبو العينين، دور مركز القاهرة في حسم منازعات التجارة والاستثمار عن طريق التفاوض والوساطة، بحث مقدم إلى ندوة التفاوض والوساطة في عقود التجارة والاستثمار التي نظمها مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصر، 10 يوليو 2001.

5- هدى محمد صبحي مصطفى، ورقة عمل مقدمة في المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر للاقتصاديين، المنعقد من 24 إلى 26 نوفمبر، بعنوان دور الاستثمار الخاص في تحقيق أهداف التنمية، القاهرة، مصر 1988.

6- هاني محمد البوعناني، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية، مداخلة مقدمة لورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية، واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية، صنعاء، 2009.

7- وجيه خاطر، التحكيم وتشجيع الاستثمار، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي للتحكيم التجاري، الكويت، 1997.

*النصوص القانونية:

*النصوص القانونية الدولية:

-القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة 1985 المعدل سنة 2006، والذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم: 61-33 بتاريخ 4 ديسمبر 2006.

*الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة بتنازع القوانين في شأن الجنسية، الموقعة بتاريخ 22 مارس 1930، وذلك بناء على انعقاد أول مؤتمر لمعالجة ظاهرة تعدد الجنسيات بناء على القرار الصادر عن الجمعية العمومية لعصبة الأمم المتحدة في 23 سبتمبر 1924.

-اتفاقية نيويورك لسنة 1958، المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.

-اتفاقية جنيف لسنة 1961 للتحكيم التجاري.

- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى، الموقع عليها في 18/03/1965 بواشنطن.

*الاتفاقيات الثنائية:

- 1 - الاتفاقية الجزائرية الاسبانية الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق ل 25 مارس سنة 1995 المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، ج ر ج ج، ع 23، الصادرة بتاريخ 26 ذي القعدة عام 1415.
- 2- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة ماليزيا حول ترقية وحماية الاستثمارات الموقع بتاريخ 27 يناير 2000 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-212 المؤرخ في 23 يوليو 2001، ج ر ج ج، ع 42.
- 3- الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية النمسا بشأن الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بفيينا، في 17 يونيو 2003، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327 المؤرخ في 10 أكتوبر 2004، ج ر ج ج، ع 66، الصادرة بتاريخ 13 أكتوبر 2004.
- 4- الاتفاقية الجزائرية البرتغالية الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1426 الموافق ل 28 مايو سنة 2005 المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة في لشبونة يوم 15 سبتمبر سنة 2004، ج ر ج ج، ع 37، الصادرة بتاريخ 20 ربيع الثاني عام 1426 الموافق ل 29 مايو 2005.
- 5- الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية التونسية بشأن الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بتونس، في 16 فبراير 2006، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، ج ر ج ج، ع 73، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 2006.
- 6- الاتفاقية الجزائرية الفنلندية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-469 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق ل 11 ديسمبر 2006، ج ر ج ج، ع 82، الصادرة بتاريخ 17 ديسمبر 2006.

7- الاتفاقية الجزائرية الصربية الموقع عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم رقم 13-334 المؤرخ في 30 سبتمبر 2013، ج ر ج ج، ع 49.

*النصوص القانونية الداخلية:

*القوانين:

1- القانون رقم 63-277 المتضمن قانون الاستثمارات، المؤرخ في 26 يوليو 1963، ج ر ج ج ع 53، صادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1963.

2- القانون رقم 82-11، المؤرخ في 21 غشت 1982 المتعلق بالاقتصاد الخاص الوطني، ج ر ج ج، ع 34.

3- القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المؤرخ في 04 فيفري 2008، ج ر ج ر، ع 21، سنة 2008.

4- القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر ج ج، ع 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003.

5- قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج، ع 14، الصادرة في 07 مارس 2016.

6- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج، ع 46، الصادرة بتاريخ 03 غشت 2016.

7- قانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر ع 21 لسنة 1991، المعدل والمتمم.

