جامعة مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في قانون العلاقات الاقتصادية الدولية

تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية

دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

من إعداد الطالب:

بلحسان هواري

تحت إشراف الأستاذ:

الدكتور بقنيش عثمان

تم تقديمها ومناقشتها علنا

أمام لجنة المناقشة:

مزيان محمد أمين	أستاذ	جامعة مستغانم	رئيسا
بقنيش عثمان	أستاذ	جامعة مستغانم	مشرفا
باسم شهاب محمد	أستاذ	جامعة مستغانم	مناقشا
عباسة الطاهر	"أستاذ محاضر أ"	جامعة مستغانم	مناقشا
برابح عبد المجيد	"أستاذ محاضر أ"	جامعة وهران	مناقشا
يوبي عبد القادر	"أستاذ محاضر أ"	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا

السنة : 2017

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

قَالُواْ سُبۡحَٰنَكَ لَا عِلۡمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمۡتَنَآۖ

إِنَّكَ أَنتَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡحَكِيمُ ٣٢

صدق الله العظيم

« سورة البقرة الآية 32 »

شكر وتقدير

الحمد لله أولا وأخيرا،

نشكر الله عز وجل على تمام منه علينا وتوفيقنا لإنهاء هذا العمل، راجين منه تسديد خطانا إلى ما يحبه ويرضاه لنا.

بداية أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور بقنيش عثمان على كل ما قدمه لنا من إرشادات وتوجيهات قيمة، بعد تقبله وهو مشكورا رغم انشغالاته الكثيرة الإشراف على هذه الأطروحة، فساعدنا يوم أن احتجنا المساعدة، وذلل لنا الصعاب عندما ضاقت بنا الأمور.

ويكون من واجب الوفاء والعرفان بالجميل التنويه بالمساعدات المقدمة من طرف مسؤولي مكتبات كل من جامعة معسكر، وكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مستغانم، للحصول على المراجع الضرورية للموضوع.

كما أتقدم بالشكر إلى زوجتي الغالية، والتي قدمت لي العون والمساعدة طوال فترة الدراسة وإعداد الأطروحة.

وأتشرف في هذا الصدد أن أتقدم بعظيم الشكر والامتنان إلى من كان لآرائه السديدة وتوجيهاته القيمة الفضل في إنجاز هذه الأطروحة، وأخص بالذكر عائلة صهري عمي تواتي التي قدمت لي الدعم والتشجيع.

ومسبقا أشكر أعضاء لجنة المناقشة على تفضلها بمناقشة هذه الأطروحة، وعلى سعة صبرهم لقراءة وتقييم هذا البحث.

إلى كل من أعاننا من قريب أو بعيد.

وأخيرا أتمنى التوفيق والسداد في إعداد هذا البحث.

الإهـداء

إلـى والدي الكـرام عرفانا ومحبة ....

إلـى التي كانت نجاحي الأول زوجتي الغالية ....

إلـى إخوتـي وأختي وجميـع أفراد عائلتي ....

إلـى كافـة الأهل والأقارب ....

إلـى جميع الأصدقاء والأحباب ....

إلـى من غادرنا مبكرا، وخلف ورائه الأحزان ابن عمي عبد القادر – رحمه الله تعالى –

إلـى أساتذتي الأعزاء وإلى كل من يحمل لواء الدفاع على راية العلم والعلماء ....

إلـى هؤلاء جميعا أهدي حصاد جهدي وثمرة عملي.

بلحسان هواري

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

01	ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
02	ج.ر	الجريدة الرسمية
03	من ص إلى ص	من الصفحة إلى الصفحة
04	ص	الصفحة
05	ف	الفقرة
06	م	المادة

ثانيا: باللغتين الإنجليزية والفرنسية

01	ICC	International Chamber of Commerce
02	ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
03	CIRDI	Centre international pour le règlement des déférents des relatifs aux investissement
04	WBG	World Bank Group
05	SPP	Southern Pacific Properties
06	NAFTA	North American Free Trade Agreement
07	I.B.R.D	International Bank for reconstruction and development
08	MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
09	JDI	Journal de Droit International
10	A.J.I.L	American Journal of International Law
11	J.I.A	Journal of International Arbitration
12	I.C.J	International Court of Justice
13	I.L.R	International Law Review
14	P P	De la page au page
15	Op.cit	Opus citatum. Une locution latine qui signifie:"Ouvrage précédemment cité"
16	P	Page
17	№	Numéro
18	I.B.I.D	الهامش السابق

المقدمـة

المقدمـة:

تحتاج معظم الدول إلى الاستثمار الأجنبي، لكونه يستطيع أن يلعب دورا أساسيا في عملية تنمية الدول المضيفة له، فهو يمكنها من استغلال مواردها الطبيعية، كما يسهم في تنمية بنيتها التحتية كالاتصالات والطرق والمطارات، وكذالك 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 لذلك أضحى من الثابت أن من أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية للدول في العصر الحالي، ولا سيما النامية منها، هو تطلعها بشكل لافت للنظر إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تنميتها الاقتصادية، سواء أكان ذلك في صورة استثمارات أجنبية عامة أو خاصة[1].

ولما كانت الاستثمارات الأجنبية العامة التي تحصل عليها الدول النامية تحكمها في الغالب اعتبارات سياسية، فقد اتجهت الدول النامية بغية انجاز عملية الإنماء الاقتصادي فيها إلى جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة.

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**[2].

وتهدف عقود الدولة للتنمية الاقتصادية، التي تبرم بين الدولة ذات السيادة أو أحد مؤسساتها مع الشركات الخاصة الأجنبية إلى تنمية القدرة الاقتصادية للدولة المتعاقدة بمساعدة رأس المال أو التكنولوجيا المتقدمة أو المواد الأولية التي يملكها الأجنبي، وفي نفس الوقت يستهدف المتعاقد الأجنبي تحقيق الربح من وراء تعاقده، 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 العقد[3].

1- د. علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 02.

2- د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، "دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص 07.

3- د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، "دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 05.

وإن كان ما يصدق على أي نظام قانوني من حيث حتمية ظهور المنازعات بين أطرافه، يصدق على العلاقة الاستثمارية[1]، فمن الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وإن ظهرت حسنة في بدايتها، إلا أنها سرعان ما تتبدل نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين مما يؤدي إلى منازعات بين الطرفين.

وسوف يرتكز موضوع أطروحتنا على هذه المنازعات المرتبطة بمجال عقود الاستثمار، والتي تنشأ بين الدول المضيفة للاستثمار وبين الأطراف الأجنبية الخاصة (المستثمرين الأجانب، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا اعتباريين)، نتيجة لعدم الالتزام بشروط الاتفاق المبرم والخاص بإقامة مشروعات استثمارية على إقليم هذه الدولة بين هذه الدولة والأطراف الأجنبية الخاصة المتعاقدة معها.

وعلى الرغم، من عدم وجود تعريف عام متفق عليه لمنازعات الاستثمار، إلا أنه يمكن تعريف منازعات الاستثمار بأنها: "ذلك النوع من المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الاستثماري (الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي)، نتيجة لانتهاك أحد الأطراف للحقوق أو خرقه للالتزامات المنصوص عليها في العقد الاستثماري، أو إنهاء العقد إنهاءا مبتسرا، أو اتخاذ أي إجراء انفرادي من قبل أحد الأطراف، مما ينتج عنه أضرار جسمية للطرف الآخر يستلزم عنها تعويض الطرف الواقع عليه الضرر، عما أصابه من أضرار من جراء تلك الانتهاكات أو الإجراءات".

وتعد منازعات الاستثمار من قبيل منازعات القانون الدولي الاقتصادي، والتي تتميز عن سائر المنازعات الدولية من عدة وجوه :

1- أطراف النزاع الدولي العام هم دائما من أشخاص القانون الدولي العام، أما النزاع الدولي الاقتصادي فقد يكون بعض أطرافه أشخاصا خاصة طبيعية أو اعتبارية، مثل النزاع بين دولة وشركة أجنبية أو مستثمر أجنبي.

2- موضوع النزاع دائما نقدي مالي، وينتهي الحكم في النزاع غالبا إلى تسوية من هذا النوع، أو لتوقيع جزاءات ذات طابع خاص تتفق وموضوع النزاع.

3- حجم النزاع الدولي الاقتصادي عادة ما يكون كبير، يتنازع أطرافه على قيمة مالية كبيرة، لذلك تبدو أهميتها ملموسة وعاجلة وتبحث عن تسوية سريعة حتى لا تتفاقم الآثار المالية الناجمة عن تأخير تسويتها[2].

وتثير عقود الاستثمار 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

1- مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، "دراسة مقارنة"، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص 09.

2- حازم حسن جمعه، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 187.

الوطني الداخلي تثير العديد من الخلافات، وتقتضي في العديد من الدول أن تفرد لها قانونا ليحكمها، فإن هذه المشكلات تتضاعف إذا كانت العقود قد أبرمت بين الدولة وبين الأشخاص الأجنبية على صعيد العلاقات الدولية، لما تثيره من المشكلات من احتكاكات مباشرة وغير مباشرة بين الدول المضيفة للاستثمار بصفتها الدول المستوردة لرأس المال الأجنبي وبين الدول المصدرة له بصفتها دول جنسية المستثمرين وبصفتها الدول صاحبة الحق في منح الحماية الدبلوماسية لمواطنيها في حالة وقوع الضرر بهم أو بممتلكاتهم.

وتنجم صعوبة وحدة المشكلات التي تثيرها عقود الاستثمار من 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.

وإذا كانت صعوبة المشكلات الناجمة عن عقود الاستثمار مبعثها التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، فإن هذا التفاوت لا يقتصر فقط على المركز القانوني للأطراف، 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.

هذا التفاوت في القوة الاقتصادية للأطراف المتعاقدة يؤدي للتشدد من قبل الدول المتعاقدة في موافقتها تجاه هذه الشركات، وذلك خشية أن تصبح لقمة سائغة أمام التفوق الاقتصادي الكبير لهذه الشركات العملاقة على نحو يدفع تلك الدول إلى التمسك بخضوع المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين هذه الشركات لقضائها الوطني ولقانونها الداخلي، أما على الصعيد المقابل نجد أن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة نظرا لشعوره بضعف مركزه القانوني يرغب من أجل حماية مصالحه إلى سلخ العقد المبرم بينه وبين الدولة المتعاقدة من سيطرة القانون الوطني للدولة المتعاقدة ومحاولة تسكينه في إطار القانون الدولي العام أو المبادئ القانونية المعترف بها بين الدول المتقدمة أو بإخضاعها للمبادئ عابرة الدول أو للقانون التجاري الدولي[1].

وتنشئ عقود الاستثمار نوعا من العلاقة القانونية بين طرفي هذه العقود، ويرى البعض أن هذه العلاقة تتميز بالطابع الدولي، وذلك لكون أحد عناصرها أجنبيا، وتعرف العلاقة القانونية: "بأنها العلاقة التي

1- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، "تحديد ماهيتها والقانون الحاكم لها"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، من ص 8 إلى ص13.

تقوم بين شخص وآخر وتحددها قاعدة قانونية، وتتكون هذه العلاقة من ثلاثة عناصر، الأول هو سبب العلاقة وهو الفعل والتصرف المنشئ للعلاقة وهو العقد (في بحثي هذا يمثل عقود الاستثمار)، والثاني يتمثل في أطراف العلاقة (الدول والأشخاص الأجنبية)، والثالث موضوع العلاقة وهو الشيء المادي الذي تنصب عليه العلاقة (وهو المشروع الاستثماري)[1].

وتتسم منازعات الاستثمار بطبيعة خاصة تنجم عن ذاتية وخصوصية عقود الاستثمار، أو عقود الدولة، والتي يطلق عليها في الغالب عقود التنمية الاقتصادية نظرا لارتباطها في الكثير من الأحيان بجوانب التنمية في الدول الراغبة في النمو[2].

وقد عدد جانب من الفقه، العناصر المميزة لعقود الاستثمار عقود الدولة، على النحو التالي:

1- يتم إبرام هذه العقود بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناءا على أحكام قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص.

2- تتسم هذه العقود بطول المدة فهي قد لا تنصب على عملية واحدة، وإنما تتعلق باستغلال للموارد الطبيعية، ويتم ذلك في خلال فترة زمنية طويلة، على نحو يتم معه إقامة منشآت دائمة، تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد.

3- لا تؤدي هذه العقود إلى منح الطرف الأجنبي حقوقا تعاقدية صرفه، وإنما يتمتع الطرف الأجنبي طبقا لهذه العقود ببعض الحقوق غير المألوفة والتي قد تكون لها طابع شبه سياسي.

4- تخضع هذه العقود، والتي تسمى عقود التنمية الاقتصادية، في جانب منها للقانون العام، بينما يسري القانون الخاص على بعض جوانبها الأخرى.

5- تثير هذه العقود، سواء من ناحية إبرامها أو تنفيذها، فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة.

1- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 07.

2- إن خير تعبير يطلق على الدول التي تعاني من الفقر والجهل، هو تعبير الدول الراغبة في النمو وليس تعبير الدول النامية أو الآخذة في النمو كما يطلق عليها البعض، ومرد ذلك إلى أن وصف هذه الدول بالنامية أو الآخذة في النمو إنما يوحى بانطباع أن هذه الدول تسعى جاهدة لتواكب ركب التنمية والتقدم، إلا أن الواقع يبين لنا بوضوح عكس ذلك، فهذه الدول لا شك ترغب في التنمية والتقدم، إلا أنها لا تبذل من الجهد ما يحقق لها رغبتها، فهي نعم ترغب في ذلك ومن الدول لا يرغب في التقدم والتطور، إلا أنه لابد من أن يدعم تلك الرغبة جهد وعمل، فإذا تكاتفت الرغبة مع الجهد سارت تلك الدول في طريقها الصحيح والمباشر نحو التنمية، ومن هنا يصح أيطلق عليها دولا نامية أو دولا آخذة في النمو.

6- قد لا تتفق مفاهيم وقواعد النظام القانوني للدولة المتعاقدة مع مفاهيم وقواعد النظام القانوني لدولة الطرف الأجنبي، لذلك يلزم اتفاق الطرفين على اختيار النظام القانوني الذي يرتضيانه معا ليكون

النظام القانوني الواجب تطبيقه على العقد[1].

7- تتضمن هذه العقود شرط التحكيم والذي بناءا عليه يتم سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية لكل من طرفي العقد[2].

والاستثمار الذي يعنى به بحثنا هذا هو الاستثمار الأجنبي المباشر، وهو أحد نوعي الاستثمار الأجنبي الخاص الذي ينقسم بدوره إلى استثمار مباشر واستثمار غير مباشر، ويتمثل الاستثمار غير المباشر في تلك الاستثمارات الموجهة لشراء الأوراق المالية (الأسهم والسندات) التي تصدرها الهيئات العامة أو الخاصة في الدول على ألا يكون للأجانب ما يخول لهم حق إدارة تلك المشروعات كما أن قصر مدة هذه الاستثمارات تعتبر سمة تميز هذا النوع من الاستثمارات عن الاستثمارات المباشرة[3].

أما الاستثمار الأجنبي المباشر فقد تبارت الآراء لتعريفه، فعلى سبيل المثال:

يعرف صندوق النقد الدولي الاستثمار المباشر بأنه: "الاستثمار الذي يهدف إلى اكتساب فائدة مستمرة في مشروع مقام في وحدة اقتصادية غير الوحدة الاقتصادية التي يتبعها المستثمر مع مراعاة تمكين هذا المستثمر من أن يكون له دور فعال في إدارة المشروع".

أيضا عرفه مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية في تقريره الصادر علم 1995 بأنه: "الاستثمار الذي يتضمن رابطة طويلة الأجل ويعكس فائدة مستمرة وتحكم من قبل مستثمر مقيم في وحدة اقتصادية مغايرة للوحدة الاقتصادية المقام عليها المشروع[4]".

وعرفه القانونيون بأنه: "تقديم الأموال المادية والمعنوية والأداءات من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلة للمساهمة المباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشاؤه للقيام بنشاط اقتصادي ما خلال فترة معقولة من الزمن وبقصد تحقيق ربح نقدي مميز[5]".

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 27 - 28.

2- McNair. AC, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", British Year Book of International Law, 1957, p p 01 -04.

3- علي عبد الوهاب نجا، الاستثمار الأجنبي المباشر وأثره على التنمية الاقتصادية في مصر خلال الفترة (1990-1975)، "دراسة تطبيقية"، كلية التجارة، الإسكندرية، 1995 ص 16.

4- Imad Mosa, Foreign Direct Investment, "Theory, Evidence", p1 and practice, palgrave macmillan, 2002, p 01.

5- صفوت عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2000، ص 21.

وهكذا تباينت تعريفات الاستثمار الأجنبي المباشر دون أن يكون هناك تعريفا جامعا مانعا ودون أن يكون أحد هذه التعريفات كإطار حاصر لظاهرة الاستثمار الأجنبي المباشر، إذ أنه يمثل مفهوما متغيرا ومتطورا يتغير ويتطور بتغير وتطور الظروف والأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي، فهو مفهوم عام قد يضيق وقد يتسع تبعا لظروف الدولة السياسية والاقتصادية، فهناك دول تسعى إلى جذب رؤوس الأموال والخبرات الأجنبية في مختلف الأنشطة الاقتصادية في إقليمها ويطلق على هذه الدول جاذبة للاستثمار، إذ تضع هذه الدول في مقدمة أولوياتها جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة إلى إقليمها وتعمل على توجيهها وتستند في ذلك إلى نظام المعاملة الأفضل، وذلك بخلاف ما تقوم به الدول ذات النظم المانعة[1]، التي تعمل على الحد من دخول الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها وذلك خشية أن تهدد هذه الاستثمارات استقلالها الاقتصادي والسياسي لذلك لا تسمح هذه الدول بدخول هذه الاستثمارات إلا وفق شروط صعبة وغير مطمئنة للمستثمر الأجنبي، ويتوسط هذين النوعين من الأنظمة نوع ثالث وهو نظام الرقابة، وهو نظام يوجد في الدول التي تعتمد على الذات في تنمية مواردها الاقتصادية، والتي يمثل جذب الاستثمار فيها هدفا استراتيجيا بالنسبة لها، ومن ثم فالتنظيم الداخلي في هذه الدول لا يأخذ بسياسة الباب المفتوح The open door policy أمام الاستثمارات الأجنبية، بل أنها تتبع سياسة محايدة في مواجهة هذه الاستثمارات من حيث تمتعها بحرية الحركة والمعاملة العادلة، وتسود هذه النظم في الدول المتقدمة وبخاصة الدول الأوروبية[2].

والملاحظ على هذا التقسيم التقليدي أنه أوشك أن يفقد مبررات وجوده في الوقت الراهن، حيث أن الاتجاه السائد هو تبني الأنظمة الجاذبة للاستثمار بالنسبة للدولة جميعا المتقدمة منها والراغبة في النمو وذلك لانخفاض في معدل الادخار المحلي على المستوى العالمي[3].

ولا تتبع أهمية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من الزيادة المضرة في حجم تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى الدول الراغبة في النمو فحسب، بل كانت جدوى الاستثمارات الأجنبية المباشرة تمثل محورا لاهتمام الباحثين في مختلف المجالات والأنشطة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وفيما يلي نتعرض لبعض وجهات النظر في هذا الخصوص:

أولا: النظرة الكلاسيكية

يفترض الكلاسيك أن الاستثمارات الأجنبية المباشرة تنطوي على الكثير من المنافع، إلا أن هذه المنافع تعود معظمها على المستثمر الأجنبي وبخاصة الشركات متعددة الجنسيات، فالاستثمارات الأجنبية

1- مثل دول أمريكا اللاتينية.

2- فعلى سبيل المثال نجد دولة مثل فرنسا تشجع الاستثمارات ذات الصفة التجارية دون الاستثمارات الصناعية وذلك للحد من الاستيراد وحماية للصناعة الوطنية.

3- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 73.

من وجهة نظرهم هي بمثابة مباراة من طرف واحد (zero sum game) حيث الفائز بنتيجتها هو الطرف الأجنبي الخاص وليست الدول المضيفة، وتستند وجهة نظر الكلاسيكيين في هذا الشأن إلى عدد من المبررات يمكن إيجازها في الآتي:

1- تميل الشركات الأجنبية، وبخاصة الشركات دولية النشاط، إلى تحويل أكبر قدر ممكن من الأرباح الناتجة عن عملياتها إلى الدولة الأم بدلا من إعادة استثمارها في الدول المضيفة.

2- قيام الشركات الأجنبية المستثمرة بنقل التكنولوجيا التي لا تتواءم مستوياتها مع متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالدول المضيفة.

3- إن ما تنتجه هذه الشركات الأجنبية قد يؤدي إلى خلق أنماط جديدة للاستهلاك في الدول المضيفة لا تتلائم ومتطلبات التنمية الشاملة في هذه الدول.

4- قد يترتب على وجود الشركات الأجنبية اتساع الفجوة بين أفراد المجتمع فيما يختص بهيكل الدخول وذلك من خلال ما تقدمه من أجور مرتفعة للعاملين فيها بالمقارنة إلى نظائرها من الشركات الوطنية مما يترتب عليه خلق نظام الطبقات الاجتماعية.

5- إن وجود هذه الشركات الأجنبية، وبخاصة متعددة الجنسيات، قد يؤثر بصورة مباشرة على سيادة الدولة المضيفة واستقلالها وذلك من خلال:

أ- اعتماد التقدم التكنولوجي في الدول المضيفة على دولة أجنبية.

ب- خلق التبعية أو الاعتماد على دول جنسية الشركات الأجنبية.

ج- قد تمارس الشركات الأجنبية الكثير من الضغوط على الأحزاب السياسية في الدول المضيفة مما يكون له اكبر الأثر على التغير في السياسات القومية لصالح هذه الشركات و دولهم.

د- ويترتب على ما يبق خلق التبعية السياسية.

ثانيا: النظرية الحديثة

تقوم النظرية الحديثة على افتراض مؤداه أن كلا من طرفي الاستثمار (المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة) تربطهم علاقة المصلحة المشتركة، فكلاهما يعتمد على الآخر ويستفيد منه لتحقيق هدف أو مجموعة من الأهداف المحددة، فالعلاقة ليست صفرية أو هي مباراة من طرف واحد كما يدعي الكلاسيك، ولكنها مباراة ذات طابع خاص يحصل كل طرف فيها على الكثير من العائدات، غير أن حجم وعدد ونوع

العائدات التي يتحصل عليه كل طرف تتوقف إلى حد كبير على سياسات واستراتيجيات وممارسات الطرف الآخر بشأن الاستثمار الذي يمثل أساس وجوهر العلاقة بينهما[1].

ويرى أصحاب هذه النظرية أن الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول المضيفة يحقق المزايا التالية:

1- لا تمثل هذه الاستثمارات تدفقا لرأس المال فحسب ولكنها عادة ما تكون مصحوبة بفنون إنتاجية ومهارات إدارية وتنظيمية وخبرات فنية تفتقر إليها الدول الراغبة في النمو.

2- إن هذه الاستثمارات تحقق إيرادات إضافية للدول الراغبة في النمو في صورة ضرائب على المشروعات الناتجة عن هذه الاستثمارات، كما أنها لا يترتب عليها عبء ثابت على ميزان المدفوعات حيث لا يحصل المستثمر على أي دخل إلا عندما يدر المشروع الاستثماري ربحا وبالتالي فإن السداد مرتبط بربحية المشروع، في حين أن الأموال المقترضة ينبغي خدمتها بغض النظر عن نجاح المشروع أو إخفاقه، وبالتالي فإن الاستثمار المباشر ينقل عبء المخاطر المترتبة على الاستثمار من الدولة إلى المستثمر.

3- تعد هذه الاستثمارات مصدرا هاما للنقد الأجنبي.

4- تفتح هذه الاستثمارات الباب أمام رأس المال الوطني وتشجعه على المشاركة في إنتاج بطريقتين، الأولى بطريقة مباشرة وذلك عن طريق إمداد الشركات المحلية بالعمالة والأموال والتكنولوجية المتقدمة مع تقديم التدريب والخبرة لأفرادها، والثانية بطريقة غير مباشرة وذلك بخلق فرص للخدمات المساعدة والوسطية مثل خدمات النقل والتسويق ومن ثم إقامة المشروعات التي تمد الشركات الأجنبية بتلك المستلزمات أو تقوم بتسويق إنتاجه.

5- تمثل هذه الاستثمارات إضافة إلى الطاقة الإنتاجية للدول المضيفة فضلا عن أن جزاء من أرباح تلك الاستثمارات يعاد استثمارها وتستخدم في تطوير الصناعة المحلية.

6- إن الاستثمارات الأجنبية المباشرة تدفع المنتجين الوطنيين إلى تطوير أساليب إنتاجهم عن طريق محاكاتهم للصناعات التي تنتجها المشروعات الأجنبية.

7- إيقاف عملية استنزاف الخبرات الوطنية بما توفره من فرص للعمل التي تسعى إليها هذه الخبرات خارج البلاد، وهي ما تعرف بظاهرة استنزاف العقول البشرية.

وتمثل أهم الأهداف التي تسعى الدول الراغبة في النمو إلى تحقيقها من وراء استقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة فيما يلي:

1- عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الأعمال والاستثمار الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، من ص 267 إلى ص 369.

أ- دعم ميزان مدفوعات الدولة المضيفة من خلال زيادة الصادرات والحد من الواردات.

ب- زيادة معدلات الاستثمار ومن ثم زيادة الإنتاج وتحقيق معدلات مرتفعة من النمو الاقتصادي.

ج- زيادة معدلات فرص العمل والحد من ازدياد معدل البطالة فضلا عن تجريب وتنمية القوة العاملة.

د- التنوع في هياكل الإنتاج والصادرات وتقليل الاختلال في هيكل الإنتاج وذلك بزيادة نمو القطاع الصناعي.

هـ- اكتساب عنصر المعرفة الفنية والأفكار الجديدة التي تؤدي إلى خلق معارف مستمرة وحديثة[1].

وتحقيق الاستثمار الأجنبي لأهداف التنمية في الدول المضيفة لا يمثل شرط وجود فحسب وإنما يعد شرطا مستمرا ينبغي توافره ما دام المشروع الاستثماري الأجنبي قائما على أرض الدول متمتعا بالمزايا المقررة له[2].

لا يحقق الاستثمار الأجنبي العديد من المزايا للدول المستوردة لرأس المال الأجنبي فقط، بل للدول المصدرة له أيضا فعلى صعيد الدول المصدرة لرأس المال (دول جنسية المستثمرين) من الملاحظ أن مصالح تلك الدول التي تتسم اقتصادياتها بعدم القدرة على استيعاب فوائضها في الاستثمارات الداخلية تستلزم البحث عن مجالات جديدة لاستثمار أموالها أو الأموال الخاصة برعاياها في الدول التي تسمح طاقتها الاستيعابية باستيعاب تلك الفوائض[3].

وتولى الدول المصدرة لرأس المال، وهي في الغالب دول متقدمة أو غنية، عناية كبيرة بالاستثمار في الدول الراغبة في النمو ليس فقط لأنه يمثل مصلحة شخصية لرعاياها الوطنين (المستثمرين) وحدهم ولكن لأنه يمثل مصلحة عامة لها أيضا حيث أصبح الاستثمار محلا لعنايتها واهتمامها ويمثل هدفا من أهدافها الإستراتيجية، وبالتالي أصبح الاستثمار الخارجي المباشر هدفا قوميا للدول المصدرة لرأس المال، ولذلك فهي تقف خلف المستثمر لتحقيق أهدافه الخاصة التي تتمثل في استغلال أمواله أكفأ استغلال في الدول الراغبة في النمو والتي تتواجد بها الفرص الاستثمارية فضلا عن اتساع طاقاتها الاستيعابية والتي تعود على المستثمر بنتائج أفضل وقدر أكبر مما كان سيحققه لو أنه بقى ليستثمر أمواله في موطنه الأصلي أو في دول متقدمة أخرى حيث الأسواق المشبعة بالاستثمارات.

1- عبد الوهاب نجا، المرجع السابق، من ص19 إلى ص 21.

2- عصام القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 1991 ص 04.

3- Higgins,B, Economic Development, "princple problems and policieskk", India, Central Book Dep. Allahabad, 1966, p 615 - 616.

وبالتالي تختلط المصلحة الخاصة بالمستثمر بالمصلحة القومية العامة لدولة جنسيته ويضحى المساس بمصلحة هذا المستثمر في الدولة المضيفة لاستثماره مساسا خاصا بمصالح دولة جنسية هذا المستثمر ينال من الأهداف القومية التي ترجو تحقيقها في هذا الشأن.

وعلى هذا النحو يصير المستثمر بين قوتين الأولى دافعة والثانية جاذبة، قوة دافعة من جانب دولة جنسيته تشجيعا له على الاستثمار في الدول الراغبة في النمو والتي تتوافر بها الفرص الاستثمارية وقوة جاذبة من جانب الدول الأخيرة نظرا لما تسهم به هذه الاستثمارات في جوانب التنمية المنشودة، ولا يخفى ما يؤدي إليه ذلك من تكاتف وتعاون بين الدول المصدرة لرأس المال والدول المضيفة له من أجل خلق مناخ ملائم للاستثمار وذلك نظرا لظروف الوضع الراهن الذي يزيد فيه تشابك العلاقات الاقتصادية بين الدول بوقع سريع وينخفض بالتدريج دور الحدود السياسية كعوائق في وجه انتقال الأموال والسلع والخدمات حيث أن الدول جميعها، غنية وفقيرة، تتسابق بكل قوتها من أجل استقطاب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، ولا يرجع ذلك إلى التغير الكبير في المفاهيم السائدة فقط، بل يرجع إلى زيادة الكبيرة والمطردة في حاجة الدول جميعهاّ إلى كافة أشكال التمويل الخارجي، وخاصة الاستثمارات الأجنبية الخاصة في وقت تناقص فيه معدل الادخار المحلي على المستوى العالمي وتناقصت فيه مصادر التمويل الأخرى بالنسبة للكثير من الدول[1].

أدى ذلك الوضع إلى الزيادة المطردة والتنوع الكبير في عقود الاستثمار نتيجة لتنوع المجالات التي تستقطب تلك الاستثمارات، ونذكر من هذه المجالات على سبيل المثال، عقود امتيازات البترول والتي تحولت إلى عقود مشاركة فيما بعد[2]، عقود الخدمات، عقود المقاولات، عقود نقل التكنولوجيا الحديثة والمتطورة إلى غير ذلك من المجالات التي تمثل أهمية حيوية للدول المضيفة للاستثمار وفي نفس الوقت تمكن المستثمر من الحصول على أفضل استغلال لرأس ماله.

وبالتالي أدى هذا التفاعل بين أطراف عملية الاستثمار إلى بزوغ منازعات خاصة بتلك المعاملات تتمتع وتتميز بطبيعة خاصة تميزها عن منازعات التجارة الدولية، الأمر الذي أدى إلى ضرورة اتفاق الدول، الدولة المضيفة لهذه الاستثمارات والدولة المصدرة، وتعاونها على إيجاد آلية معنية تعمل على تسوية تلك

1- صفوت عبد الحفيظ، مرجع سابق، من ص 236 إلى ص 238.

2- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 175.

- عقد الامتياز هو التصرف الذي بواسطته تمنح الدولة لمشروع أجنبي حقا خالصا له وقاصرا عليه في البحث في إقليمها عن البترول واستخدامه واستغلاله خلال فترة زمنية محددة.

- عقود المشاركة تتمتع هنا الدولة صاحبة الإقليم المقام عليه المشروع الاستثماري بقدر أكبر من أرباح المشروع بالإضافة إلى سيطرتها على المشروع مع حصول المستثمر على قدر من الإنتاج بما يساوي مقدار مساهمته في المشروع وذلك على عكس عقود الامتياز حيث كانت الشركة تتمتع بالسيطرة الكاملة على المشروع بالإضافة إلى إنتاجه وأرباحه مع حصول الدولة على القدر القليل من هذه الأرباح.

المنازعات والوصول بأطرافها إلى تسوية عادلة مرضية وفي ذات الوقت تشيع جوا من الثقة والطمأنينة في نفوس رعايا تلك الدول من المستثمرين.

وقد تعددت المحاولات الدولية الرامية إلى إيجاد نوعا من التوازن والحماية والمساواة بين طرفي رابطة الاستثمار ليس فقط على مستوى القانون الدولي العرفي والإتفاقي، بل أيضا من قبل المنظمات الدولية العامة منها والمتخصصة على وجه الخصوص وتعد اتفاقية واشنطن (1965) التي اكتنفتها منظمة دولية متخصصة كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير والتي أنشأ بمقتضاها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى أهم محاولة في هذا الصدد.

إشكالية البحث:

وعلى هدي ما تقدم، وأمام هذه الوضعية تبرز إشكالية موضوع بحثنا في **السؤال الرئيسي** التالي:

ما هي منازعات عقود الاستثمار؟ وما مدى فعالية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تسويتها بما يتلائم وطبيعتها الخاصة؟

ومن خلال هذه الإشكالية يمكننا طرح مجموعة من **الأسئلة الفرعية** التي نحاول الإجابة عنها من خلال دراستنا لهذا الموضوع:

1- ما هو المقصود بعقود الاستثمار؟ وما هي الحقوق والالتزامات الناشئة عنها؟

2- من أين تستمد عقود الاستثمار طبيعتها الخاصة؟

3- ما هي الأسباب التي تؤدي إلى قيام منازعات عقود الاستثمار؟

4- ما هو النظام القانوني الواجب التطبيق عليها؟

5- كيف تتم تسوية المنازعات التي قد تثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة؟

6- هل يمكن إيجاد وسيلة قانونية محايدة وفعالة لتسويتها؟

7- ما هي آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار؟

فرضيات البحث:

تتمثل دراستنا في محاولة الإجابة عن هذه التساؤلات في مختلف المحاور الواردة في البحث، بدءا بإدراج الفرضيات التي نراها أكثر الإجابات احتمالا للتساؤلات السابقة الذكر:

1- على الرغم من اختلاف مجالات الاستثمار، إلا أن العقود الخاصة بمجالات الاستثمار على وجه العموم تكاد تتميز بسمات خاصة بها، تميزها عن عقود التجارة الدولية مما يضفي نوعا من الخصوصية على طبيعة المنازعات الناجمة عنها.

2- تنشأ عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والأطراف الأجنبية المتعاقدة معها، مجموعة من الحقوق والالتزامات على عاتق أطرافها، شأنها في ذلك شأن العقود المبرمة بين الأطراف المتعاملة في إطار العلاقات التجارية الدولية.

3- تتسم عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، بعدم التكافؤ في المركز القانوني للأطراف المتعاقدين، فأحد المتعاقدين طرف عام وهي الدولة أو الجهاز العام الذي يمثلها، والدولة هي شخص دولي ذو سيادة يتمتع بمزايا خاصة، أما الطرف الثاني فهو طرف أجنبي خاص، وهو شخص (طبيعي أو اعتباري)، لا يتمتع على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية بأية صفة سيادية.

4- إن الأسباب المؤدية إلى قيام منازعات الاستثمار، تتنوع ما بين أسباب قهرية لا دخل لإدارة أحد أطراف فيها، أو هي أسباب طوعية نابعة من الإدارة المنفردة للأطراف، وفي غالبية الأحيان تكون الإجراءات الانفرادية نابعة من إرادة الطرف الأقوى وهو الدولة، وقد تنشأ منازعات الاستثمار نتيجة للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي قد ينتج عنها تضارب في المصالح قد تؤدي إلى تدخلات إدارية في الاستثمارات الأمر الذي قد يؤدي حتما إلى نشوء المنازعات.

5- إن الخيارات المتاحة للأطراف المتنازعة في اختيار النظام القانوني واجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار، تنحصر في النظام القانوني للدولة المتعاقدة، أو النظام القانوني الدولي، أو نظام قانوني مستقل عن كل من القانون الوطني للدولة المتعاقدة والقانون الدولي.

6- إذا كان الأصل أن ينعقد للقضاء الوطني في الدولة المضيفة الاختصاص بحسم المنازعات الاستثمارية، فإن الدول المختلفة تدرك مع ذلك أهمية وجود نظام قانوني لتسوية المنازعات يحظى بقبول المستثمر الأجنبي، ويبعث الاطمئنان لديه بشأن ما يمكن أن ينشب بينه وبين الدولة من منازعات، ولهذا فإنها قد تقرر في قوانينها الداخلية جواز إحالة المنازعات الاستثمارية على التحكيم.

7- جاءت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى الوجود، بهدف إيجاد جو من الثقة المتبادلة بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب، من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة، فبقاء المنازعات الاستثمارية دون سوية يمكن أن يؤثر على المصالح الاقتصادية للدولة المضيفة ويشكل عائق أمام تدفق الاستثمارات إليها.

8- لاشك أن التحكيم يلعب دورا مهما في حسم المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من العقود، وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال.

<u>دوافع اختيار الموضوع:</u>

فإذا كان ذلك هو وضع المشكلة فإن التصدي لدراساتها، والإسهام في بحثها كان من الأسباب التي دفعتنا لدراستها من جانب الأسباب والاعتبارات نوجزها في ما يلي:

1- إن أكثر ما دفعني للبحث في هذا الموضوع دون غيره هو ميولي البحثي.

2- من باب التخصص الذي ندرسه وهو "قانون العلاقات الاقتصادية الدولية".

3- قلة الرسائل والبحوث الجامعية، التي تناولت هذا الموضوع في الجزائر، وإن وجدت فهي لم تربط موضوع الاستثمارات بالمتغيرات العالمية المعاصرة.

4- الوعي التام بأن الاستثمار هو الركيزة الأساسية لتطور اقتصاديات الدول، وما له من تأثيرات مباشرة على مختلف الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

5- الاهتمام بتحديد الآثار الناجمة عن خرق طرفي رابطة الاستثمار للالتزامات المنصوص عليها في عقود الاستثمار.

