

الاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

رقاب عبدالقادر - طالب دكتوراه

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة زيان عاشور الجلفة

مخبر اصلاح النظام الدستوري و متطلبات الحكم الراشد

تحت اشراف : الدكتور زروق يوسف - أستاذ محاضر ا

جامعة زيان عاشور الجلفة

ملخص :

يأخذ الاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي صورتان, إما في شكل شرط التحكيم و هو الذي قد يرد ضمن عقد الاستثمار الأصلي أو اتفاق مستقل يهدف إلى تسوية كل ما قد ينشأ من نزاع بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي إلى التحكيم, سواء بشكل عام , أي كل أشكال النزاع, أو الاتفاق على مسائل محددة يؤول الفصل فيها إلى محكم أو عدة محكمين , و ذلك قبل نشأة أي نزاع, و هذا ما يميزه عن الصورة الثانية لاتفاق التحكيم و هي المشاركة التي تتميز بأنها إجراء لاحق, أي بعد قيام النزاع بالفعل بين الأطراف, و تتضمن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسويته مع ضرورة إعداد وثيقة المشاركة التي تتضمن موضوع النزاع بدقة و إجراءات التحكيم الأخرى .

كلمات مفتاحية : اتفاق التحكيم - منازعات - الاستثمار الأجنبي

Abstract:

The agreement on arbitration in foreign investment disputes shall take two forms, either in the form of arbitration clause, which may be contained within the original investment contract or an independent agreement aimed at settling all disputes that may arise between the host State and the foreign investor to arbitration, All forms of dispute, or agreement on specific issues, which can be resolved by an arbitrator or several arbitrators, before the emergence of any dispute, and this distinguishes it from the second picture of the arbitration agreement, which is characterized as a subsequent procedure, that is, after the dispute between the parties , And includes the agreement to resort to arbitration to settle with the need to prepare a close Including the subject matter of the dispute and other arbitration proceedings.

Keywords: Arbitration Agreement - Disputes - Foreign Investment

مقدمة

لعبت الاتفاقيات الدولية في ميدان التجارة و الاستثمارات دورا هاما في خلق حركة كبيرة في العلاقات التجارية الدولية اليوم , مما ولد استثمارات متبادلة و مشتركة في كثير من الأحيان و بلغ أرقاما هائلة لم تشهدها المراحل الزمنية السابقة .

و أدى هذا التطور التجاري و الاستثماري اليوم الى نشأة العديد من النزاعات بين الدول المضيفة و المستثمرين مما جعل التحسب لطرق تسوية هذه النزاعات أمر لا بد منه نظرا لامتداد الحراك الاستثماري من جهة و إشكاله الجديدة المتطورة و المتعددة الجنسيات التي قد يأخذها من جهة أخرى , مما استدعى البحث عن أفضل و أنجع السبل لخلق الطمأنينة و الأريحية لأطراف الاستثمار بعدما كشفت الأنظمة القضائية الوطنية قصورها في فك هذه النزاعات على الوجه الأمثل الذي يرضي الطرفين لما تتطلبه من فنيات متخصصة و ما يتطلبه الاستثمار من سرعة و اقتصاد للجهد و الوقت .

هو ما جعل التحكيم يأخذ أبعادا أخرى و يمتد بشكل سريع و متواصل للاختصاص بتولي هذا النوع من النزاعات لما يوفره للأطراف بعيدا عن سلطان الدولة و قضائها الوطني مما جعل العديد من المعاهدات الدولية و عقود الاستثمار تبناه كآلية يجب اللجوء إليها في حال وقوع أي نزاع .

إذا كان اللجوء إلى التحكيم يتم بتوافق الأطراف بصدد كل او بعض المنازعات الخاصة بالعقد المبرم بينهم فان هذا الاتفاق قد يأخذ صورة شرط في العلاقة التعاقدية أو اتفاق لاحق لها يتضمن اللجوء إلى التحكيم بصفة صريحة و منه يتم استبعاد القضاء الوطني تماما من النظر في تسوية النزاعات , كما قد لا تتضمن بعض عقود الاستثمار سبيل أو طريق لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الطرفين و يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد وقوع النزاع فعلا و هو ما يعرف بمشارطة التحكيم .

إذا فالاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي قد يكون في صورة بند في العقد و هو ما يسمى بشرط التحكيم أو يكون بصدد نزاع قائم فعلا و يعرف هنا بمشارطة التحكيم , و منه يمكن أن نتساءل عن ما المقصود بشرط و مشارطة التحكيم ؟ و ما هي إجراءات كل منهما ؟

للإجابة على ذلك نستند على شقين :

أولا : شرط التحكيم

ثانيا : مشاركة التحكيم

أولا : شرط التحكيم

هو ذلك البند الذي يرد ضمن عقد الاستثمار بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي و الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه على اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من نزاع مستقبلا بشأن هذا العقد¹.