*الأوامر:

1- الأمر رقم 66-284، المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر ج ج، ع 80، الصادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1966.

- 2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ع 78،
المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007،
ج ر ج ج، ع 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.
- 3- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج، ع
47، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006.

*المراسيم:

المراسيم التشريعية:

- 1- المرسوم التشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الاستثمار، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993،
ج ر ج ج، ع 64، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

المراسيم الرئاسية:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق ل 5 نوفمبر
1988، المتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية
وتنفيذها، ج ر ج ج، ع 48، الصادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن نشر نص تعديل الدستور
الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر ج ج، ع 9، المؤرخة في 01 مارس 1989.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية سيول لسنة 1985
المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج ج، ع 66،
الصادرة بتاريخ 05 أكتوبر 1995.
- 4- المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 12 جمادى الأول لعام 1416، الموافق ل 07
أكتوبر لسنة 1995، المتضمن التصديق على الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في
الدول العربية، ج ر ج ج، ع 59، الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر 1995.

قائمة المراجع

- 5- المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية البنك الدولي المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المتعاقدة، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج ج، ع 66، الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995.
- 6- مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق باصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر ج ج، ع 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996. المتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر 25، متمم بالقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ج ج، ع 63.

*القوانين الداخلية لجمهورية مصر العربية:

- 1- قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974.
- 2- قانون الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997.

*القوانين الداخلية للمملكة الأردنية الهاشمية؟

- 1- الدستور الأردني لسنة 1952.
- 2- قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم 68 لسنة 2001 ج ر، رقم 4606 بتاريخ 2003/06/16.

*القوانين الداخلية لدولة الكويت:

- 1- قانون الاستثمار الكويتي لسنة 2000.

*المعاجم والموسوعات:

- 1- ابن منظور، معجم لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، المجلد الأول، ط1، بيروت، 1977.
- 2- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

*المواقع الالكترونية:

1-الموقع الالكتروني للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_AR16_French

2- حسين نجم، الاستثمار الأجنبي المباشر، مقال منشور على شبكة الانترنت، مجلة الصباح،

www.alsabaah.com

3- Article de La convention sur la nationalité établie le 12 Avril 1930 par la conférence de codification de La Haye, disponible sur le sit:

www.hcch.net

4- résolution n° 1803 (xxvii) du 14 décembre 1962, la souveraineté permanent sur les ressources naturelles, adoptée par l'assemblée générale de L.O.N.U.

<http://www.un.org/french/documents/resga.htm>

5- résolution n° 3281 (xxix) du 12 décembre 1974, la charte des droits et devoirs économiques des états, adoptée par l'assemblée générale de L.O.N.U.

<http://www.un.org/french/documents/resga.htm>

6- قواعد اليونسترال للتوفيق لعام 2002 منشور على شبكة الانترنت

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration.html

7-الموقع الالكتروني لجامعة الدول العربية:

<http://www.arableguetunis.org/>

*المراجع باللغات الأجنبية:

*Ouvrages:

- 1-Alan Redfern and Martin Hunter, Law and practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed, London- Sweet and Maxwell, 1991.
- 2-AMADIO Mario, Le contentieux international de L'Investissement privé et la Convention de la Banque mondial du 17 Mars 1965, LGDJ, Paris, 1967.
- 3- BERNARD Raymond, Economie Financiare Internationale, Editions PUF, France, 1997.
- 4- Broches Aron, The Experience of the International Centre of Investment Disputes, ICSID Review, Holtzman wise & Shepard of new york, 1985.
- 5-DavidJ Kinniment ; Synchronization and Arbitration in Digital Systemes ; British library cataloguing ; 2007.
- 6-Denis Tersan, Jean luc Bricout, L'investissement internation, Armand Colin/Masson, paris, 1996.
- 7- Dominique Carreau, Investissements, répertoire de droit international, Tome 2, encyclopédie juridique, Dalloz, 1999.
- 8-Dominique Carreau et Patrick Juillard, Droit International économique, 3 eme édition, Dalloz .
- 9- Dusan Kitic, Droit International privé, Ellipses, France.
- 10- HAROUN Mehdi : Le régime des investissements en Algérie, Litec, Paris 2000.
- 11- KITIRI Garcia, Le droit européen : Nouvelle matière, Nouveau concept, Editions Larcier, Bruxelles, 2008.
- 12- Jean Derruppé, Droit International privé, 2eme éd, Dalloz, Paris, France, 1997.