6- تسليط الضوء على أهم الأسباب، والدوافع التي تؤدي إلى قيام منازعات الاستثمار.

7- إن الاستثمار الأجنبي المباشر، يعتبر موضوع الساعة بالنسبة للجزائر التي تعيش مرحلة التحولات الاقتصادية، وقدومها على الانفتاح على الاستثمارات الأجنبية، والتوجه نحو اقتصاد السوق، إذ أنها عقدت اتفاقيات دولية حديثة مع الدول الأجنبية مرتبطة بترقية وتدعيم الاستثمار، وبالتالي فإن موضوع تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية يشكل حيزا كبيرا من السياسة الاقتصادية.

8- إثراء المكتبة الجامعية بمرجع جديد قد يكون في متناول باحثين آخرين في المستقبل لإنجاز دراسات أخرى مكملة.

أهمية الموضوع:

ولبحثنا أهمية بالغة وقيمة إضافية تتمثل هذه الأهمية في النواحي التالية:

1- إن أحد طرفي المنازعة دولة (لذلك يطلق البعض على العقود التي تنشأ عنها تلك المنازعات عقود الاستثمار أو عقود الدولة)، والدولة هي أهم الكيانات السياسية على الإطلاق، كما أنها تتمتع بأهمية كبيرة جدا لكونها أهم أشخاص القانون الدولي.

2- إن موضوع المنازعات غالبا ما يتعلق بسيادة الدولة، وذلك من حيث وجود المشروع الاستثماري على إقليمها، ومن حيث القانون واجب التطبيق على المنازعة، إذ كيف تخضع الدولة ذات السيادة لقانون آخر غير قانونها على إقليمها وهي صاحبة السلطة العليا في تشريع وسن القوانين والتشريعات في كل الأمور التي تخص كل ما هو موجود في إقليمها.

3- إن الطرف الآخر في هذه المنازعة هو شخص أجنبي (طبيعي أو اعتباري)، ينتمي بجنسية لدولة أخرى تتصدى بالحماية الدبلوماسية إزاء أي ضرر يقع على رعاياها من جانب الدولة المضيفة لاستثماراتهم.

وبهذا يبدو الانعكاس السلبي جليا عند ظهور منازعات الاستثمار على مسار العلاقات الدولية، لما تثيره هذه المنازعات من اضطرابات في العلاقات بين دول جنسية المستثمرين والدول المضيفة لاستثماراتهم،

ولاشك أن حرب 1956 بين مصر والدول الثلاث المملكة المتحدة (انجلترا)، فرنسا، وإسرائيل تمثل مثالا صارخا على ما قد تنجم عنه منازعات الاستثمار على مسار العلاقات الدولية، وذلك نتيجة لقيام الحكومة المصرية بتأميم شركة قناة السويس العالمية للملاحة المملوكة لمواطني المملكة المتحدة، حيث كان لهذا التأميم أثره المباشر في قيام هذه الدول الثلاث بالعدوان الثلاثي على مصر عام 1956م.

4- توضح هذه المنازعات مدى المجهودات التي تبذلها المنظمات الدولية، وبخاصة المنظمات الدولية المتخصصة لاحتواء وتسوية المنازعات التي تهدد الأمن والاستقرار الدوليين، مثل الاتفاقية التي اكتنفها البنك الدولي للإنشاء والتعمير والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار والتي أنشأ بمقتضاها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عام 1965.

5- يعتبر الاستثمار من أهم العوامل المساعدة في عملية التنمية وتطوير اقتصاديات الدول الراغبة في النمو، وذلك لتقليل الفجوة المتزايدة بين الجنوب والشمال، لذا تحتل أهمية تسوية المنازعات الناجمة عن مجال الاستثمار أهمية قصوى نظرا لأنها تساهم بطريقة مباشرة وغير مباشرة في عملية التنمية، كما أنها تعمل على طمأنة المستثمرين والدول المصدرة لرأس المال على استثماراتها، وأنه في حالة قيام المنازعة فإنها سوف تسوى بالطريقة التي لا تلحق بهم أية أضرار.

6- توضح هذه المنازعات أهم الوسائل السلمية المستخدمة في عملية التسوية، ومدى أهمية استخدامها في تسوية هذا النوع من المنازعات، والتي توصف بالمنازعات ذات الطبيعة الخاصة.

7- توضح المجهودات المبذولة لتسوية هذا النوع من المنازعات، مدى الاهتمام والعناية التي يوليها القانون الدولي والمجتمع الدولي بتنظيم ورعاية حقوق الإنسان، ليس فقط على مستوى الأشخاص الذين يتمتعون بجنسيات محددة، بل أيضا على مستوى الأشخاص منعدمي الجنسية.

8- وتبدو أهمية تحديد الوسائل الملائمة لتسوية منازعات الاستثمار في تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية الخاصة، في أن المشكلة الحقيقية التي يواجهها المستثمرون الأجانب ليست مشكلة تعريفهم بحقوقهم والتزاماتهم أو تحديد مداها، بقدر ما هي مشكلة البحث عن وسيلة مستقلة ومحايدة وفعالة يمكن اللجوء إليها للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينهم وبين الدولة المضيفة.

9- إن الاستثمار الأجنبي مصدر لتعويض العجز في الادخار المحلي وتحقيق زيادة في معدلات نمو الناتج المحلي الإجمالي ومنه تتجلى أهمية الاستثمار الأجنبي في الدور الذي يمارسه على النمو والتنمية في البلاد المضيفة.

10- يعتبر الاستثمار المحرك الأساسي لعملية التصدير وهذا ما تثبته تجارب الدول في هذا المجال كالصين التي تجذب سنويا ما يعادل 40 مليون دولار، وهذا ما يؤدي إلى معالجة العجز في ميزان المدفوعات وزيادة الحصيلة من العملية الأجنبية.

أهداف الموضوع:

نهدف من خلال دراسة هذا الموضوع إلى بلوغ الأهداف التالية:

1- محاولة إعطاء صورة واضحة عن عقود الاستثمار، وذلك من خلال القيام بمسح لمختلف التعاريف المعطاة لهذه العقود، ومحاولة الوقوف على أهم الخصائص التي تجعل من هذه العقود ذات طبيعة خاصة.

2- تحليل الأسباب المختلفة التي تؤدي إلي قيام منازعات عقود الاستثمار، والبحث عن السبل والوسائل الكفيلة لتسويتها، والتي تستند على عوامل التوازن بين المصالح التجارية المتعارضة، بموضوعية وحيادية من دون المساس بالحقوق المشروعة للأطراف المتعاقدة (الدولة المستقطبة لرأس المال الأجنبي والمستثمر)

3- معرفة وسائل تسوية منازعات الاستثمار الدولية الأكثر حيادية واستقلالية من الوسائل الداخلية التي يفضل المستثمرون الأجانب والشركات الأجنبية، عموما أن تناط مهمة الفصل في المنازعات التي قد تثور بينهم وبين الدولة المضيفة، حيث أن الدول المختلفة تسعى إلى جذب رأس المال الأجنبي للاستثمار فيها بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإنها تسمح باللجوء إلى الوسائل الدولية لتسوية المنازعات الاستثمارية، طالما ان تلك الوسائل تشيع قدرا من الثقة والاطمئنان لدى المستثمر الأجنبي وتشجعه على مزاولة نشاطه التجاري في الدولة.

4- الرغبة في تقييم ما أحرزه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من تطور، بشأن وسائل حل منازعات عقود الاستثمار.

منهج البحث:

يتعين على الباحث عند قيامه بإعداد أي بحث بصفة عامة، اختيار الأسلوب أو المنهج الذي يمكنه من الوصول إلى النتيجة التي يهدف إليها، ومن جانبنا فقد رأينا أن من بين مناهج البحث الأكثر ملائمة لموضوعنا هما المنهجين الوصفي والتحليلي، فهما أقرب المناهج إلى تحقيق النتيجة التي نهدف إليها من دراستنا.

وبناءا عليه، فقد أجرينا وصفا تحليليا للمبادئ العامة لعقود الاستثمار، بدءا بتحديد ماهيتها والحقوق والالتزامات الناشئة عنها، مرورا بخصوصيتها المستمدة من أطراف التعاقد وإدراج الشروط الخاصة فيها، لنصل إلى أسباب قيام منازعات عقود الاستثمار والنظام القانوني الواجب التطبيق عليها.

كما استعملنا المنهج التحليلي عندما تناولنا دراسة مواد اتفاقية واشنطن، والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كهيئة دولية متخصصة في تسوية منازعات عقود الاستثمار.

صعوبات البحث:

إن الصعوبات التي واجهتنا أثناء إنجاز هذا البحث، لا تختلف في جوهرها عن تلك المألوفة لدى جل الباحثين، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- ندرة المراجع الحديثة المتعلقة بصميم الموضوع، وصعوبة الحصول عليها.

2- بالإضافة إلى الصعوبات المادية العديدة التي كانت تعترضني من حين إلى آخر أثناء البحث.

تقسيمات الموضوع:

ولغرض الوصول إلى هذا الأهداف الرئيسية للبحث فقد قمنا بتقسيم موضوع دراستنا، وذلك بحسب تصور علمي يتخذ صيغة خطة تحليلية ووصفية في آن واحد، إلى خطة ثنائية نبتدأها بمقدمة عامة، بابين يحتوي كل واحد منهما فصلين ونختتمها بخاتمة عامة.

أما **المقدمة العامة** فقد انصبت على تحليل عقود الاستثمار من حيث المفهوم القانوني والاقتصادي، ودراسة الجدوى الاقتصادية للاستثمار الأجنبي في تنمية تجارة واقتصاديات الدول المختلفة، إذا ما أحسن استغلاله وتنظيمه قانونيا.

نتولى في **الباب الأول** دراسة عقود الاستثمار ومنازعاتها بتقسيمه إلى فصلين:

نحاول من خلال الفصل الأول، التطرق إلي المبادئ العامة لعقود الاستثمار، بتقسيمه إلي مبحثين، نخصص المبحث الأول لدراسة قانونية لعقود الاستثمار، حيث نتطرق لماهية عقود الاستثمار والحقوق والالتزامات الناشئة عنها، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة خصوصية عقود الاستثمار المستمدة من أطراف التعاقد، وإدراج شروط خاصة فيها.

وجاء الفصل الثاني تحت عنوان منازعات عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها، والذي قمنا بتقسيمه إلى مبحثين نتولى في الأول منهما دراسة الأسباب المختلفة التي تؤدي إلى قيام منازعات عقود الاستثمار، والتي قد ترجع إلى القوة القاهرة، أو خرق أحد الطرفين الالتزامات المنصوص عليها في العقد، ومن ثم نقوم بتحديد طبيعة هذه المنازعات، أما في المبحث الثاني نقوم بتحديد النظام القانوني واجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار.

ونتناول في **الباب الثاني** بشكل مفصل، دراسة دور المركز الدولي الإكسيد في تسوية منازعات عقود الاستثمار، والذي قمنا بتقسيمه إلى فصلين:

نتناول في الفصل الأول الأسس العامة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بتقسيمه إلى مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى ماهية المركز الدولي ونظامه القانوني وطبيعته القانونية، أما المبحث الثاني فنبحث فيه شروط انعقاد اختصاص المركز الدولي لنظر منازعات عقود الاستثمار، بدءا بالشرط الشكلي مرورا بالشرط الموضوعي وصولا إلى الشرط الشخصي.

ونكرس الفصل الثاني لدراسة الآليات التي يستخدمها المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار، والذي نقسمه بدوره إلى مبحثين، نخصص الأول منهما لآلية التسوية عبر وسيلة التوفيق كوسيلة من الوسائل الودية التي يستخدمها المركز الدولي، ونتطرق في المبحث الثاني لآلية التسوية عبر وسيلة التحكيم.

وختمنا دراستنا **بخاتمة**، أجملنا فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من هذه الدراسة، وقد حرصنا في مناهج هذه الدراسة، الاعتماد بقدر الإمكان على توازن الفصول والمباحث، وأنهينا البابين بخلاصة تعرضنا فيها لأهم النتائج المستخلصة، وبذلك نأمل أن نكون قد وفقنا في اختيار الموضوع وأعطيناه حقه.

البـــاب الأول

عقـود الاستثمــار ومنازعاتـــها

الباب الأول

عقود الاستثمار ومنازعاتها

تمهيد:

عندما تنزل الدولة إلى ميدان التجارة الدولية كشخص عام من أشخاص القانون الدولي العام، بل أهم أشخاص هذا القانون على الإطلاق، فهي تهدف من ذلك أولا، دفع عجلة التنمية على جميع مساراتها، ثانيا زيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها كمصدر هام من مصادر التمويل الخارجي.

ونتيجة لذلك، تزايدت اتفاقيات التنمية الاقتصادية بين الدول وتم التوسع في حجم المبادلات التجارية الدولية، مما حفز المستثمرين التابعين لتلك الدول على القدوم بأموالهم لإقامة مشروعاتهم الاستثمارية في الدول الراغبة في النمو، والتي تعد في حاجة ماسة لتلك الاستثمارات.

ولم تنحصر مجالات الاستثمار في قطاعات معينة أو محددة، بل تنوعت تلك المجالات فشملت الاستثمار في قطاع البترول، قطاع التعدين، الإنشاءات والخدمات، التكنولوجيا، والتصنيع، إلى غير ذلك من المجالات التي تريدها الدول المضيفة لهذه الاستثمارات.

إذا كان لعقود الاستثمار أهمية بالنسبة لاقتصاديات الدول الغنية سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، فإن لهذه العقود أهمية قصوى بالنسبة للدول الآخذة في النمو، إذ أنها تعد في الكثير من الأحيان الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدول، وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة، على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق الخطة الاقتصادية للدول الآخذة في النمو، والخروج بهذه الدول من عالم التخلف إلى عالم التقدم.

وكما أشرنا، أنه من الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وإن ظهرت حسنة في بدايتها، إلا أنها سرعان ما تتبدل نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين، وهو ما ينجم عنه ظهور منازعات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

ومنه فقد ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو الآتي بيانه:

الفصل الأول: المبادئ العامة لعقود الاستثمار.

الفصل الثاني: منازعات عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها.

الفصل الأول

المبادئ العامة لعقود الاستثمار

إن عقود الاستثمار المتجلية في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، هي تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ويلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة، لاستغلالها في مشرعات على أراضيها.

وتتعدد نماذج هذه العقود، بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية، و ذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة الربح للمستثمر الأجنبي، والغالب أن تكون مدة العقد طويلة نسبيا، وهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار.

ولدراسة المبادئ العامة لعقود الاستثمار، قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: دراسة قانونية لعقود الاستثمار.

المبحث الثاني: خصوصية عقود الاستثمار.

المبحث الأول: دراسة قانونية لعقود الاستثمار

نتعرض للدراسة القانونية لعقود الاستثمار، من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية عقود الاستثمار.

المطلب الثاني: الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الاستثمار.

بحيث نتناول هذين المطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية عقود الاستثمار

الاستثمار من الناحية الاقتصادية، هو الإنفاق المالي أو العيني المستخدم في مجال اقتصادي معين بغض النظر عن طابعه الإنتاجي واللإنتاجي، والاستثمار الرأسمالي الذي يعتبر أهم أنواع الاستثمار، هو الإضافات الجديدة إلى قيمة الأموال الرأسمالية، بغرض تكوين طاقات إنتاجية موجودة أصلا في المجتمع أو تجديدها أو للزيادة في المخزون من المواد الخام أو السلع.

وفيما يلي سنتعرض في هذا المطلب، إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: المفاهيم الأساسية لعقود الاستثمار.

الفرع الثاني: أشكال عقود الاستثمار.

الفرع الأول: المفاهيم الأساسية لعقود الاستثمار.

إن القضاء الحديث لم يعد يكتفي بخصوص عقود التجارة الدولية بتوافر المعيار القانوني التقليدي، الذي يكشف عن دولية الروابط العقدية أسوة بغيرها من الروابط القانونية الخاصة بصفة عامة، والذي يقتضي تضمنها لعنصر أجنبي أو أكثر، إنما قد تطلب في شأن هذه العقود أيضا أن تتعلق بمصالح التجارة الدولية، بأن تتعدى آثارها إطار الاقتصاد الوطني بما تؤدي إليه من انتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود[1].

الأمر الذي يجعل هذه العقود والدور الذي تؤديه في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية محلا جديرا بالبحث والدراسة والتقصي.

تتضمن خطة التنمية في كل دولة النهوض بمشروعات، بعضها يتمثل في تشييد أعمال البناء أو العقارات سواء تمثل في بناء بسيط أو مركب مثل الفنادق التي تسلم على هيئة تسليم المفتاح وبعضها يتمثل في مشروعات الهندسة المدنية كشق الطرق أو مد السكك الحديدية وإقامة الجسور والمطارات والأنفاق وغيرها من أشغال الهندسة المدنية المعروفة، بينما يتمثل البعض الآخر في تشييد المشروعات الصناعية الأخرى كشبكات الاتصال والمفاعلات النووية والوحدات الكيميائية والتشييدات الميكانيكية والكهربائية والمصانع الكاملة، ويطلق بصفة عامة على العقود التي تنفذ من خلالها هذه المشروعات اصطلاح العقود الدولية للاستثمار[2].

وعلى هذا الأساس، يمكن أن نضع تعريف عام واسع لعقود الاستثمار الدولية، من خلال مجموعة من التعاريف التالية:

أولا: التعريف الفقهي لعقود الاستثمار.

ومن بين تعريفات هؤلاء الفقهاء نجد:

1- الدكتور أحمد حسان الغندور:

يعرف الدكتور أحمد حسان الغندور العقود الدولية للاستثمار بأنها: "العقود التي تبرم في الغالب بين طرف وطني(الدولة أو أحد الأشخاص العامة) وطرف خاص أجنبي حيث يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما كأعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني وقد يتمثل الأجر في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزع بينهم أرباحه وخسائره".

1- د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 08.

2- أحمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، 2007، ص 19.

وقد اعتمد استخدام مصطلح (العقود) وليس العقد على أساس أن العمليات الدولية للاستثمار لا تبرم ولا تنفذ عادة من خلال عقد واحد له نظام قانوني واحد وإنما تبرم وتنفذ من خلال صور وأشكال تعاقدية مختلفة متعددة ومتنوعة.

ومن ثم فإن لها نظام قانوني متنوع ومتغير بحسب تنوع العناصر التي تدخل في تكوين هذه العقود[1].

2- يعرف بعض الفقهاء عقود الاستثمار:

بأنها تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ويلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها، وتتعدد نماذج هذه العقود بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية، وذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر الأجنبي، والغالب أن تكون مدة العقد طويلة نسبيا، وهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار[2].

3- تعريف الجانب الآخر من الفقه لعقود الاستثمار:

يميل جانب آخر من الفقه، إلى تعريف عقود الاستثمار كما يلي: "هي عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى".

وتتعلق هذه العقود مثلا ببناء مجمع صناعي يكون مصحوبا عادة باتفاق المساعدة الفنية، فقد ينصب موضوع العقد على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية، وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية وتحتم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبيا.

وتساهم هذه العقود في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة، عن طريق المساعدة الاقتصادية والفنية والمالية الأجنبية للدولة المضيفة التي تتمركز على أرضها هذه الاستثمارات[3].

المشروع بمعناه العام، عبارة عن عملية ربط وتنظيم بين النشاط البشري والأموال عن طريق التنظيم والإدارة الفنية، من أجل تحقيق أهداف اقتصادية محددة.

1- أحمد حسان مطاوع، المرجع السابق، ص 70.

2- د. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 08.

3- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 30-31.

4- تعريف الأستاذ إبراهيم شحاتة لعقود الاستثمار:

عرف أيضا الأستاذ إبراهيم شحاتة عقود الاستثمار، بأنها: "تلك المشروعات التي تشترك فيها الدولة مع المستثمر الأجنبي بقصد ممارسة نشاط اقتصادي يعود بالنفع على جميع الشركاء، ويحتاج في العادة إلى استثمار طويل الأجل وتنظيم مستمر[1]".

5- ويعرف جانب آخر من الفقه عقود الاستثمار:

بأنها: "تلك العقود التي يكون أحد طرفيها دولة راغبة في النمو أو أحد أجهزتها العامة والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى سواء كانت هذه الأشخاص أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا اعتباريين ويكون موضوع تلك العقود المساهمة في عملية التنمية".

إلا أن ما يؤخذ على هذا التعريف، أنه يستخدم مصطلحات غير مستقرة وليس لها معنى قانوني محدد، فهو يستلزم أن تكون هذه العقود بين دولة راغبة في النمو وطرف أجنبي على الرغم من أن فكرة الدولة الراغبة في النمو لم يستطع القانون في صورته الحالية أن يضع معيارا محددا لها[2].

أما الجزء الخاص بالمساهمة في عملية التنمية، فإن العقود تشمل العقود ذات النطاق الواسع والتي تتم في إطار خطة تحدد أولويات الدولة في التنمية الاقتصادية، وبذلك تشمل العقود التي تمس القطاع الأولي (استغلال الموارد الأولية)[3] أو القطاع الثانوي (الأجهزة الصناعية الثقيلة أو مجال تقديم الخدمات).

ثانيا: تعريف عقود الاستثمار في إطار الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية.

عرفت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية[4]، عقود استثمار رأس المال العربي بـ: "استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية، بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي، أو تحويله إليها لذلك الغرض" [5].

1- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002، ص 33-41.

2- معايير تحديد مستوى التنمية:

أ- معايير مجردة مثل: الناتج القومي – الخصائص الديموغرافية- نسبة رأس المال إلى الناتج الداخلي الإجمالي – نسبة الادخار القومي بالنسبة للإنتاج الداخلي- نسبة الحصة الغذائية اليومية- مستوى التصنيع- توزيع الصادرات- نسبة الأمية- نسبة استهلاك الطاقة.

ب- إعداد القوائم حيث تقوم المنظمات الدولية بإعداد قوائم بالدول النامية المستحقة والمساعدات والتي يلزم إعفاؤها من الالتزامات.

3- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، "دراسة انتقاديه"، مكتبة النصر، القاهرة، 1991 ص 18.

4- تم التوقيع على هذا الاتفاق، في عمان، نوفمبر 1980، وقد أصبحت نافذة في سبتمبر 1981.

5- أحمد حسان مطاوع، المرجع السابق، ص 82.

الفرع الثاني: أشكال عقود الاستثمار

تتميز عقود الاستثمار بالطبيعة الفنية، وذلك نظرا لارتباط تلك العقود بالمجال الاستثماري التي أبرمت في نطاقه، كما تتسم هذه العقود بتعددها وتنوعها، وذلك بالنظر إلى المجال الذي تنصب عليه هذه العقود، إذ تشمل عقود الاستثمار عقود امتياز البترول، عقود نقل التكنولوجيا وأيضا جانب من عقود التشييد والبناء، إلى غير ذلك من العقود التي تسهم إلى حد كبير في مجالات التنمية في الدول الراغبة في النمو.

وفيما يلي نسلط الضوء على أهم هذه الأشكال التي تختلف طبيعة كل شكل منها عن الآخر، وهذا على النحو التالي بيانه:

أولا: عقود امتياز البترول.

تعتبر عقود امتياز البترول من أهم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدول أخرى، فترجع أهمية هذه العقود في أنها أولى عقود الاستثمار من ناحية الترتيب الزمني، ومن ناحية أخرى فإن صراع المصالح بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتعاملة في هذا المجال كان العامل الأساسي الذي نجم عنه تطور عقود الامتياز من شكلها التقليدي (عقود الامتياز) إلى عقود المشاركة وعقود المشروعات المشتركة Joint Venture Project [1].

وعقد الامتياز "هو التصرف الذي بواسطته تمنح الدولة المشروع الأجنبي حقا خالصا وقاصرا على البحث في إقليمها عن البترول واستخدامه واستغلاله وذلك خلال فترة زمنية محددة".

انطلاقا من هذا التعريف، فإن عقد الامتياز هو من أعمال السيادة التي تقوم بها الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها، وبموجبه يمنح شخص ما (طبيعي أو معنوي) حقا دون سواه، ويسمى هذا الشخص بصاحب الامتياز.

ونتيجة لكثرة استخدامه في اتفاقيات البترول، أصبح مصطلح امتياز رديفا لهذه الاتفاقيات، وصار أي حديث عن الامتيازات قرينا باتفاقيات شركات النفط مع الدول المنتجة، ومعظم كتب الفقه القانوني تعالج موضوع الامتيازات حصرا في إطار دراستها لاتفاقيات البترول[2].

1- الصورة التقليدية لعقود امتياز البترول:

ويتميز عقد الامتياز في صورته التقليدية بأنه يخول للمستفيد من الامتياز حقا في ملكية المواد المستخرجة من الأرض وما ينجم عن حق الملكية من القدرة على التصرف فيها دون قيود[3].

1- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008، ص 88-89.

2- أ. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص45.

3- أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقات في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة 1975، ص 320.

وجدت الشركات الأوروبية والأمريكية في علاقتها بالعالم الثالث عدم اكتمال تلك الدول وجهها التام بشؤون البترول، فرصة سانحة للحصول على البترول بمقابل رمزي، ولقد وجدت تلك الشركات بالتنسيق فيما بينها أن اتفاقيات الاستثمار التقليدية هي الأداة القانونية المناسبة لتحقيق ذلك الغرض، ولعل ذلك هو السبب الرئيس، في أن كافة الاتفاقيات البترولية التي أبرمت بين شركات البترول ودول العالم الثالث المالكة لمصادر البترول منذ نهاية القرن الماضي وبداية القرن الحالي، كانت دون استثناء عبارة عن اتفاقيات امتياز تقليدية.

ولما كانت هذه العقود قد أبرمت في ظل ظروف اقتصادية واجتماعية مكنت الشركات الأجنبية من الاستفادة القصوى في أقل فترة زمنية ممكنة، فإنه مع تغير الظروف السياسية الاقتصادية والاجتماعية للدول المنتجة للبترول، لم تعد هذه العقود صالحة لحكم العلاقات المستمرة بين كل الدول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها.

ولذا كان من الطبيعي أن يتم تعديل هذه العقود، على نحو يحقق مصالح كل من الأطراف المتعاقدة ويحول دون اتساع الهوة التي تفصل بين الدول النامية والدول الصناعية.

2- الصورة الحديثة لعقود امتياز البترول:

تبدأ مرحلة التغيرات الكبرى في العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية بصدور القانون الفنزويلي 1948، والذي كرس مبدأ تقسيم الأرباح الناجمة عن النشاط في مجال البترول بين الشركات الأجنبية والدول المنتجة بالتساوي.

ولقد ساعد النجاح الذي لقاه إعمال هذا القانون إلى دفع الدول الأخرى المنتجة للبترول في منطقة الشرق الأوسط إلى المطالبة بإعمال ذات المبدأ، كما أدى اكتشاف البترول في العديد من الدول[1] إلى نشأة منظمة الدول المصدرة للبترول[2].

1- من بين هذه الدول، نذكر على سبيل المثال: ليبيا- الجزائر- نيجيريا.

2- هذه المنظمة، من شأنها أن تهدف إلى حماية المصادر المالية لأعضائها، فطالبت عام 1968، بأن يتم تحديد سعر البترول بواسطة الدول المنتجة له، ومساهمة هذه الدول في رأس مال الشركات استخراج البترول، وضرورة بدئ المفاوضات بين الدول المنتجة والشركات متعاملة لتعديل العقود المبرمة بينهما.

والواقع أن مساهمة الدول المنتجة للبترول في رأس مال الشركات الأجنبية، كان بمثابة الحل الوحيد المطروح في تلك الفترة، والبديل عن التأميم.

ومع بداية السبعينيات، تطورت العلاقة التعاقدية بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، وانتهى الأمر بخضوع كافة عمليات البترول وتكريره التي تتم على إقليم الدولة المنتجة للبترول لسيطرتها الكاملة، وعلى الرغم من اختفائها من الساحة التعاقدية على نحو كامل، فإن عقود امتياز البترول تركت المجال لأشكال تعاقدية أخرى لتحل محلها مثل عقود الخدمات والوكالة والمشروعات المشتركة، واقتسام الأرباح، مما أدى إلى تخطي مرحلة عقود الامتياز إلى مرحلة العقود المسماة بعقود التنمية الاقتصادية.أنظر في ذات المعنى: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، من ص 175 إلى ص 182.

ثانيا: عقود المشاركة.

تهدف هذه العقود إلى تحقيق نوع من التشارك بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتخصصة في عمليات الاكتشاف والاستخراج والاستغلال، وذلك إما عن طريق إنشاء شركة تشتمل على مشروع مشترك لا يتمتع بالشخصي الاعتبارية، ويجوز لكل طرف من الأطراف المشاركة التصرف فيه عن طريق هذه الشركة بشكل مستقل لصالح الطرف الممثل له.

وقد ينصب محل المشاركة على عمليات الاستكشاف والإنتاج فقط، وقد يمتد ليشمل أيضا كل العمليات الخاصة بالتسويق، ويعود ذلك بالنفع على الدول المضيفة من خلال الشركات الوطنية المنشأة لهذا الغرض عن طريق إكساب العاملين الوطنيين للخبرات الفنية في مجال البترول والاستفادة من الإمكانات المتاحة للمشروع الأجنبي في شأن تسويق البترول ومنتجاته وذلك دون أن تتحمل تلك الدول النفقات الباهظة التي يفقها المشروع وبخاصة في مجال الأبحاث[1]، إذن فطبيعة المشاركة تنحصر في الاكتشاف والإنتاج، إنتاج مواد الطاقة المستخرجة من البترول أو في التسويق.

ثالثا: عقود المقاولة.

ويقصد بهذا النوع من العقود، تلك العقود التي بواسطتها تخول شركة وطنية لدولة منتجة للبترول مشروعا أجنبيا، القيام بأعمال البحث عن حقوق البترول واستغلالها لحساب هذه الشركة الوطنية مع بقاء الملكية الكاملة للدولة.

وهناك شكلان لعقود المقاولة، الأول أن تمنح الشركة الوطنية المشروع الأجنبي الحق في حالة تحقق الإنتاج للتسويق التجاري جزءا من الكميات المنتجة لتسويقها لصالحه، الثاني ويرتبط بعقود المساعدة الفنية والتي يساهم فيها المشروع الأجنبي بتحقيق بعض الأعمال ويحصل في مقابل ذلك على نفقاته للقيام بهذه الأعمال[2] وذلك بغض النظر عن النتائج الملموسة للاستغلال[3].

يتضح مما سبق، أنه حتى في المجال الواحد والمتعلق بمجال الاستثمار في نطاق البترول، نجد أن طبيعة كل نطاق من النطاقات المشار إليها تختلف في طبيعتها الفنية عن غيره، فعلى سبيل المثال في نطاق عقود امتياز البترول تقتصر شروط التعاقد على حصر حق البحث والاستخراج والاستغلال في خلال فترة زمنية محددة للطرف الأجنبي دون أن يكون للدولة المتعاقدة أية حقوق في الأمور المتعاقد عليها مع الطرف الأجنبي، وبالتالي فالمنازعات التي تنشأ عن مثل هذا النوع من الارتباط تختص بخرق هذا الالتزام من جانب الدولة المضيفة أو بحرمان الطرف الأجنبي من حقه المشار إليه في التعاقد المبرم بينه وبين الدولة المتعاقدة.

1- أحمد عشوش، المرجع السابق، ص 322.

2- منها: مقاولات التشييد والبناء، وهي العقود التي تبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاعتبارية وطرف أجتبي يلتزم بمقتضاها بتنفيذ العمليات الإنشائية مقابل أجر مثل بناء المطارات والموانئ.

3- حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 187.

أما في نطاق عقود المشاركة فالأمر يختلف عن السابق، فالحق في حالة المشاركة ينصف بين الدولة والطرف الأجنبي وليس هو حق حصري لأي منهم، فكلا الطرفين شريك في الأعباء والأرباح، وبالتالي فالمنازعات التي تنشأ على هذا النوع من العقود فتقع نتيجة لخرق أي من الطرفين للالتزامات الملقاة على عاتقه أو سلبه لأي من حقوق الطرف الآخر.

أما في نطاق عقود المقاولة فالأمر يختلف أيضا عن سابقيه، فالأمر في عقود المقاولة لا يعد المستثمر الأجنبي أكثر من أداة لتنفيذ ما تراه الدولة وأجهزتها العامة من اشتراطات لتنفيذ الشروط المتفق عليها بينهما، وبالتالي فالمنازعات التي تنشأ بين الطرفين تختص بتنفيذ أو عدم تنفيذ الطرف الأجنبي لالتزاماته أو عدم قيام الدولة بالوفاء بمستحقات الطرف الأجنبي عما قام به من أعمال.

لا يقتصر الاختلاف على نطاقات المجال الواحد، قطاع البترول، بل يمتد إلى المجالات الأخرى والتي لا تتصل بمجال استخراج البترول، على سبيل المثال قطاع المقاولات العامة، قطاع خدمات، قطاع المساعدة الفنية، عقود نقل التكنولوجيا، عقود تسليم المفتاح وعقود تسليم المنتج باليد، وفيما يلي تعرض الدراسة توضيحا مبسطا لما تتسم به طبيعة كل من هذه المجالات، لبيان الطبيعة الفنية لكل منهم والتي تميزه عن غيره من المجالات الأخرى.

ثالثا: عقد التسيير.

تجد البلاد النامية نفسها عاجزة عن التسيير الناجع للمشاريع الاقتصادية، فتلجأ قبل تكوين خبرة لها في الميدان إلى إبرام عقود تسيير مع المتعامل الأجنبي، بحيث يتعهد هذا الأخير بتسيير المشروع أو الشركة للبلد النامي مع القيام بتكوين العمال المحليين في مجالات التسيير ونقل سلطة التسيير إلى الشريك في البلد النامي بعد فترة محددة اتفاقيا.

كما قد يلجأ الشريك المحلي إلى مستشرين مستقلين لمتابعة نشاطات شركة التسيير، وقد يستفيد المحليون، في مثل هذه العقود، من مسائل معنوية، كسمعة الشركة الأجنبية، ومن قدراتها على الابتياع في الأسواق العالمية، التي لها خبرة بها طبعا، وبما فيها من رأس المال، وكذلك يستفيد الشريك المحلي من التسهيلات التي تتمتع بها الشركة المسيرة في الحصول على التمويل[1].

رابعا: عقود المساعدة الفنية و نقل التكنولوجيا.

وهي العقود التي يتم بمقتضاها الاتفاق على أن يقوم الطرف الأجنبي (المستثمر) بتزويد الدولة المضيفة بالفنيين اللازمين لتدريب الأفراد على استخدام الأجهزة والآلات الحديثة تقنيا في عملية الإنتاج

1- د. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية "التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات" دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 38

وطرق إصلاحها وصيانتها وتدريبهم على إدارة المشروع بالأساليب الفنية الحديثة، أو يقوم المستثمر بنقل أحدث والوسائل التكنولوجية وذلك لاستخدامها في المجالات المساهمة في عمليات التنمية[1].

خامسا: عقود تسليم المفتاح.

وهي العقود التي يلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بإقامة منشأة صناعية وتسليمها جاهزة للتشغيل والإنتاج إلى الدولة المتعاقد معه، وتتضمن هذه النوعية من العقود حتمي انتقال المعارف الفنية، ذلك الانتقال الذي يتم من خلال تقديم الفنيين والإداريين والقائمين على إنشاء المنشأة الصناعية للأساليب الفنية الحديثة وقيامهم بتدريب العاملين الوطنيين على تشغيل المنشأة وصيانتها، والأصل أن تنتهي التزامات الطرف الأجنبي المتعاقد بإتمام العمليات الخاصة بتشييد المنشأة وتركيب الآلات والأجهزة وتجربتها وإعداد المصنع للتشغيل[2].

سادسا: عقود تسليم المنتج باليد.

قد أظهرت الممارسات العملية نوعا أخر من العقود بالإضافة إلى عقود تسليم المفتاح، وفيها يلتزم الطرف الأجنبي، بالإضافة إلى ما سبق، بتقديم المعونة الفنية وتدريب العمالة الوطنية حتى تكتمل قدرتها على التشغيل والإنتاج على نحو أفضل وقد تمتد التزامات الطرف الأجنبي إلى تدريب العمالة الوطنية على التشغيل والإنتاج والتسويق، ويسمى هذا العقد بعقد تسليم المنتج في اليد[3].

وعلى الرغم من اختلاف الطبيعة الفنية لمجالات الاستثمار من مجال إلى آخر، إلا أنها تلتقي تحت لواء هدف واحد وذلك بالنسبة للدول الراغبة في النمو، وهو أن الباعث وراء هذه العقود جميعها هو تحقيق التنمية الاقتصادية الاجتماعية للدولة المضيفة، أما بالنسبة للطرف الأجنبي المتعاقد معها فتتباين الأسباب التي تدفعه لإبرام هذه النوعية من العقود، فبعد أن كان تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح المترتبة على إبرام هذه العقود هو الهدف الذي يأتي في المقام الأول، فنتيجة لتغيير الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للدول المتعاقدة تطور هذا الهدف إلى المساهمة والمشاركة في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة المضيفة والحصول في نفس الوقت على الأرباح الناتجة عن تلك المساهمة والمشاركة، كما أن الأهداف الإستراتيجية لدول جنسية المستثمرين تلعب دورا هاما وحيويا في توجيه وتشجيع تلك الاستثمارات[4].

يتضح مما تقدم، الاختلاف في الطبيعة الفنية لكل مجال من المجالات السابقة، وبالتالي سوف تختلف الشروط التعاقدية الخاصة بكل منها، فيصير لكل مجال عقوده التي تميزه بطبيعتها عن سائر المجالات بعقودها وطبائعها المختلفة.

1- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 36

2- نصيرة بوجمعة مهدى، عقود نقل التكنولوجيا في المجال التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 208.

3- Salem,M,Samson,N, "Les Contrats Clé en Main et Les Contrats Produit en Main", Paris, Litec Paris, 1989, p 44.

4- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 172- 173.

ونتيجة لتعدد وتنوع هذه المجالات، تعددت العقود الخاصة به،ا وبالتالي تعددت وتنوعت أشكال المنازعات الاستثمارية الناجمة عنها، والتي تتميز جميعها بالطابع الفني الخاص بكل مجال من هذه المجالات، مما أدى بدوره إلى زيادة التعقيد والتركيب في الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار، مما يجعلها في حاجة ماسة إلى محكمين يتمتعون بالكفاءة والقدرة الفنية التي تتلائم والفصل في مثل هذا النوع من المنازعات، التي تتمتع بالطبيعة الفنية المعقدة والمركبة.

أيضا يغلب على هذه المنازعات الطابع الاقتصادي يسير جنبا إلى جنب مع الطابع الفني للمنازعة، ذلك أن المستثمر لا يقدم على القيام بالعمل في المجالات السابقة دون مقابل مادي، فهو أولا وأخيرا يبحث عن الربح، ويحاول جاهدا القيام بالأعمال الخدمات التي تساعده على تحقيق هدفه.

المطلب الثاني: الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الاستثمار

تنشأ العقود المبرمة بين الدولة والأطراف الأجنبية المتعاقدة معها مجموعة من الحقوق والالتزامات على عاتق أطرافها، شأنها في ذلك شأن العقود المبرمة بين الأطراف المتعاملة في إطار العلاقات التجارية الدولية، إلا أن الحقوق والالتزامات التي تنشئها عقود الاستثمار تختلف عن غيرها من الحقوق الالتزامات الخاصة بمعاملات الدولية، مما يضفي خصوصية على العقود المنشئة لهذه الالتزامات.

وتختلف الحقوق والالتزامات تبعا لاختلاف نوع العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معها، فعقود الامتياز المبرمة في إطار استغلال الثروات المعدنية تنشئ على عاتق أطرافها التزامات، تختلف بالضرورة عن الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقود البناء التشييد، مع ذلك وعلى الرغم من الاختلاف الملحوظ والطبيعي في الحقوق والالتزامات عن كل نوعية من هذه العقود، فإنه مع ذلك يظل صحيحا أن هذه العقود أيا كان نوعها وطبيعتها تمنح أطرافها قدرا من الحقوق، كما تنشئ على عاتقهم مجموعة من الالتزامات ذات الطبيعة العامة والمشتركة، على نحو يمكن القول معه أن هذه الحقوق والالتزامات تتواجد في معظم عقود الاستثمار بغض النظر عن نوعية هذه العقود[1].

وعليه، نحاول أن نوضح بعضا من هذه الحقوق والالتزامات، التي تنشئها عقود الاستثمار في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الحقوق والالتزامات الخاصة بالدولة المضيفة.

الفرع الثاني: الحقوق والالتزامات الخاصة بالمستثمر الأجنبي.

الفرع الأول: الحقوق والالتزامات الخاصة بالدولة المضيفة.

تمنح عقود الاستثمار عدة حقوق والتزامات للدولة المضيفة، يكمن بيانها كالتالي:

1- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، درا النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 90.
أنظر كذلك: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 204-205.

أولا: حقوق الدولة المضيفة بموجب عقد الاستثمار.

تمنح عقود الاستثمار عدة حقوق للدولة المتعاقدة من أهمها:

1- الحق في الإشراف والرقابة:

تتضمن عقود الاستثمار نصوصا تعطى للدولة المتعاقدة الحق في ممارسة نوعا من الرقابة والإشراف على عمليات الشركات الأجنبية المتعاقدة وأنشطتها، وذلك حتى تتأكد الدولة من قيام الشركة بأداء التزاماتها، وفقا لما هو متفق عليه في العقد، فقد نصت هذه العقود على عدة وسائل من أجل قيام الدولة بمهم الإشراف والرقابة عليها[1].

فكما تملك الدولة الحق في الوضع ما تشاء من القواعد والقيود المنظمة لاكتساب الأجانب لحقوق ملكية واستثمار الأموال داخل إقليمها، فإنها أيضا تملك سلطة فرض القواعد الكفيلة بإحكام الرقابة الحكومية على ممارسة هذه الحقوق داخل حدودها، وبالقدر المناسب لتحقيق أهداف الدولة ومصالحها الوطنية، وغالبا ما تمارس الدولة هذه السلطات على المشروعات الاستثمارية بهدف الوقوف على مجريات الأمور داخلها، والتدخل عند اللزوم لمنع ما من شأنه الإضرار بالمصالح الاقتصادية للدولة، كما تستخدم الدولة الرقابة الحكومية على الاستثمارات الأجنبية الخاصة لضمان عدم سيطرة العناصر الأجنبية على اقتصادها الوطني، فتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة لا يعني إطلاق يد المستثمرين الأجانب بغير حدود، وإنما يجب أن يتم بهدف التواصل إلى نتائج محددة لا يجوز السماح بتجاوزها، كما أن الفوائد التي يجنيها الاقتصاد الوطني من زيادة رأس المال الأجنبي الخاص الوافد إليها ليست هي الاعتبار الوحيد في هذا الخصوص، وإنما يجب على الدولة أن تراعي أمن وسلامة أراضيها، وأن لا تسمح للاستثمارات الأجنبية الخاصة بالمساس تماما أو السيطرة على ثرواتها الاقتصادية الوطنية، أو إحلال منافسة غير متكافئة، أو غير مرغوب فيها مع رأس المال الوطني أو الخبرات والأيدي العاملة الوطنية.

ولقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في فرض رقابة حكومية على الاستثمارات الأجنبية في إقليمها، عندما نصت في قراراها رقم (2158) في فبراير عام (1966)، على أنها تأخذ في اعتبارها حقيقة أن رأس المال الأجنبي، سواء كان عاما أو خاصا، القادم بناء على طلب الدول الراغبة في النمو، يمكن أن يلعب دورا هاما في عملية التنمية، بالإضافة إلى دعمه للمجهودات التي تبذلها الدولة الراغبة في النمو في استغلال وتنمية مواردها الطبيعية، بشرط وجود رقابة حكومية على نشاط رأس المال الأجنبي للتأكد من استخدامه لمصلحة الدولة الراغبة في النمو.

وتختلف صور الرقابة الحكومية على الاستثمارات الأجنبية، كما قد يختلف مداها وأهدافها من دول إلى أخرى، وذلك طبقا للظروف السائدة في كل دولة.

1- سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 104- 105، ومن أمثلة ذلك العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية و الهيئة العامة للبترول وشركة كونوكو بلاسيد في 1974/07/28، والعقد المبرم بين السعودية وشركة الباسفيك عام 1949.

وتنقسم الرقابة الحكومية في صورها إلى رقابة حكومية خارجية ورقابة حكومية داخلية:

أ- الرقابة الحكومية الخارجية:

يطلق على هذا النمط من الرقابة والإشراف الحكومي على المشروعات الأجنبية تسمية (الرقابة الحكومي الخارجية)، نتيجة لأن الحكومات التي تمارس هذا النوع من الرقابة تراقب المشروعات الاستثمارية الأجنبية داخل أقاليمها، وتشرف عليها بواسطة هيئات ولجان حكومية لا تربطها بالمشروع أية صلة، إلا ما يخوله لها القانون من سلطة الإشراف والرقابة عليه، وتنقسم الرقابة الخارجية إلى قسمين:

*** رقابة خارجية أولية:**

وتمارس هذه النوعية من الرقابة، هيئات أو لجان حكومية مشكلة لهذا الغرض، وتكون وظيفتها فحص الطلبات المقدمة من المستثمرين الأجانب، وذلك للتصريح لهم بالبدء في تنفيذ مشروع استثماري جديد أو التوسع في مشروع استثماري قائم، وتتحقق هذه اللجان والهيئات قبل موافقتها من توافر الشروط والمتطلبات التي تستلزمها القوانين الداخلية في المشروع الاستثماري الجديد[1].

*** رقابة حكومية خارجية مستمرة:**

لا تحقق الرقابة الحكومية الخارجية التي تمارسها بعض حكومات الدول المضيفة على الاستثمارات الأجنبية الخاصة أغراضها إذا اقتصرت على موافقة الجهة الحكومية المختصة على البدء في تنفيذ المشروع، أو على انتفاعه بالمزايا الاقتصادية الواردة في قانون تشجيع الاستثمار بعد التحقق من توافر المتطلبات اللازمة، وإنما يجب أن تستمر الرقابة على تشغيل المشروع الأجنبي لضمان استمراره في عملياته الاستثمارية بالشروط التي منح الموافقة الحكومية على أساسها، وعدم إتيانه لتصرفات يمكن أن تسبب أضرارا للأهداف المرجوة من الرقابة، وتأكيدا لاستمرار التزام الاستثمارية الأجنبية بالقواعد والشروط المتطلبة، قد تنص بعض الدول في قوانينها الاستثمارية عل جزاءات معينة يمكن للسلطات المختصة توقيعها على المشروعات الاستثمارية الأجنبية التي تخل بهذه الواجبات، وقد تصل هذه الجزاءات في بعض الأحيان إلى حد سحب الموافقة على المشروع الاستثماري.

ب- الرقابة الحكومية الداخلية:

وفي هذا النوع من الرقابة، تراقب حكومة الدولة المضيفة المشروع الاستثماري الأجنبي بأجهزة من داخل المشروع، أو بمعنى آخر عن طريق ممثلين لها مشتركين في إدارة المشروع.

ويتحقق هذا النمط من الرقابة الحكومية، عن طريق النص في القوانين الداخلية للدولة المضيفة على عدم السماح للمشروعات الأجنبية في قطاعات اقتصادية معينة داخل البلاد، إلا بعد اشتراك العناصر

1- عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 80-81.

الحكومية الوطنية في رأس المال وإدارة المشروع الأجنبي لما تكفله هذه المساهمة الحكومية الوطنية في رأس المال والإدارة من مراقبة المشروع الأجنبي عن كثب واقتسام ما يحققه من أرباح، ولا يفيد اشتراط مساهمة العناصر الحكومية الوطنية رأس المال وإدارة المشروع الأجنبي الحظر المطلق على المشروعات الأجنبية، وإنما يؤدي إلى تقييد مدى الاشتراك الأجنبي في الملكية والإدارة، وذلك لضمان سيطرة الحكومة الوطنية سيطرة فعلية على المشروع الأجنبي[1].

2- حق الدولة في إنهاء العقد وإلغائه:

ويثور التساؤل عن الحالات التي تجيز للدولة إنهاء العقد أو إلغاؤه دون أن تنعقد مسؤوليتها أما الطرف الأجنبي وأمام دولة جنسيته، ويمكن التمييز هنا بين ثلاث طوائف من العقود:

أ- الطائفة الأولى: لم تعط للدولة الحق في إنهاء العقد، حتى في حالة مخالفة الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها، واكتفت بالنص على أن يكون التعويض هو الجزاء الذي يجب أن يؤديه الطرف الأجنبي لحكومة الدولة المتعاقدة، إذا ما اخل بأي التزام يفرضه عليه العقد.

ب- الطائفة الثانية: وأما هذه الطائفة فقد أجازت للدولة المتعاقدة إنهاء العقد في حالات محددة على سبيل الحصر، من أهمها حالة إخلال الطرف الأجنبي لالتزاماته في الإجراءات المتعلقة بتنفيذ المشروع، أو إخلال بالالتزامات المالية الواجب أدائها لحكومة الدولة المتعاقدة، أو إذا تنازلت عن حقوقها والتزاماتها على وجه مخالف لما هو متفق عليه في العقد.

ج- الطائفة الثالثة: فقد نصت على حق الدولة من حيث المبدأ في إنهاء العقد في حالة مخالفة الطرف الأجنبي المتعاقد لأحكام العقد، وبصفة خاصة إذا قدم هذا الطرف الأجنبي بيانات غير صحيحة، وكان لهذه البيانات اعتبار جوهري في إبرام العقد، أو إذا امتنع عن تنفيذ حكم قضائي صادر عن محاكم الدولة[2].

ثانيا: التزامات الدولة المضيفة بموجب عقد الاستثمار.

لا تمنح عقود الاستثمار الدولة المتعاقدة حقوقا تمثل التزامات على عاتق الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة فقط، بل تنشئ هذه العقود أيضا مجموعة من الالتزامات على عاتق الدولة اتجاه الطرف الأجنبي (المستثمر الأجنبي)، وتتمثل هذه الالتزامات في:

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 97- 98.

2- سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 107.

1- التزام الدولة المتعاقدة بمساعدة المشروع الأجنبي من أجل قيامه بالاستثمار على إقليمها:

وهنا تتعهد الدولة بان تقدم للمشروع الأجنبي كل المساعدات الممكنة من أجل تمركزه على إقليمها، ويتم ذلك عن طريق منحه التراخيص اللازمة الخاصة، كما تقوم بتسهيل تملكه للأراضي المقام عليها المشروع الاستثماري، مع توفير كافة الاحتياجات التي يستلزمها تنفيذ المشروع[1].

حيث يلتزم طرف الدولة المضيفة بتقديم كافة المساعدات الممكنة من الحصول على تراخيص إنشاء المصنع، أو مزاولة النشاط أو كافة الإجراءات المطلوبة من كافة المصالح الحكومية وغير الحكومية داخل إقليم الدولة المضيفة[2].

2- التزام الدولة المتعاقدة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي:

تتضمن عقود الاستثمار عادة شروطا تلزم الدولة المضيفة للاستثمار بتوفير الحماية المناسبة والكافية للاستثمارات التي يقوم بها المستثمر على أراضيها، بل إن الدولة عادة ما تضمن القوانين الخاصة فيها والمتعلقة بتشجيع الاستثمارات على إقليمها نصوصا تقرر تلك الحماية، سواء كانت تلك الحماية مقررة بشكل عام، أو كانت حماية موصوفة بأوصاف خاصة، كأن تكون تلك الحماية الفعالة وأكيدة.

كذلك فأن العمل يجري بين الدول على إبرام المعاهدات سواء كانت ثنائية أو جماعية، بهدف حماية الاستثمارات التي يقوم بهام مواطنو إحدى الدول المتعاقدة على إقليم الدولة المتعاقدة، وعلى سبيل المثال نجد ذلك في القضية الخاصة بالشركة الأسيوية للمنتجات الزراعية AAPL ضد سيريلانكا عام 1987، حيث تقدمت الشركة الأسيوية للمنتجات الزراعية، وهي شركة تمتع بجنسية هونج كونج بطلب إلى المركز الدولي للفصل في المنازعة طالبة الحكم لها بإلزام جمهورية سيريلانكا بتعويضها عن الأضرار التي لحقتها من جراء الهدم الذي لحق بالمنشئات الخاصة بها، والتي كانت القوات المتمردة قد استولت عليها مما اضطر قوات الأمن السريلانكية إلى القيام بعملية عسكرية ضدها من أجل تطهيرها من هذه القوات المتمردة من بين هذه المنشئات التي تم هدمها المركز الرئيسي الإنتاجي للشركة، والتي تتمتع بجنسية دولة سريلانكا والتي قامت الشركة الآسيوية بالاستثمار فيها بناءا على موافقة حكومة سيريلانكا، ولقد أسست الشركة المذكورة طلبها على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدة وحكومة سريلانكا والتي تم مد نطاق أعمالها على هونج كونج ابتداء من 1981/01/14 بناء على تبادل الرسائل بين الدولتين، وتتضمن هذه الاتفاقية نصا عاما يقضي بالحماية الكاملة وتوفير الأمن للاستثمارات التي يقوم بها مواطني إحدى الدول المتعاقدة على إقليم الدولة المتعاقدة كما تتضمن نصوصا تتعلق بطرق التعويض عن الأضرار التي تنجم عن عدم توفير تلك الحماية وأن يتم الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالاستثمار الخاضعة لها عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 236.

2- د. علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011، ص 116.

ولقد استندت المحكمة في حكمها لصالح الشركة الأسيوية بالتعويض على إبراز مبدأ مسؤولية الدولة في حالة إخلالها بالالتزام ببذل العناية المعقولة من أجل حماية الاستثمارات الأجنبية، ذلك المبدأ الذي ارتأت محكمة التحكيم أنه من مبادئ القانون الدولي العام المستقرة قضاءا وفقها.

وانتهت المحكمة إلى أن حكومة سيريلانكا لم تقم بالوفاء بهذا الالتزام ببذل العناية والواقع على عاتقها استنادا إلى عدم قيام القوات المسلحة باتخاذ الإجراءات الضرورية من أجل منع وقوع الدمار الذي لحق بالمنشآت المملوكة للشركة المدعية، ولما كانت المحكمة قد انتهت إلى أن حكومة سيريلانكا لم تقم بالوفاء بهذا الالتزام ببذل العناية الواقع على عاتقها استنادا إلى عدم قيام المسلحة باتخاذ الإجراءات الضرورية من أجل منع وقوع الدمار الذي لحق بالمنشآت المملوكة للشركة المدعية.

ولما كانت المحكمة قد انتهت إلى تقرير مسؤولية دولة سيريلانكا عن الإخلال بالالتزام ببذل العناية المعقولة لحماية الاستثمارات الأجنبية على أرضها للسبب المتقدم، فإنها مع ذلك قررت مسئوليتها فقط عن تعويض الشركة المدعية عن الأضرار المباشرة والمتمثلة في قيمة الأصول المادية المتعمدة من قبل الشركة المدعية ورفضت تعويضها عن الأصول غير المادية والخسائر الناجمة عن فقد الأرباح المستقبلة[1].

الفرع الثاني: الحقوق والالتزامات الخاصة بالمستثمر الأجنبي.

المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا معنويا، إلا أنه في الحقيقة هو ليس بالشخص الضعيف في العلاقة مع المستفيد من الاستثمار.

وكما تمنح عقود الاستثمار حقوق والتزامات تقع على عاتق الدولة المضيفة، فإنها كذلك تمنح حقوقا والتزامات على عاتق المستثمر الأجنبي، وعليه الالتزام بها،.

ويمكن تناول هذه الحقوق والالتزامات على النحو التالي:

أولا: حقوق المستثمر الأجنبي.

تتمثل حقوق المستثمر الأجنبي في النقاط التالية:

1- حق المستثمر في استخدام الأجانب:

تخول معظم عقود الاستثمار المستثمر الأجنبي من الاستعانة بالفنيين والخبراء والإداريين غير الحاملين لجنسية الدولة المضيفة (الأشخاص الأجانب عن الدولة المضيفة) [2] وذلك لتنفيذ العمليات اللازمة

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 237- 247.

2- عبد الواحد محمد الفار، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتب، بدون تاريخ نشر، ص124.

لمشروع المستثمر، حيث سبق أن بينا أن عقود الاستثمار هي عقود تتعلق بنقل التكنولوجيا، فغالبا ما تكون هذه العناصر غير موجودة بالدولة المضيفة للاستثمار[1].

وتطبيقا لذلك، نجد أن عقود الاستثمار الخاصة بالبترول تنص صراحة بالسماح لمستخدمي صاحب الامتياز (المستثمر الأجنبي) في الدخول إلى إقليم الدولة المضيفة، ويخضع لقوانين الهجرة النافذة في الدولة المضيفة.

فقد نصت المادة 29 من عقد الاستثمار بين الحكومة المصرية وشركة أيني الإيطالية سنة 1963، على: لغير 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].

2- الحق في التمتع بالإعفاءات الجمركية:

خولت معظم عقود الاستثمار الشركات الأجنبية المتعاقدة، الحق في أن تستورد من الخارج جميع المعدات والآلات، وغيرها من الأجهزة والمواد اللازمة لتنفيذ العمليات الموكلة إليها مع الإعفاء من كافة الضرائب والرسوم الجمركية.

3- الحق في التنازل عن العقد:

تتضمن غالبية عقود الاستثمار نصوصا تجيز للشركات الأجنبية الطرف في العقد، من حيث المبدأ أن تتنازل عن كل أو بعض من حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى، سواء كانت تابعة لها أو مستقلة عنها.

ولكن يثار تساؤل هنا عن مدى حق الشركات الأجنبية المتعاقدة في التنازل عن العقد، وهل هو حق مطلق من أية قيود أو شروط، أم أنه حق مقيد بشروط أو قيود يجب توافرها لاستعمال الشركات المتعاقدة لهذا الحق؟

يمكن في هذا الصدد، أن نميز بين طائفتين من العقود:

1- ومن أمثلة هذه العقود: عقد الاستثمار المبرم بين الحكومة المصرية و الشركة الإنجليزية المصرية لآبار الزيوت، وعقد الاستثمار المبرم بين الحكومة السعودية والشركة اليابانية عام 1957، والعقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة الفرنسية أوكسيراب عام 1965، أنظر: أ. طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 102.

2- د. أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، 98، كما نصت المادة 29 من عقد الاستثمار بين الحكومة العراقية وشركة نفط العراق سنة 1965، ونص المادة (08) الفقرة ب من اتفاقية بين الحكومة الكويتية وشركة نفط الكويت سنة 1934، وكذلك المادة (15) الفقرة (03) من اتفاقية الكويت مع شركة شل سنة 1961، والمادة 21 من اتفاقية البترول المبرمة بين المملكة العربية السعودية وشركة جيتي سنة 1949، المرجع السابق، ص 98.

أ- الطائفة الأولى:

وهي طائفة العقود التي تبرمها الدول مع الشركات الأجنبية وقد أجازت للشركات المتعاقدة بأن تتنازل عن كل أو بعض حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى سواء كانت مستقلة عنها أو تابعة لها وذلك بعد الحصول على موافقة كتابية من الحكومة وبعد توافر شروط معينة نصت عليها هذه العقود ذاتها، وعلى الرغم من أن هذه الشروط قد تختلف من عقد لآخر، بيد أن هناك شروطا مشتركة ورد النص عليها في معظم العقود من أهمها:

* لأن تكون الشركة المتعاقدة قد أوفت بكافة التزاماتها الناشئة عن العقد حتى تاريخ طلب التنازل.

* أن تقدم الشركة المتنازل إليها الدليل الذي تقبله حكومة الدولة المتعاقدة على قدرتها المالية.

* أن تشتمل وثيقة التنازل على نصوص تقرر صراحة أن المتنازل إليه يلتزم بكافة الأحكام والشروط الواردة في العقد، وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل.

ب- الطائفة الثانية:

من العقود فقد فقرت بين حالتين، الحالة التي تتنازل فيها الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى مستقلة عنها وحالة تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة تابعة لها واشترطت هذه الطائفة من العقود في الحالة الأولى أن تحصل الشركة المتعاقدة على موافقة حكومة الدولة المتعاقدة مسبقا بينما أجازت في الحالة الثانية للشركة المتعاقدة هذا التنازل بدون حاجة للحصول على الموافقة المسبقة من قبل الحكومة المتعاقدة[1].

ثانيا: التزامات المستثمر الأجنبي.

تتمثل التزامات المستثمر الأجنبي بمقتضى عقد الاستثمار المبرم بينه وبين الدولة المضيفة لاستثماره في النقاط التالية:

1- التزام المشروع الأجنبي بما يعرف بالحد الأدنى من الاستثمار:

عادة ما تفرض الدولة على المشروع الأجنبي المتعاقدة معها الالتزام بضرورة القيام باستثمارات محددة يتم تعيين مقدارها في خلال مدة معينة يتفق عليها طرفا المشروع الاستثماري (الدولة والطرف الأجنبي)، والهدف من هذا الالتزام هو تحقيق فعالية الاستثمار وضمان التأكد من أن الهدف الذي تم من اجله السماح للقيام بهذه المشروعات الاستثمارية وهو تنمية اقتصاديات تلك الدول في سبيله إلى التحقق، وعلى سبيل المثال ينص في بعض العقود على أنه في الخمس سنوات الأولى من المشروع أن على المستثمر أن ينجز قدرا معينا من الاستثمارات.

1- سيراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 99 - 100.

2- التزام المستثمر الأجنبي بالتنمية البشرية و تدريب العمالة المحلية:

تتضمن عقود الاستثمار عادة شروطا تلزم المستثمر الأجنبي بالمساهمة في تحقيق ما يعرف بالتنمية البشرية، ويختلف مضمون التزام الطرف الأجنبي بالمساهمة في التنمية البشرية تبعا لدرجة نمو الدولة المتعاقدة، ففي الدولة المتعاقدة التي حققت قدرا ملموسا من النمو الاقتصادي بمقارنتها بالدولة الأكثر تأخرا على الصعيد الاقتصادي نجد أن هذا الالتزام يأخذ شكل التزام تبعا للمساعدة الفنية التي يقوم المشروع الأجنبي بتقديمها ويختلف أيضا مضمون هذا الالتزام تبعا للقيمة الإجمالية للاستثمارات التي يقوم بها المشروع الأجنبي في الدولة المتعاقدة، فالعقود ذات القيمة المالية والاقتصادية الهامة هي التي تنشئ الالتزام بضرورة تحقيق اندماج كامل للعقد في الوسط الاقتصادي والاجتماعي للدولة[1].

ويعد هذان الالتزامان من أهم الالتزامات التي تنشئها عقود الاستثمار، واللذان يقاس مدى نجاح المشروع الاستثماري بمدى قدرته على تحقيق الحد الأدنى من التنمية المنشودة للدول الراغبة في النم وعلى استيعاب القدر الأكبر من العمالة الوطنية وتدريبها على استخدام التقنيات المتطورة للانتفاع بها في تنمية دولهم، فالمستثمر لم يأت إلى الدول المضيفة لاستثماره ليحقق أرباحا طائلة وتعاونه هذه الدول على تحقيق هدفه دون النظر إلى مدى ما تحقق لها من تنمية ومدى إفادة عمالتها الوطنية من هذه الاستثمارات وإلا فما الهدف من هذه الاستثمارات ما لم تساعد شعوب تلك الدول في تحقيق ما تصبو إليه من تنمية وتقدم، ويحق للدولة في حالة عدم الالتزام المشروع الأجنبي بتدريب العمالة الوطنية وثقلها بالأساليب والتقنية المتطورة أن تقرر حرمان المشروع الأجنبي من ميزات أخرى كالإعفاءات الجمركية والضريبية.

3- الالتزام باحترام القواعد الفنية في المجال محل التعاقد:

يلتزم المشروع الأجنبي في تنفيذه للعقد باحترام القواعد الفنية السائدة وما يجري عليه العمل في إطار المعاملات الدولية في مجال التخصص محل التعاقد وهذا ما تحرص عليه معظم عقود الاستثمار حيث تنص صراحة على أن المشروع الأجنبي يجب عليه احترام الشروط الفنية المعمول بها في الدولة والمعترف بها دوليا في مجال التعاقد.

وعلى الرغم من أن هذا الالتزام يمكن مصادقته في عقود التجارة الدولية التقليدية فمع ذلك يظل هذا الالتزام الواقع على عاتق المشروع الأجنبي متميزا عنه إذ أنه إلتزام متفرع من الالتزام الجوهري الملتزم به المشروع الأجنبي، وهو الالتزام بالمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة.

4- الالتزام بإمداد الدولة بأفضل المواد وأكثرها مناسبة للمشروع محل التعاقد واستخدام التكنولوجيا المتطورة:

وهنا يلتزم الطرف الأجنبي بإمداد أفضل المواد اللازمة لتحقيق المشروع محل التعاقد واستخدام التكنولوجيا المتطورة والمتقدمة إذ ينص عادة في عقود الاستثمار على أن يتعهد المشروع الأجنبي القائم

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 208-234.

بالمشروع الاستثماري أن يكون التقييم العام له متماشيا مع المستويات الأكثر حداثة المستخدمة في مجال التعاقد، وقد يؤدي مستوى الجودة المتفق عليه بين الأطراف إلى إثارة الكثير من المشكلات بين الدولة وهذا الطرف الأجنبي.

5- التزام المستثمر الأجنبي بالإعلام والإخبار ومكاشفة الدول بكافة الظروف المحيطة بالموضوعات محل التعاقد:

تمنح عقود الاستثمار الدولة أو الجهاز التابع لها المتعاقد مع المشروع الأجنبي حقا في المعرفة والرقابة الرسمية الدائمة على سير العمليات في المشروع محل التعاقد، ومن هنا فإنه يقع على عاتق المشروع الالتزام بالإعلام والإخبار ويتفرع عنه ضرورة إعطاء المشروع الأجنبي للدولة أو جهازها المنبثق عنها تقارير دورية تفصيلية تتعلق بالحالة التي تسير بها الأعمال وقد ينص في العقد أنه في حالة الإخلال بهذا الالتزام، فإنه يحق للدولة فسخ العقد[1].

المبحث الثاني: خصوصية عقود الاستثمار

على الرغم من اختلاف مجالات الاستثمار، إلا أن العقود الخاصة بها على وجه العموم تكاد تتميز بسمات خاصة بها، وفي نفس الوقت تميزها عن عقود التجارة الدولية التقليدية، مما يضفي نوعا من الخصوصية على طبيعة المنازعات الناجمة عنها.

وفيما يلي، سوف نسلط الضوء في هذا المبحث على أهم السمات التي تتميز بها عقود الاستثمار، وعليه فقد قمنا بتقسيم هذا المبحث وفق الخطة التالية:

المطب الأول: عدم التكافؤ في الوضع القانوني للأطراف المتعاقدة.

المطلب الثاني: إدراج شروط خاصة في عقود الاستثمار.

المطلب الأول: عدم التكافؤ في الوضع القانوني للأطراف المتعاقدة.

تتسم عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية بعدم التكافؤ في المركز القانوني للأطراف المتعاقدين، فأحد المتعاقدين طرف عام وهي الدولة أو الجهاز العام الذي يمثلها، والدولة هي شخص دولي ذو سيادة يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الخاص أو في إطار القانون الدولي العام، أما الطرف الثاني فهو طرف أجنبي خاص، وهو شخص (طبيعي أو اعتباري) لا يتمتع على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية بأية صفة سيادية، كما أنه لا يعد شخصا من أشخاص القانون الدولي العام.

وفيما يلي نوضح المركز القانوني لكل منهما، مع بيان ما يتمتع به كل طرف من قوة اتجاه الطرف الآخر، وذلك عن طريق تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الدولة والجهاز العام التابع لها.

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، من ص 105 إلى ص 107.

الفرع الثاني: الطرف الأجنبي الخاص (المستثمر الأجنبي).

الفرع الأول: الدولة والجهاز العام التابع لها.

نتناول دراسة الدولة والجهاز العام التابع لها في عنصرين مستقلين.

أولا: الدولـة.

الدولة هي شكل التنظيم السياسي للمجتمع وهي حاملة السلطة العليا في نفس الوقت وتتمتع بالأهلية القانونية بكونها من أشخاص القانون الدولي العام، بل أنها أهم أشخاص القانون الدولي على الإطلاق إذ لولاها ما كان للقانون الدولي أي وجود[1].

ويقتضي وجود الدولة عناصر ثلاثة، الإقليم والسكان وأن يكون هناك هيئة منظمة تقوم بالإشراف على هؤلاء الرعايا وتنظيم العلاقات بينهم ورعاية مصالحهم، والعمل على إبقاء الوحدة التي تجمعهم وتحقيق الغرض المشترك الذي تجمعوا من أجله، كما تقوم هذه الهيئة بإدارة الإقليم واستغلال موارده أو تنظيم استغلالها على الوجه الذي تستفيد منه المجموعة وبالدفاع عن كيانه و كيان المجموعة في مواجهة المجموعات الأخرى الماثلة، ولا يهم الشكل السياسي الذي تتخذه هذه الهيئة ما دام أن لها القوة والنفوذ ما يمكنها من فرض سلطانها على الإقليم التابع لها وعلى الأشخاص الموجودين فيه، ويعبر عن هذا السلطان في لغة القانون الدولي بلفظ السيادة[2] ووجود هذه العناصر هو الذي يحدد للدولة اختصاصات واسعة في نطاق القانون الدولي، وبدون ممارسة تلك الاختصاصات لا تتصف الدولة بالشخصية القانونية الدولية في نظر القانون الدولي العام ولا تظهر كصاحبة سيادة ذات اتصال مباشر بالحياة الدولية لأن مبدأ السيادة لا يعطي مضمونا واقعيا ما لم تجسده مباشرة هذه الاختصاصات[3].

والسيادة إذن تمثل ما للدولة من سلطان على الإقليم الذي تختص به بما يوجد فيه من أشخاص وأموال وهي تثبت للدولة نتيجة ملكيتها للإقليم ذاته بل هي المظهر الرئيسي لهذه الملكية، ويتبع في ذلك أنه لمعرفة أي من الدول هي صاحبة السيادة بالنسبة لإقليم ما، يكفي البحث عن الدولة التي يدخل هذا الإقليم في ملكيتها وفق قواعد اكتساب الملكية الإقليمية[4].

1- مفهوم سيادة الدولة:

نتناول سيادة الدولة، من خلال تحديدنا أولا لمعنى السيادة، ثم بحث خصائصها ومظاهرها، ذلك وفقا للعناصر التالية:

1- عماد حبيب، القانون الاقتصادي الدولي، نينوى للدراسات والنشر والتوزيع، 2001، ص97.

2- على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص 116.

3- محمود خليل، العولمة والسيادة "إعادة صياغة وظائف الدولة"، كراسات إستراتيجية، الأهرام، 2004، ص 04.

4- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص33.

أ- معنى السيادة:

والسيادة تشير إلى معنيين أحدهما إيجابي والآخر سلبي.

*** المعنى الإيجابي للسيادة:**

ينصرف هذا المعنى إلى قدرة الدولة كوحدة سياسية مستقلة على التصرف بحرية كاملة، ودون أية قيود تفرض عليها، فيما عدا تلك التي ترتضيها هذه الدولة ذاتها.

*** المعنى السلبي للسيادة:**

يفيد هذا المعنى عدم إمكان خضوع الدولة لأية سلطة غير سلطتها هي، وبالتالي يكون لمبدأ السيادة وجه داخلي، يقتصر نطاق تطبيقه على علاقة الدولة بمواطنيها داخل إقليمها بحدود السياسة المعلومة، ووجه خارجي ينصرف نطاق تطبيقه على علاقة الدولة بغيرها من الدول، والتي تقوم على احترام الاستقلال الوطني والسلامة الإقليمية لكل دولة، وعدم جواز التدخل في شؤونها الداخلية[1].

ب- تعريف السيادة:

ويقصد بالسيادة[2] سمو السلطة، فالقول بأن الدولة ذات سيادة يعني أنها لا تخضع لأية سلطة أعلى منها ليس فقط على المستوى الداخلي ولكن على المستوى الخارجي أيضا، فالدولة صاحبة الأمر والنهي على إقليمها وسكانها ومواردها كما أنها لا تخضع لأي كيان دولي إلا في حدود قواعد ومبادئ القانون الدولي العام، تلك الحدود التي قد تكون نابعة من معاهدات دولية أبرمتها الدولة أو مستمدة من قواعد عرفية ملزمة لجميع الدول، وخضوع الدولة لقواعد القانون الدولي ليس معناه إهدارا لسيادتها أو تنازلا عنها فالقواعد تحد فقط من نطاق السيادة ولا تلغيها كما لا يمكن أن يقال أن تقييد تصرفها فيه انتقاص من سيادتها، لأن هذا التقييد أولا عام يشمل كافة الدول وفي مصلحتها جميعا، وثانيا لأن السيادة لا تتنافى مع الخضوع للقانون إنما الذي يتنافى معها هو الخضوع لإرادة دولة أخرى[3].

وبذلك أضحت السيادة تمارس في ضوء الضوابط القانونية المشروعة تأسيسا على مبدأ السيادة وقواعد القانون الدولي، وهذان أمران يكمل كل منهما الآخر، الدول ذات السيادة تشترك في وضع قواعد القانون الدولي، والقواعد الدولية تعترف بمبدأ السيادة أحد المبادئ الرئيسية التي تسند هي نفسها إليها والسيادة هي

1- أحمد الرشيدي، التطورات الراهنة ومفهوم السيادة الوطنية، سلسة بحوث سياسية، عدد 85، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، 1994، ص 03.

2- حامد سلطان، عائشة راتب، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 683.

ارتبطت نظرية السيادة باسم "جان بودان" في مؤلف بعنوان "الكتب الستة للجمهورية"، حيث أنه أول من أدخل اصطلاح السيادة في نطاق النظريات المعاصرة وقد عرف السيادة بأنها "هي السلطة العليا على المواطنين والرعايا والتي لا تخضع للقوانين، بل تخضع سلطة الدولة للقانون الطبيعي Law of nature ولقانون الأمم.

3- على صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص 119.

فكرة قانونية[1] فهي صفة يطلقها القانون الدولي على الدول بعد توافر عناصر ثلاثة، الإقليم والشعب والحكومة القادرة على ضبط الأمور، والسيادة كلمة مرادفة للاستقلال فلا يمكن أن نقول بأن الدولة ذات سيادة إلا إذا كانت أصلا مستقلة كحالة واقعية وفعلية وملموسة، كما لا يمكن القول بأن الدولة مستقلة ولكنها لا تتمتع بالسيادة، وإنما هي خاضعة لسلطات دولة أخرى أو لمنظمة دولية[2].

ويترتب على فكرة السيادة، العديد من الآثار أهمها تمتع الدولة بكافة حقوق ومزايا السيادة والمساواة بين الدول وعدم التدخل في شؤونها وحصانة الدولة ضد التقاضي[3] والسيادة العضوية في المنظمات الدولية[4].

2- خصائص السيادة:

وهناك خصائص معينة للسيادة وفقا لمعناها العام السابق:

أ- أنها مستمرة طالما بقيت الدولة متمتعة بشخصيتها القانونية، وبالتالي فإن السيادة تزول في حالة واحدة وهي فقدان الدولة لشخصيتها القانونية الدولية لأي سبب كالاندماج في دولة أخرى أو التجزئة إلى عدة وحدات سياسة يكون لكل منها سيادته الوطنية الخاصة.