و قد عرفه جانب من الفقه على انه اتفاق بين طرفين على ان ما قد ينشأ بينهم من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم , سواء ورد هذا الشرط في ذات العقد الأصلي أي مصدر الرابطة القانونية² او ضمن ملحق و لكن قبل وقوع أي نزاع .

أو هو ذلك الشرط الذي يتضمنه عقد الاستثمار و الذي يجبر الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من نزاعات مستقبلا , فالغاية إذا هي عند إبرام اتفاق التحكيم فإذا جاءت هذه اللحظة قبل نشأة النزاع فذلك هو شرط التحكيم .

كما عرفه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 من خلال المادة 1007 و التي نصت على ما يلي " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم " فهذا الاتفاق هو تابع للعقد الأصلي و يندرج ضمنه في شكل بند يذكر فيه صراحة أنه في حالة نشأة أي نزاع بينهم يعرض على التحكيم للفصل فيه .

و يشترط في شرط التحكيم أن يكون مكتوبا لكي تكون له القوة الإلزامية التي تجبر الأطراف على احترامه مثلما نصت المادة 1008 من نفس القانون على ما يلي " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة

البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها , يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم³

يتميز شرط التحكيم بأنه يحرم المتعاقد من اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة لتسوية النزاعات, كما انه الأكثر شيوعا في التطبيق لأنه يبرم في وقت تسوده روح الود قبل نشأة أي نزاع و هو يتضمن إرادة صريحة من الأطراف في اللجوء إلى التحكيم و استبعاد القضاء الوطني للدولة من النظر في المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين و التي يؤول الفصل فيها إلى محكم أو عدة محكمين , فشرط التحكيم في كل الأحوال سابق على نشأة النزاع .

إذا كان التحكيم اتفاقيا وجب أن يكون شرطه واضحا لا يكتفه أي إبهام او غموض و ذلك بالنص صراحة على اللجوء إليه و استبعاد القضاء الوطني للدولة , بالإضافة إلى هيئة التحكيم و من يرأسها و كل الإجراءات الأخرى بما فيها لغة التحكيم و مكانه و ميعاده, و هو ما جعل بعض التشريعات تعتبره مستقلا عن العقد الأصلي حتى و أن ورد ضمنه لما له من جانب قانوني او هو بمثابة عقد داخل عقد آخر, و في معظم النصوص⁴ لا يتطرق إلى التفاصيل بل يشير على أن كل نزاع يحدث بين الطرفين يجب تسويته عن طريق التحكيم, و هذا لا يمنع من تحديد الجهة التي تتولى عملية التحكيم او القانون الواجب التطبيق سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية فضلا عن مكان التحكيم و المدة التي يستغرقها, فتحديد هذه التفاصيل ليست بشرط و يمكن الاتفاق عليها لاحقا و هذا منطقي لأنه لا محل لتعيين محكمين لنزاع لم ينشأ بعد او لم تعرف طبيعته و حدوده .

كما نجد أن اغلب الاتفاقيات و المعاهدات الدولية في هذا الشأن أشارت إلى تسوية أي خلاف قد ينشأ عن طريق التحكيم سواء بين الدول ذاتها أو بين دول و شركات أو هيئات دولية أو حتى رعايا هذه الدول الأعضاء في الاتفاقية أو المعاهدة إذا ما قاموا بالاستثمار في دول أخرى و هو ما أشار إليه قانون الاستثمار الجزائري 16-09 في المادة 24 منه على ما يلي : " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة

الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم او في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص⁵

و قد يختلف شرط التحكيم حسب طبيعة النزاع الذي قد ينشا بين الأطراف , حيث يمكن أن يختص التحكيم بالنظر في كل المنازعات و هو ما يسمى بشرط التحكيم العام, أو قد ينص الاتفاق باللجوء إلى التحكيم في حالة نزاع معين فقط و هو ما يعرف بشرط التحكيم الخاص كما سنرى :

أ - شرط التحكيم العام :

و هو اتفاق الأطراف على إحالة كل ما قد يثور بينهم من نزاعات بشأن العقد المبرم إلى التحكيم, بمعنى خضوع كل الخلافات دون استثناء إلى التحكيم⁶.

و المعروف أن منازعات الاستثمار قد تنشأ سواء بإخلال الدولة المضيفة بأحد المبادئ أو الضمانات المكفولة للمستثمر بموجب العقد المبرم بينهما, كالمساس مثلا بشرط الثبات التشريعي أو التعرض للمستثمر بنزع ملكيته أو منعه من تحويل رؤوس الأموال و العائدات مثلا, أو من طرف المستثمر الذي قد يخالف ما تضمنه العقد الأولي مع الدولة المضيفة بشأن موضوع الاستثمار أو تجاوز ما يسمح به القانون له كمستثمر أجنبي في غالب الأحيان, و هو ما يؤدي إلى نزاع بينهما و بالتالي يحيل شرط التحكيم العام المتفق عليه مسبقا كل هذه النزاعات إلى التحكيم.