- 13- MANDOU Cyrille, Procédures de choix d'investissement, Principes et application, Editions de Boeck Université, Belgique, 2009.
- 14- Maurie laure Niboyet Géraud de Geouffre de la paradelle, Droit Intrnational privé, LGDJ, Paris, France.
- 15- Mayer p, L'insertion de la Sentence dans l'ordre juridique International en France, FEDUCI, 1984.
- 16- Mohamed Al Gohary, La techninque Contractuelle des contrats Internationaux à long terme, et les probléme de hardship, Dar AL Nahda Al Arabia, le Caire, 1994.
- 17- M. Prado, la théorie du hardship dans les principes de l'unidroit relatifs aux contrats de commerce international, Dir.Comm.Intern. 1997.
- 18- Pierre lamontange ; Médiation et Arbitrage ; Modes Alternatifs de Rérglement de Conflits ; ed faske martineau.
- 19- Reuter Paul, Réflexion sur la compétence de centre crée par la convention pour le Règlement des différends entre Etat et ressortissants d'autres états « investissement étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées », Pedon, Paris, 1969
- 20- Roné David, L'arbitrage commercial international, éd economica, Paris, France, 1982.
- 21- Solus Henry, Jacque Ghestin, Sophie Lemaire, les contrats Internationaux de l'Administration, LGDJ, Paris, France, 2005.
- 22- Terki Norradine ; L'Arbitrage International En Algérie ; OPU ; Alger ; 1999.

23- Weil Prosper, Les clause de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, in Mélanges Rousseau, éd Pedone, Paris, 1974.

***Les Articles:**

1- Antoni Goetz and Oters v. Republic of Burnundi, ICSID Review , Foreign Investment Law Journal, vol 15 , N°2, 2000, case n° ARB/95/3.

2- BEDJAOUI Mohamed : "L'évolution des conceptions et de la pratique Algérienne en matière D'arbitrage international – nécessité ou fatalité", Revue mutation N°3, Alger 1994.

3- Brigitte Stern, "Some reflection on ICSID, International Center for the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of another State", the Lebanese Review of Arbitration, N° 24,2002.

4- Delaume, Georges R, "The Proper Law of State Contracts and the lex Mercatoria: A Reappraisal", 3ICSID, Review , FILJ, 1988.

5- Emmanuel Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", JDI, vol 1-2, 1986.

6- Emmanuel Gaillard, "Chronique des Sentences arbitrales", JDI, vol 1-2, 1987.

7- Fouad Abdelmouneim Riad, "Les contrats de développement économique, Revue égyptienne de droit international", Vol 42, , egypt, 1986.

8- Fouchard Philippe ; "L'arbitrage International en France apres le décret du 12 Mai 1981" ; J D I ; n°2 ; Avril-Mai-Juin ; 1982.