ب- أنها تمثل كمبدأ عام كلا واحدا لا يقبل الانقسام أو التجزئة، وبالتالي فإن وجود رابطة خضوع قانونية من أي نوع تربط دولة ما بدولة أخرى هو وحده الذي ينهض دليلا قاطعا على انتقاص سيادتها إذا ما ثبت خضوعها لسلطان هذه الدولة أو الدول الأخرى.

ج- ترتبط السيادة ارتباطا وثيقا بدرجة وحدود الاستقلال السياسي للدولة، فالاستقلال هو الذي يتيح لها إعمال مظاهر السيادة سواء داخل إقليمها أو ف++++ي إطار علاقاتها مع غيرها من الدول وأشخاص القانون الدولي الآخرين.

والواقع أن تفاوت الدول من حيث الموارد والإمكانيات جعل البعض يميز بين السيادة كمفهوم قانوني بمعنى وحدة الخطاب القانوني وعمومية القاعدة القانونية الدولية بالنسبة لجميع المخاطبين بها وبدون أدنى تمييز، والسيادة كمفهوم سياسي بمعنى القدرة الفعلية أو الحقيقية للدولة على رفض الخضوع لأي سلطة غير سلطتها هي، فالدولة قد تكون مستقلة قانونا ولكنها عاجزة عن إشباع احتياجات مواطنيها مما يعرضها

1- وتتمثل السيادة في أمرين: - السلطة العليا على الأشخاص والرعايا المقيمين فوق إقليم الدولة "عنصر السيادة الشخصية" وكذلك اختصاص الدولة على كل ما يوجد فوق إقليمها من الأشياء "عنصر السيادة الإقليمية".

2- علي إبراهيم، الأشخاص الدولية مفهومها وأركانها و نظامها القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ص 147- 150-153.

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 35.

4- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ص 380-383.

لضغوط وتأثيرات بعض الدول الأخرى، الأمر الذي يجعل استقلالها منقوصا وبالتالي تعجز عن مباشرة بعض مظاهر سيادتها[1].

3- مظاهر السيادة:

هذا وللسيادة بالمفهوم النسبي أو المقيد في ظل التنظيم الدولي المعاصر مظاهر على المستوى الداخلي وعلى المستوى الخارجي[2]:

أ- مظاهر السيادة على المستوى الداخلي:

تعتبر الدولة مستقلة تماما في إدارة شؤونها الداخلية، وهو ما يعرف بالمجال المحفوظ للدولة (Réserve domaine)، وحرية الدولة في هذا المجال ثابتة ومؤكدة حيث تشكل مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام لأنها مؤسسة مباشرة على استقلال الدولة و سيادتها، ويتسم المجال المحفوظ للدولة بسمتين، الأولى هي عمومية الاختصاص في المجال الداخلي[3]، والثانية هي حصرية الاختصاص أو الاختصاص المانع[4]، والاختصاص الجامع المانع للدولة على إقليمها له مظاهر متعددة:

*** حرية الدولة في التنظيم السياسي الداخلي:**

حيث أن كل دولة مستقلة ذات سيادة يمكنها أن تحدد بحرية تامة شكل الحكومة التي تحكمها وخصائص دستورها وأن تعدل هذا الدستور أو تلغيه كلية وتضع بدلا منه دستورا جديدا، فالدولة من الناحية تتمتع باستقلال كامل في مواجهة القانون أو حرية اختيار النظام السياسي المناسب لحالة السكان وتطورهم وثقافتهم.

*** حرية التنظيم الإداري الداخلي:**

وهنا تتمتع الدولة بالحرية الكاملة في تنظيم وتسيير مرافقها العامة وخدماتها طبقا لنظرتها الخاصة ووفقا لما تراه محققا للتضامن الاجتماعي السائد فيها، إلا أن هذه الحرية لا تعطي الدولة سلطة مطلقة في

1- محمود خليل، المرجع السابق، ص 04- 05.

2- علي صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص 120.

3- وعمومية الاختصاص تشمل كل التصرفات والأعمال التي تأتيها الدولة طبقا لسيادتها الإقليمية وتنصب على كل المسائل والموضوعات التي لها صلة بهذا الهدف الواسع، وهو تحقيق المصلحة العامة وهو يعطي الدولة سلطة القيام بجميع التصرفات الدستورية والتشريعية وكذلك التصرفات القضائية وهي المظاهر الواضحة للسيادة الإقليمية والتي لا يمكن التشكيك في مشروعيتها من قبل القانون الدولي العام لأن التشريع هو أحد السمات المهمة لممارسة السلطة السيادية، إلا أن عمومية الاختصاص هذه يجب أن تمارس في نطاق القانون الدولي.

4- أما فيما يتعلق بكون هذا الاختصاص مانعا أو محصورا في الدولة ذاتها فهو يعني، فيما عدا وجود اتفاق وعرف دولي، أن سلطات الدولة وحدها هي التي تقوم بممارسة الاختصاصات الداخلية فوق الإقليم دون مشاركة أحد، فالاختصاص المانع يمكن الدولة ومن خلال أجهزتها وفروعها المختلفة من القيام بالوظائف الدستورية والتشريعية والإدارية والقضائية وممارسة الإجبار عند الضرورة فوق إقليمها دون أن تشاركها سلطة أخرى، أنظر في هذا المعنى: على إبراهيم، المرجع السابق، ص 165.

الإخلال بالتزاماتها الدولية الاتفاقية والعرفية ولا تخولها سلطة الإخلال بواجبها في حماية أرواح وأموال الأجانب العاديين المقيمين فوق إقليمها لسبب أو لأخر، إلا أن القصور في أداء الخدمات العامة وظهور مشكلات عديدة بسبب نقص الإمكانيات المادية وعدم وجود كفاءات الفنية والمدربة على أداء الوظائف الإدارية بالشكل المناسب لا يبرر للدول الأجنبية أو المنظمات الدولية التدخل في الشؤون الداخلية للدول والحلول محلها في القيام بأداء هذه الوظائف نيابة عنها أو بدلا منها حتى ولو ترتب على فوضى الإدارة إلحاق ضرر برعايا الدول الأجنبية المقيمين فوق إقليمها طالما أن هذا الضرر قد حدث بدون تعمد من الدولة، وهناك قاعدة قانونية تفترض صحة وسلامة التصرفات التي تأتيها الدولة داخل حدودها الإقليمية وتفترض معها أنها مطابقة للقانون الدولي إلى أن يثبت العكس، وهي نتيجة منطقية لمبدأ السيادة، فالدولة حرة في اتخاذ القرارات التي تتوافق مع مصالحها ومن يدعي أن هذه القرارات مخالفة للقانون فعليه إثبات ذلك فالقاعدة لا تنفي إلا بإثبات قاعدة تحد منها.

*** الحق في التشريع:**

تتمتع الدولة صاحبة السيادة بالحق في سن القوانين والتشريعات التي تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع وكذلك بينهم وبين الهيئات العامة التي يتعاملون معها، إلا أن السلطة الشاملة في إصدار التشريعات والقوانين لا تعني التحكم والخلو من المبادئ من الأصول المتعارف عليها في الدول المتقدمة، فحق الدولة في التشريع لا ينظر إليه من جهة نظر القانون الدولي على أساس أنه حق مطلق دون قيود أو حدود فالمبادئ العامة للإنسانية وضرورات التعاون الدولي المتبادل والقواعد الوضعية للقانون الدولي والاحترام الواجب للسلطات والمصالح المشروعة للدولة الأخرى، كل هذه المسائل تفرض قيودا ضرورية على حق الدولة في التشريع العادي أو الدستوري، كما أنه لا يمكن للدولة أن تتذرع بسيادتها وتسن قوانين ولوائح متعارضة مع أحكام القانون الدولي السارية والنافذة في مواجهتها لسبب بسيط هو سمو القانون الدولي العام على القوانين الوطنية.

*** الحق في القضاء:**

من المظاهر الأساسية لمبدأ السيادة على المستوى الداخلي هو حق الدولة في إخضاع جميع الأشخاص والأموال على إقليمها لقضائها لوطني، فبسط السلطة القضائية على إقليم الدولة يمثل القدرة الفعلية للدولة على السيطرة، وأي استثناء من الخضوع للقضاء الإقليمي يكون بناءا على رضاء حر نابع من سلطان إرادتها، والحق في القضاء يرتب التزاما دوليا على عاتق الدولة مضمونه وجوب تحقيق العدالة وعدم إنكارها بالنسبة للأجانب المقيمين على أرضها، فالقانون الدولي المعاصر يلزم الدولة ذات السيادة بأن توفر للأجانب نظاما قضائيا عادلا ومحايدا يتفق مع الحد الأدنى لمستويات التعامل الحضاري التي وصلت إليه

الأمم والشعوب المتحضرة، فالقضاء ليس مجرد حق للدولة فقط ولكنه واجب أساسي من أجل حماية الحقوق وتحقيق السلام الاجتماعي لكل من هو إقليمها[1].

يتضح مما سبق، أن الدولة ذات السيادة تتمتع بحرية كاملة ومطلقة في إدارة شؤونها الداخلية من حيث شكل النظام السياسي وحرية إدارة مرافقها العامة وسن وإصدار التشريعات وأخيرا حقها في إخضاع كل من يقيم فوق إقليمها بقضائها الوطني، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة تماما من كل قيد وهي تنحي أمام قواعد القانون الدولي والسبب في ذلك أن القانون الدولي يسمو على القوانين الوطنية للدول وأن الدول ملزمة بالوفاء بالتعهدات والمواثيق الدولية.

ب- مظاهر السيادة على المستوى الخارجي:

أما السيادة الخارجية فتعني استقلال الدولة في تنظيم علاقاتها مع باقي الدول والمنظمات الدولية ويترتب على ذلك أن القواعد المنظمة للعلاقات الدولية (قواعد القانون الدولي) لا يمكن أن تفرض على الدولة، بل على العكس لا تنشأ إلا برضاها وفي حدود هذا الرضا، وأن ما من دولة أو هيئة أجنبية تملك أن تفرض أي قيود على ممارسة الدولة لسيادتها الخارجية ويترتب على ذلك ضرورة احترام استقلال كل دولة وإقرارا المساواة بين كافة الدول بغض النظر عن حجم سكانها أو مساحة إقليمها أو قدراتها الاقتصادية والعسكرية، ومن أهم مظاهر السيادة الخارجية:

* حق إبرام المعاهدات لتنظيم علاقة الدولة بغيرها من أشخاص القانون الدولي.

* حق تبادل التمثيل الدبلوماسي.

* حق إعمال المسؤولية الدولية في مواجهة كل شخص قانوني يخالف أحكام القانون الدولي.

* حق إعلان الحرب في حالة الدفاع الشرعي.

* حق الاشتراك في المنظمات الدولية، واستنادا إلى مبدأ السيادة لا يمكن أن يتم هذا الاشتراك إلا بمحض إرادة الدولة[2].

يتضح مما سبق، مدى القوة التي تتمتع بها الدولة ذات السيادة كطرف من أطراف العقد وكيف تخول لها هذه السيادة الحق في الإتيان بما تراه محققا لمصلحتها القومية ومنفعتها العامة ما دامت هذه الأفعال لم تخرق قاعدة من قواعد الدولي ولم تخل بالتزاماتها تجاه الأشخاص الدولية الأخرى مما تنعقد معه مسؤوليتها الدولية اتجاه الشخص الذي أصابه هذا الخلل ونتيجة لتطور العلاقات الدولية تجاهها نحو المزيد من التعاون والترابط بين الدول ورعاية للمصالح المشتركة بينها في المجالات السياسية والاقتصادية وغيرها مما يقتضي معه الحد من السيادة المطلقة لكل دولة في سبيل صالح الجماعة الدولية كلها. وعلى ضوء تلك المتغيرات

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، من ص 37 إلى ص 39.

2- مفيد شهاب، المرجع السابق ص 154- 155.

والمفاهيم الجديدة، أصبح من غير الممكن تصور الدولة الحديثة ذات العلاقات المتشابكة مع الدول الأخرى في صورة الجزيرة المعزولة، فالقانون الدولي الحديث يضع واقعا عمليا جديدا للسيادة والمساواة بين الدول يشترط تكيف الدولة وتقيدها بالالتزامات الدولية ويجعل اختصاصات الدولة ذات السيادة تتسع أو تضيق بدرجة ملائمتها للاختصاصات المماثلة لدى الدول الأخرى على ضوء قواعد القانون الدولي العام[1].

وفي ظروف ارتفاع وتيرة تدويل الحياة الاقتصادية تزداد تعددية أشكال مشاركة الدولة في العلاقات الاقتصادية الدولية وتبرز هنا المشاركة في العديد من الاتفاقات بين الدول سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف وفي إبرام الاتفاقيات على مستوى الهيئات الحكومية المختلفة ضمن حدود صلاحيتها وفي المشاركة في المنظمات الاقتصادية الدولية وكذلك في المشاركة في العقود الاستثمارية التي تتم بينها وبين الأشخاص الأجنبية الخاصة سواء عن طريقها مباشرة أو عن طريق الأجهزة العامة التابعة لها وتتحمل الدولة المسؤولية الدولية تجاه التزاماتها[2].

ثانيا: الجهاز العام التابع للدولة كطرف في عقد الاستثمار.

ولا يثير تحديد الدولة على اعتبار أنها طرف في العقود المبرمة بينها و بين الأشخاص الأجنبية أي صعوبة تذكر، ولكن قد تثور الصعوبة إذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي ليس الدولة ذاتها، وإنما جهاز تابع لها فهل يتسع اصطلاح عقود الاستثمار هذه ليشمل هذه الطائفة الأخيرة من العقود أم أنه ينحشر عنها؟

هناك اتجاهان في الصدد:

اتجاه مضيق لنطاق عقود الاستثمار واتجاه موسع لها، أما الاتجاه المضيق فيقصر عقود الاستثمار على العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها من خلال من يمثلها، وفي هذه الحالة تعد العقود التي تقوم الأجهزة التابعة للدولة بإبرامها مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى من عقود التجارة الدولية التقليدية ولا تدخل في إطار طائفة العقود التي تبرمها الدولة بالمعنى الضيق.

وأما الاتجاه الموسع، فيرى أن عقود الاستثمار تشمل العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها، وأيضا العقود التي تقوم الأجهزة التابعة لها بإبرامها[3].

إلا أن مسألة تحديد الأجهزة التابعة للدولة والتي تعتبر العقود التي تبرمها مع طرف أجنبي بمثابة عقود من المسائل الشائكة نظرا لضرورة الفصل في مسألة جوهرية، وهي مسألة ما هي المعايير التي بتوافرها يمكن اعتبار الجهاز المتعاقد جهاز تابع للدولة ومنبثق عنها وتوصف تصرفاته مع الطرف الأجنبي بأنها عقد

1- أحمد عبد الونيس شتا، الحدود الدولية، "ماهيتها وتطور وظائفها"، في أحمد عبد الونيس (محرر) حدود مصر الدولية، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، 1993، من ص 03 إلى ص 05.

2- عماد حبيب، المرجع السابق، ص 97- 98.

3- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 37.

دولة، كما تقترب مسألة البحث عن المعايير التي لا بد و أن تتوافر في الجهاز التابع للدولة من مسألة وثيقة الصلة بها وهي مدى تمتع هذه الأجهزة العامة التي تعهد إليها الدولة بممارسة النشاط التجاري والاقتصادي على صعيد العلاقات الاقتصادية الدولية بالحصانة القضائية.

وفيما يلي نعرض لأهم المعايير التي تحدد مدى تبعية الأجهزة العامة للدولة، وبالتالي مدى انعقاد المسؤولية الدولية على الدولة إزاء تصرفات هذه الأجهزة العامة التابعة لها:

1- مدى تمتع الجهاز العام بالشخصية القانونية المستقلة:

يعتمد هذا المعيار على التفرقة بين ما إذا كان الجهاز العام يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة أم لا، فإذا كان الجهاز العام يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة فإنه لا يتمتع بالحصانة القضائية و يخضع بالتالي لولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية، أما إذا كان لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة ويعد مندمجا في شخص الدولة فإنه يتمتع بالحصانة القضائية ولا يخضع للقضاء الوطني للدولة الأجنبية، فأساس التمتع بالحصانة القضائية يرتكز وفقا لهذا المعيار الشخصي على وجود أو انتفاء الشخصية القانونية المستقلة للمشروع العام.

وقد عبر عن هذا الاتجاه القضاء الصادر عن المحكمة العليا الألمانية في 1955/06/07 حيث قضت المحكمة بأن مثول الدولة الأجنبية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى يعد انتهاكا لسيادتها إلا أن هذا النظر ينبغي التغاضي عنه إذا منحت الدولة لأحد المشروعات العامة التي أنشأتها شخصية مستقلة ليس فقط على الصعيد الاقتصادي ولكن على الصعيد القانوني، إلا أن هذا المعيار قد تعرض للانتقاد على اعتبار أنه معيار تحكمي حيث أن إضفاء الشخصية القانونية أو عدم إضفائها على مشروع عام يعد مجرد قرار إداري ليس له أي مغزى سياسي على الصعيد الدولي ولا يؤثر على تمتع الجهاز العام بالحصانة القضائية من عدمه[1].

إذ أن الشخصية المعنوية المستقلة ليست إلا وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها على أفضل وجه و من ثم لا يجوز أن يكون هذا الوضع المتعلق بالتنظيم الفني للمرافق لمبادئ القانون الدولي العام[2].

إلا أن الدولة قد تحاول أن تتحلل من التزامات دولية معينة، وذلك عن طريق أجهزتها العامة والتي لا يتضح من قريب أو بعيد أنها أجهزة تابعة للدولة، مما يضني المستثمر الواقع عليه الضرر من جراء محاولته إثبات تبعية هذا الجهاز المتسبب في إلحاق الضرر به للدولة التابع لها مما يؤثر بالسلب على العلاقة بين دولة الجهاز العام ودولة جنسية المستثمر وبالتالي يؤثر بالسلب على الصعيد الدولي، فالقرارات الإدارية التي

1- فؤاد رياض، المشروع العام والمشروع نصف العام في القانون الدولي، محاضرات في لاهاي، 1963، ص 599، وانظر: حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص 44.

2- حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1990، ص 89.

تتخذها الدولة في إقليمها لا يجب أن تلحق الضرر برعايا الدول الأخرى لأن ذلك يتنافى مع قواعد ومبادئ القانون الدولي المتمثلة في الحق الأدنى لمعاملة الأجانب.

2- مدى اعتبار المشروع مرفقا من مرافق الدولة[1]:

وفقا لهذا المعيار فإن المشروع التابع للدولة يتمتع بالحصانة القضائية، بغض النظر عن تمتعه بشخصية قانونية مستقلة عنها، كما يندرج أيضا تحت هذا المعيار التصرفات التي يقوم المشروع بإجرائها لصالح مرفق عام من مرافق الدولة، ولعل الحكم الصادر من محكمة في المملكة المتحدة عام 1956 في القضية المعروفة باسم Servicio Nationali de trigor ضد Bacuss يوضح أهمية هذا الاتجاه[2].

وتتلخص وقائع النزاع المعروض على القضاء في أن الأول وهو مشروع عام أنشأته الدولة الإسبانية ومنحته شخصية قانونية مستقلة من أجل التصدير والاستيراد في مجال الحبوب لصالح الحكومة الإسبانية، وبموجب توجيهات وزير الصناعة الإسباني قد أبرم في عم 1956 عقدين مع إحدى الشركات الإيطالية التجارية لصناعة ستة وعشرين ألف وخمسمائة وخمسة وخمسين طنا من الأعشاب الصناعية، ولقد أقامت الشركة المذكورة دعوى تعويض ضد الظروف الإسباني بسبب إنهاء العقد من قبل الطرف الإسباني، ولقد تمسك الطرف الإسباني بالحصانة القضائية استنادا إلى أن المشروع الإسباني يعد مرفقا من مرافق الدولة ولقد قررت المحكمة أن الحكم يتوقف على معرفة ما إذا كان SERVICIO يعد من الناحية الفعلية مرفقا من مرافق الدولة أم أن تمتعه بشخصية قانونية مستقلة عنها لا يسمح له بالتمتع بالحصانة القضائية ولقد أقرت المحكمة استنادا على تأكيد السفير الإسباني بأن المشروع الإسباني يعد مرفقا من مرافق الدولة وهو ما جعل المحكمة تعترف بالحصانة القضائية على الرغم من أن SERVICIO يتمتع بشخصية قانونية مستقلة.

وبالنسبة لمعيار اعتبار المشروع مرفقا عاما أو أن المشروع أجرى التصرف لصالح مرفق عام لتقرير مدى تمتعه بالحصانة القضائية، فإن إعمال هذا المعيار، شأنه في ذلك شأن المعايير الأخرى يتأثر في نهاية الأمر بالاعتبارات السياسية، فالمشكلة في تقرير الحصانة القضائية من عدمه لا تتوقف فقط على معرفة ما إذا كان التصرف محل المنازعة تصرف من تصرفات القانون العام أو من تصرفات القانون الخاص، إذ يتعين على الجهة القضائية أن تقدر أولا الأثر الذي سوف يتحقق على صعيد القانون الدولي العام وعلى صعيد العلاقات الدولية، إذ قامت دولة القاضي بتقرير اختصاص محاكمها على التصرفات الصادرة من الدولة أو من إحدى الأجهزة التابعة لها، ولعل تغليب الاعتبارات السياسية في هذا المجال على الاعتبارات القانونية والموضوعية يجعل من الأحكام القضائية الصادرة في مجال الحصانة القضائية أحكاما تتسم إلى حد كبير بعدم الموضوعية والتحكم[3].

1- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 46.

2- فؤاد رياض، المشروع العام والمشروع نصف العام في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 206.

3- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 47 - 50.

3- المعيار الغائي: (السياسي)

وفقا لهذا المعيار فإن المشرع العام يتمتع بالحصانة القضائية بالرجوع إلى الغاية أو الهدف الذي يسعى لتحقيقه ومعرفة ما إذا كان هذا الهدف يعد مصلحة قومية لدولة المشروع أم لا، فالمشروع لا يتمتع بالحصانة القضائية إلا إذا كان يخدم المصالح الأساسية للدولة[1].

4- معيار الصفة التي يتعامل بها المشروع:

ويتأسس هذا المعيار على أن يطبق هذا المشروع العام الذي يتوافر فيه صفة المرفق العام نفس المبدأ الذي يتم إعماله بالنسبة لتمتع الدولة ذاتها بالحصانة القضائية، والذي وفقا له لا تخضع كافة المنازعات الناجمة عن نشاط هذا المشروع العام للقضاء الوطني لدولة القاضي طالما كانت هذه الأنشطة لها طابع الوظيفة العامة، وبالعكس فإن أنشطة هذا المشروع الذي لا تتوافر فيها تلك الصفة تخضع للقانون الوطني لدولة القاضي.

5- المعيار العضوي:

تتضافر مجموعة من العناصر للفصل بين تبعية الجهاز العام واعتباره منبثقا منها وبين تمتعه بذاتية تجعله مستقلا عنها تماما ويتم استقراء هذه العناصر من النظام الأساسي أو القانون الذي أنشأ الجهاز العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي، ويأتي في مقدمة هذه العناصر رأس مال الجهاز وكيفية إدارته والأنظمة القانونية الحاكمة لتصرفاته ووسائل تمويله من الناحية المالية، ويلعب عنصر رأس المال دورا حاسما في مدى تبعية أو استقلالية الجهاز العام عن الدولة، إذ أنه من المعلوم أن من يملك رأس المال يملك السلطة الفعلية على إصدار القرار وتلك الحقيقة لا تسري فقط في الدول الرأسمالية ولكن في الدول التي تتبع أنظمة اقتصادية مختلفة عن النظام الرأسمالي.

وتتضح أهمية عنصر رأس المال في الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 1987/7/21 وذلك بشأن وضع ملكية رأس مال البنك التجاري للكنغو في دائرة الضوء ولم تتعرض للجوانب الأخرى التي تؤثر في توضيح عدم تبعية البنك لدولة الكنغو على اعتبار أنها مجرد مؤشرات احتياطية تفيد في تدعيم القرينة الأساسية المستمدة من ملكيتها لرأس المال.

6- معيار طبيعة النشاط:

ويقصد بذلك أن يكون الجهاز العام التابع للدولة قد تصرف بناءا على توجيهات الدولة ولحسابها وهو ما يفيد تبعية هذا الجهاز لها على وجه قاطع، أما إذا كان الجهاز المتصل بالدولة قد تصرف باسمه ولحاسبه الخاص أو لحساب الغير من الأشخاص وليس باسم الدولة ولحسابها فإن تبعية للدولة لا تتحقق[2].

1- فؤاد رياض، المشروع العام والمشروع نصف العام في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 202.

2- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 46- 47.

يتضح مما سبق، أن تقدير تبعية الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي للدولة مسألة تتوقف على تضافر أكثر من عامل، فلا يكفي لتكييف التصرف المبرم بينه وبين الطرف الأجنبي الخاص بأنه عقد دولة أن يخضع الجهاز لتبعية الدولة وسيطرتها، وهو أمر يمكن استنباطه من القانون أو القرار المحدد لنشأة هذا الجهاز، بل يتعين أن يكون هذا الجهاز قد تصرف لصالح الدولة ولحسابها ومن أجل تحقيق أهدافها القومية.

وعلى الرغم من أن هذه المعايير قد تشير بقدر كبير إلى مدى تمتع الجهاز العام بتبعيته للدولة وانبثاقه منها من عدمه، إلا أنه لا يمكن استخدام أي من هذه المعايير السابقة على نحو منفرد كمعيار كاف في حد ذاته لتحديد مدى تمتع المشروع العام ذاته بالحصانة القضائية، ومحاولة إعمال أي من هذه المعايير على نحو مستقل من أجل تحديد المقصود بالأجهزة التابعة للدولة والتي تعد العقود التي تبرمها مع طرف أجنبي بمثابة عقود دولة يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، وإزاء عجز هذه المعايير التقليدية المقترحة في مجال تحديد تبعية العام للدولة وبالتالي تمتعه بالحصانة القضائية عن تلبية الحاجة في تحديد مدى تبعية الجهاز العام للدولة في عقود الاستثمار وعدم ملائمتها للواقع فإن الاستعانة بالمعايير الحديثة التي أظهرتها أحكام القضاء وأراء الفقهاء التي تتميز بجدتها وتطورها تعد السبيل الأمثل للوصول إلى ذلك الهدف، وذلك أن المعايير الحديثة لا تقوم بالارتكاز على معيار واحد بمفرده وإنما تمزج بين أكثر من معيار على نحو يمكن القول معه بوجود معايير مركبة يتم تشكيلها 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 متجانسة[1].

على الرغم من الأهمية الكبيرة التي تتمتع بها تلك المعايير السابقة في تحديد مدى تبعية الجهاز العام للدولة من عدمه، إلا أن المعيار الأوثق لتحديد تبعية الجهاز العام للدولة وانبثاقه منها، هو أن تقوم الدولة عينها بتحديد الأجهزة العامة التابعة لها، والتي يجب أن تتمتع بالحصانة القضائية[2].

1- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 56.

2- وذلك للأسباب التالية:

أ- يستطيع المستثمر في هذه الحالة تحديد الوضع القانوني للجهاز المتعاقد معه، وبالتالي تحديد مدى رغبة المستثمر في إتمام التعاقد من عدمه.

ب- يستطيع المستثمر أيضا من ذلك، توقع العقبات التي سوف تصادفه في التعامل مع الأجهزة التابعة للدولة نتيجة لتمتعها بالحصانة القضائية، وبالتالي تحديد السياسات التي يتعامل بها مع هذه الأجهزة لتفادي تلك العقبات وتذليلها في حالة وقوعها.

ج- التيسير على دولة جنسية المستثمر لمعرفة كيفية ووقت استخدام حقها في منح رعاياها الحماية الدبلوماسية في حالة وقوع النزاع بين المستثمرين من رعاياها وبين تلك الأجهزة التابعة للدول، إذ تتحمل دول هذه الأجهزة المسؤولية الدولية نتيجة لعدم التزام أجهزتها بقواعد الحماية الموضوعية أو الإجرائية المكفولة للمستثمر الأجنبي في القانون الدولي العام.

د- تستطيع الدول بهذه الطريقة جذب الاستثمارات إليها عن طريق توضيح الأمور التي تتسم بالغموض، نتيجة لجهل المستثمرين بالأوضاع السياسية والاقتصادية والقانونية في الدول المضيفة لاستثماراتهم.

الفرع الثاني: الطرف الأجنبي الخاص (المستثمر الأجنبي)

لا يثير تحديد الطرف الآخر (الطرف الخاص الأجنبي) المتعاقد مع الدولة صعوبات لتحديده كطرف في هذه العقود، إذ أنه من المتفق عليه أن الطرف المتعاقد مع الدولة يشترط أن يكون شخص تابع لدولة أخرى، وقد يكون هذا الشخص شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا، كما قد يكون أحادي الجنسية أو متعدد الجنسية أو منعدم الجنسية.

والأجنبي في الدولة هو كل شخص لا يعد وطنيا ويلاحظ أن للصفة الأجنبية دلالة قانونية تختلف عن دلالتها الاجتماعية، فالأجنبي عن مجتمع معين هو كل من لا يعتبر عضوا فيه، وصفة الانتماء للمجتمع تتحدد بمعايير واقعية كوحدة الأصل الإقامة ومع ذلك يظل أجنبيا طالما لم يتمتع بالجنسية الوطنية وفقا لما يقرره تشريع الجنسية الوطنية وذلك بصرف النظر عن الأسس الاجتماعية أو الدينية التي قدر تربطه بشعب الدولة[1].

أولا: الشخص الطبيعي.

قبل دراسة هذه المسألة يتعين معرفة وضع الفرد على خريطة القانون الدولي، لا شك أن الوضع القانوني للفرد قد أثار العديد من المناقشات والجدل على الصعيد الدولي، وإذ كان هذا الوضع القانوني هشا وضعيفا ومحدودا إلا أن الاهتمام بالوضع القانوني للفرد أضحى يتمتع بأهمية كبيرة على الصعيد الدولي، وذلك أن غاية أي نظام قانوني تتمثل أساسا في خدمة أشخاصه الذين يتكونون في النهاية من أفراد، فالقانون الداخلي يهتم أساسا بالأفراد بل هم الدين يشكلون في الواقع سبب وجوده أما القانون الداخلي يهتم أساسا بالأفراد بل هم الذين يشكلون في الواقع سبب وجوده، أما القانون الدولي وإن كان يهتم بأشخاصه فقط (الدول–المنظمات الدولية) إلا أنه يضع نصب عينيه أيضا الفرد وقد اختلف الفقهاء اختلافا واضحا بشأن التكييف القانوني للفرد كشخص من أشخاص القانون الدولي، ويمكن التمييز هنا بين العديد من الاتجاهات:

1– مدى تمتع الشخص الطبيعي (الفرد) بالشخصية القانونية الدولية:

أ– عدم تمتع الشخص الطبيعي بأي مظهر من مظاهر الشخصية القانونية الدولية:

ذهب مفكرو المدرسة الوضعية إلى إنكار تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية تحت أي ظرف من الظروف، وتتمثل أهم ملامح الشخصية القانونية الدولية في العديد من المظاهر مثل إبرام المعاهدات الدولية وتحمل تبعة المسؤولية الدولية وإمكانية الانضمام إلى المنظمات الدولية إلى غير ذلك من المظاهر التي لا تتوافر للشخص العادي ولا يمكنه القيام بأي منها.

1– شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968، ص 489.

ب- تمتع الشخص الطبيعي بقدر من الشخصية القانونية الدولية:

*** تمتع الفرد بقدر من الشخصية القانونية الدولية بطريق غير مباشر:**

يذهب بعض الآراء إلى التسليم للفرد بشخصية دولية غير مباشرة وذلك لأن القانون الدولي لا يتوجه إليه بالخطاب إلا عن طريق دولته كما أن تطبيق القانون الدولي على الأفراد لا يتحقق إلا بواسطة الأوامر التي تصدرها إليهم دولهم.

*** تمتع الشخص الطبيعي بقدر من الشخصية القانونية الدولية بطريق مباشر:**

ينظر مفكرو المدرسة الاجتماعية إلى حقيقة المجتمع الدولي المعاصر على أنه مكون من مجموعة من الأفراد وعلى ذلك لا يوجد أي فوارق بين المجتمع الدولي والمجتمع الداخلي باعتبار أن كل منهما مجتمع أفراد، فالفرد هو صاحب الشخصية الأولى في المجتمع الدولي، ولا يتغاضى هذا الاتجاه عن الدولة كحقيقة قائمة لكنه يرفض فكرة الدولة كشخص ويقبلها كمفهوم يتم النظر إليها كإطار أو كوسيلة تنظيم للمرفق العامة اللازمة للجماعة، ويعتبر تمتع الفرد بقدر من الشخصية الدولية بطريق مباشر استثناء في إطار القانون الدولي الحالي وهو لا يترتب بطريقة تلقائية وإنما لا بد أن تقرره قاعدة قانونية دولية عرفية أو اتفاقية، وتتمثل أهم ملامح ذلك الوضع على سبيل المثال في انعقاد المسؤولية الجنائية الدولية للفرد في حالة قيام الفرد على سبيل المثال بأعمال القرصنة في أعالي البحار وأفعال الإرهاب، وفي إنشاء قضاء دولي جنائي وفي لجوء الفرد مباشرة إلى أجهزة الدولية، مثل اللجوء إلى محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوربي ومسألة حقوق الإنسان[1].

وعلى الرغم من ضعف الوضع القانوني للفرد على المستوى القانون الدولي، إلا أن هذا لا يعني أن الفرد لا يتمتع بقدر من الحماية يكفله له ذلك القانون وتلتزم به جميع الدول ويعرف ذلك بالحد الأدنى لحماية حقوق الأجانب ويطبق عليه أحيانا "المستوى العادي للحضارة civilisation Standard normal de ويتضمن هذا الحد الحقوق الآتية :

1- حق الأجنبي في الاعتراف بشخصية القانونية مما يستتبع الاعتراف بأهليته القانونية في إبرام جميع الأعمال القانونية.

2- حق الأجنبي في الاعتراف بحقوقه المكتسبة، إذ يجب على الدولة أن تعترف بالحقوق والتي اكتسبها الأجانب على إقليمها وفقا لتشريعاتها أو تلك التي اكتسبوها في أقاليم دول أخرى متى كانت غير مخالفة للمنفعة العامة وبشرط قيامها بتعويضه تعويضا عادلا وسريعا و فعالا، وقد أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي هذه القاعدة عندما أعلنت أن كل تصفية لأموال الأجانب تعد خروجا على القواعد العامة الخاصة بمعاملة الأجانب ووجوب احترام حقوقهم المكتسبة ولا يمكن أن يتحول هذا الإجراء المحظور إلى إجراء شرعي استنادا إلى أن الدولة تطبقه على رعاياها.

1- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، من ص 512 إلى ص 520.

3- حق الأجنبي في الاعتراف له بالحقوق والحريات اللصيقة بالشخصية الإنسانية مثل حرية العقيدة، والحريات الفردية وحرية الحركة والتنقل على أن تكون ممارسة هذه الحريات بما لا يخالف قواعد النظام العام والآداب في الدولة.

4- حرية الأجنبي في الالتجاء إلى القضاء أمام محاكم الدولة.

5- حق الأجنبي في التمتع بحق الحماية الإدارية إذ تلتزم كل دولة بحماية الأجانب المقيمين على إقليمها من كل اعتداء و بوضع القواعد الكفيلة بالحفاظ على حقوقهم كاملة[1].

وتتبع هذه الحماية التي يمنحها القانون الدولي للأجانب أساسا من تبعية هذا الفرد لدولة معينة، فالشخص يصبح أجنبيا ما لم يتبع الدولة المتواجد على إقليمها، فالمقصود برابطة التبعية المتطلبة بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها و يحق لها منحه حق الحماية الدبلوماسية هو رابطة الجنسية.

2- جنسية الشخص الطبيعي:

ومؤدى ذلك أن الدولة التي ينتمي لها هذا الشخص بجنسيته[2]، فالجنسية على هذا النحو رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها إلى دولة معينة[3].

أ- وجهة نظر الفقه التقليدي في تحليل رابطة الجنسية:

يذهب الفقه التقليدي إلى تحليل رابطة الجنسية إلى رابطة عقدية تبادلية طرفها الدولة والفرد، تلك الرابطة تفرض على طرفيها التزامات متبادلة، فالدولة يقع على عاتقها من جانب واجب حماية رعاياها وأن تعترف لهم بمكنة التمتع بالحقوق والمدنية والسياسية ويكون من حقها من جانب آخر أن تستلزم من رعاياها القيام ببعض الواجبات نحوها مثل مسألة المساهمة في الأعباء المالية والدفاع عنها.

وطالما كانت العلاقة بين الدولة والفرد هي علاقة تعاقدية، فبالتالي فإن أساس هذه العلاقة هو إرادة الأطراف المتسببين في إيجاد هذه العلاقة، وإرادة الدولة هي إرادة منشأة يتم التغبير عنها إما بطريقة عامة تعد في حكم الإيجاب المتجه إلى كل من تتوافر فيهم الشروط التي حددها قانون تلك الدولة مسبقا لاكتساب الجنسية، وإما بطريقة خاصة تتجه إلى شخص محدد بعينه كما هو الشأن في حالة التجنس، وأما إرادة الفرد وهي إرادة قبول فلها في الواقع عدة صور فقد تكون ضمنية أو صريحة أو قد تكون مفترضة وأيا كان شكل

1- مفيد شهاب، المرجع السابق، ص 125-127.