ب - شرط التحكيم الخاص :

هو اتفاق الأطراف على إحالة ما قد يثور بينهم من نزاعات مستقبلية بشأن مسألة أو مسائل محددة إلى التحكيم مثل المسائل المتعلقة بتفسير أو تطبيق المعاهدة , و غالبا ما يوضع شرط التحكيم الخاص مقترنا بوسائل ودية أخرى كالتوفيق و المفاوضات , كما يمكن أن لا يمنع شرط التحكيم الخاص القضاء الوطني للدولة من النظر في بعض المسائل الأخرى من العقد فهو يختص بإحالة نزاعات معينة فقط إلى التحكيم .

تجدر الإشارة انه إذا نصت العلاقة التعاقدية على اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بين أطرافها من نزاعات دون أن يكون هناك تنظيم لجميع الإجراءات المختلفة فان هذا يتطلب إجراء اتفاق تحكيم خاص لتوضيح ذلك اما اذا كان الاتفاق العام يعالج كل منها على حدى أو وجد نظام دائم و متكامل لمحكمة تحكيم فهذا يكفي لمباشرة الدعوى التحكيمية أمامها بإرادة احد الطرفين⁷.

ثانيا : مشاركة التحكيم

هي اتفاق خاص يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع , يتم بمقتضاه تحديد موضوع النزاع و المحكمين و مكان و إجراءات التحكيم و قد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون .

كما عرفها جانب من الفقه على أنها ذلك الاتفاق الذي يستطيع بمقتضاه أطراف نزاع قائم بالفعل عرضه على محكم أو محكمين لحسمه, و سماها جانب آخر ب " وثيقة التحكيم " و هي تتضمن اتفاق بين طرفين على عرض نزاع قائم بينهما على التحكيم.

إذن فمشاركة التحكيم هي اتفاق لاحق على قيام النزاع أي وقوعه بالفعل عكس شرط التحكيم , كما قد تعقد تنفيذا لشرط تحكيم مسبق تم الاتفاق عليه قبل نشأة النزاع و بهذا تكون وثيقة مشاركة التحكيم بمثابة استكمال جميع إجراءات التحكيم و المسائل المتعلقة به من تحديد هيئة التحكيم و موضوع النزاع و غير ذلك من التفاصيل الأخرى .

كما تعتبر مشاركة التحكيم وثيقة أساسية للتحكيم بحيث تضع قاعدة سلوك إلزامي للأطراف الذين يطبقونها و يلتزمون بما يصدر عنها من حكم بما أن العقد شريعة المتعاقدين, كما أنها تحدد اختصاص المحكم و صفته, و بالتالي كل ما لم تتضمنه هذه الوثيقة من جميع مسائل التحكيم خاصة موضوع النزاع قد يؤدي إلى بطلانها و عدم صلاحيتها مثلما أجمعت على ذلك معظم قوانين التحكيم التي استندت على الأسباب التالية :

- وجوب تحديد جميع إجراءات و مسائل التحكيم بما فيها موضوع النزاع في مشاركة التحكيم هو أمر منطقي لان النزاع قد وقع فعلا و يجب حسمه .

- الغرض من تحديد موضوع النزاع هو تقييد هيئة التحكيم حتى لا تقضي بغير ذلك .
- عدم إثارة نزاعات فرعية أو جزئية بين الخصوم بحيث يتقيدون بموضوع النزاع الأصلي .
- حسم النزاع في اقرب وقت ممكن بين الأطراف

و تتضمن عادة مشاركة التحكيم كل البيانات اللازمة لمباشرة الدعوى التحكيمية مثل ما يلي⁸:

- تحديد أطراف النزاع و عنوانيهما و ممثليهما القانونيين
- عدد المحكمين و تسميتهم و عنوان كل منهم
- بيان العقد محل النزاع
- موضوع النزاع المعروض على التحكيم
- مكان إجراء التحكيم و لغته بما يتوافق مع إرادة الأطراف
- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و موضوع النزاع و سلطة هيئته وفقا لقواعد العدالة
- سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأوامر الوقتية
- ميعاد التحكيم و بدا سريانه
- توقيع الأطراف او ممثليهم مع ذكر صفتهم و مصدرها

و منه فان مشاركة التحكيم هي بيان في حد ذاته يعده الأطراف على أساس النزاع القائم فعلا بينهم و الذي يهدف إلى فض هذا النزاع عن طريق التحكيم , تتضمن جميع الإجراءات الواجب إتباعها في التحكيم و كذا كل التفاصيل المحيطة بموضوع النزاع و المعلومات التي ذكرناها سابقا لكي يتسنى لهيئة التحكيم المخولة مباشرة عملية التحكيم و إصدار الحكم الذي يتبناه جميع الأطراف بل هم مجبرون على احترامه و تطبيقه .