- 9- Gaillard Emmanuel: "CIRDI, Chronique des sentences arbitrales", JDI, N° 1, 1997.
- 10- Giardina Andrea, "Clauses de Stabilisation et clauses d'arbitrage, Vers l'assouplissement de leur effet Obligatoire, revue de l'arbitrage, les Etats dans le contentieux économique international", Paris, 24 janvier 2003, comité français de l'arbitrage, 2003, N°3, ED LITEC, France .
- 11- Georges Delaume ; "Le Centre International pour Règlement des Différents Relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissement d'autre Etats" ; JDI ; N° 4 ; 1982.
- 12- ISSAD Mohand, "Arbitrage international, le nouveau droit Algérien", Revue mutation N°5, Alger 1995.
- 13- Kamto Maurice, "la notion de contrat d'Etat : Contribution au débat", revue de l'arbitrage, N°3, 2003.
- 14- Lemaire Axelle, "Le nouveau visage de l'arbitrage entre Etat et investissement étranger : le chapitre 11 de l'ALENA", Revue de l'arbitrage N°1, 2001.
- 15- Mabroukine Ali, "Constitution de société d'économie mixte en Algérie", revue IDARA, N°1, 1993.
- 16- Mabroquine Ali, " Quelques réflexions à propos des clauses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes", Revue Algerienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, Vol 19, N°01, 1982.
- 17- Mahiou Ahmed, "L'arbitrage en Algérie", Revue ASJEP, Vol 27 , Decembre 1989.

18-MAYSOUN Bouzid, "L'abus de droit en droit fiscal tunisien", Editions Publibook, 2008,

19- RAIMBAULT Philippe et SOULAS DE RUSSEL Dominique, "Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, in" , Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 55, n°01, 2003.

20- SALEM Mahmoud, "Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers". J.D.I.,1986, .N°3

21- Thibaut de Berranger, "L article 52 de la convention de washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique", Revue de l arbitrage, N°: 01, 1988.

22- UNCTAD": Report of the Secretariat on the outstanding issues in the draft code of conduct on transnational corporations", 27 May 1984, I. M. Vol. 123,1984.

***Les conférences:**

1-CHARPENTIER Jean, L'affaire de la *Barcelona Traction* devant la Cour internationale de Justice (arrêt du 5 février 1970), Annuaire Français de Droit International, Année 1970

2- Latty Frank, Arbitrage Transnational et droit international général, annuaire français de droit international, 2008.

3- Racine Jean- Boutique, les raisons de la libération dans les pays émergents (le cas particulier de l Algérie), séminaire, L'Algérie en mutation sous la direction de R .chavin, A Gesmi.

الفهرس

01	مقدمة
		الفصل التمهيدي: القواعد العامة التي تحكم سير المركز الدولي لتسوية منازعات
16	الاستثمار الأجنبي
18	المبحث الأول: ماهية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
		المطلب الأول: النظام القانوني للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
18	الأجنبي
18	الفرع الأول: نشأة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
20	الفرع الثاني: أهداف المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
23	الفرع الثالث: العضوية في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
		المطلب الثاني: الهيكل التنظيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
24	الأجنبي
25	الفرع الأول: المجلس الإداري
29	الفرع الثاني: الأمانة العامة
33	الفرع الثالث: هيئة المحكمين والموفقين
		المبحث الثاني: شروط انعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

35الأجنبي
	المطلب الأول: الاختصاص الرضائي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
35الأجنبي
37الفرع الأول: وقت صدور الموافقة
38الفرع الثاني: شكل الموافقة
	الفرع الثالث: آثار الموافقة باللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
47الأجنبي
	المطلب الثاني: الاختصاص الموضوعي والشكلي لعقد اختصاص المركز
51الدولي
	الفرع الأول: الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
52الأجنبي
	الفرع الثاني: الاختصاص الشخصي للمركز الدولي لتسوية منازعات
62الاستثمار الأجنبي
	الباب الأول: ماهية عقد الاستثمار الأجنبي وأسباب المنازعات الناجمة
73عنه
76الفصل الأول: ماهية عقد الاستثمار الأجنبي
78المبحث الأول: المفاهيم المختلفة لعقد الاستثمار الأجنبي وأشكاله
78المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار الأجنبي وأهميته