2- إن رابطة الجنسية في الفكر القانوني تشير إلى علاقة أو صلة من الانتماء أو الانتساب، تقوم بين شخص معين ودولة محددة، ويعرفها الأستاذ Loussourn بأنها: "صفة في الشخص تقوم على رابطة سياسية وقانونية بينه وبين دولة هو عنصر من عناصر تكوينها".

وقد عرفت محكمة القضاء الدولي الصادر من محكمة العدل الدولي في قضية Noylebohon سنة 1955 رابطة الجنسية، على أنها: "رابطة قانونية تقوم في أساسها على واقع ارتباط اجتماعي وعلى تضامن حقيقي في الوجود والمصالح والمشاعر مقرونة بتبادل الحقوق والواجبات".

3- هشام صادق، المرجع السابق، ص 114-115.

هذه الإرادة فإنها لا تعد إرادة مطلقة، بل إنها مقيدة بطبيعة الأشياء من ناحية وبمقتضيات الحياة الاجتماعية من ناحية أخرى.

ب- وجهة نظر الفقه الحديث في تحليل رابطة الجنسية:

وإذا كانت هذه هي وجهة نظر الفقه التقليدي في تحليل رابطة الجنسية، فإن الاتجاه الحديث في الفقه يرى أن رابطة الجنسية هي رابطة تنظيمية ينشئها المشرع بقرار من جانبه ويتكفل بوضع قواعدها مسبقا وذلك في ضوء الاعتبارات السياسية والاجتماعية التي تستهدفها سياسته ويقتصر دور الفرد فيها من ثم على الدخول في هذه العلاقة إذا ما توافرت فيه الشروط المطلوبة.

والجنسية طبقا لوجهة النظر هذه تعد نظام قانوني كغيره من الأنظمة القانونية تضعه الدولة وبموجبه يمكنها تحديد ركن الشعب وذلك عن طريق تحديد من يكتسب جنسيتها، إلا أن سلطة الدولة في تحديد ذلك النظام وإن كانت مطلقة، إلا أنها مقيدة باعتبارات عدة من أهمها أن الجنسية ليست فقط نظاما قانونيا بل إنها قبل ذلك رابطة واقعية لا تخلقها الدولة ولكن تأكد وجودها عن طريق ما تضعه من شروط، وعلى الرغم من كون الجنسية نظاما قانونيا إلا أنها نظاما قانونيا وثيق الصلة بروح و تكوين الشعب، والجنسية كنظام قانوني لها جانبان أحدهما عضوي والأخر وظيفي ويتمثل الجانب الوظيفي في أن الجنسية هي أداة تحديد هوية ركن الشعب ويتحقق الجانب الوظيفي في أن الجنسية صفة تحدد هوية الشخص من منظور القانون الدولي العام وانتمائه من منظور القانون الداخلي[1].

والأصل أن لكل دولة الحق في تحديد من هم رعاياها بمقتضى تشريعاتها الداخلية ولهذا يتعين الرجوع كقاعدة عامة إلى قانون الدولة التي تصدت للحماية إليها، إلا أن الرجوع إلى قانون الدولة المانحة للحماية الدبلوماسية لمواطنيها يخضع لأحكام القانون الدولي الذي يختص بهذه المثابة بتحديد الشروط المتطلبة للحماية ومن بينها تحديد طبيعة الرابطة للشخص الطبيعي طالب الحماية والدولة التي يحق لها التصدي لحمايته، ولئن كان القانون الدولي قد حد بصفة مبدئية طبيعة الرابطة بين الفرد طالب الحماية والدولة التي يحق لها حمايته فاستلزم أن يكون من مواطنيها، أي يحمل جنسيتها وفقا لتشريعاتها الداخلية.

ج- استقرار القضاء الدولي على نظرية الجنسية الفعلية في الترجيح بين الجنسيات المتراكمة:

لقد استقر القضاء الدولي على الأخذ بمعيار "الجنسية الفعلية" [2] كأساس للتفضيل بين الجنسيات المتراكمة على متعدد الجنسية منذ أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، إذ اتجه المحكمون عند

1- عبد المنعم درويش، ماهية الأجنبي، "دراسة في فلسفة الجنسية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، من ص120 إلى ص 127.

2- والمقصود بالجنسية الفعلية: الجنسية الواقعية أو الحقيقية (أي القانونية) التي تم اكتسابها على نحو صحيح حسب قانون الجنسية في الدولة، وليست جنسية الواقع التي يعيشها الفرد دون اعتراف من قانون الدولة التي ينتمي إليها الفرد من الناحية الفعلية.

راجع في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الحماية الدبلوماسية ومشكلة تعدد الجنسية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، العدد التاسع، الرياض، 1992، ص 17.

فض التنازع الإيجابي للجنسيات إلى ترجيح الجنسية الفعلية أو الواقعية Nationalité Effective، أي الجنسية الحقيقية التي يعيش الفرد في كنفها.

ثم أتيحت الفرصة لمحكمة العدل الدولية في 1955/04/16 لتؤكد هذا الاتجاه نحو تطبيق فكرة الجنسية الفعلية في قضية Nottebohm، فقد قررت المحكمة في حكمها الصادر في هذه القضية والمتعلقة بنزاع بين كل من دولة "جواتيمالا" و "إمارة ليشتشتين" حول المدعو "نوتباوم" سلامة معيار الجنسية الفعلية كأساس للترجيح بين الجنسيات المتراكمة على الشخص الواحد.

وأوضحت المحكمة في حيثياتها أن الجنسية الفعلية هي التي تقوم على أقوى رابطة حقيقية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها، ولا بأس في هذا الصدد من الاستعانة في تحديد الجنسية الفعلية بموطن الفرد، ومقر مصالحه، وروابطه العائلية، واشتراكه في الحياة العامة في الدولة، وكذلك رغبته في الارتباط بدولة معينة.

وعلى هذا النحو يبدو أن الكشف عن الجنسية الفعلية هي مسألة تتعلق بالواقع، فهي تستلزم من المحكمة البحث في كل حالة على حدة على العناصر التي يستشف منها ارتباط الفرد ارتباطا فعليا بجنسية دولة معينة على نحو يمكن معه ترجيح هذه الجنسية على غيرها من الجنسيات المتراكمة عليه.

وقد بارك الفقه الحديث في مجموعة نظرية الجنسية الفعلية على النحو الذي انتهى إليه القضاء الدولي، فهي تتضمن معيارا للترجيح بين الجنسيات المتراكمة على الشخص يستجيب للأساس الاجتماعي للجنسية، والذي ينطوي على شعور الفرد بالولاء نحو الدولة التي يرتبط بها ارتباطا فعليا.

وغنى على بيان أن معيار الجنسية الفعلية على النحو الذي حددته محكمة العدل الدولية هو مجرد معيار للترجيح بين الجنسيات المتراكمة على الشخص، أي أنه يفترض وجود شخص يحمل جنسية أكثر من دولة وفقا للقوانين الداخلية لهذه الدول، ومؤدى الاعتداد بالجنسية الفعلية في هذه الحالة هو مجرد ترجيح الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من سواها من بين هذه الجنسيات، وعلى ذلك فلا يصح للمحكمة مثلا أن تقرر انتماء الشخص إلى دولة معينة بدعوى ارتباطه الفعلي بها أكثر من غيرها ما دامت هذه الدولة ليست من بين الدول التي يحمل هذا الشخص جنسياتها.

وفي ضوء هذا النظر يمكن فهم حقيقة ما يقصده جانب من الشراح حينما قرروا أن الدور الذي تؤديه نظرية الجنسية الفعلية لا يبدو في حقيقة الأمر إلا في مجال الإثبات، حيث يحق للدولة المدعى عليها في مجال الحماية الدبلوماسية، كما حدث في قضية "نوتباوم" أن تقيم الدليل على عدم أحقية الدولة المدعية في حماية متعدد الجنسية ما دام أن رابطة الجنسية التي تربطه بهذه الدولة لا تقوم على أسس واقعية.

وتطبيقا لما تقدم فإن تنازعت كل من الدولتين التي تتراكم جنسياتهما على متعدد الجنسية بشأن التصدي لحمايته أمام القضاء الدولي في مواجهة دولة ثالثة، فإن الدعوى الدولية لن تقبل إلا من الدولة التي يتمتع طالب الحماية بجنسيتها الفعلية.

بل أنه يجوز للدولة المدعى عليها أن تدفع دعوى الدولة الواحدة التي تصدت لحماية متعدد الجنسية، فيما لو كانت رابطة الجنسية التي تربطها بطالب الحماية لا تقوم على أسس واقعية.

وبهذه المثابة تبدو نظرية الجنسية الفعلية بوصفها مجرد معيار للترجيح بين الجنسيات التي يحملها متعدد الجنسية في مجال الحماية الدبلوماسية، أما إذا كان طالب الحماية لا يحمل إلا جنسية دولة واحدة، فيكون من حق هذه الدولة التصدي لحمايته أمام القضاء الدولي وفقا للقانون الوضعي القائم حتي ولو لم تقم رابطة الجنسية بينه وبين هذه الدولة على أسس واقعية.

على أن إعمال فكرة الجنسية الفعلية كمعيار للترجيح بين الجنسيات التي يحملها متعدد الجنسية يخضع لتحفظ عام، إذ لا يجوز لإحدى الدول التي يتمتع الشخص بجنسياتها أن تتصدى لحمايته الدبلوماسية في مواجهة دولة أخرى من الدول التي ينتمي إليها متعدد الجنسية، ولو كانت رابطة الجنسية بين هذا الأخير والدولة التي تصدت لحمايته تقوم على أسس واقعية.

ويستند هذا التحفظ الذي أقره معهد القانون الدولي وأكدته أحكام محكمة العدل الدولية، إلى عرف دولي مستقر منذ القديم، فقد مضت الإشارة إلى أن علاقة الدولة بمواطنيها تخضع بحسب الأصل لاختصاصها الداخلي المطلق، ولهذا فلا يصح لدولة أخرى أن تتدخل لحماية أحد مواطني الدولة المدعى عليها بدعوى أنه يعد من مواطني الدولة المدعية في نفس الوقت، فمثل هذا التدخل يتنافى مع مبدأ خروج علاقات الدولة بمواطنيها من دائرة القانون الدولي العام.

على أن الفرد قد لا يجد دولة تتصدى لحمايته الدبلوماسية في مواجهة الدولة التي أصابته بأضرار، كتلك المترتبة على نزع ملكية أمواله دون الالتزام بأي تعويض، رغم أنه لا يعد من مواطني هذه الدولة الأخيرة، ويحدث ذلك فيما لو انعدمت رابطة التبعية المتطلبة بين طالب الحماية وبين كافة دول العالم، وهذا هو شأن عديم الجنسية [1].

ثانيا: الشخص الاعتباري (المعنوي).

إن التسليم بوجود الشخص الاعتباري لم يعد محلا للجدل في الفكر القانوني الحديث، فإلى جانب الشخص الطبيعي الذي تمنحه كافة النظم الحديثة شخصية قانونية تخوله القدرة على التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، يوجد الشخص الاعتباري والذي اعترفت له هذه النظم أيضا بالشخصية الاعتبارية القانونية أسوة بالشخص الطبيعي[2].

1- د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، "مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، من ص 117 إلى ص 121.

2- أبو العلا النمر، دراسات في القانون الدولي الخاص، "الموطن في العلاقات الخاصة الدولية ومركز الأشخاص الاعتبارية الأجنبية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 149.

والشخص الاعتباري هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال مخصصة لغرض معين، وإذا كانت رابطة الجنسية هي التي تربط الشخص الطبيعي بدولة معينة وتخضع حالته لقانونها، فإن الشخص الاعتباري لابد له من دولة ينتمي إليها أو ينتسب لها لكي يخضع لقانونها من حيث النشأة والنشاط والزوال.

وبعبارة أخرى فلا بد للشخص الاعتباري من جنسية دولة معينة وهذه مسألة ذات طابع سياسي ولا بد من قانون يحكمه وهذه مسألة أخرى ذات طابع قانوني[1]، ووجوب خضوع الشخص الاعتباري لقانون يستمد منه شخصيته القانونية يعد أساسا لتبعية القانونية[2].

ولا يمكن أن تخفى التبعية القانونية للشخص الاعتباري حقيقة أخرى وهي أن الشخص الاعتباري يقوم على توجيه نشاطه من وراء الشخصية الاعتبارية أشخاص طبيعيون وهؤلاء في توجيههم للشخص الاعتباري يميلون إلى موالاة الدولة التي ينتسبون إليها بجنسيتهم إذ أنهم يسيرون العمل في الشخص الاعتباري بما يتفق ومصالح تلك الدولة، فتوجيه الشخص المعنوي إذن يدع مجالا كبيرا لتدخل الاعتبارات السياسية[3].

إن تحديد انتماء أو انتساب الشخص الاعتباري إلى دولة معينة هو مسألة أولية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه وكذلك تحديد مدى تمتعه بالحقوق السياسية نظرا لانتمائه لهذه الدولة، وقد اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا حول التقرير بوجود جنسية للشخص الاعتباري فقد أنكره البعض وقصره على الشخص الطبيعي أي الإنسان، وقد أسسوا حجتهم هذه على أن الجنسية، وهي رابطة سياسية وقانونية تربط الفرد بدولة معينة فتجعله عضوا في شعبها، تقوم على ارتباط حقيقي اجتماعي وروحي بين الفرد والدولة، فالشخص الطبيعي هو الذي يشعر بالولاء لها بما يتمتع به من إرادة أو شعور والجنسية بذلك لا تصدق إلا على الأشخاص الطبيعيين فقط ولا تصدق على الأشخاص الاعتبارية التي هي عبارة عن تجمعات لأشخاص أو أموال تستهدف غاية معينة، فشعب الدولة أي ركن الشعب إنما يشمل الأشخاص الطبيعيين دون الاعتباريين بدليل أن تعداد السكان إنما يكون للأفراد دون الأشخاص الاعتبارية وفضلا عن ذلك فإنه من حقوق الأفراد وواجباتهم ما يستحيل على الشخص الاعتباري التمتع به أو الوفاء به مثل الحقوق السياسية.

1- بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، "الجنسية" "الموطن" مركز الأجانب، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 2000، ص 214.

2- والمقصود بالتبعية القانونية: "هو إخضاع الشخص الاعتباري للولاية التشريعية لدولة معينة حتى يتسنى معرفة القانون الواجب التطبيق على نظام الشخص الاعتباري من حيث تكوينه ومباشرة نشاطه وزواله"، وأنظر في ذلك: شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 434.

3- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1980، ص 310-311.

وعلى الرغم من إنكار البعض الاعتداد برابطة الجنسية للشخص الاعتباري[1] إلا أن أغلب الفقه المعاصر يسلم بتمتع الشخص الاعتباري بجنسية الدولة أو على الأقل تبعيته للدولة إذ أن فكرة الجنسية لها من الشمول والاتساع ما يمكن معه أن تستوعب الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، ويسلم هذا الرأي بوجوب التفرقة بين الجنسية كرابطة اجتماعية وبين الجنسية كنظام قانوني، فالجنسية تقوم على الانتماء للدولة قانونا وهذا الانتماء يتحقق بالنسبة للشخص الطبيعي والشخص الاعتباري على حد سواء ولا مانع من اختلاف أسس ومعايير تمتع الشخص الطبيعي بجنسية الدولة عن أسس ومعايير أخرى تتفق مع طبيعة الشخص الاعتباري لإمكان الاعتراف له بجنسية الدولة وذلك لأنه يجب قيام رابطة قانونية وسياسة بين الدولة وكل نشاط جماعي يتركز على إقليمها، ويمكن أن توصف بأنها جنسية، وعن طريق هذه الرابطة تميز الدولة بين النشاط الوطني والنشاط الأجنبي وتخضع الأشخاص الاعتبارية لقانونها وتسبغ عليها الحماية عند مزاولة نشاطها بالخارج، وبينما تتقرر الجنسية بالنسبة السكان، فيكفي بالنسبة للشخص الاعتباري التحقق من أن النشاط الاجتماعي الذي يمثله له صلة وثيقة بمجموع نشاط الجماعة الوطنية والعبرة في تحديد جنسية الشخص الاعتباري هي بالمعيار الذي يتم اختياره وفقا للنظام القانوني الذي سوف يخضع له هذا الشخص ويجب أن يكون بصفة عامة معيارا ثابتا ومحددا ويدل على علاقة طبيعية وارتباطا معين بين الشخص القانوني والنظام القانوني المطبق عليه[2].

تتمتع الدولة بسلطة تقديرية في تحديد الأشخاص الذين ينتمون إليها بجنسياتهم، فسيادة الدولة تقضي بوجوب انفرادها بتحديد من ينتمي إليها من الأشخاص ولا تملك دولة إقرار تمتع شخص بجنسية دول أخرى على خلاف ما يقضي به قانون الأخيرة، وهذا المبدأ يسري في تحديد الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين كما يسري بالنسبة للأشخاص الاعتباريين سواء بسواء، فلا يملك مشرع أي دولة ما أن يقرر كيفية اكتساب الأشخاص الاعتبارية لجنسية دولة معينة.

وإذ كان لكل دولة أن تنفرد بالحق في تحديد الشروط اللازمة لتمتع الأشخاص الاعتبارية بجنسيتها فإن هذه الحرية ليست مطلقة إذ لا يجوز للدولة أن تمنح جنسيتها للأشخاص الاعتبارية إذا لم يربطها بها أية رابطة اقتصادية أو قانونية كممارسة الشخص الاعتباري نشاطه بالدولة، أو وجود مركزه إدارته بالدولة، أو تأسيسه بإقليم الدولة، أو قيامه على رأس مال وطني، فإذا لم تتحقق هذه الروابط كان للدول الأخرى أن تمتنع عن الاعتراف بانتماء الشخص الاعتباري إلى الدولة التي منحته جنسيتها[3].

1- يقصد بجنسية الشخص الاعتباري (الشركة): "الرابطة القانونية التي تنيط الشركة بدولة معينة، والتي على أساسها، تعتبر الأولى منخرطة في الاقتصاد الوطني للثانية، الأمر الذي يؤدي إلى خضوع هذه الشركة لسيادة الدولة المعنية والإفادة من حمايتها".

أو بعبارة أخرى، فهي: "العلاقة القانونية القائمة بين الشركة ودولة معنية، بمقتضاها تعتبر الشركة مندمجة في الاقتصاد الوطني للدولة المرتبطة بها، فتخضع لسيادتها وتتمتع بحمايتها".

2- بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، من ص 216 إلى ص 219.

3- فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص 321- 323.

ويذهب الفقه الحديث إلى تأسيس حق الدولة في تنظيم مركز الأجانب على القاعدة الأساسية في الازدواج الوظيفي، ومؤدى هذه الفكرة أن المشرع الوطني له اختصاص تشريعي داخلي بالنسبة لمجتمعه وله كذلك وضع القواعد القانونية التي تحدد مركز الأجانب بحكم الضرورة لافتقار النظام القانوني الدولي لجهاز تشريعي للقيام بهذه الوظيفة، ويخضع المشرع الوطني عند مباشرته التشريع باسم المجتمع الدولي لقواعد القانون الدولي، وهذا ما تعنيه تلك النظرية من ازدواج الوظيفة، فالمشرع يمارس وظيفة الاختصاص الداخلي واختصاص أخر وهو التشريع باسم المجتمع الدولي بحكم الضرورة[1].

وكلما أثيرت مسألة التمتع بالحقوق بالنسبة للشخص الاعتباري فإنه لا يمكن الوقوف عند حد التبعية القانونية بل يعتد بالتبعية السياسية، فيكون معيار التبعية السياسية حينئذ مقابلا لمعيار الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، وكما تم التمييز بين طائفتين من الأشخاص الوطنية والأجنبية يمكن التميز على أساس التبعية السياسية بين طائفة الأشخاص الاعتبارية الوطنية وطائفة الأشخاص الاعتبارية الأجنبية ولكن يظل هناك فارق جوهري بين الجنسية والتبعية السياسية وهو أن الجنسية رابطة من روابط القانون العام يترتب عليه حقوق وتكاليف بين الشخص الطبيعي والدولة ومن هذه الحقوق والتكاليف ما لا يتفق وطبيعة الشخص الاعتباري كالحقوق السياسية أو أداء الخدمة العسكرية، أما التبعية السياسية فهي وضع من أوضاع الواقع يعتد به في تحديد مدى ما يتمتع به الشخص الاعتباري من حقوق، على أنه إذا كان مجال الاعتداد بالتبعية السياسية هو مسألة التمتع بالحقوق فإن هذه التبعية لا تصلح أن تكون محل اعتبار في نطاق تنازع القوانين بل يؤخذ في هذا النطاق بالتبعية القانونية للشخص الاعتباري، فكلما أثيرت مسألة تتعلق بتكوين الشخص الاعتباري أو بتنظيم العمل فيه أو بانقضائه فيتم الرجوع إلى القانون الذي يحكم الشخص الاعتباري[2].

لما كان الشخص الاعتباري يختلف في طبيعته عن الشخص الطبيعي فقد أدى ذلك إلى قيام جنسية الأشخاص الطبيعيين، وقد تنوعت الآراء الفقهية في سعيها إلى الوصول إلى أكثر الأسس تعبيرا عن وجود رابطة اقتصادية حقيقية بين الدولة والشخص الاعتباري ليتخذ منها ضابطا لتحديد جنسيته، وفيما يلي تتعرض الدراسة لهذه الأسس والمعايير التي تتحدد بموجبها تبعية أو جنسية الشخص الاعتباري لدولة من الدول:

1- معيار الإرادة:

هل تلعب الإرادة الفردية ثمة دور في تحديد الجنسية؟ يطرح الفقهاء هذا التساؤل حال بحث جنسية الشخص الطبيعي، وينتهي المتقدمون إلى النفي، وأساس هذا الموقف مجموعة كبيرة من الاعتبارات السياسية والقانونية، التي تضفي على الجنسية طابعا تنظيميا، بحيث يقتصر أمرها في يد الدولة التي يحق لها فرضها على الأشخاص المكونين لها وفقا لما تراه في هذا الصدد.

1- أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 140 – 141.

2- محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 213 – 214.

ولكن هل يصدق ذات النظر، بالنسبة للشركات بوصفها كائنات معنوية أم لا.

هناك من الفقهاء، من يرى أن للإرادة الجماعية للشركاء حق في تحديد جنسية الشخص المعنوي (الشركة)، وقد عبر الفقهاء المتقدمون عن رأييهم السابق في عدة صور سوف نعرض لكل صورة منها على حدى في عنصر مستقل، ويجدر بنا أن نوضح أمرا عاما بالنسبة للمعيار الإرادي، فحواه أن هذا الأخير قد ظهر إلى الوجود في الوقت الذي كان يسود فيه مبدأ سلطان الإرادة.

وسوف نقسم هذا المعيار إلى العناصر التالية:

أ- معيار التأسيس:

بموجب هذا المعيار، يكتسب الشخص المعنوي جنسية الدولة التي تم تأسيسها فيها، فإذا كان الشخص المعنوي قد تكون في انجلترا، فهو انجليزي الجنسية، وإذا تم تأسيسه في الولايات المتحدة الأمريكية، اعتبر أمريكي الجنسية وهكذا، وهذا المعيار يلقى قبولا حسنا في الدول الأنجلوساكسونية، مثل انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية [1]، الأرجنتين، اليابان، الإتحاد السوفييتي سابقا (روسيا حاليا)، العراق[2].

وفضلا عما تقدم، فقد قامت القنصليات المختلفة في المغرب باعتماد هذا المعيار، خلال الفترة السابقة على إقامة نظام الحماية عام 1912، فإذا ما تم تأسيس شركة معينة وتسجيلها لدى القنصلية الفرنسية، فهذه الشركة سوف تتمتع بالجنسية الفرنسية، استنادا إلى واقعة التسجيل سالفة الذكر، وبالمثل إذا ما تم تسجيل شركة أخرى لدى القنصلية الإيطالية في المغرب، فإن هذه الشركة سوف تكتسب الجنسية الإيطالية...وهكذا.

فواقعة التسجيل كانت إذن، الضابط المحدد لجنسية الشركة الأجنبية خلال الفترة السابقة لإقامة نظام الحماية، وقد أكدت المحكمة القنصلية الفرنسية بطنجة، المعنى السابق، في الحكم الصادر عنها بجلسة 1913/01/24، حيث قررت أن: "الشركة التجارية التي تم تأسيسها في طنجة والتي تم تسجيلها لدى القنصلية الفرنسية، تتمتع بالجنسية الفرنسية".

فوفقا لمعيار التأسيس، يكتسب الشخص المعنوي جنسية الدولة التي تم تأسيسها فيها، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان مركز الإدارة الرئيسي لهذه الشركة قائما في الدولة المتقدمة، من عدمه، كما لا يهم جنسية الشركاء المؤسسين للشركة، ولا شأن لمعيار التأسيس بمكان الاستغلال، فيستوي أن يكون الأخير في خارج دولة التأسيس، أو داخلها.

1- د. هشام خالد، جنسية الشركة، "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، من ص إلى ص 104.

2- د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص والجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1981- 1982، ص121.

وفضلا عما تقدم، لا يعبأ معيار التأسيس بالدولة التي تم فيها الاكتتاب في رأس مال شركة، أو التي يتمتع المديرون بجنسيتها، حيث يعني المعيار محل الدراسة بأمر وحيد هو عملية التأسيس، حيث يجعلها مناطا لكسب جنسية الدولة التي تمت فيها الأخيرة.

والأساس المنطقي لمعيار التأسيس، أن قانون الدولة التي يتم فيها تأسيس الشخص المعنوي، هو الذي يمنحه شخصيته المعنوية، وجنسيته، بحسبانها أحد محددات هذه الشخصية.

ومن أهم المزايا التي يحققها هذا المعيار بوصفه ضابط لمنح الشخصية الوطنية للشخص المعنوي، أنه يعطي الشركاء حرية تحديد جنسية الشخص المعنوي (الشركة مثلا) التي شرعوا في إنشائها، هذا إلى أن إجراءات تأسيس الشركة تتم ببساطة، بحيث يتأكد الشركاء فعلا من تمام التأسيس واكتساب شركتهم الجنسية التي أرادوها، ومن شأنها تسهيل حركة التجارة الدولية.

كما أن هذا المعيار يوفر الطمأنينة والاستقرار للمتعاملين مع الشخص المعنوي المعني، حيث يمكن الآخرين التأكد من جنسية الشخص المعنوي الذي سوف يتعاملون معه دون عناء.

ويعاب على هذا المعيار، أنه يعطي للشركاء حق تحديد جنسية الشركة (الشخص المعنوي) التي شرعوا في تكوينها، وهذا ما لا يجوز فقد أوضحنا أن الدولة هي التي تقوم بفرض جنسيتها على الأشخاص المعنوية التي ترى انتمائها لكيانها الاقتصادي، وعلى هذا الأساس، لا يجوز للأفراد المؤسسين للشخص المعنوي، أن يفرض على الدولة مثل هذه الرابطة.

إن مجرد تأسيس شركة معينة في دولة معينة، لا يعني بحال وجود رابطة اقتصادية قوية بين الشركة المعنية والدولة محل الاعتبار، الأمر الذي يعني ضعف مثل هذه الجنسية، أو بعبارة أخرى أن الوضع المتقدم من شأنه إضعاف الأساس الذي يجب أن يستند إليه جنسية الشخص الاعتباري، وهو قيام رابطة اقتصادية حقيقية بين الدولة والشخص الاعتباري [1].

ب- معيار تكوين رأس المال:

وصاحب هذا المعيار، هو الأستاذ "تاليز"، وبموجبه تكتسب الشركة جنسية الدولة التي يتم فيها تكوين رأس مالها والتي يتم فيها إصدار الأوراق المالية الخاصة بها، وقد قال الأستاذ "تاليز" بهذا المعيار عقب انعقاد مؤتمر شركات الأسهم في باريس في أوت 1889، والذي تبنى المعيار السابق في إحدى توصياته.

1- د. هشام خالد، جنسية الشركة، المرجع السابق، ص 105 إلى ص 113.

2- معيار مركز الإدارة الرئيسي:

أ- المقصود بمعيار مركز الإدارة الرئيسي:

حرصت العديد من التشريعات الحديثة على اعتناق مركز الإدارة الرئيسي، كضابط تتحدد بموجبه جنسية الشركة [1]، كما أن الكثير من أحكام القضاء قد عولت على هذا المعيار، في تحديد جنسية الشخص الاعتباري.

وبمقتضى هذا المعيار، يكتسب الشخص المعنوي جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، فإذا كان هذا المركز في إيطاليا، فالشركة تكون إيطالية الجنسية، وإذا كان هذا المركز في فرنسا، فإن الشركة تعتبر فرنسية الجنسية، وهكذا[2].

ويتم التعبير عن معيار مركز الإدارة الرئيسي بعدة مصطلحات، منها مركز الشركة [3]، مركز الإدارة الرئيسي[4]، والمقر الرئيسي[5]، وكلها تعبيرات مترادفة، في الإشارة للمعيار المعني في هذا العنصر، والظاهر مما تقدم، أنه رغم اختلاف الصياغة فجميع التعبيرات والمسميات السابقة، إنما تهدف إلى التعبير عن معنى واحد، هو معيار مركز الإدارة الرئيسي، ألا وهو "المكان الذي توجد فيه الجهة الرئيسية للشركة، تلك الجهة التي تأتي منها التعليمات وتصدر عنها التوجيهات والأوامر إلى مختلف الهيئات والأجهزة التابعة للشركة"، وقد اعتنقت هذا المعيار محكمة "مونبلييه" في الحكم الصادر عنها بجلسة 1926/05/03.

*** اعتناق القضاء لمعيار مركز الإدارة الرئيسي:**

- اعتنق القضاء الفرنسي المعيار الماثل منذ عام 1870، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها بجلسة 1870/06/20، يفيد اعتمادها لهذا المعيار لتحديد جنسية الشركة، مغلبة إياه على المعايير الأخرى النظيرة، والتي كانت تزاحمه في فترات سابقة.

1- من بين هذه التشريعات: تشريع ألمانيا الغربية (قبل الوحدة)، بلجيكا، الدانمرك، إسبانيا، اليونان، لكسمبورغ، هولندا، سويسرا والأرجنتين، كولومبيا، مدونة بوستامنت، التشريع النمساوي الصادر في 1978/06/15، القانون المدني الإيطالي المادة (09) الفقرة (25).

2- د. هشام خالد، جنسية الشركة، المرجع السابق، ص 148- 150.

3- ويعبر البعض عن هذا المعيار بلفظة "المركز الاجتماعي"، كما أن البعض يستعمل لفظة أخرى للتعبير عن المعيار محل الدراسة هي "المركز الاشتراكي".

راجع هذه المصطلحات في: د. شكري السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 1981، ص 85.

د. إدريس الضحاك، الوجيز في حوادث السير، "التأمين الإجباري على السيارات"، بدون دار النشر، الرباط، 1981، ص 14.

4- وهذه التسمية، استعملها المشرع المصري في المادة 11 من القانون المدني، ويرى البعض أنها تسمية موفقه، لأنها تعبر عن حقيقة المراد.

5- ويذهب المجلس الأعلى المغربي، إلى استعمال هذا التعبير، في بعض الحالات نذكر منها: القرار الصادر من الغرفة الإدارية رقم 162، جلسة 03 أوت 1979، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع 13- 14، 1983، ص141.

ويرى البعض، أن القضاء الفرنسي، قد هجر هذا المعيار إبان الحرب العالمية الأولى والحرب العالمية الثانية، ويرى البعض الأخر أن القضاء الفرنسي، لم يهجر معيار مركز الإدارة الرئيسي كلية خلال فترة الحرب، ففي حكم لمحكمة استئناف "روان" بتاريخ 1916/01/19، أكدت المحكمة أن الشركة المساهمة تعتبر شخصا معنويا مستقلا ومتميزا عن شخصية المساهمين، ولذلك فإن جنسيتها لا تتحدد بجنسية المساهمين، أو بجنسية الأغلبية بينهم، ولكنها تتحدد بمكان موطنها القانوني، وهو المكان الذي حددته الشركة لمركز إدارتها الرئيسي.

ولعل الصحيح في الأمر، أن القضاء الفرنسي لم يتخل إطلاقا عن المعيار السابق، حتى أثناء الحربين العالميتين الأولى والثانية.

ونخلص مما تقدم أن معيار مركز الإدارة الرئيسي قد احتفظ بمكانته في فرنسا منذ عام 1870 ولفترة طويلة لاحقة، وأن هذه المكانة لم تتزعزع خلال الحربين الأولى والثانية، الأمر الذي يفيد قوة هذا المعيار تلك التي ظهرت للوجود من القرارات التي صدرت عن معهد القانون الدولي، في دورته المنعقدة في "هامبورغ" في 1891/12/07، والتي اعتمدت معيار مركز الإدارة الرئيسي بوصفه الأداة التي تتحدد بموجبها جنسية الشركة.

وعليه، فإن معيار مركز الإدارة الرئيسي – لدى أنصاره في فرنسا – هو الوسيلة الفنية، التي تتحد بها صفة الشركة المعنية، وما إذا كانت وطنية أو أجنبية، كذا القانون الواجب التطبيق عليها، أو بعبارة أخرى "يعتبر مركز الإدارة الرئيسي لدى القائلين به في فرنسا معيار يكشف عن التبعية السياسية والتبعية القانونية للشخص الاعتباري في نفس الوقت، فعلى أساسه تتحدد الصفة الوطنية أو الأجنبية لهذا الشخص من جهة، والقانون الواجب التطبيق في شأن نظامه القانوني من جهة أخرى".

والملاحظ على هذا المعيار أنه يتميز بالوحدة وينفر من التعدد، فمهما تعدد نشاط الشخص الاعتباري وتفرقت بالتالي أجهزته الإدارية، فهناك دائما دولة تتركز فيها الإدارة العليا للمشروع، وهذه الدولة هي التي يتمتع الشخص الاعتباري بجنسيتها.

– ونرى أن القضاء المغربي، قد اعتنق أيضا المعيار محل الدراسة، بموجب حكم شهير صادر عن محكمة الرباط، بجلستها المنعقدة في 1923/03/07، ومن ضمن ما جاء في هذا الحكم الهام ما يلي: "حيث أن جنسية الشركة تتبع وحسب البلاد التي توجد بها مؤسستها الرئيسية، بصرف النظر عن المكان الذي أبرم فيه الاتفاق، دون حاجة إلى الأخذ بعين الاعتبار لإرادة أو قصد المؤسسين، وبصرف النظر عن جنسية الأعضاء، إذا كان الأمر يتعلق بشركة تضامن، إذ أن جنسية الأعضاء يمكن في حالة الشك فقط أن تسهم في تحديد جنسية الشركة التي تتألف من هؤلاء الأعضاء"[1].

1– د. هشام خالد، جنسية الشركة، المرجع السابق، ص 152 إلى ص 159.

ب- الشروط الواجب توافرها في مركز الإدارة الرئيسي:

يجب أن يتوافر في مركز إدارة الشركة عدة شروط، سوف نعرض لها وفقا لما يأتي:

*** يجب أن يكون هذا المركز حقيقيا:**

هذا الشرط مستمد من المادة الخامسة من القرار رقم 11، الصادر عن الدورة التي عقدها معهد القانون الدولي في مدينة "هامبورج" في 1891/12/07، وقد ظل القضاء الفرنسي أمينا على الشرط محل الدراسة لمدة طويلة، وصدرت عنه العديد من الأحكام في هذا الصدد.

وفي 1966/07/24 صدر في فرنسا قانون، نصت المادة الثالثة منه على أنه: "تخضع الشركات التي يوجد مركز إدارتها الرئيسي فوق التراب الفرنسي للقانون الفرنسي، ويجوز للغير الاستناد إلى المركز النظامي، ولكن هذا المركز لا يجوز التمسك به في مواجهتهم، إذا المركز الحقيقي موجودا في مكان أخر.

والمستفاد من هذا النص، هو وجوب كون مركز إدارة الشخص المعنوي حقيقيا، أي ليس صوريا، كما يعتد به في اكتساب جنسية الدولة التي يوجد فيها هذا الشخص المعنوي.

ويجب للقضاء الاعتداد بالمركز الحقيقي للشخص المعنوي وصرف النظر عن مركزها الصوري، وفضلا عن ذلك يحق للقضاء أيضا أن يحكم ببطلان مثل هذا الشخص المعنوي (شركة مثلا)، لمخالفتها لنص وطني أمر.

*** يجب ألا يكون هذا المركز احتياليا:**

ولا يكفي أن يكون المركز الرئيسي للشركة حقيقيا وليس صوريا، كما أوضحنا سابقا، بل يلزم فوق ذلك، ألا يكون هذا المركز احتياليا، أو بعبارة أخرى، "ألا يكون القصد من وراء تأسيسه بمكان معين التهرب من أحكام القانون الوطني الذي كان يتعين خضوع الشركة له".

إن الأغلبية العظمى من الفقه والقضاء لا تولي عناية لمثل التفرقة بين كون مركز الشركة حقيقيا ، وبين كونه جديا، أو بين كون هذا المركز صوريا، وبين كونه احتياليا.

فإننا لا نعثر على أي فيصل دقيق واضح بين الجدية والحقيقة، أو بين الاحتيالية والصورية، وذلك من خلال تحليلات "لوسوارن، ونصل في الأخير إلى النتيجة واحدة، هي عدم الاعتداد بالمركز المعلن عنه في النظام الأساسي لهذا الشخص الاعتباري، حالة كونه صوريا أو احتياليا، واعتبار الشركة في مثل هذه الحالة خاضعة للقانون الذي حاولت التهرب منه والتملص من أحكامه.