خاتمة :

اتضح أن الاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي غالبا ما يأخذ شرط التحكيم بنص وارد ضمن عقد الاستثمار ذاته و نادرا ما يتم إبرام مشاركة التحكيم بعد وقوع النزاع, لما لشرط التحكيم من يسر و سهولة و قوة لمركزي الطرفين , كما تلعب الظروف الودية التي يبرم فيها شرط التحكيم دورا كبيرا لان النزاع لم يقع أصلا.

و قد أثبتت معظم عقود الاستثمارات الكبرى و المعاملات التجارية أن شرط التحكيم هو الأكثر انتشارا و شيوعا ذلك لما له من قوة إلزامية للأطراف و استقلالية و ربح للوقت و الجهد بحيث يضمن للمستثمر سرعة تحريك الدعوى عكس المشاركة التي تعقد بعد نشأة النزاع أين تكون الظروف متوترة و غير مواتية مما يؤدي إلى اختلاف الرؤى و وجهات النظر كما تتطلب الكثير من الإجراءات من تحديد موضوع النزاع و جهة التحكيم المخولة إلى غير ذلك و بالتالي إهدار الوقت و حقوق المستثمر الأجنبي اذا كان هو المتضرر خاصة أمام دولة ذات سيادة.

كما أصبحت معظم الشركات الاستثمارية الكبرى في العالم تطلب النص على شرط التحكيم صراحة في عقد الاستثمار مع الدولة المضيفة نظرا لثقتها في العدالة التحكيمية و سرعتها و حيادها عكس ترك المجال لقضاء الدولة المضيفة للاختصاص بالنظر في النزاعات بين الطرفين أو انتظار وقوع النزاع حتى تتم مشاركة التحكيم و ما يترتب عنها من مشاكل و النزاع قائم فعلا كما قد ترفض الدولة المضيفة اللجوء إلى التحكيم إذا لم ينص العقد بين الطرفين على ذلك صراحة و هو ما يؤدي الى ضياع حقوق المستثمر و إهداره للوقت و الجهد مقابل فك هذه النزاعات .

بالنظر لكل هذا نستخلص ان شرط التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي أصبح واقعا لا بد منه و هو الأكثر شيوعا و استعمالا بالمقارنة مع مشاركة التحكيم و هو أمر منطقي لان الاستثمارات هي رؤوس أموال و يجب الحفاظ عليها و توفير الأريحية و الطمأنينة لتحقيق المرجو من هذه الاستثمارات سواء للدولة أو المستثمر الأجنبي .

المصادر و المراجع :

1- القوانين :

— قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 المؤرخ في 25-02-2008.

— قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار .

2- الكتب :

— د احمد عبد الحميد عشوش, التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار, مؤسسة شباب الجامعة, الإسكندرية 1990.

— داحمد عبدالكريم سلامة, قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي, دار النهضة العربية الطبعة الأولى القاهرة 2004

— د احمد أبو الوفا, التحكيم في القوانين العربية, منشأة المعارف, الطبعة الأولى, الإسكندرية 1987.

— د إبراهيم احمد إبراهيم, التحكيم الدولي الخاص, دار النهضة العربية, الطبعة الثانية القاهرة 1997.

— د مصطفى محمد الدوسكي, تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بالوسائل الودية و القضائية, دار الكتب القانونية القاهرة, الكتاب الأول 2016.

— فؤاد محمد محمد أبو طالب, التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية, دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2010.

3- الرسائل :

— غسان علي علي, الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها, أطروحة دكتوراه, جامعة عين شمس 2004.

الهوامش :

¹ غسان علي علي, الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها, أطروحة دكتوراه, جامعة عين شمس 2004, ص 287.

² مصطفى محمد الدوسكي, تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بالوسائل الودية و القضائية, دار الكتب القانونية, الكتاب الأول 2016, ص 331.

³ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 المؤرخ في 25-02-2008.

⁴ غسان علي علي, مرجع سابق, ص 295.

⁵ قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03-08-20016 يتعلق بترقية الاستثمار .

⁶ فؤاد محمد محمد أبو طالب, التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية, دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2010, ص 275.

-
- ⁷ د احمد عبدالحميد عشوش , التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار , مؤسسة شباب الجامعة , الإسكندرية 1990.
- ⁸ مصطفى محمد الدوسكي , مرجع سابق , ص 353.