78	الفرع الأول: التعريفات المختلفة لعقد الاستثمار الأجنبي.....
93	الفرع الثاني: صور الاستثمار الأجنبي.....
104	الفرع الثالث: أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر.....
108	المطلب الثاني: الأشكال المختلفة لعقود الاستثمار الأجنبي.....
108	الفرع الأول: عقود البترول.....
120	الفرع الثاني: عقود التعاون الصناعي.....
124	الفرع الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية.....
125	المبحث الثاني: النظام القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي.....
125	المطلب الأول: أطراف عقد الاستثمار وطبيعته القانونية.....
125	الفرع الأول: أطراف عقد الاستثمار.....
	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي ومعايير
146	الدوليتها.....
156	المطلب الثاني: حقوق والتزامات أطراف عقد الاستثمار الأجنبي.....
157	الفرع الأول: حقوق والتزامات الدولة المضيفة للاستثمار.....
160	الفرع الثاني: حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي.....
168	الفصل الثاني: المنازعات الناتجة عن عقود الاستثمار الأجنبي.....
171	المبحث الأول: المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط التعاقد.....

171	المطلب الأول: القوة القاهرة وأثرها في تغيير شروط التعاقد.....
172	الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة.....
174	الفرع الثاني: شروط القوة القاهرة.....
177	الفرع الثالث: خصوصية القوة القاهرة في عقود الاستثمار الأجنبي.....
185	الفرع الرابع: موقف اتفاقيات التجارة الدولية من شرط القوة القاهرة.....
	المطلب الثاني: المنازعات الناجمة عن الظروف الطارئة في عقد
185	الاستثمار.....
187	الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئ.....
188	الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة.....
189	الفرع الثالث: ماهية شرط إعادة التفاوض.....
195	المبحث الثاني: المنازعات الناجمة عن الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار.....
195	المطلب الأول: النزاع الناشئ نتيجة تغيير تشريعي قامت به الدولة المضيفة.....
203	الفرع الأول: المقصود بشرط الثبات التشريعي.....
209	الفرع الثاني: مدى صحة شروط الثبات التشريعي وآثارها.....
	المطلب الثاني: النزاع الناشئ نتيجة استيلاء الدولة المضيفة على الاستثمارات
217	الأجنبية بإجراء فردي.....
218	الفرع الأول: نزع الملكية.....

218	الفرع الثاني: الاستيلاء.....
219	الفرع الثالث: المصادرة.....
221	الفرع الرابع: التأميم.....
	الباب الثاني: الأساليب المختلفة لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي مع التركيز
232	على دور المركز في مجال تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....
235	الفصل الأول: نظرة عامة حول وسائل فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي.....
	المبحث الأول: دور الوسائل غير القضائية في حسم منازعات الاستثمار
237	الأجنبي.....
	المطلب الأول: دور الوساطة والتوفيق والمفاوضات في فض منازعات الاستثمار
238	الأجنبي المباشر.....
240	الفرع الأول: الوساطة.....
245	الفرع الثاني: التوفيق.....
253	الفرع الثالث: المفاوضات.....
259	المطلب الثاني: دور التحكيم الدولي في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.....
262	الفرع الأول: اتفاق التحكيم.....
278	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.....
282	الفرع الثالث: إجراءات التحكيم.....

289 الفرع الرابع: قرار التحكيم.....
291 الفرع الخامس: تنفيذ حكم التحكيم.....
299 الفرع السادس: المفاضلة بين القضاء والتحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية.....
302 المبحث الثاني: دور الوسائل القضائية في حسم منازعات الاستثمار الأجنبي.....
302 المطلب الأول: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....
311 المطلب الثاني: دور القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....
312 الفرع الأول: السوابق الدولية التي مهدت للفرد إمكانية التقاضي الدولي.....
314 الفرع الثاني: دعوى الحماية الدبلوماسية.....
334 المطلب الثالث: محكمة الاستثمار العربي أمودجا في مجال فض منازعات الاستثمار الأجنبي.....
335 الفرع الأول: تشكيل محكمة الاستثمار العربية.....
336 الفرع الثاني: اختصاص محكمة الاستثمار العربية.....
338 الفرع الثالث: إجراءات صدور الحكم.....