ومع ذلك، نرى أن هناك فرقا ملحوظا بين الوصفين المعنيين، ففي الحالة الأولى نكون بصدد مركزين لإدارة هذا الشخص المعنوي (شركة) الأولى صوري والثاني حقيقي، أما في الحالة الثانية، فإننا نكون بصدد مركز وحيد، ولكن هذا الأخير رغم عدم صوريته نظرا لعدم وجود مركز أخر حقيقي، فإن الشركاء قد حددوه بهدف وحيد، هو الإفلات من أحكام القانون صاحب الاختصاص الأصلي في هذا الصدد، والمقصود بهذا

الأخير، قانون الدولة التي ترتبط بها الشركة ارتباطا قويا، ولا شك أن إعمال الضابط الأول والخاص بعدم صورية المركز الرئيسي، لا تكفي لعدم الاعتداد بالمركز الاحتيالي، لذلك تبدو جدوى الشرط الماثل ومفاده، ألا يكون مركز الإدارة احتياليا.

وقد ثار التساؤل، حول الجزاء الواجب الإعمال به، إذا كان مركز الشخص المعنوي احتياليا.

يذهب الأستاذ "باتيفول"، إلى أنه إذا كان من حق الشركاء تحديد مركز الشركة في الدولة التي يحقق قانونها مصالحهم، فإن هذا الحق يجب ألا يكون الهدف الوحيد من استعماله، هو التهرب من أحكام القانون صاحب الولاية بحكم الشركة أصلا، وإلا جاز إعمال "نظرية التعسف في استعمال الحق" في هذا الموضع، ويرفض البعض هذا النظر، لأن الرجوع إلى هذه النظرية يصطدم بصعوبات جمة لا يمكن تجاهلها، وأهمها المشقة التي سوف يتجشمها القاضي في البحث عن النوايا الحقيقية والمقاصد الخفية للمؤسسين أو الشركاء، مما لا يمكن معه الوصول إلى نتائج ثابتة ومؤكدة.

كما يذهب فريق أخر إلى وجوب إعمال "نظرية الصورية" في هذا الصدد.

ويرى جانب من الفقه في المادة الثالثة من القانون الفرنسي الصادر في 1966/07/24 إعمال لنظرية الصورية[1] في هذا المقام، حيث يحق للغير أن يتمسك بالمركز الظاهر المعلن عنه في عقد الشركة أو بالمركز الحقيقي الذي تباشر فيه الشركة نشاطها رغم مخالفته للمركز الظاهر، أو بعبارة أخرى فإن النص السابق هو أحد التجسيدات التشريعية الهامة لنظرية الصورية فهي...تمنح الغير الحق في أن يستند حسب مصلحته، إما إلى المركز الظاهر، أو إلى المركز الحقيقي، فمن حق الغير إذن أن يختار بين الاستناد إلى المركز النظامي، لأنه المركز الظاهر المعلن عنه، ولأنه خلق من الظواهر ما انخدع به واطمأن إليه، وبين المركز الحقيقي لأنه المركز الفعلي الذي توجد به حقيقة الهيئة العليا القائمة على إدارة الشركة وتسييرها.

ويذهب جانب أخر من الفقه، إلى وجوب إعمال "نظرية الغش نحوى القانون"، وذلك في الفروض التي يتبين فيها للقاضي أن الخصوم قد حددوا مركز إدارة الشركة على نحو ينطوي على غش نحوى قانون الدولة التي كان من الواجب أن يكون الأخير على ترابها، نظرا للارتباط القائم بين الشركة وهذه الأخيرة، فهنا يتعين على القاضي أن يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح، أو بعبارة أخرى يتعين إعمال نظرية الغش نحوى القانون في الحالات التي يتبين فيها القاضي أن تحديد هذا المركز قد قصد به الغش والتحايل على أحكام قانون الدولة أو الدول التي يرتبط بها المشروع ارتباطا فعليا، إذ تتوافر لنظرية الغش نحوى القانون في هذا شروط إعمالها، ويحق للقاضي تبعا لذلك رد قصد الخصوم، وإهدار أثر التحايل.

وبعض أنصار الاتجاه الأخير، يرى إمكان إعمال نظرية الغش نحو القانون أيضا حيال مركز الإدارة الصوري.

1- حول نظرية الصورية، راجع تفصيلا: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني "نظرية الالتزام"، الجزء الثاني، المجلد 02، آثار الالتزام، الطبعة الثانية، منقحة بواسطة م. مصطفى الفقي، 1982، ص 1492 وما بعدها.

*** يجب أن يكون هذا المركز جديا:**

ومفاد هذا الشرط، هو أن يكون أساس اختياره هو اندماج الشركة في الاقتصاد الوطني للدولة المعنية، فإذا كان هذا المركز في الدولة (أ) على سبيل المثال، فمناط الاعتداد به "كسبب موجه لكسب جنسيتها" هو أن تكون الشركة المعنية مندمجة في الاقتصاد الوطني للدولة المتقدمة، فإذ لم تكن كذلك، ما حق لها أن تحمل جنسية هذه الدولة، بالرغم من عدم صورية هذا المركز، ومن عدم احتياله.

فلا يكفي أن يكون المركز الحقيقي غير احتيالي، بل يلزم فوق ذلك أن يكون اختياره معبرا عن اندماج الشخص المعنوي (الشركة) في اقتصاد الدولة المعنية، ويتحقق مثل هذا الاندماج، إذا كانت الشركة تباشر نشاطها في الدولة المتقدمة، أو إذا كان المساهمون فيها من مواطني هذه الدولة، كذلك إذا كانت الشركة تطرح أسهمها للتداول في هذه الدولة، ففي كل الفروض السابقة تكون الشركة مندمجة في الاقتصاد الوطني للدولة التي ترغب في حمل جنسيتها، وبذلك يكون تواجد مركز الإدارة الرئيسي لهذه الشركة على تراب هذه الدولة، سببا مبررا لكسب جنسيتها.

3- معيار مركز الاستغلال:

إن معيار مركز الاستغلال يعتبر كأساس وضابط لتحديد جنسية الشخص المعنوي، وستتم دراسته وفقا للعناصر التالية:

أ- مضمون معيار مركز الاستغلال:

يذهب أنصار هذا المعيار، إلى أن الشركة يجب أن تتمتع بجنسية الدولة التي تمارس فيها نشاطها، بحسبان أنه في هذا المكان تتجمع المصالح الحقيقية للشركة، فالشركة التي تؤسس بهدف القيام بعمليات النقل بالسكك الحديدية داخل فرنسا سوف تعتبر فرنسية، بحسبان أن فرنسا هى الدولة التي تمارس فيها الأخيرة نشاطها.

وعلى العكس من ذلك، فإن الشركة التي تؤسس بغرض القيام بذات العمليات السابقة خارج فرنسا سوف تعتبر شركة أجنبية، وبهذه المثابة تكون هناك رابطة قوية بين الشركة المعنية والدولة التي تحمل الأخيرة جنسيتها على نحو يحول دون تحايل الشركاء والمساهمين نحو القانون لدرجة معتبرة[1].

وقد اعتنق القضاء الفرنسي القديم المعيار محل الدراسة، في بعض الأحكام الصادرة عنه، مثل الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بجلسة 1931/03/12، وكذا الحكم الصادر عنها بجلسة 1931/05/12.

وقد لقي هذا المعيار قبولا حسنا لدى بعض المشرعين، حيث اعتمدوه كضابط لتحديد جنسية الشركات الوطنية، ومن هذه الدول: النمسا- بلغاريا- الدانمارك- سويسرا- تركيا- هولندا- النرويج- اليونان- المجر-

1- د. هشام علي صادق، الجنسية والموطن، دار المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 76.

بلجيكا- إسبانيا، حيث تنص المادة 28 من القانون المدني الإسباني على أنه: "الشركات التي تتمتع بالشخصية المدنية تعتبر إسبانية، إذا كان موطنها في إسبانيا – إلا إذا كان هناك شرط اتفاقي أو حكم مخالف – في المكان الذي يوجد فيه ممثليها، أو المكان الذي تمارس فيه الوظائف الرئيسية للشركة"، وإيطاليا تأخذ أيضا بهذا المعيار في المواد 230- 301- 302 من قانون التجارة الإيطالي الصادر عام 1882 المعدل.

ويتجه جانب من الفقه إلى الاعتداد بمركز النشاط الرئيسي كمعيار يتعين به موطن الشركة، ووفقا لهذا الاتجاه، إذا كانت الشركة تباشر نشاطها الرئيسي في إيطاليا، فهذا يعني أن الشركة السالفة الذكر متوطنة في إيطاليا، ومثل هذا النظر، إنما يؤكد سلامة الملاحظة التي أبداها البعض، فيما يتعلق باختلاط فكرة الموطن بفكرة الجنسية في مجال الشركات، إذ تتحدد جنسية هذه الأشخاص المعنوية (الشركات) في رأي جانب كبير من الفقه على أساس معيار الموطن، بحيث تتمتع بجنسية الدولة التي تتوطن في إقليمها.

ب- مزايا وعيوب معيار مركز الاستغلال:

*** مزايا معيار مركز الاستغلال:**

ويمتاز معيار محل الدراسة بعدة مميزات، لعل أهمها ما يأتي:

- ✓ **من الناحية الأولى:**

إن مركز الاستغلال هو المكان الذي تظهر فيه الشركة بصورة واضحة، فكل من يتعامل مع الشركة يستطيع بسهولة أن يحدد مركز استغلالها.

- ✓ **من الناحية الثانية:**

إن مركز الاستغلال هو ضابط حقيقي دائما، حيث لا يمكن أن يكون صوريا أو مفتعلا، فهنا تكتسب الشركة جنسية الدولة التي تمارس فيها الأخيرة نشاطها الحقيقي الواقعي، وبهذه المثابة يمتاز هذا المعيار عن معيار أخر، وهو معيار مركز الإدارة الرئيسي.

- ✓ **من الناحية الثالثة:**

يمتاز معيار مركز الاستغلال، أنه مركز موضوعي، حيث لا تكتسب الشركة إلا جنسية الدولة التي تربطها بها رابطة موضوعية، تتمثل في تواجد منشأتها وقيام أعمالها المختلفة على تراب هذه الدولة.

- ✓ **من الناحية الرابعة:**

معيار مركز الاستغلال مفيد للدول النامية، حيث يؤدي الأخذ به إلى قيام الدول المصدرة لرأس المال بإقامة كافة المنشآت التي تستثمر فيها أموالا في الدول النامية، إذا ما أرادت أن تستفيد من قوانين تشجيع الاستثمار في هذه الأخيرة، فهذا المعيار هو وسيلة هامة لنقل التكنولوجيا إلى الدول المتخلفة.

*** عيوب معيار مركز الاستغلال:**

رغم المميزات المتقدمة، فقد لقي المعيار المعروض، الكثير من أوجه النقد، لعل أهمها:

✓ **من الناحية الأولى:**

قد تقوم الشركة بممارسة نشاطها في أكثر من دولة، فهنا يثار التساؤل عن كيفية تحديد جنسية هذه الشركة، مثال ذلك الشركات التي تقوم بالتنقيب عن البترول، حيث تمارس مثل هذا النشاط في أربعة أو خمسة دول على وجه متوازن، بحيث يستحيل القول بأن نشاطها في إحدى هذه الدول هو الرئيسي، والأخر هو الفرعي، فكيف تحدد جنسية الشركة في مثل هذا الفرض؟.

✓ **من الناحية الثانية:**

إن الشركة قد تغير محل نشاطها، حيث تنقله من دولة إلى أخرى، إلى ثالثة، وهكذا، فالأخذ بالمعيار المعروض من شأنه تغيير جنسية الشركة المعنية، كلما تغيرت الدولة التي تمارس فيها الأخيرة نشاطها، ومثل هذه النتيجة تجافى الاستقرار الواجب توافره بالنسبة لرابطة الجنسية.

ومن هذا المنطلق، يمكننا أن نفهم ما ذهب إليه مؤتمر شركات الأسهم المنعقد في باريس في أوت 1889، حيث رفض اعتماده (معيار مركز الاستغلال)، نظرا لمثالبه الكثيرة.

4- معيار الرقابة:

أ- نشأة معيار الرقابة:

يذهب البعض، إلى أن معيار الرقابة، قد نشأ لأول مرة في الوقت المعاصر لقيام الحرب العالمية الأولى، حينما ذهبت العديد من التشريعات الصادرة عن الدول المتحاربة، إلى إخضاع الشركات المعادية لإجراءات الحراسة والتصفية الجبرية.

ويذهب البعض الآخر إلى أن القضاء الفرنسي قد اعتمد المعيار المتقدم قبل ذلك، بموجب الحكم الصادر عن محكمة السين المدنية في 1884/05/26، حيث أفاد الأخير: "أن شركة التضامن التي يوجد مركزها في فرنسا، والتي تضم شركاء كلهم من جنسية أجنبية تعتبر شركة أجنبية".

ولعل الصحيح أن الحكم المتقدم إنما هو إعمال لمعيار أخر هو جنسية الشركاء، إذن فالحرب العالمية الأولى هي التي ولدت هذا المعيار الجديد، كما يعتقد الفقه الراجح.

وعندما صدر مرسوم 1914/09/27 في فرنسا، والذي أفاد وضع ممتلكات الأعداء تحت الحراسة، فثار التساؤل حول مدى إمكان إعمال أحكامه بالنسبة للشركات الخاضعة لسيطرة الأعداء بالرغم من تمتعها بالجنسية الفرنسية، نظرا لوجود مركز إدارتها الرئيسي في فرنسا، أو بعبارة أخرى فقد أثيرت المشكلة في فرنسا في مناسبة صدور مرسوم 1914/09/27، الذي يقضي بوضع أموال الأعداء تحت الحراسة، فقد دار

التساؤل حول مدى سلامة تطبيق هذا المرسوم على الأشخاص الاعتبارية التي تخضع لإشراف ورقابة رعايا الأعداء رغم وجود مركز إدارتها الرئيسي في فرنسا وتمتعها بالصفة الوطنية تبعا لذلك".

وفي إنجلترا، اعتمد المشرع الإنجليزي أثناء الحرب العالمية الأولى معيار الرقابة، كما يفرض بعض الإجراءات الحمائية ضد الشركات الإنجليزية التي تمثل مصالح معادية، ومقتضى هذه الإجراءات وضع هذه الشركات تحت الحراسة، ثم التصفية، ومنع التعامل معها إطلاقا.

وفي حكم صادر عن مجلس اللوردات البريطاني في "قضية دايملر" الشهيرة، أجازت المحكمة المتقدمة اتخاذ الإجراءات الحمائية ضد الشركات التي تحمي مصالح معادية رغم تأسيسها في انجلترا، أو بعبارة أخرى، رغم حملها الجنسية الإنجليزية وفقا للقاعدة العامة المتبعة هناك.

وتجدر الإشارة في هذا المقام، إلى أن معاهدات الصلح المبرمة على أثر انتهاء الحرب العالمية الأولى، قد عولت على معيار الرقابة، لتحديد الشركات التي يجب أن تخضع لبعض الإجراءات الحمائية، فالثابت أن معاهدة "فرساي" قد اعتمدته في المادة 297، ومعاهدة "تريانون" قد اعتمدته في المادة 232 منها، وفي النهاية فإن "معاهدة سان جرمان" قد اعتمدته في المادة 349 منها.

ونكتفي هنا بعرض نص المادة 297/ب من معاهدة "فرساي"، والتي قررت ما نصه: "تحتفظ الدول الحليفة وشركاؤها بالحق في حجز وتصفية الأموال والحقوق والمصالح الموجودة فوق ترابها، والعائدة بتاريخ دخول هذه المعاهدة حيز التنفيذ إلى رعايا ألمان أو إلى شركات تخضع لمراقبتهم".

وقد تمت العودة لمعيار المراقبة من جديد على إثر قيام الحرب العالمية الثانية أي في الفترة من 1939- 1945، واستمر الأخذ به حتى الوقت الحاضر.

ب- تعريف معيار الرقابة:

ذهبت محكمة استئناف نانسي في الحكم الصادر عنها بجلسة 1921/02/08، إلى أن المقصود بالرقابة هو: "مباشرة تأثير فعال على شركة معينة، وكذا القيام على تنظيمها وتسييرها وإدارتها"، وقد خلصت المحكمة السالفة الذكر إلى وجوب إخضاع الأموال التي تملكها تلك الشركة على التراب الفرنسي لإجراءات التصفية بحسبان سيطرة الألمان على مقدراتها، وذهبت محكمة استئناف "دويه" في الحكم الصادر عنها بجلسة 1923/12/24، إلى أن المستفاد من المادة 297 من معاهدة فرساي، أن مناط تحقيق رقابة الألمان على شركة معينة، هو سيطرة المتقدمين على مقدراتها سيطرة تفيد اعتبارهم أسياد المشروع.

ج- نطاق معيار الرقابة:

الجميع متفق على أن الهدف من إعمال معيار الرقابة هو تحديد جنسية الشركة المعنية، توصلا لتحديد الحقوق والالتزامات التي تستفيد منها وتتحملها في الدولة المعنية ليس غير، أو بعبارة أخرى، توصلا لتحديد التبعية السياسية للشركة المعنية.

وسوف نعرض الآن للاتجاه القائل بتقييد معيار الرقابة، وكذا الاتجاه القائل بإطلاق معيار الرقابة، وذلك على التفصيل التالي:

*** الاتجاه نحوى تقييد معيار الرقابة:**

من الأسباب الداعية إلى تقييد معيار الرقابة، ما يلي:

– إن إعمال معيار الرقابة يصادف الكثير من المشاكل العملية، فليس من الميسور الوقوف على الأشخاص المكونين للشخص الاعتباري المعني، كذا الحال بالنسبة لتحديد الأشخاص الموجهين له والمهيمنين عليه، فقد يصادف وجود شركة نصف أعضائها من الوطنيين، في حين أن النصف الثاني من الأجانب، فهل تعتبر هذه الشركة وطنية أو أجنبية؟ وسوف تزداد المصاعب السابقة إذا افترضنا أن المساهمين الأجانب لا تجمعهم جنسية واحدة، بمعنى أنهم يحملون جنسيات متعددة[1].

– إن من شأن التعويل على معيار الرقابة، ثمة مجافاة لعنصري السرعة والثقة المطلوبان في العلاقات التجارية، على المستوى الداخلي أو الدولي.

– فإذا افترضنا جدلا أنه في الإمكان تحديد جنسية أصحاب اليد الطولي على الشركة المعنية، فإن ذلك لا يكون إلا لحظة ظهور الشركة إلى الوجود، فهنا يتعين على من يريد أن يتعامل مع هذه الشركة أن يعرف المهيمنين عليها، توصلا لتحديد جنسيتها قبل أن يجري معها أي تعامل، ولا يخفي على أحد قدر الضرر الذي سوف يلحق بالمعاملات التجارية الدولية من جراء هذا الوضع.

وقد عبر البعض بصدق عن الوضع السابق، حينما قرر أن التاجر المتعامل في هذه الحالة مع الشخص الاعتباري، يكون كمن يقفز في الظلام، فيتعاقد دون أن يعرف صفة الشركة التي يتعامل معها، وخصوصا حين تختلط عليه المفاهيم ويستعصى عليه أن يحدد الجهة المهيمنة.

فمن مصلحة التجارة الدولية، أن تتحدد جنسية الشركة وفقا لمعايير موضوعية وثابتة وواضحة، بحيث يتيسر للغير الوقوف على جنسية الشركة التي يريد أن يتعامل معها، ولا شك أن معيار الرقابة هو أقل المعايير وضوحا وموضوعية، كذا فهو أقلها ثباتا، ومن ثم يكون جديرا بالنقد الذي كان موجها إليه.

– إن إعمال معيار الرقابة في مجال تفسير المعاهدات تصادفه الكثير من العقبات، وبيان ذلك، أنه لن يصبح من الميسور تحديد المقصود بالصفة الوطنية أو الأجنبية للشركة المعنية، إذ ورد في نصوصها (هذه المعاهدات) ما يشير إلى الوطنيين أو الأجانب.

ولعل الأمور السابقة، هي التي دفعت محكمة العدل الدولية إلى رفض فكرة الرقابة في قضية "برشلونة تراكشن"، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام، ما قررته المحكمة في حكمها السابق من أن: "القواعد المقررة بصفة عامة في الأنظمة الداخلية تقيم تفرقة واضحة بين شخصية الشركة وشخصية المساهم فيها، والشركة هي وحدها بواسطة مديرها وإدارتها صاحبة الحق من تصريف الأمور المتعلقة بها، ومن ثم

1– د.هشام خالد، جنسية الشركة، المرجع السابق، من ص 218 إلى ص 231.

فالإجراءات التي تتخذ ضد هذه الشركة لا تمس إلا حقوقها هي، حتى لو تأثرت مصالح المساهمين فيها نتيجة لذلك[1]".

والثابت أن فكرة الرقابة لم تلق من قبل قبولا حسنا لدى المحكمة الدائمة للعدل الدولي، كما يبين لنا من الحكم الصادر عنها بجلسة 1926/05/25 بخصوص المصالح الألمانية في سليزيا العليا، ففي هذا الأخير رفضت المحكمة فكرة الرقابة، حيث أوجبت الاعتماد في هذا الصدد أساسا على المعايير العادية، والمأخوذ بها لتحديد جنسية الشركة.

يتبين لنا من خلال الأفكار المتقدمة، أن الرقابة ليست بمعيار لتحديد جنسية الشخص المعنوي، بل هي أداة لتحديد نطاق تمتع الشركة الوطنية ببعض الحقوق، فالمشرع يشترط أحيانا أن تكون الشركات الوطنية خاضعة لرقابة الوطنيين حتى تستفيد ببعض الحقوق، في حين أن الشركات الوطنية الخاضعة لرقابة الأجانب تحرم من هذه الأخيرة، هنا يمكن اللجوء إلى هذه الفكرة وبهذا القدر للتمييز بين النوعين المتقدمين من الشركات الوطنية، هذا هو الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه الفكرة في المقام الماثل، وهذا ما يتفق عليه وينادي به أنصار الاتجاه القائل بتقييد نطاق فكرة الرقابة.

هناك من ينادي – وعلى العكس مما تقدم – بتوسيع نطاق فكرة الرقابة، بحيث تكون هي الوسيلة الوحيدة أو المعيار الوحيد لتحديد جنسية الشركة.

*** الاتجاه نحو إطلاق معيار الرقابة:**

هناك من ينادي "وعلى العكس مما تقدم" بتوسيع نطاق فكرة الرقابة، بحيث تكون هي الوسيلة الوحيدة أو المعيار الوحيد لتحديد جنسية الشركة، وهذا كما يأتي:

– يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التفرقة بين التبعية السياسية والتبعية القانونية للشخص المعنوي، فالتبعية القانونية للشخص المعنوي تتحدد في ضوء معيار الإدارة الرئيسي لهذا الأخير، وعلى هذا النحو يخضع النظام القانوني للشركة، للقانون السائد في الدولة المتقدمة، فهو الذي يحكم نشأتها– حياتها– وانقضاءها.

وعلى العكس من ذلك، فإن التبعية السياسية للشركة، إنما تتحدد في ضوء معيار الرقابة، فتكون الشركة وطنية إذا كانت خاضعة لرقابة الوطنيين، أو بعبارة أخرى، تكون الشركة أجنبية إذا كانت خاضعة لرقابة الأجانب، وعلى هذا، فالشركة الوطنية سوف تتمتع بحقوق الوطنيين، والشركة الأجنبية سوف تتمتع بالقدر الذي يسمح للأجانب التمتع به.

وعلى هذا النحو، فإن توطن الشركة على الإقليم الفرنسي وخضوع نظامها للقانون الفرنسي، لا يعني في حد ذاته أن الشركة المتقدمة متمتعة بالجنسية الفرنسية، فقد تكون كذلك، وقد لا تكون، فإذا أردنا التعرف

1– هشام علي صادق، الجنسية والموطن، المرجع السابق، ص 82.

على جنسيتها تعين علينا الوقوف على الأشخاص المسيطرين عليها، فإذا كانوا من الفرنسيين كانت الشركة فرنسية، وإذا كانوا من الأجانب كانت الشركة أجنبية.

ويرى أنصار الاتجاه المعروض، وجوب اللجوء إلى معيار الرقابة في كل وقت لتحديد جنسية الشخص المعنوي، وبذلك فهم يرفضون وجهة النظر القائلة بقصر إعماله على وقت الحروب، أو حال وجود نص استثنائي يقرره، لأن مثل هذا الوضع إنما يؤدي إلى البلبلة وعدم الاستقرار، حيث تتحدد جنسية الشركة تارة وفقا لمعيار مركز الإدارة الرئيسي، وتارة أخرى وفقا لمعيار الرقابة.

– يرى البعض أن معيار الرقابة إذا كان يثير العديد من المشاكل حال إعماله في النظم القانونية الداخلية، فإنه لن يثير مثل هذه الصعوبات على المستوى الدولي، ففكرة الجنسية الفعلية السائدة في القضاء الدولي لا تهدف إلى تحديد جنسية الشركة، بل إلى تحديد الجنسية الأكثر فعالية حال تراكم أكثر من جنسية عليها.

والثابت، أن الدول تلجأ إلى معيار الرقابة حال دعوتها لممارسة حمايتها الدبلوماسية، حيث لا تتصدى عملا إلا لحماية الشركات التي تخضع لرقابة رعاياها، وقد ذهبت بعض الدول مثل جمهورية مالاجاش إلى اعتناق معيار الرقابة بوصفه الضابط العام لتحديد جنسية الشركات لديها، فالأمر رقم 1962/541 ينص على أن: "الشركات التي يوجد مركز إدارتها الرئيسي في مدغشقر، ولكن تخضع في إدارتها لرقابة الأجانب، لا تتمتع إلا بالحقوق المعترف بها للأجانب، وعلى العكس فالشركات التي يوجد مركز إدارتها في الخارج ولكن تخضع في إدارتها لرقابة الوطنيين، تتمتع بكافة الحقوق المعترف بها للملاجشيين".

وقد عول المشرع المغربي على معيار الرقابة، بعد تحقيق الاستقلال التام عام 1956، تحقيقا للعديد من المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية، واستكمالا للسيادة.

وفي ضوء ما تقدم، يري البعض، أن معيار الرقابة لم يعد أمرا عارضا منوطا باعتبارات استثنائية، كما كان مقصورا في الماضي، وإنما يعكس وضعا جديدا تقتضيه المعايير الدولية.

ومن الأمور التي تشجع على تعميم معيار الرقابة، الفوائد التي يحققها هذا الأخير دون سواء من المعايير المنافسة له[1].

يتضح مما تقدم، ضعف المركز القانوني الذي يتمتع به الطرف الأجنبي سواء كان شخصيا أو اعتباريا وذلك إذا ما قورن بالمركز القانوني للدولة ذات السيادة والتي لها سلطة العليا في إقليمها على اتخاذ أية إجراءات تراها محققة لمصلحتها العامة ما لم تخالف بذلك قواعد ومبادئ القانون الدولي الاتفاقية والعرفية.

1– د. هشام خالد، جنسية الشركة، المرجع السابق، من ص 242 إلى ص 251.

وينبع هذا الضعف من أن الفرد لا يعتد به كشخص بالغ الأهمية بالنسبة للقانون الدولي وذلك في الوقت الذي تعد الدولة فيه شخص بالغ الأهمية بالنسبة للقانون الدولي بل أهم الأشخاص الدولية على الإطلاق.

كما أن الحد الأدنى الذي يكلفه له هذا القانون لا يكتنفه بالقدر الكافي لحمايته إزاء الإجراءات التي قد تقوم بها الدولة ذات السيادة تجاهه. أيضا بالنسبة للشخص الاعتباري نجده، مع اختلاف وتعدد المعايير التي تحدد على وجه الخصوص بتشريعات الدول التي قد تقوم بتعديل أو تغيير تشريعاتها وفق مصالحها وبالتالي تتحد تلك التبعية وفقا للتعديلات والتغييرات الواقعة على تلك التشريعات.

وينبع هذا الضعف أيضا من انه حتى في الحالة التي تعترف الدولة بتبعية الشخص الطبيعي أو الاعتباري لها فإن اتخاذ القرار بمنح هذا الشخص الحماية الدبلوماسية المقررة له بموجب تمتعه بجنسيتها، وهي الحالة الوحيدة التي يتمتع بمقتضاها هذا الشخص بالحماية من قبل دولته تجاه التصرفات والإجراءات التي تقوم بها الدولة الأخرى تجاهه، إنما يتوقف على سلطان إراداتها والذي يتوقف على اعتبارات كثيرة وبخاصة الاعتبارات السياسية.

لا ينبع ضعف المركز القانوني للفرد من كونه لا يعد من أشخاص القانون الدولي العام ولا من كون الدولة هي المتحكم الرئيسي في منحه شهادة ميلاده كشخص يتمتع بجنسيتها، سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، إنما ينبع هذا الضعف على وجه الخصوص من عدم أحقية هذا الفرد في اللجوء المباشر إلى المحاكم الدولية، وذلك وفق ما ذهب إليه الاتجاه التقليدي والسائد في القانون الدولي العام.

ويقوم الاتجاه التقليدي على أساس مؤداه أن اللجوء إلى المحاكم الدولية أمر مقصور على أشخاص القانون الدولي، ولما كان الفرد لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية فليس له الحق في الإدعاء المباشرة أمام هذه المحاكم[1].

1- وذلك للأسباب التالية:

أولا: أن الفرد موضوع وليس شخصا في القانون الدولي، فالحماية الدولية لحقوق الإنسان، على سبيل المثال، لا تعامل الأفراد كأشخاص وإنما كموضوعات، كما أن ما يقرره القانون الدولي للأفراد من مزايا وفوائد لا يعد حقا يملكه الأفراد مباشرة من القانون الدولي، وإنما بمقتضى الحق الخاص بالدول التي يتمتع الأفراد بجنسيتها.

ثانيا: أن الفرد لا يمكن اعتباره شخصا دوليا بالمعنى الذي يقتضي أن تكون له إرادة ذاتية في مجال إنشاء قواعد القانون الدولي.

وعلى هذا فإن ما يقتضيه منطق هذا الاتجاه التقليدي من أن الفرد ليست له شخصية في المجتمع الدولي، أن هذا الفرد لا يملك حقوقا دولية، وإذا كان الفرد لا يملك حقوقا مستمدة من القانون الدولي، فإنه لا يتمتع بناءا على ذلك بحق الإدعاء المباشر أمام المحاكم الدولية،فالدول وحدها هي التي لها حق اللجوء إلى المحاكم الدولية وهي التي تتدخل لحماية مصالح مواطنيها على الصعيد الدولي حيث أنه ينبغي لصالح العدالة الكاملة أن يتحقق التساوي بين الأطراف في النزاع، وذلك الأمر الذي لا يتحقق في نزاع بين فرد ودولة أجنبية إلا بتدخل الجنسية لرعايا مصالح هذا الفرد، أنظر في ذلك: إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1973، من ص 66 إلى ص 68.

المطلب الثاني: إدراج شروط خاصة في عقود الاستثمار

نتيجة لعدم التكافؤ في المركز القانوني بين الدولة صاحبة السيادة وصاحبة السلطة العليا على إقليمها وبين المركز القانوني للطرف الأجنبي الخاص المتعاقد معها، والذي يطلق عليه البعض أحيانا الطرف الضعيف، غالبا ما يلجأ هذا الطرف الضعيف إلى التماس كافة السبل التي توفر له الحماية أمام القوة التي تتمتع بها الدولة، فيسعى هذا الطرف إلى تفادي اختيار القانون الوطني لتلك الدولة كقانون حاكم للعقد، وذلك تحصنا من المخاطر المتوقعة من هذا الاختيار، والتي تتمثل في ضرورة خضوع العقد لكافة التغييرات والتعديلات التي قد تلحق هذا القانون، ولاسيما تلك التي قد تعمد الدولة إلى إجراءها للإخلال بالتوازن التعاقدي بينها وبين الطرف الأجنبي.

وتعني فكرة التوازن التعاقدي أن الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد هي ثمرة مفاوضات حرة وعادلة بين الأطراف، فكل بند من بنود العقد تمت مناقشته والتفاوض بشأنه، الأمر الذي يمكن معه القول بأن كل من الطرفين قد حصل عليه الطرف الأخر من ميزة في بنود أخرى، فمن مجموع هذه البنود يتشكل توازن أو تعادل بين حقوق والتزامات الأطراف[1].

لذلك لا يجد هذا الطرف الأجنبي الضعيف (من ناحية المركز القانوني) أمامه سوى محاولة تحجيم دور القانون الوطني للدولة المتعاقدة كقانون حاكم للعقد وذلك عن طريق غل يد الدولة عن المساس بالتوازن العقدي ومنعها من تغيير العقد بإرادتها المنفردة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تأكيد عدم سريان أية تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطني على العقد المبرم بين تلك الدولة وهذا الطرف الأجنبي.

لذلك يلجأ هذا الطرف على إدراج بعض الشروط غير المألوفة في عقود التجارة الدولية، في عقود الاستثمار المبرمة بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار[2]، مما يضفي ذاتية وخصوصية على عقود الاستثمار هذه، تلك الخصوصية التي تميزها ع تبوأت الشروط الخاصة في عقود الاستثمار مكانة كبيرة وقد تجسد ذلك في الاعتراف من جانب القضاء بسلطة الأطراف على إدراج مثل هذه الشروط في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي وقد تنوعت هذه الشروط من حيث التعامل مع قانون الدولة المضيفة.

على هذا الأساس، تمت دراسة هذا المطلب وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي.

1- محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 41-42.

2- تبوأت الشروط الخاصة في عقود الاستثمار مكانة كبيرة وقد تجسد ذلك في الاعتراف من جانب القضاء بسلطة الأطراف على إدراج مثل هذه الشروط في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي وقد تنوعت هذه الشروط من حيث التعامل مع قانون الدولة المضيفة.

الفرع الثاني: شرط عدم المساس بالعقد أو شرط الضمان.

الفرع الثالث: شرط إعادة التفاوض.

الفرع الرابع: شرط التحكيم.

حيث نتولى دراسة هذه الفروع على النحو التالي بيانه:

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي Stabilization clauses [1]

نتطرق إلى دراسة شرط الثبات التشريعي، وفق العناصر التالية:

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي.

يمثل القانون عموما ظاهرة اجتماعية يولد في المجتمع ليحكم جوانب الحياة المختلفة فيه، ولما كان الواقع الاجتماعي متطورا غير جامد، فلا بد أن يكون القانون كذلك أيضا ليساير ما يطرأ في المجتمع من ظواهر جديدة، وليرسم للأفراد السلوك الذي يتعين عليهم الالتزام به.

بيد أن هناك اتجاها يخرج على هذه القاعدة البديهية في مجال التجارة الدولية بصفة عامة، وفي عقود الاستثمار بوجه خاص.

ويظهر ذلك في سلطة المتعاقدين في تلك العقود في تثبيت قانون العقد، بحيث لا تسري عليهم إلا أحكامه النافذة وقت إبرام العقد، دون ما يطرأ عليه بعد ذلك من تعديل، وبعبارة أخرى إن أطراف عقد الاستثمار تحاول عزل العقد كأداة اجتماعية واقتصادية عن القانون، ويلاحظ ذلك من خلال تثبيته (القانون)، بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام ذلك العقد، مع استبعاد التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل.

كما يعتبر في الواقع تعهدا من قبل الدولة المتعاقدة بتثبيت النظام القانوني والاقتصادي والمالي للاستثمار محل العقد، ومقتضى هذا التعهد أن يكون المستثمر بمنأى عن أي تعديل تشريعي لاحق يمكن أن يرد على القواعد القانونية المنظمة للاستثمار، بيد أن هذا التثبيت قد ينصب على مجمل القواعد القانونية التي تحكم الاستثمار، وقد يقتصر على بعضها دون البعض الأخر.

وباعتبار أن الضمانات المقررة بمقتضى عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، ما هي إلا تكرار لما يتضمنه قانون الاستثمار لهذه الدولة، فإن من شأن هذا القانون أن يتضمن تعهد من هذه الدولة المضيفة على استمرار كافة المزايا المنصوص عليها في هذا القانون والممنوحة للمستثمرين الأجانب، حتى ولو تم تعديل هذا القانون، أي أن الدولة المضيفة تلتزم بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عند تعديل أو إلغاء القوانين الخاصة

1- State Contracts , Unctad Series on Issues in International Investments Agreements, United Nation, New York and Geneva, 2004, p 11.

بالاستثمارات، فهو بمثابة "تعطيل مؤقت متعمد لحق الدولة ككيان ذي سيادة في ممارسة اختصاصاتها التشريعية والتنظيمية وحتى الدستورية في بعض الأحيان".

ثانيا: إدراج شرط الثبات التشريعي في القانون الوطني للدولة المتعاقدة وفي عقد الاستثمار.

1- تضمين شرط الثبات التشريعي في القانون الوطني للدولة المضيفة:

أما النوع الثاني من الشروط فتعرف بالشروط التشريعية للثبات التشريعي وهي نصوص تشريعية وردت في صلب قانون الدولة[1] التي ستدخل طرفا في عقد أو اتفاق دولي مع شخص أجنبي بمقتضاها تتعهد الدولة في مواجهة هذا الطرف الأجنبي بألا تعدل أو تلغى بمقتضاها تتعهد الدولة في مواجهة هذا الطرف الأجنبي بألا تعدل أو تلغى قانونها واجب التطبيق على العقد أو الاتفاق، وقد تبنى هذا النوع من وسائل التجميد الزمني لقانون العقد البترول الإيراني الصادر عام 1957 الذي نص على أن أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحدد أو لا تطبق على ذلك العقد ما في تاريخ إبرامه ولا أي من مدد تجميده، لا تطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الأولى ولا في خلال مدد تجديده، وكذلك قانون الاستثمار الكاميروني عام 1960 والذي نصت مادته الثامنة عشر بصفة عامة على أن اتفاق الإقامة يحدد خصوصا ضمانات الاستقرار في المجالات القانونية والاقتصادية والمالية، كما قرر قانون البترول الليبي الصادر في نوفمبر 1955 عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدروه كما أن التعديلات التي لحقت بهذا القانون بعد ذلك كانت تنص على عدم مساسها بالامتيازات المعقودة قبل العمل بها، ولما كان شرط الثبات التشريعي يوجد في صلب قانون الدولة الصادرة في سلطتها التشريعية فإنه يعتبر على أي حال قيدا على استمال السلطة القاعدية للدولة لأن هذا المجال الذي يتدخل فيه هو ذلك الذي لا يكون تطبيق القانون محلا للجدل ويخرج عن سلطان إرادة الأطراف في أحد العقود العادية[2].

1- في إطار السياسة المنتهجة لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، قام المشرع الجزائري بإدراج "شرط الثبات التشريعي" أو"تثبيت النظام القانوني للاستثمار" من أجل توفير مناخ ملائم ومشجع على استقطاب أكبر قدر ممكن من المستثمرين الأجانب وإغوائهم على إقامة مشاريعهم على ترابها الوطني، بحيث نص عليه في المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 1993/10/05، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 64، الصادرة بتاريخ 1993/10/10، وتم التأكيد عليه في المادة 15 من الأمر رقم 03/01 مؤرخ في 2001/08/20، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 47، الصادرة بتاريخ 2001/08/22، المعدل المتمم بموجب الأمر رقم 08/06، المؤرخ في 2006/07/15، ج.ر.ج.ج، عدد47، الصادرة بتاريخ 2006/07/19، والأمر رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج، عدد 44، الصادرة بتاريخ 2009/07/26، والأمر رقم 01/10 المؤرخ في 2010/08/26 المتضمن القانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج، عدد 49، الصادر بتاريخ 2010/08/29، والقانون رقم 16/11 المؤرخ في 2011/12/28، المتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج.ر.ج.ج، عدد 72، الصادرة بتاريخ 2011/12/29.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، "دراسة تأصيلية انتقاديه"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 309.

ومن حيث المضمون فإنه يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط عامة تهدف إلى تجميد الزمن للقانون الواجب التطبيق على العقد وذلك عن طريق عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على هذا العقد وقد تكون هذه الشروط شروط خاصة تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة (كالتشريعات الخاصة بالضرائب والجمارك) سواء كانت هذه التشريعات تشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو تشريعات مستقبلية.

ومن ناحية الأشخاص المستفيدين من هذه الشروط فإن هذه الشروط يمكن أن تقسم إلى شروط مطلقة، لا تحدد على وجه التحديد من هو المستفيد منها وهل هو المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة فقط، كشخص اعتباري، أم أيضا الأشخاص العاملين فيه وشروط نسبية محددة لمن هو المستفيد منها فتنص على أن المستفيد من هذه الشروط هو الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة وأن كافة الامتيازات والإعفاءات الخاصة به لا يستفيد منها سواه ولا تسري على الأفراد العاملين في المشروع الأجنبي مع الدولة المضيفة له[1].

وسواء تعلق الأمر بشروط تجميد أو ثبات اتفاقية أو تشريعية، فإن مبدأ وجودها يبدو مشروعا ومعترفا به حيث قرر مجمع القانون الدولي في دورة انعقاد بأثينا عام 1979 وذلك في مناقشة موضوع القانون واجب التطبيق على العقود التي تبرم بين دولة واحد الأشخاص الأجنبية من رعايا الدول الأخرى في المادة الثالثة من القرار الذي اتخذه، أنه يجوز للأطراف الاتفاق على أحكام في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد، وقد أكد المجمع على إمكانية التثبيت الزمني لقانون العقد وذلك في دورة انعقاده في بال في سويسرا عام 1991 عند بحث مشكلة قانون الإدارة في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة، حيث نصت المادة الثامنة على أنه إذا اتفق الأطراف على أن القانون المختار يكون هو المقصود والنافذ لحظة إبرام العقد، فتطبق أحكامه كشروط مادية مندمجة في العقد ومع ذلك إذا تم تعديل أو إلغاء ذلك القانون بمقتضى قواعد تحكم بنحو آمر العقود السارية وجب تطبيق تلك القواعد.

وباستعراض بعض الأحكام الصادرة عن محاكم التحكيم المتعلقة بمنازعات العقود الدولية، فقد اعترفت هي الأخرى بإمكان تثبيت القانون واجب التطبيق عند لحظة إبرام العقد، وعلى سبيل المثال فقد جاء بقرار التحكيم الصادر في قضية Saphire International Petroleum ضد NICO بتاريخ 1963/03/15، بمناسبة النزاع الذي نشب بين إيران وإحدى الشركات البترولية، أن الشركة الأجنبية تقدم للدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية وهذا يتضمن بالنسبة لها استثمارات ومسؤوليات ومخاطر واسعة وحينئذ يبدو من الطبيعي أن تحمي ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تعدل من اقتصاديات العقد وأن يكفل لها بعض الأمان القانوني وهذا لا يضمنه لها تطبيق القانون الإيراني الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله، وأيضا قرار التحكيم في قضية LIAMCO في 1977/04/12 عن أن شرط التجميد الزمني لقانون

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 75

العقد أو شروط الثبات التشريعي عموما يتفق مع المبدأ العام لمعصومية العقود المعترف به عموما في القانون الداخلي والقانون الدولي.

2- تضمين شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار[1].

1- المقصود من إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد لاستثمار:

ويقصد بالشروط التعاقدية أو الاتفاقية تلك لشروط التي ترد ضمن بنود أو شروط العقد ذاته وتنص صراحة على أن القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت الإبرام مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها، ومن أمثلة ذلك شروط الاتفاق المبرم بين دولة الكاميرون وإحدى شركات التنقيب عن البترول واستغلاله والذي جاء به أنه لا يمكن أن تطبق على الشركة دون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال فترة الاتفاق، كما نجد أيضا في العقد المبرم بين دولة توغو وشركة مناجم بنين والذي نصت مادته الرابعة عشر على أنه في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية توغو المستقلة فإن تلك الأخيرة تتعهد بأن تضمن باستثناء خاص لصالح شركة مناجم بنين الاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام المزاد المنجمية وحقوق المناجم المقابلة الممنوحة للشركة هذا ما لم تتمسك بالأحكام الجديدة، وأيضا ما جاء بأحد العقود المبرمة عام 1978 بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي[2].

3- التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي المدرج في عقد الاستثمار:

أ- تكييف شرط الثبات التشريعي على أنه شرط تحويلي لطبيعة القانون:

يذهب بعض الفقه إلى أن شروط الثبات التشريعية ما هي إلا شروط تحويلية لطبيعة القانون، ذلك أن القانون يندمج في العقد ويصبح شرطا تعاقديا "Clause Contractuelle" كباقي شروط العقد، ومن ثم فإنه يفقد صفته كتعبير عن إرادة المشرع، ويؤدي ذلك إلى عدم سريان التعديلات التشريعية اللاحقة التي تطرأ عليه بعد إبرام العقد.

1- وكما أشرنا سابقا أن شرط الثبات التشريعي الذي يتضمنه غالبا قانون الاستثمار للدولة المضيفة، تم إدراجه في عقود الاستثمار، كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية الاستثمار المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيلكوم القابضة المتصرفة باسم ولحساب أوراسكوم تيلكوم الجزائر في 05 أوت 2001، حيث نصت في مادتها 06/ف01 على ما يلي:"تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية، أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية".

كما أكدت على شرط الثبات التشريعي المادة 06 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، والشركة الجزائرية للإسمنت "Algerian Cement Company"، بتاريخ 2003/10/30.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 308-310.

بيد أن هذا الرأي لا يستقيم قانونا، والعلة في ذلك هي أن القانون الذي يحكم عقد الاستثمار لا يندمج فيه ولا يصبح شرطا تعاقديا من شروطه، إذ يبقى ذلك القانون في الواقع متضمنا للقواعد القانونية المنظمة للعقد المذكور من حيث شروطه وأحكامه.

يضاف إلى ذلك، أن القاضي وهو يطبق هذا القانون، فإنه يطبقه باعتباره قانونا وليس بوصفه شرطا تعاقديا.

ب- تكييف شرط الثبات التشريعي على أنه شرط توفيقي لقوة سريان القانون:

يذهب رأي آخر على صعيد الفقه، إلى أن شروط الثبات التشريعية هي شروط توفيقية لقوة سريان القانون، ذلك أن اتفاق الطرفين المتعاقدين على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد فقط دون تلك التي تطرأ بعد ذلك، لا يؤدي إلى تغيير طبيعة القانون الذي تندرج تلك القواعد تحت لوائه، بل إنه يؤدي بحسب هذا الفقه، إلى إيقاف سريان القواعد القانونية الجديدة التي تصدر بعد إبرام العقد، ومن ثم فإن شرط الثبات التشريعي يرتب أثرا توفيقيا لقوة سريان قانون العقد بشأن التعديلات اللاحقة التي تطرأ عليه.

وأيا كان الأمر فإن شرط الثبات التشريعي يعد من حيث التكييف القانوني استثناءا من القاعدة العامة، التي تقضي بخضوع المستثمر المتعاقد لقانون الدولة التي يجري فيها الاستثمار، وكذلك خضوعه لكل التعديلات التشريعية التي تطرأ على ذلك القانون خلال مدة نفاذ العقد، ولما كان هذا الشرط استثناءا من الأصل العام، فإنه لا يجوز القياس عليه، كما لا يجوز التوسع في تفسيره.

ويكتسب شرط الثبات التشريعي في الواقع قوته القانونية من الأداة التي يصدر بموجبها عقد الاستثمار، إذ يتم التصديق على هذا العقد عموما بمقتضى قانون تصدره السلطة التشريعية في الدولة المتعاقدة، فكأن تلك الدولة تتعهد بموجب سلطتها العامة بعدم تطبيق التعديلات اللاحقة التي تطرأ على قوانينها الوطنية على المستثمر المتعاقد، وذلك بقصد ضمانه وتشجيعه على الاستثمار فيها[1].

ثالثا: الاتجاهات المختلفة بشأن صحة شرط الثبات التشريعي.

1- الاتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي:

وفقا لهذا الاتجاه، فإنه يعتبر شروط الثبات التشريعي المدرجة في العقد بين الدولة والطرف الأجنبي شروطا صحيحة، بما يترتب على ذلك من تحقق الأثر القانوني الناجم عنها، وهو عدم قدرة الدولة المتعاقدة على القيام بتعديل العقد ذاته أو بتغيير القانون الحاكم للعقد أو بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، إلا إذا نص في العقد على خلاف ذلك عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو عن طريق الإشارة إلى نظام قانوني يقرر هذا الأثر، ويستند هذا الرأي المدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي على نحو مطلق إلى نظرية العقد الطليق فهذه الشروط صحيحة في حد ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام قانوني يقرر صحتها وإلى قواعد

1- د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، "المعوقات والضمانات القانونية"، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص 244- 245.

القانون الخاص الموضوعية ذات التطبيق المباشر[1]، و ينحاز هذا الرأي المدافع عن صحة المطلقة لشروط الثبات التشريعي إلى المبادئ المستقرة في القانون ولاسيما مبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها، تلك المبادئ التي تتصارع في مجال عقود الدولة مع فكرة سيادة الدولة وحقها كسلطة عامة في تعديل العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأخرى إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، وقبول الدولة التعاقد مع طرف أجنبي يفيد، وفقا لهذا الرأي، تنازلها عن كافة المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة وهو ما يستشف من وجود شروط الثبات التشريعي وبالتالي تكون الغلبة لمبدأ القوة الملزمة للعقود المبرمة بين أطرافها والتي تغل يد الدولة عن المساس بالعقد سواء بالتعديل أو الإلغاء أو بسط القانون الجديد عليه كما أن غاية القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد هـ استقرار الرابطة التعاقدية وحفظ توقعات الأطراف، فقد تكون الأحكام الجديدة التي تطرأ على قانون العقد مؤدية حال تطبيقها إلى قلب التوازن التعاقدي وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين علة نحو يلحق الضرر بالطرف الأخر.

2- الاتجاه المنكر لصحة شرط الثبات التشريعي:

وعلى عكس الاتجاه الأول الذي أعطى الأولوية لضرورة احترام مبدأ سلطان الإرادة واحترام مبدأ قدسية العقود وثباتها وعدم المساس بها للوصول إلى صحة شروط الثبات وذاتيتها واستقلاليته، فإن هذا الاتجاه مستندا إلى طبيعة عقود الاستثمار وكون الدولة أحد أطرافها يميل إلى تغليب اعتبارات السيادة وبالتالي حق الدولة في المساس بالعقد وبسكونه وثباته إذا كانت المصلحة العامة تقضي تدخل الدولة إما لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة وإما بإصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي وذلك بغض انظر عن تضمن هذا العقد لشروط الثبات التشريعي أو عدم لمساس بالعقد، فهذه الشروط لا تشكل قيدا على إرادة الدولة وسيادتها في تعديل العقود[2].

رابعا: أهداف شرط الثبات التشريعي.

1- فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد، وذلك من خلال تغيير تشريعها واجب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري[3].

1- أحمد سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية العربية، المرجع السابق، من ص 415 إلى ص417. "القواعد الموضوعية ذات التطبيق المباشر: هي تلك القواعد التي لا تحتاج إلى صفة أو سند يبرر تطبيقها، فالقواعد المباشرة تطبق بمجرد وجودها ودخول المنازعة في مجال سريانها سواء أمام المحكم الدولي أو القاضي الوطني، وهي بذلك تكون أصلية ليس فقط في الحلول التي تقدمها بل أيضا في أسلوب ومنهج تطبيقها".

2- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، من ص 82 إلى ص 83.

3- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 111.

وتعد هذه المحاولة من جانب الطرف الضعيف هي محاولة لعزل القانون الوطني للدولة المضيفة عن العقد الذي يجب أن يحكمه وذلك بتجميده زمنيا، بحيث لا يسري على العقد إلا التي القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام ذلك العقد، مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل.

هذا التجميد الزمني يؤدي إلى جعل العقد بغير قانون، في حال حدوث هذه التغييرات التشريعية، وتحريره من سلطان القانون واجب التطبيق عليه وصيرورته طليقا[1].

ويبدو التجميد الزمني لقانون العقد في الواقع العملي من خلال شروط العقد ذاتها ومن خلال أحكام القضاء في منازعات العقود الدولية، وشروط الثبات التشريعي التي يتم بمقتضاها تجميد القانون واجب التطبيق على العقد على الوضع الذي كان عليه وقت إبرام العقد تعد أكثر انتشارا في العقود التي تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة ولا سيما العقود الخاصة بمجال الاستثمار والتنمية الاقتصادية[2].

2- يؤدي شرط الثبات التشريعي باعتباره وسيلة للحد من ممارسة الدولة لسلطاتها التشريعية، إلى استقرار الرابطة التعاقدية بين المستثمر والدولة المضيفة، فهو يساعد المستثمر الأجنبي على اتخاذ قراره بالاستثمار، وهو على بينة من أمره، فضلا عن مواصلة أعماله وفقا لدراسات الجدوى الخاصة بمشروعه الاستثماري[3]، ووفقا لمعدلات الأرباح التي قدرها وتوقعها ابتدءا عند اتخاذه هذا القرار، إذ أنه يجعله بمنأى عن التعديلات التشريعية التي تطرأ على النظام القانوني للاستثمار في الدولة المضيفة التي يزاول النشاط فيها، مما يطمئنه ويشعر باستقرار في الكثير من الأمور المتعلقة بمشروعه.

3- يهدف هذا الشرط إلى ضمان حقوق المستثمرين في علاقتهم بالدولة التى يقومون بالاستثمار فيها، وتعليل ذلك أن الأحكام الجديدة التي تطرأ على قانون العقد أو قانون الاستثمار للدولة المضيفة، قد يؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي لذلك العقد أو القانون الوطني للدولة المضيفة الخاص بالاستثمارات.

4- إن الاستقرار التشريعي للقوانين و/أو العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب، يلعب دورا هاما في عملية تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة، حيث لا يتصور أن يقدم مستثمر ما لاستثمار أمواله في دولة مضيفة، لا تتمتع باستقرار تشريعي[4].

1- والعقد الطليق: "هو العقد المتحرر من سلطان القانون الوطني للدولة المتعاقدة دون أن يعني ذلك تحرر العقد تماما من سلطان القانون بصفة عامة، إذ يبقى العقد الطليق خاضعا لأعراف وعادات التجارة الدولية وللمبادئ القانونية المشتركة والتي تسمى بالقانون التجاري الدولي، تشكلت قواعده في المجتمع للتجار خارج إطار النظام القانوني لدولة معينة"، أنظر في ذلك: هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المعارف الإسكندرية، 2002، ص 180.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 305- 306.

3- د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2011، ص 183.

4- د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 243.

الفرع الثاني: شرط عدم المساس بالعقد أو شرط الضمان.

تخضع العقود التي يعقدها أشخاص القانون الخاص عموما لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، التي تقررها مختلف القوانين الوطنية، ومقتضى تلك القاعدة أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

فلا يجوز إنهاء العقد أو تعديله من قبل أي من المتعاقدين، طالما أنه وليد إرادتين اثنتين، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة، وإذا كانت هذه القاعدة هي السائدة في نطاق القانون الخاص، فإنها لا تسود العقود التي تكون الدولة طرفا فيها والتي تبرمها مع الأشخاص القانونية الخاصة، طبيعية كانت أم معنوية.

وقد تقوم الدولة المتعاقدة، انطلاقا من سيادتها الإقليمية، باتخاذ إجراءات تشريعية أو إدارية تقرر بمقتضاها إنها العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة.

وحيث أن هذا الإجراء من شأنه أن يلحق ضررا كبيرا بالمستثمر المتعاقد، فإن عقد الاستثمار الذي تعقده الدولة مع المستثمر الأجنبي يقرر في هذا الشأن ضمانا إتفاقيا يصطلح على تسميته بشرط الضمان.

ونتولى دراسة هذا الشرط التعاقدي في فقرتين، نخصص أولها لمفهومه القانوني، ونتولى في ثانيها بحث آثاره القانونية.

أولا: المفهوم القانوني لشرط الضمان.

يتضمن عقد الاستثمار في الغالب شرطا يحظر على الدولة المتعاقدة إنهاء أو تعديل العقد بإرادتها المنفردة، ويطلق على هذا الشرط عموما مصطلح شرط الضمان CLAUSE DE GARANTIE.

وهو يقابل من حيث الآثار القانونية، شرط الهروب ESCAPE CLAUSE، الذي تتضمنه بعض الاتفاقات التجارية الدولية، والذي يسمح للدولة بأن تتحلل من التزاماتها التعاقدية متى أصبحت تلك الالتزامات ضارة بمصالحها الجوهرية.

ويظهر من هذا المفهوم، بأن شرط الهروب يمكن أن يشكل قيدا مهما على حقوق المستثمر الأجنبي، طالما أنه يسمح للدولة بالتحلل من التزاماتها التعاقدية، متى قدرت بإرادتها المنفردة أن تلك الالتزامات تضر بمصالحها الجوهرية.

وعلى النقيض من ذلك، فإن شرط الضمان يوفر حماية اتفاقية مهمة للمستثمر الأجنبي، إذ أنه يوفر له الآمان ضد أي إجراء تشريعي أو إداري مستقبلي يمكن أن تتخذه الدولة وتنهي أو تعدل بمقتضاه عقد الاستثمار.

ولقد بدأ النص على هذا الشرط، في الواقع في عقود استثمار النفط التي أبرمتها بعض الدول النامية مع الشركات الأجنبية قبل الحرب العالمية الثانية[1].

ثم تواترت عقود الاستثمار بصفة عامة على تضمين هذا الشرط، وقد اتضح هذا الاتجاه بشكل خاص في الفترة اللاحقة على الحرب العالمية الثانية[2].

والأصل أن شرط الضمان لا يستبعد تطبيق أية قوانين أو إجراءات قد تتخذها الدولة المتعاقدة طالما أنها لا تتضمن إنهاء أو تعديل العقد، فالاستبعاد إذن على تلك الإجراءات التشريعية والتنفيذية التي تتخذها الدولة ويكون من شأنها إنهاء العقد أو تعديله.

ومع ذلك فقد يتفق الطرفان المتعاقدان بمقتضى شرط الضمان على استبعاد تطبيق أية قوانين أو تعليمات نافذة في الدولة المتعاقدة لا تتفق مع بنود العقد[3].

ثانيا: الآثار القانونية التي تترتب على شرط الضمان.

لعلا أهم الآثار القانونية التي يرتبها شرط الضمان هو استبعاده الإجراءات المستقبلية كافة، التي يمكن أن تتخذها الدولة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وتؤدي إلى إنهاء العقد أو تعديله، بيد أن عقد الاستثمار قد يقرر كذلك بموجب شرط الضمان استبعاد تطبيق القواعد القانونية النافذة في الدولة، بالقدر الذي تتعارض فيه تلك لقواعد مع نصوص العقد.

وبهذه الصورة يثور التساؤل حول نطاق القواعد القانونية التي يتم استبعادها في هذا الفرض، هل تقتصر على القوانين النافذة قبل انعقاد العقد أم أنها تشمل كذلك القوانين التي تصدره في المستقبل بعد إبرام العقد؟.

يجب أن يلاحظ بدءا بأن شرط الضمان في هذه الحالة يؤدي إلى استبعاد تطبيق القواعد القانونية التي كانت نافذة قبل إبرام العقد والتي تتعارض مع أحكامه، ويلزم في هذا الصدد أن تكون تلك القواعد مساوية في القوة أو أدنى مرتبة من عقد الاستثمار، إذ إن هذا العقد يصدر عادة بمقتضى قانون تسنه

1- كالعقد المبرم بين البحرين وشركة بابكو عام 1925، حيث نصت في المادة (08) من عقد الاستثمار، على أنه: "لا يجوز للشيخ إلغاء الاتفاقية بتشريع خاص أو عام أو أي إجراء إداري أو أي طرق أخرى مهما كان نوعها".
والاتفاق المعقود بين عمان وشركة امتياز البترول عام 1933، والاتفاق المبرم بين الكويت وشركة نفط الكويت عام 1934، أنظر في ذلك: عشوش أحمد عبد الحميد، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975، ص 171.

2- إذ يقرر الاتفاق المعقود بين السعودية وشركة جيتي عام 1949، في هذا الصدد بأنه: "يجب أن ينقح هذا الاتفاق أو يعدل إلا باتفاق متبادل بين طرفيه". المادة (51)، كما يقرر العقد المبرم بين مصر وشركة فيليبس عام 1963، بأن: "يحكم هذا الاتفاق النصوص الواردة فيه ولا يجوز تعديله إلا باتفاق أطرافه". المادة (45) الفقرة (01).

3- د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 247- 248.

السلطة التشريعية، ولهذا فإن شرط الضمان الوارد فيه يمكنه أن ينسخ عند التعارض نصا واردا في قانون أو نظام أو تعليمات، بيد أنه لا يملك تلك القوة بالنسبة إلى نص دستوري[1].

كما يؤدي شرط الضمان كذلك إلى استبعاد تطبيق القوانين واللوائح المستقبلية التي قد تصدرها الدولة المتعاقدة بالقدر الذي تتعارض فيه مع بنود العقد، بل إن قيام تلك الدولة بإصدار تشريعات أو اتخاذها إجراءات تؤثر في الحقوق العقدية للمستثمر الأجنبي، وتخالف شرط الضمان يعد أمرا غير مشروع في نظر الفقه والقضاء، ومن شأنه أن يرتب المسؤولية القانونية على عاتق الدولة المتعاقدة.

يتضح مما تقدم، أن شرط الضمان يعد في الواقع ضمانا عقديا مهما للمستثمر الأجنبي، طالما أنه يؤمنه من المساس بالحقوق التعاقدية التي يخولها له عقد الاستثمار أيا كانت الأداة القانونية التي يمكن أن يتم بمقتضاها المساس بتلك الحقوق، بل إن هذا الشرط قد يتسع من حيث نطاق تطبيقه ليشمل حماية المستثمر الأجنبي ليس فقط من الإجراءات القانونية التي قد تؤدي إلى إنهاء أو تعديل العقد، وإنما أيضا من القوانين واللوائح التي قد تتعارض مع أحكام ذلك العقد، وفي ذلك حماية اتفاقية كافية للمستثمر المتعاقد[2].

بيد أنه يتعين على الدولة المتعاقدة قبل الموافقة على تضمين عقد الاستثمار شرط الضمان أن تقوم بإجراء الموازنة بين الضمانات التي تقررها للمستثمر الأجنبي وبين الآثار الإيجابية التي يحدثها الاستثمار محل العقد في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة[3].

الفرع الثالث: شرط إعادة التفاوض

من بين الشروط الخاصة التي يتم إدراجها في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، نجد شرط إعادة التفاوض الذي من شأنه أن يميز هذه العقود عن باقي العقود الأخرى التي تبرمها الدولة.

ونقسم دراسة هذا الشرط إلى الفقرات التالية، بحيث سنتطرق إلى تحديد المقصود من شرط إعادة التفاوض في الفقرة الأولى ثم إلى آثره في الفقرة الثانية، مرورا بجزاء مخالفته في الفقرة الثالثة وهذا على النحو التالي بيانه:

1- أنظر في هذا المعنى: أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، "نظرية القاعدة القانونية"، دار الحمامي للطباعة والنشر، 1974، ص 80- 82.

2- ويذهب بعض الفقه، إلى أن شرط الضمان يحقق فائدة مزدوجة للمستثمر الأجنبي والدولة المستقطبة للاستثمار، ذلك أنه يضمن للمستثمر الأجنبي الحق في التمتع بثمار مشروعه الاستثماري، ويدفعه بالتالي إلى بذل المزيد من الجهود والنفقات من أجل تطوير ذلك المشروع، سعيا وراء زيادة عوائده.

ويمكن أن يرتب هذا الأمر، بحسب رأي الفقه، آثارا إيجابية للدولة المتعاقدة من خلال تنمية وتدعيم اقتصادها الوطني، ومن هنا فإن هذا الضمان التعاقدي لا يحقق مصلحة أحد المتعاقدين دون الآخر، بل إنه يفيد في الحقيقة كلا منهما.

3- دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 250.

أولا: المقصود بشرط إعادة التفاوض.

يعرف شرط إعادة التفاوض: بأنه ذلك الشرط الذي يدرجه الأطراف في عقد الاستثمار، ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد، سواء في ذات عقد الاستثمار في صورة بند أو شرط من شروطه، أو في اتفاق مستقل عن عقد الاستثمار، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادته وتوقعات الأطراف عند التعاقد، ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح.

أو هو الشرط الذي يتعهد بمقتضاه الطرفان بتعديل العقد الذي يربطهما إذا حدث تغير في الشروط الأساسية التي تعهدا بموجبها، وأدت لتغير توازن العقد وتحمل أحدهما.

من التعريفات السابقة لشرط إعادة التفاوض، يمكن القول بأنه يتصف بالآتي:

1- أنه شرط اتفاقي محض:

لأن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في عقد الاستثمار المبرم بينهما، حيث يحدد بدقة عناصر الشرط ومنها:

أ- تحديد الأحداث التي تستوجب تطبيق الشرط، أي الأحداث التي تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد (نطاق تطبيق الشرط)، وهذه الأحداث قد تكون وطنية أو دولية، اقتصادية أو سياسية أو مالية، وهي خارجة عن إرادة الأطراف وغير متوقعة منهم وقت إبرام عقد الاستثمار.

ب- الاتفاق على مصير العقد أثناء التفاوض، هل يستمر الأطراف في تنفيذ عقد الاستثمار أم يتم وقفه لحين الانتهاء من التفاوض، كما يتضمن الشرط على مصير العقد في حالة فشل التفاوض، والحل الذي يجب إتباعه إذا جادل أحد الأطراف في تنفيذ الشرط.

2- أن مضمون هذا الشرط ليس واحدا في كافة عقود الاستثمار:

بل يتغير نطاقه من عقد إلى آخر ومن حالة إلى أخرى حسب ما تتفق إرادة الأطراف، فقد يكون نطاق الشرط يقتصر على الظروف الاقتصادية فقط، بينما يقتصر في عقد آخر على الظروف السياسية أو قانونية أو مالية، وقد يكون عاما يجمع كافة الظروف، فالأمر متروك لإرادة الأطراف.

بالرجوع إلى اقتراحات غرفة التجارة الدولية بشأن الظروف الطارئة، نلاحظ أنها لم تضع لها شرطا نموذجيا للظروف الطارئة محددا بمفهوم ونتائج معينة يمكن إدراجه في العقد بمجرد الإشارة إليه مثلما فعلت مع القوة القاهرة، ولكنها قدمت مجموعة اقتراحات يمكن للأطراف أن يختاروا أيا منها وفقا لرغبتهم، وذلك بالنص عليها صراحة في العقد[1].

1- راجع في هذا المعنى المنشور الصادر من غرفة التجارة الدولية، رقم 420، لسنة 1985، ص 21.

ثانيا: أثر شرط إعادة التفاوض.

يترتب على وجود شرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار، أثرين هما:

1- الأثر الأول:

يفرض على المضرور (أحد أطراف عقد الاستثمار) من وقوع أحد موضوعات الشرط (وقوع الحدث) إلزاما بإخطار المتعاقد الآخر بوقوع الحادث ونطاقه، وآثاره على تنفيذ العقد، ويكون هذا الإخطار بمثابة نقطة البدء في عملية تطبيق الشرط (إعادة مناقشة بنود العقد)، وفي أغلب الأحوال يتضمن شرط إعادة التفاوض طريقة الإخطار وميعاد الإخطار.

2- الأثر الثاني:

يفرض على المتعاقد الآخر، التزاما بالدخول في التفاوض ومناقشة بنود العقد، وإمكانية تعديلها لتناسب ما طرأ على العقد من ظروف جديدة[1].

لا يجوز لأي من أطراف شرط إعادة التفاوض، عند تحقق أحد أسبابه المتفق عليها، أن يمتنع عن الدخول في التفاوض مع الطرف الأحر، وأيا كان الصيغة التي يستخدمها الأطراف للتعبير عن هذا الشرط وما يترتب عليه من آثار، فإنه لا يمكن أن تفسر على أنها تعطي لأي من الطرفين الحق في قبول الدخول في إعادة التفاوض أو رفضه[2].

ثالثا: جزاء مخالفة شرط إعادة التفاوض.

إن شرط إعادة التفاوض، سواء كان يتضمنه عقد الاستثمار أو الاتفاق عليه في اتفاق مستقل، فوفقا للقواعد العامة يكون ملزما لأطرافه، فيجب على الأطراف الالتزام بما ورد بخصوص هذا الشرط، ويترتب على عدم تنفيذ ما ورد بشرط إعادة التفاوض، أن يتحمل الطرف المخالف نتيجة إخلاله بذلك، ويوقع عليه الجزاء المناسب، وقد يكون الجزاء وفقا للقواعد العامة أو وفقا لقواعد التجارة الدولية وذلك على النحو التالي:

1- الجزاء الذي تفرضه القواعد العامة:

فوفقا لهذه القواعد يحق للطرف الغير مخل، أن يمتنع عن التنفيذ بشكل مؤقت لحين تنفيذ الطرف المتعاقد الآخر المخل لالتزامه.

1- ومن أمثلة ذلك: قضية التحكيم AMINOIL، حيث أكدت أن الالتزام بإعادة التفاوض لا يمكن أن يتضمن إلى حد ما تحديدا دقيقا للمطالب.

2- وفي تقديري، أنه لكي يحقق شرط إعادة التفاوض آثاره، فإنه يجب على الأطراف أن يحددوا بدقة نطاقه وكافة الأمور المتعلقة به تحديدا كافيا غير قابلة للتأويل أو الاحتماليات، ويكون له صفة الإلزام لا الاختيار على الجلوس على مائدة المفاوضات لإمكانية تعديل بنود العقد، بما تتناسب مع الظروف الجديدة.

وتشترط القواعد العامة للطرف الغير مخل الحق في التمسك بعدم التنفيذ ضرورة توافر التزامات متقابلة في عقد ملزم للجانبين، بمعنى أن يكون التزام كل متعاقد مترتبا على التزام المتعاقد الآخر ومرتبطا به.

2- الجزاء الذي تفرضه قواعد التجارة الدولية:

يتمثل هذا الجزاء، في أنه يجوز للطرف المضرور أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، في حالة رفض الطرف الآخر تنفيذ شرط إعادة التفاوض، وذلك بالجلوس معا لإعادة النظر في بنود العقد بما يتماشى مع الظروف الجدية وفقا لما ورد بالشرط الخاص بإعادة التفاوض.

إلا أن قواعد التجارة الدولية تشترط على من يتمسك بالفسخ أن يخطر الطرف الآخر برغبته في إنهاء العقد.

بجانب أن القواعد الخاصة بالتجارة الدولية أعطت الحق لأحد أطراف عقد الاستثمار بالفسخ، إلا أنه وفقا لهذه القواعد يجوز للأطراف المتنازعة اللجوء إلى طرف ثالث[1] ليقرر ما إذا كان هناك ضرورة لتطبيق شرط إعادة التفاوض[2].

الفرع الرابع: شرط التحكيم

يتميز اتفاق التحكيم التجاري الدولي باعتباره تصرفا قانونيا بأنه يجمع بين وصف كل من الالتزام المنجز[3] والالتزام المعلق[4].

أولا: تعريف شرط التحكيم Clause compromissoire

ويقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة، أو بعبارة أخرى يرد ضمن نصوص عقد معين.

وبمقتضى هذا الشرط، يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم.

1- وقد يكون هذا الطرف خبيرا أو وسيطا أو محكما، ويقوم الأطراف المتنازعة بتحديد مهمة وسلطات هذا الطرف وقوة ما يصدر منه من قرارات يلتزم بها هؤلاء الأطراف.

2- د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، من ص 175 إلى ص 178.

3- فهو التزام منجز، إذا تم الاتفاق عليه بعد نشوء النزاع (مشارطة)، حيث يتم تنفيذ الاتفاق مباشرة باتخاذ إجراءات التحكيم.

4- وهو التزام معلق، إذا تم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع (شرط التحكيم)، وفي هذه الأخيرة يكون الالتزام معلقا على شرط واقف SUSPENSIVE CONDITION، هو حصول النزاع وهو أمر قد يقع وقد لا يقع، أنظر: أحمد مخلوف اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005، ص 61.

ثانيا: أنواع شرط التحكيم.

يتنوع شرط التحكيم بحسب مجال ما يتناوله التحكيم في العقد وكذلك من حيث تنظيمه للتحكيم عند وقوع نزاع مسبق بين أطراف العقد الأصلي:

1- شرط التحكيم من حيث المجال:

وينقسم إلى شرط تحكيم عام وشرط تحكيم خاص

أ- شرط التحكيم العام

شرط التحكيم العام، هو النص الذي بموجبه تلتزم الأطراف المتعاقدة بإحالة أي نزاع يتعلق بأية نقطة في العقد الأصلي إلى التحكيم دون استثناء، أو بعبارة أخرى هي أن كل الخلافات الناجمة عن العقد والتي قد تثور مستقبلا يكون التحكيم هو المختص بنظرها والفصل فيها[1].

ب- شرط التحكيم الخاص

هو النص الوارد بالعقد الأصلي، والذي تلتزم بموجبه الأطراف بإحالة أية خلافات تثور مستقبلا إلى التحكيم بشأن مسألة معينة أو مسائل محددة على سبيل الحصر.

2- شرط التحكيم من حيث تنظيمه لعملية التحكيم:

ينقسم شرط التحكيم من حيث تنظيمه لعملية التحكيم، إلى تحكيم تحضيري وتحكيم منظم.

أ- شرط التحكيم التحضيري (التعهد التحضيري)

هو أن ينص شرط التحكيم بإحالة ما قد يثور من منازعات مستقبلا بشأن العقد الأصلي إلى التحكيم دون تنظيم أو ترتيب، وهذا ما يعني أنه بمجرد وقوع النزاع لا بد من اتفاق ثاني بين الأطراف لوضع اتفاق تحكيم خاص، أو بعبارة أخرى أن بمجرد وقوع النزاع لابد من تنظيم للتحكيم المتفق عليه في العقد.

ب- شرط التحكيم المنظم (التعهد المنظم)

يعني أن شرط التحكيم لا ينص فقط على مجرد اللجوء إلى التحكيم عندما يثور النزاع مستقبلا، بل يتضمن شرط التحكيم أيضا نصوصا منظمة للتحكيم بشأن تشكيل المحكمة وعدد من المحكمين والعدد الذي يقوم كل طرف بتعيينه وكيفية اختيار رئيس المحكمة وجنسية المحكمين ومكان التحكيم ولغته، وما إلى ذلك من تفاصيل وإجراءات[2].

1- كأن ينص في العقد على ما يلي: "أي خلاف يقع بين طرفي هذا العقد والذي ينشأ عن هذا العقد أو ما يتعلق به يحال إلى التحكيم للفض فيه".

2- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002، من ص 164 إلى ص 174.

الفصل الثاني

منازعات عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها

إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتتعاظم أهميته في مجال الاستثمار بصفة خاصة، هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بلا شك بفعل التغيرات في الظروف التي عاصرت إبرام العقود، تلك الظروف قد تعرض هذا التوازن للانهيار التام أو قد تصيبه ببعض الخلل، هذا الخلل يؤدي في كثير من الأحيان إلى إثارة الكثير من المنازعات التي تتنوع وتتعدد أسبابها مما يدعو الأطراف إلى مراجعة العقود وإعادة التفاوض بشأن ظروفها.

كما تعد مسألة تحيد النظام القانوني الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار من أهم المسائل القانونية التي تثيرها هذه المنازعات، إذ أن مسألة اختيار نظام قانوني معين ليحكم روابط الاستثمار ليس مجرد مسألة تفضيل نظام قانوني على نظام آخر، بل غن هذا الاختيار تحركه أساسا النتائج المترتبة على المترتبة على إعمال قواعد هذا النظام القانوني الذي تم اختياره ليحكم أصول وقواعد رابطة الاستثمار.