- 339 الفرع الرابع: الطعن في الحكم ومدى تنفيذه.....
- 342 الفصل الثاني: دور المركز الدولي في تسوية منازعات عقود الاستثمار
الأجنبي.....
- 345 المبحث الأول: إجراءات التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
الأجنبي
- 345 المطلب الأول: أسلوب التوفيق.....
- 346 الفرع الأول: العناصر الأساسية للتوفيق.....
- 349 الفرع الثاني: مزايا أسلوب التوفيق.....
- المطلب الثاني: إجراءات التوفيق في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
الأجنبي.....353
- 353 الفرع الأول: إبداء الرغبة في تسوية النزاع بموجب التوفيق.....
- 356 الفرع الثاني: ضوابط تكوين لجنة التوفيق واختصاصها.....
- 361 الفرع الثالث: إجراءات سير عملية التوفيق.....
- 368 الفرع الرابع: مكان عقد جلسات التوفيق.....
- المبحث الثاني: التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
الأجنبي.....373
- 374 المطلب الأول: مرحلة ما قبل صدور القرار التحكيمي.....

375	الفرع الأول: تقديم طلب التحكيم.....
379	الفرع الثاني: تشكيل محكمة التحكيم.....
385	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية.....
399	المطلب الثاني: مرحلة ما بعد صدور القرار التحكيمي.....
400	الفرع الأول: نهاية حكم التحكيم الصادر عن المركز.....
404	الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم.....
415	الفرع الثالث: تنفيذ الحكم.....
422	الفرع الرابع: العقبات التي تعترض تنفيذ الحكم.....
428	الفرع الخامس: الضمانات المقررة في حالة عدم تنفيذ أحكام المركز الدولي...
435	خاتمة.....
446	قائمة الملاحق.....
473	قائمة المراجع.....

ملخص:

من أهم ملامح النظام العالمي الاقتصادي، الذي يسود العالم هو الانفتاح الاقتصادي، الذي مفاده فتح الأسواق وتشجيع المبادلات التجارية بكافة أنواعها وكذا تشجيع التنمية الاقتصادية، ومما لا شك فيه أن الاستثمارات الأجنبية تثير الكثير من الجدل على الصعيدين الدولي والداخلي، خصوصا للطبيعة القانونية التي تنطوي عليها هذه الفئة من العقود. ومدى جدواها ومزاياها، وعليه يعد النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية من أكثر موضوعات الاستثمار أهمية. حيث لقي الاهتمام على الصعيدين الدولي والداخلي، باعتبار أن تحديد وسائل تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بما يتلاءم وطبيعتها، يعد ضمانا من ضمانات تحفيز تداول هذا النوع من العقود.

كلمات مفتاحية:

الاستثمار الأجنبي، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، المستثمر الأجنبي، التحكيم، التوفيق.

Résumé:

les investissements étrangers présentent beaucoup de problématique a l'échelle nationale et internationale et surtout dans le domaine juridique des différents contrats et conventions, ainsi que ses capacités et ses avantages. De ce la nous pouvons dire que l'organisation juridique du règlement des conflits des investissements étrangers est parmi les plus importants sujets des investissements puisqu' il s'est distingués a l'échelle nationale et internationale. Cette distinction trouve son importance dans les moyens spécifiques des règlements des conflits des investissements étrangers qui est une garantie parmi tous les garanties qui encourage l'application de ce genre de contrat.

Mots clés:

L'investissement étranger, CIRDI, l'investisseur étranger, Arbitrage, Conciliation.

Summary:

One of the most important features of the world economic which is to open markets and to promote economic development, There is no doubt that foreign investment raises a great deal of controversy both internationally and internally, in particular the legal nature of this category of contracts. And their usefulness and advantages. Thus, the legal system for the settlement of foreign investment disputes is one of the most important investment issues.

Keywords:

Foreign Investment, ICSID, Foreign Investor, Arbitration, Conciliation.