وعلى هذا الأساس، سوف تتم دراسة منازعات عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها، وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الثاني: النظام القانوني الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الأول: منازعات عقود الاستثمار.

نتولى في هذا المبحث، دراسة منازعات عقود الاستثمار الناشئة بين الدولة والمستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وهي منازعات تختلف عن المنازعات الأخرى التي قد تنشأ أثناء تنفيذ عقد من العقود التجارية والمالية والاقتصادية وأي عقد آخر.

وبيان ذلك، نقسم دراسة منازعات عقود الاستثمار وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: أسباب منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الثاني: طبيعة منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الأول: أسباب منازعات عقود الاستثمار.

لما كانت العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي هي أساس الرابطة بين هذين الطرفين، ولما كانت هذه العقود تتكون من شروط تنطوي على حقوق والتزامات يتفق عليها الأطراف، إذن فالمنازعات التي تثيرها هذه العقود تنحصر في مدى الوفاء والالتزام بتلك الحقوق والالتزامات التي سبق دراستها في المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الدراسة، 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 قهرية أو ظروف طارئة ليس للدولة دخل فيها، أجبرت الدولة على القيام بمثل هذه التصرفات رغما عن إرادتها وبالتالي لا تنعقد مسؤوليتها الدولية اتجاه الدولة التي ينتمي إليها الطرف الأجنبي بجنسيته، ويطلق على هذا النوع من المنازعات بمنازعات القوة القاهرة، أم هي أسباب ترجع في أساسها إلى إرادة الدولة المتعاقدة وبالتالي ينتج عن ذلك انعقاد مسؤوليتها الدولية تجاه دول جنسية المستثمرين.

الفرع الأول: منازعات القوة القاهرة.

نتولى دراسة القوة القاهرة، من خلال تعريفها في العنصر الأول، وتمييزها عن الأحداث الطارئة في العنصر الثاني، مع تحديد طابعها الفني في العنصر الثالث، مرورا بكيفية إثبات الحدث المؤدي لقيام منازعات القوة القاهرة في العنصر الرابع، وهذا على النحو التالي بيانه:

أولا: تعريف القوة القاهرة.

القوة القاهرة في مفهومها الاصطلاحي تعني حدث أو مجموعة من الأحداث لم يكن في وسع أحد من الأطراف توقعها أو تداركها يترتب عليها انقضاء التزام لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعة ذلك[1].

وهي بعبارة أخرى مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة و تؤدي بها إلى عدم الالتزام بالقواعد القانونية، بحيث لا يعد ارتكابها فعلا مخالفا لالتزاماتها موجبا للمسؤولية[2].

ثانيا: التمييز بين القوة القاهرة والأحداث الطارئة.

وإذا كانت نظرية القوة القاهرة تشترك مع نظرية الأحداث الطارئة في استنادهما على قاعدة Robus Sio Stant ibus، ومقتضاها أن العقد يقوم على شرط مضمر بين المتعاقدين يجعل بقاؤه منوطا ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها، فإن الفارق بين النظريتين يظل قائما وذلك أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما الحدث الطارئ فيجعل تنفيذه مرهقا لا مستحيلا، ويترتب على ذلك فرق في الأثر إذ أن القوة القاهرة تؤدي على انقضاء الالتزام فلا يتحمل الطرف تبعة عدم تنفيذه، أما الحدث الطارئ فلا ينقضي الالتزام به بل يريد إلى الحد المعقول فتوزع الخسارة بين الأطراف، فاثر حالة الضرورة والظروف التي تسهم في إيجادها تختلف عن اثر توفر حالة القوة القاهرة التي تعفى تماما من المسئولية ويجعل مرد ذلك إلى تجرد أساس الضرورة من المبادئ القانونية أو العرفية وغير المحددة في القانون الدولي العام.

1- عصام القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 1991، ص 131- 132.

2- نبيل بشر، المسؤولية الدولية في عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 262.

ثالثا: الطابع الفني لمنازعات القوة القاهرة.

نظرا لأهمية أحداث القوة القاهرة وأثرها على حياة العقد فقد جرى العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار، إلا أن ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات الناجمة عن إعمال هذا الشرط.

والمنازعات التي تدور حول توافر شروط القوة القاهرة فيها يغلب عليها الطابع الفني، ومن ثم فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة ويتوافر لدى القائمين عليها الخبرة الفنية والدراية العلمية الكافية وهي أمور لا يتمتع بها رجل القضاء العادي.

فالمنازعة قد تتعلق بتنفيذ غير مطابق للمواصفات في ظل تواجد حالة القوة القاهرة التي حالت دون التنفيذ الأمثل المتفق عليه في العقد وقد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر، وما إذا كان مبررا لإيقاف العقد أم أنه قد وصل إلى درجة يتعذر معها إتمام العمل ويتعين إنهاء العقد المبرم بخصوصه.

كما قد تدور المنازعة حول تقرير مبدأ التعويض إن كان له محلا طبقا لشروط العقد ومداه، وهذه المسائل ذات الطبيعة الفنية تضاعف من صعوبة المهام الملقاة على عاتق هيئات لتحكيم ولو افترض أن الهيئات التحكمية تعين خبراء على مستوى عال من التخصص في هذا المجال، فإن مرور الوقت بين وقوع أحداث القوة القاهرة وإحالة النزاع إلى التحكيم ثم تعيين أهل الخبرة يجعل من المتعذر الوصول إلى نتائج حقيقية تتفق وظروف النزاع، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن اللجوء للتحكيم غالبا لا يحدث إلا بعد مناقشات ومفاوضات بين أطرافه للتواصل إلى تسوية سليمة نهائية للنزاع.

بعيدا عن الجانب الفني الذي تتسم به منازعات القوة القاهرة، فإن المهمة الأساسية لا تقف عند حد التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القهرية، بل ستمتد إلى جوهر المنازعة ذاتها والذي يتركز في غالبية الأحيان حول أثر هذه القوة القاهرة على العقد الأصلي وهنا تبرز أهمية الاستعانة بالوسائل السلمية (السياسية) في تسوية المنازعات وبخاصة وسيلتي التوقيف والتحكيم وذلك أن الأطراف المعنيين في المنازعة لا يودون في الغالب إنهاء رابطتهم العقدية بسبب هذه الأحداث التي أوجدت حالة القوة القاهرة وإنما قد يجدون أنه من الأنسب أن يعيدوا النظر في الرابطة لتصبح أكثر توافقيا مع الظروف الجديدة ولينطلق تعونهم من جديد على أساسها.

والغرض من إدراج شرط القوة القاهرة في مجال العقود بصفة عامة هو تحديد المقصود بها وذلك إما بالإحالة في هذا الصدد لنظام قانوني معين وهو ما يغلب أن يكون القانون واجب التطبيق على العقد نفسه، أو بإجراء تجديد حصري يتضمن بيانا جامعا للأحداث التي تتدرج تحت هذا المصطلح وهنا قد تكون لعقود الاستثمار خصوصيتها لارتباطها عادة بالظروف الاقتصادية والاجتماعية أو لصتها بطبيعة النشاط الاستثماري[1].

1- عصام القصبي، المرجع السابق ، من ص 131 إلى ص 138.

رابعا: كيفية إثبات الحدث المؤدي لقيام منازعات القوة القاهرة.

ومن ناقلة القول، أن عبئ إثبات الحدث أو الأحداث التي تشكل القوة القاهرة إنما تقع على عاتق من يدعيها، ولا يقتصر الأمر هنا على إثبات هذه الأحداث وإنما يتعين على المدعي أن يقيم الدليل على أن هذه الأحداث لم يكن لإرادته دخل في وقوعها كما لم يكن بوسعه توقعه أو تداركه عقب حدوثه.

وإذا كان من المقرر أن الأحداث التي تشكل حالة القوة القاهرة يتعين أن لا يكون لإرادة الطرف الذي يدفع بوجودها دخلا فيها، فإن المسألة تبدو في غاية من الخطورة والتعقيد في حالة ما إذا كان الطرف شخص من أشخاص القانون العام الاعتبارية التابعة للدولة وكانت حالة دون تنفيذ الشخص الاعتباري لالتزاماته.

والتساؤل يثور هنا حول ما إذا كانت هذه الإجراءات الخارجية عن إرادة هذا الشخص الاعتباري بمثابة القوة القاهرة وتؤدي إلى إعفائه من الوفاء بالتزاماته في مواجهة الطرف الأجنبي؟ أم أن هذه الإجراءات أو التصرفات لا تعتبر على الرغم من صدورها عن الدولة تصرفات خارجية عن إرادة هذا الشخص الاعتباري العام التابع للدولة وبالتالي لا يمكن أن يتحلل من تنفيذ التزاماته تجاه الطرف الأجنبي، على أساس أنها لا تعد بمثابة قوة قاهرة يترتب على تحققها هذا الأثر في إعفائه من الالتزامات الناشئة عن العقد؟.

إن الفصل في هذا الصدد، إنما يتم عن طريق الفصل في مسألة أولية وهي الخاصة بمدى استقلالية هذا الشخص الاعتباري العام عن الدولة أو مدى تبعيته لها، فإذا كان هذا الجهاز العام مستقلا عن الدولة فإنه يجوز له التذرع بفكرة القوة القاهرة، أما إذا كان الجهاز غير مستقل عن الدولة ويعد مجرد انبثاق أو مرفق من مرافق الدولة، فإن هذا الجهاز لا يستطيع أن يتمسك بالقوة القاهرة للإعفاء من مسؤوليته هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن تلك المسألة تتأثر بالتصرف الذي أجرته الدولة ذاتها ومدى توفر عناصر وشروط القوة القاهرة فيه.

ويرى جانب من الآراء المتشدد، أنه على الرغم من اعتبار الجهاز العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي شخصا مستقلا عن الدولة وعلى الرغم من أن التصرف الصادر عن الدولة التي يتبعها تتوافر فيه عناصر القوة القاهرة، فقد ذهبت تلك الآراء إلى عدم ترتيب هذه القوة القاهرة لآثارها في إعفاء هذا الجهاز العام من التزاماته كنوع من العقوبة التي توقع على الدولة التي اتخذت هذا الإجراء[1].

1- طه علي قاسم، المرجع السابق، ص 112- 113.

1- مبدأ استقلالية الجهاز العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي عن الدولة:

إن قدرة المشروع المتعاقد مع الطرف الأجنبي على التمسك بأن التصرف الصادر عن الدولة يعتبر حدث خارج عن إرادته يعفيه من مسئولية عدم تنفيذه للالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين الطرف الأجنبي مسألة يتوقف الفصل فيها على صفة المشروع وعلى مدى اعتباره مرفقا من مرافق الدولة أم لا.

فإذا كان المشروع يعد مرفقا من مرافق الدولة لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عنها فإنه يبدو من الصعب فصله عن الدولة، واعتبار التصرف الصادر عنها تصرفا غريبا خارجا عن إرادته، أما إذا كان الجهاز العام لا يعتبر مرفق من مرافق الدولة ويتمتع بشخصية قانونية مستقلة عنها فإنه لا يمكن القول بأنه و الدولة يعدا شخصا واحدا.

ويؤدي تمتع الجهاز بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة إلى إمكانية احتجاجه باعتبار التصرفات الصادرة عن الدولة بمثابة تصرفات خارجية عنه تعفيه من المسئولية المترتبة على عدم وفائه بالتزامه الذي يجد سببه في هذه التصرفات التي قامت بها الدولة التي يتبعها[1].

2- مدى توافر شروط القوة القاهرة في طبيعة التصرف الصادر عن الدولة والذي بموجبه امتنع الجهاز التابع للدولة عن الوفاء بالتزاماته:

يتجلى هذا الوضع بشكل واضح في الدعوى المقدمة من الشركة الوطنية الليبية لاستخدام شرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بينها وبين شركة Sun Oil الأمريكية مدعية الإنهاء بالإدارة المنفردة للعقد

1- ومثالا على ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الاستئنافية في المملكة المتحدة برفض الطلب المقدم من مستورد بريطاني ضد جهاز عام بولندي يعمل في إطار التجارة الخارجية للحكم بالتعويض نظير امتناع الطرف البولندي عن توريد كميات السكر المتفق عليها مع المستورد البريطاني، وقد تعلل الطرف البولندي بعدم قدرته على تسليمها نظرا لصدور قرار من وزارة الخارجية البولندية بسحب التراخيص السابق صدورها لهذا المشروع بالتصدير نظرا لضعف إنتاجية محصول البنجر الذي يتم استخلاص السكر منه، وقد ذهب القضاء الانجليزي في هذه الواقعة أن حظر التصدير يعد قوة قاهرة بالنسبة للمشروع البولندي على اعتبار أن هذا المشروع يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة.

من جانب الشركة الأمريكية[1].

إن التذرع والإدعاء بتوافر شرط القوة القاهرة من قبل الدولة أو من قبل الجهاز العام التابع لها لابد وأن يحاط بقدر كبير من الاهتمام للتحقق من صحته، بل ويجب وضع الضوابط الموضوعية لتحديد الظروف التي تشكل حالة الضرورة التي تسوغ للدول و لأجهزتها العامة التابعة لها التحلل من الالتزامات الدولية

1- وتعود أحداث القضية إلى نوفمبر 1980، حيث أبرمت الشركة الوطنية الليبية للبترول مع الشركة الأمريكية اتفاقا للبحث عن الحقول البترولية في ليبيا، على أن تساهم الشركة الأمريكية في تمويل هذا العمل مقابل حصولها على نسبة من الإنتاج المنتظر حدوثه.

وقد تضمن هذا العقد شرط يتعلق بالقوة القاهرة، ولقد بدأ سريان العقد في ديسمبر 1980، وفي عامي 1981-1982 أصدرت الولايات المتحدة عدة قرارات تتمثل في الآتي:

* قرار يقيد من انتقال الرعايا الأمريكيين إلى ليبيا ويلزمهم بضرورة الحصول على تصريح خاص من الجهات المعنية.

* على الشركات الأمريكية العاملة في ليبيا استعادة مستخدميها منها.

ولقد أخبرت Sun Oil الشركة الليبية بهذه القرارات، وأن هذه الإجراءات تجعل من المستحيل الوفاء بتعهداتها تجاه الشركة الليبية في الوقت المتفق عليه في العقد وأنها ستستمر في أعمالها بمجرد أن تنتهي حالة القوة القاهرة الناجمة عن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة الأمريكية، إلا أن الشركة الليبية قد ردت على ذلك بأنها لا تعد السبب الذي تمسكت به الشركة الأمريكية من قبيل القوة القاهرة، وأنه لا يحول دون إمكانية تنفيذ العقد، ولقد اعتبرت الشركة الليبية أن موقف الشركة الأمريكية يعد بمثابة انسحاب من العقد.

- وفي 1982/03/12، اتخذت الحكومة الأمريكية إجراءات جديدة ضد ليبيا تقتضي ضرورة الحصول على تراخيص من أجل استمرار العمليات الفنية مثل التي شرعت فيها الشركة الأمريكية المذكورة في ليبيا، ولقد أوضحت الشركة الأمريكية للشركة الليبية أن هذه القيود الجديدة تعد عاملا مؤكدا للقوة القاهرة.

- وفي جوان 1982، أبلغت الشركة الأمريكية الوطنية الليبية برفض منحها الترخيص الذي تقدمت من أجل نقل التكنولوجيا إلى ليبيا، وقد بني هذا الرفض على أن العقد يتضمن علوم تكنولوجية على جانب استراتيجي هام.

وبناءا على ما تقدم، أخبرت الشركة الأمريكية الشركة الليبية بهذه القرارات والتي تجعل من وجهة نظرها من المستحيل عليها الوفاء بالتزاماتها تجاه الشركة الليبية في المواعيد المتفق عليها في العقد، وأنها ستعود لاستكمال الأعمال بمجرد انتهاء حالة القوة القاهرة الناجمة عن القرارات الأمريكية. ولقد ارتأت الشركة الليبية أن Sun Oil يمكنها على الرغم من كافة الظروف السياسية، الاستمرار في تنفيذ العقد المبرم بينهما لأنها لا تعد الأسباب التي تتمسك بها Sun Oil من قبيل القوة القاهرة، ولا تحول دون إمكانية تنفيذها لبنود العقد المبرم بينهما.

- وفي جويلية 1982، لجأت الشركة الليبية للتحكيم، وقد أصدرت محكمة التحكيم حكما تمهيديا في مايو 1985، اعتبرت فيه أن القيود التي أصدرتها الولايات المتحدة على حرية مواطنيها في الانتقال والسفر إلى ليبيا، وكذلك القيود على الصادرات منها إلى ليبيا لا تشكل القوة القاهرة على حد يعفى Sun Oil من تعهداتها المنصوص عليها في العقد المبرم بينها وبين الشركة الليبية.

- وفي فبراير عام 1987، انتهت المحكمة بأن الشركة Sun Oil هي المسؤولة عن عدم تنفيذ العقد وألزمتها بدفع 20 مليون دولار إلى الشركة الليبية على سبيل التعويض، ولقد أسست المحكمة حكمها على الأتي:

أولا: على الرغم من أن الظروف التي تمسكت بها Sun Oil ظروفا خارجة عنها وغير متوقعة، إلا أن المحكمة عند تقديرها لظرف وأن يؤدي هذا الظرف إلى استحال التنفيذ، تساءلت عما إذا لم يكن أمام الشركة الأمريكية وسيلة أخرى تمكنها من تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد.

فبالنسبة لأثر وقف منح تصاريح السفر إلى ليبيا إلى رعايا الولايات المتحدة الأمريكية، وعلى الرغم من أن المحكمة كانت مدركة بأن غالبية العاملين في الشركة من حاملي الجنسية الأمريكية، إلا أنها قدرت أنه كان يمكن للشركة أن تتجاوز هذه العقبة عن طريق التعاقد مع رعايا آخرين لا يحملون الجنسية الأمريكية للعمل في المشروع ولاسيما أن هذا التصرف ما كان ليتعارض مع نية الأطراف.

ثانيا: بالنسبة للقيود الأمريكية على التصدير والتي تحول دون إرسال الشركة الأمريكية للعينات المطلوب تحليلها في معاملها في ولاية تكساس، لهذا السبب فإن المحكمة أشارت إلى أن هذه الشركة كان يمكنها أن ترسل هذه العينات إلى أماكن أخرى للقيام بالتحليلات المطلوبة ولاسيما أن نصوص العقد لم تستلزم ضرورة إرسال هذه العينات إلى معاملها في تكساس بل على العكس، حيث أن العقد أطلق يد الشركة في استخدام ما تراه من وسائل فنية ملائمة في كل ما يخص تنفيذ العقد.

ولقد حرصت المحكمة على الإشارة على أن الشخص العادي و الذي يوجد في نفس الظروف التي تتمسك بها الشركة الأمريكية بالقوة القاهرة بوسعه أن يتغلب عليها على نحو يمكنه من تنفيذ العقد، إذ أن العقبة التي تعرضت لها Sun Oil عقبة من الممكن التغلب عليها.

وإزاء تخلف هذا الشرط الأخير من شروط تحقق حالة القوة القاهرة وهو أن الحدث لم ينتج عنه استحالة التنفيذ، رفضت المحكمة موافقة الشركة الأمريكية فيما ذهبت إليه من توافر شرط القوة القاهرة وألزمتها بدفع التعويض للشركة الليبية.

والتعاقدية المتعلقة بهذه الظروف التي تتأسس عليها حالة الضرورة التي وإن كانت تعفى الدولة أو أحد أجهزتها من المسئولية الدولية، إلا أنها في نفس الوقت لا تستبعد المسئولية نظرا لوجود حق أضير من جراء الاعتداء عليه، ولابد من جبر هذا الضرر بدفع التعويضات المناسبة.

إن ما يهدد الاستقرار في النظام القانوني الدولي هو أن تتذرع الدول وأجهزتها العامة بالظروف الاستثنائية التي ترى أنها تهدد أمنها وسلامتها ونظامها ومصالحها القومية العلي،ا وذلك لانتهاك القواعد القانونية الاتفاقية والعرفية وبدافع مفاده أن الدول هي التي أوجدت وارتضت هذه القواعد فهي نفسها التي تملك في أي وقت عدم الالتزام بها.

وهذا الاتجاه الفوضوي الذي يتبناه البعض يهدم من الأساس فكرة القانون بوجه عام، وإذا استندت الدولة في انتهاكها لالتزاماتها الدولية إلى فكرة الضرورة على اعتبار حدوث ظروف تهدد حقها في البقاء وصيانة الذات ومصالحها الخاصة، فإن هذا يؤدي إلى إقرار حق كل دولة في عدم الالتزام بالقانون الدولي، وربطه بمصالحها، الأمر الذي يؤدي إلى الفوضى الدولية، بحيث تنظر كل دولة إلى تحقيق مصالحها حتى لو أدى ذلك إلى الإضرار بمصالح غيرها من الدول على أساس أن الضرورة تبيح ذلك، وعلى ذلك فلا يمكن اعتبار أن الظروف والأحداث الطارئة تمثل عائقا للوفاء بالالتزامات، إلا إذا كانت الدولة أمام قوة قاهرة حقيقية وملموسة تجعل الوفاء بالالتزامات دربا من دروب المستحيل[1].

وعلى الرغم من أن الحل الذي تمليه القواعد القانونية التقليدية أنه إذا أصبح تنفيذ العقد المبرم بين الجهاز العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي مستحيلا نظرا للتصرف الصادر عن الدولة، فإن الجهاز العام له أن يتمسك بالقوة القاهرة من أجل إقرار عدم مسئوليته عن عدم التنفيذ.

إلا أن جانبا من الفقه، يرى ضرورة الخروج على تلك القواعد، حيث يتعين في هذا الصدد، وخروجا على الأصل العام الذي يؤدي إلى أن الحدث الخارجي عن الجهاز العام يؤدي إذا توافرت فيه الشروط الأخرى للقوة القاهرة (عدم التوقع، عدم القدرة وعدم التصرف) إلى إبراء الجهاز العام من التزامه بالتنفيذ، إلى عدم الاعتداد بأن التصرف الصادر عن الدولة يعد بمثابة تصرف خارجي عن الجهاز العام التابع لها حتى إذا لم تذهب إرادة الأطراف إلى الإشارة إلى اعتبار التصرف الصادر عن الدولة بمثابة تصرف خارجي عن الجهاز العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي.

إذ أن إرادة الأطراف يجب تفسيرها على نحو يقرر رفضها للطابع الخارجي للتصرفات الصادرة عن الدولة إذا كانت تلعب دورا تنظيميا في الشخص الاعتباري التابع لها.

ويترتب على ذلك، إذا كان الجهاز العام يخضع للسلطة الوصائية للدولة، فإن تدخل هذه الأخيرة يعد بمثابة عنصرا من عناصر صدور القرار بالنسبة للجهاز العام حتى و إن كان تدخله يبدو حدثا خارجيا عن الجهاز العام، و لا يعني ذلك إغفال التفرقة بين الشخصية القانونية للدولة و تلك التي يتمتع بها الجهاز

1- نبيل بشير، المرجع السابق، ص 260

العام، و لكن المقصود من ذلك أن يعتد بأن من يتعاقد مع وحدة خاضعة للرقابة الوصائية للدولة لا يكون مهيأ لأن يقبل أن تلك السلطة الوصائية يمكنها أن تعفى الوحدة من التزاماتها الوصائية، كما أن الجهاز العام التباع للدولة ينبغي أن يحرم من حقه في التمسك بالقوة القاهرة إذا كان هذا الجهاز العام قد أعطته الدولة السلطة في خلق القواعد القانونية في نطاق العقد الذي أبرمه.

كما يؤكد هذا الجانب من الفقه، على أنه يتعين عدم قبول تمسك الجهاز العام التابع للدولة بالقوة القاهرة إذا كان التصرف الذي صدر عن الدولة و الذي يشكل القوة القاهرة يشكل تصرفا خاطئا من قبل الدولة إذ أن هذه هي الوسيلة لتوقيع الجزاء على الدولة في شخص الجهاز التابع لها تقتضي عدم أخذ الشخصية المستقلة للجهاز العام التابع للدولة بعين الاعتبار[1].

وعلى الرغم من أن مبدأ القوة القاهرة من المبادئ المتعارف عليها في المعاملات التجارية، إلا أن الدولة لا يعوقها عائق في مجال تعاملاتها مع الأطراف دون الدولية ، إلا في حالة الحرب ، فالدولة تدخل كطرف في معاملاتها الاقتصادية إما عن طريقها مباشرة أو عن طريق الأجهزة العامة التابعة لها، و ذلك بهدف الإفادة من تلك المعاملات و إلا ما كان لها أن تدخل كطرف فيها.

ومن المعلوم أن هذه المعاملات قد تتبعها تضحيات من قبل الأطراف المتعاملة نتيجة للتغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، و يجب ألا تقتصر هذه التضحيات على طرف دون الآخر، بل يجب على كل طرف أن يتحمل من الأعباء والتضحيات تماما مثلما يتحمله لطرف الآخر.

فالتوازن العقدي لا يجب أن يقتصر فقط على التكافؤ في المركز القانوني للأطراف، بل يجب أن يشمل أيضا التكافؤ في الميزات التي يتمتع بها الأطراف والأعباء التي يتحملونها، كما أن الدول و بخاصة الدول الراغبة في النمو في سعيها لجذب الاستثمارات الخاصة لا بد و أن تتمتع بمصداقية نحو التزاماتها بتعاقداتها مع الأطرف الأجنبية حتى و لو اضطرتها بعض الظروف الطارئة إلى تحمل بعض الأعباء الناجمة عنها، و ذلك ليشعر المستثمر الأجنبي بنوع من الأمان على مشروعه بالرغم من الظروف القهرية التي تمنح الدولة الحق في التحلل من التزاماتها بموجبها.

وبالتالي، يعد هذا الفعل من قبل الدولة حافزا مشجعا لقدوم الاستثمارات الأجنبية إليها ، أيضا إن تذرع الجهاز العام ذو الشخصية القانونية المنبثقة من الدولة بشرط القوة القاهرة نتيجة لقرارات أصدرتها الدولة إنما يعد من قبيل التحايل و ذلك أن الجهاز المنبثق من الدولة لا يعد مستقلا عنها بل إنه مجرد أداة للدولة لتنفيذ سياستها و توجيهاتها في المجال المخصص له.

يتضح مما سبق، أن على الدول أن تتصرف أو تسلك سلوك الجزء الذي يكتمل و يحيا به الكل، بمعنى أن الدولة ما هي إلا جزء من المجتمع الدولي الذي يتكون من أجزاءه، فكلما ساد الانسجام و التوافق

1- Pierre, Mayer, "La Neutralisation du Pouvoir Normatif de l'Etat en Matière de Contrats d'Etat", Clunet, Paris, 1986, p74 – 76.

بين أجزاء هذا المجتمع، وساد التوازن في المعاملات التي تجري بين هذه الأجزاء، كلما استطاع هذا المجتمع أن يصل إلى الاستقرار والأمن الذين ينشدهما.

وإذا كانت الظروف القهرية تمنح الدولة الحق في التحلل من التزاماتها فلا يجب على الدول أن تتذرع بها للتنصل من مسئوليتها تجاه الأطراف المتعاقدة معها، بل يجب على الدول أن تسعى جاهدة للوفاء بالتزاماتها مهما كلفها ذلك من الأعباء و ذلك لتشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها والتي تحتاجها الدول كمصدر هام من مصادر التمويل الخارجي.

الفرع الثاني: أسباب منازعات الاستثمار الراجعة إلى الدولة المضيفة.

إذا كان المجتمع الدولي يعترف بالقوة القاهرة إذا كانت حقيقية وملموسة كسبب معفى للدولة من مسؤوليتها اتجاه الأطراف المتعاقدة معها، فهناك إجراءات تتخذها الدولة بموجب إرادتها المنفردة دون أن تكون هناك أسباب قهرية أجبرتها على الإتيان بها، وإنما اتخذتها الدولة بموجب سيطرتها وسيادتها على إقليمها، وتتنوع هذه الإجراءات وتتعدد أشكالها على النحو التالي بيانه:

أولا: الإجراءات الحكومية السالبة للملكية الأجنبية.

ففي إطار ممارستها لسيادتها الوطنية، تقوم أحيانا بإجراءات تشريعية وتنظيمية من أجل توجيه الاستثمارات الأجنبية لخدمة أهدافها التنموية، ويكون لهذه الدولة الحق في تنظيم ملكية الأجانب للأموال وحيازتها واستثمارها في القطاعات الاقتصادية المختلفة داخل إقليمها، كما أن لها الحق كذلك في منع الأجانب بشكل كلي أو جزئي من ممارسة هذه الحقوق داخل اختصاصها الإقليمي، ومع ذلك فإن الدولة قد تسمح للأجانب بتملك الأموال واستثمارها بطريق قانوني في إقليمها، من هنا فإنه يتعين ألا يستحوذ على هذه الأموال إلا بصورة أصولية مسببة وبإتباع الإجراءات القانونية التي ينظمها القانون الداخلي، وهذا ما يعرف بمبدأ "احترام الحقوق المكتسبة"، وهو أحد المبادئ المستقرة في القانون الدولي.

بيد أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة لا يرتب للمستثمر الأجنبي حقا مطلقا، إذ يجوز للدولة طبقا لقواعد القانون الدولي أن تحدد بحرية هيكلها الاقتصادي والاجتماعي، وأن تستعمل من النظم والأدوات القانونية ما يحقق منفعتها العامة ومصالحها الوطنية.

ويعرف القانون المقارن منذ أقدم العصور صورا مختلفة لتدخل الدولة في تنظيم الملكية، عن طريق تجريد الأشخاص من حقوقهم على الأشياء بمقتضي سلطتها العامة، ويطلق الفقه على جميع صور التدخل في هذا المجال اصطلاح "نزع الملكية" L'expropriation.

وأيا كان النظام القانوني الذي يتم بمقتضاه نزع الملكية، فإنه يمثل في تصورنا عائقا في وجه الاستثمار الأجنبي المباشر، ذلك أنه قد يؤدي في النتيجة إلى حرمان المستثمر حرمانا كليا من استثمار أمواله، وهذا الحرمان من شانه أن يمس بالأملاك والفوائد الناتجة عن هذا الاستثمار.

وهذه الإجراءات تمس بملكية المستثمر الأجنبي سواء بطريقة مباشر أو غير مباشرة[1].

1- التأميم:

أ- نشأة ظاهرة التأميم وتطورها:

التأميم ظاهرة قانونية ظهرت في مطلع القرن العشرين[2]، حيث جاء النص على هذا النظام لأول مرة في الدستور المكسيكي لعام 1917[3] مقررا حق الدولة في فرض قيود على الملكية الخاصة للصالح العام، ثم تلا ذلك بشهور التأميمات الروسية[4] لجميع وسائل الإنتاج سواء المملوكة للوطنيين أم الأجانب، على أثر قيام الثورة البلشفية في أكتوبر 1917.

بعدها توالت حركة التأميمات في دول عديدة خاصة الدول الاشتراكية، والدول الأسيوية والإفريقية، ودول أمريكا اللاتينية رغبة منها في السيطرة على وسائل الإنتاج في أقاليمها، كما أن كثير من الدول النامية

1- د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 104.

2- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص40.

3- بدأت التجربة المكسيكية أولى مراحلها بالنص في الدستور الصادر بتاريخ 1917/01/31 على أحقية الدولة في التأميم مقابل تعريض عادل، وذلك في المادة 27 التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: "ملكية الأرض والمياه داخل الحدود الإقليمية للدولة تعود في أصلها إلى الأمة التي لها ولا يزال حق التصرف بها ونقلها إلى الأفراد، وعلى هذا النحو يجري خلق الملكية الخاصة"، فالملكية بمقتضى هذا النص لم تعد ذلك الحق المقدس المطلق للفرد، بل أنها حق للأمة التي يمكنها أن تتنازل عنها إلى الأفراد في شكل الملكية الخاصة، وتقرر المادة 3/27 حق الدولة في تقييد الملكية الخاصة لمصلحة الأمة، حيث تنص على أن: "للأمة الحق في أي وقت أن تفرض ما تشاء من القيود على الملكية الخاصة حسبما تقتضيه المصلحة العامة، كما أن لها الحق في تنظيم استعمال المصادر الطبيعية القابلة للتملك وذلك من أجل حفظها ولتأمين توزيع أكثر عدالة للأموال العامة"، بينما تتضمن الفقرة 4من المادة رقم 27 حطما يقضي بمنع تنازل الأمة عن ملكية المصادر الطبيعية للثروة إلى الأفراد، أما الفقرة 5 من نفس المادة فإنها تقضي بأن المياه الداخلية لا يمكن أن تصبح في أي ظرف ملية خاصة للأفراد، وترجع هذه النصوص في الدستور المكسيكي في حقيقتها إلى اعتبارات وطنية تهدف إلى تحرير الثروات الطبيعية والموارد الاقتصادية المهمة من سيطرة الشركات الأجنبية عليها.

ومن ثم فغن النظرة المكسيكية للتأميم لم تكن صادرة عن أيديولوجية معادية للملكية الفردية بذاتها، وإنما اتسمت بطابع قومي يجعلها موجهة ضد النفوذ الأجنبي من أجل تحقيق الاستقلال الاقتصادي للبلاد، وقد أتت هذه المحاولات أولى ثمارها عام 1938 عندما تم تأميم الصناعات البترولية في المكسيك بموجب القانون الصادر في 1938/12/18، أنظر: عادل سيد فهيم، نظرية التأميم – الأصول الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للتأميم، الطبيعة القانونية للإجراء ألتأميمي، مدى التزام المشروعات المؤممة بأداء ديونها-، دار القومية، القاهرة، 1966، ص 69- 70.

4- ترجع التأميمات الروسية إلى وصول الثورة البلشفية إلى الحكم، وقيام معتقدات أيديولوجية بضرورة الاستيلاء دون تعويض على جميع وسائل الإنتاج، سواء كانت مملوكة لوطنيين أو أجانب، وذلك انطلاقا من نظرة جديدة إلى "حق الملكية" لا ترى فيه حقا مطلقا مانعا ودائما للفرد، بل تنظر إليه باعتباره حقا ذا وظيفة اجتماعية، بحيث لا يجوز النظر إلى العلاقة بين المالك والشيء موضوع الملكية بمعزل عن القواعد الاقتصادية والاجتماعية والقانونية التي تحكم المجتمع كل، لذلك فإن الملكية الاشتراكية (الجماعية) أصبحت تسمو على الملكية الخاصة التي صارت قاصرة على الملكية الشخصية بأدنى ما يمكن أن يستخلص من هذه العبارة من معنى، بينما صعدت الملكية الاشتراكية إلى المقام الأول، وهكذا نصت المادة 4 من دستور الاتحاد السوفييتي (سابقا) بأن: "النظام الاشتراكي والملكية الاشتراكية لأدوات ووسائل الإنتاج يشكلان القاعدة الاقتصادية التي يقوم عليها الاتحاد السوفيتي".

أقدمت على حركة التأميمات واسعة لكثير من الأموال الأجنبية عقب حصول تلك الدول على استقلالها السياسي، وذلك لتأكيد سيطرتها على مواردها الاقتصادية.

كما لجأت بعض دول أوروبا الغربية ذاتها والتي تعتنق الرأسمالية وتقدس حق الملكية الفردية إلى تأميم العديد من المشروعات الحيوية فيها، مثل انجلترا وفرنسا وإيطاليا والسويد.

وقد أصبح اللجوء إلى التأميم ظاهرة شائعة في كل الدول رغم اختلاف نظمها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، ومستندا إلى العديد من الأسس، أهمها حرية الدولة في اختيار نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وبالتالي حريتها في السماح بوجود أو عدم وجود أموال مملوكة للأجانب فوق إقليمها، ومبدأ السيادة الدائمة لكل دولة على مواردها الطبيعية وحريتها في التصرف فيها.

ب- تعريف التأميم:

لقد تعددت وتنوعت تعريفات التأميم في كتب القانون، بحيث أصبحت من الكثرة لا يتسع المجال لذكرها جميعا، فالبعض اعتمد في تعريفه للتأميم على الدافع أو الأهداف المرجوة من وراء قرار التأميم وهي تحقيق النفع العام، بينما استند البعض الآخر على مدى الإجراء ومحله، أي الأموال والممتلكات التي يرد عليها التأميم، وسوف نتناول بعض هذه التعريفات كالأتي:

يعرف Domke التأميم بأنه: "إجراء من إجراءات التغيير العام في حياة الدولة الاقتصادية والاجتماعية".

كما يعرف التأميم بأنه: "إجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الأموال التي تكون في صورة مشروع إلى الأمة، إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج، تلافيا للاستغلال، ويسمي التأميم الأيديولوجي (ومثاله التأميم الذي تم في روسيا وفي دول شرقي أوروبا، وقد أثار هذا النوع من التأميم مشكلات قانونية كثيرة على الصعيد الدولي)، أو لمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني ويسمي هذا النوع بالتأميم الإصلاحي[1]، ولم يثر هذا النوع من التأميم أية إشكاليات قانونية، إذ أنه يتضمن منح الملاك السابقين تعويضا عن الأموال المؤممة، ومثاله التأميمات التي تمت في دول أوروبا الغربية كفرنسا، حيث صدرت فيها قوانين ومراسيم متعددة حول النشاطات التجارية المختلفة التي يشملها التأميم

وهناك تأميمات النمو الاقتصادي وهي تلك التي تتم في دولة من دول العالم الثالث استجابة لدوافع وطنية وقومية من أجل السيطرة على الموارد المحلية وتحقيق الاستقلال الاقتصادي، إن هذا النوع من التأميم لا يقضي على مبدأ الملكية الفردية كالتأميم الإيديولوجي، كما أنه يتضمن تعويض المالكين السابقين، ومثاله

1- عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 39- 40.

التأميمات التي تمت في معظم الدول النامية إبان تحقيق الاستقلال السياسي، كما هو الحال في مصر والعراق[1].

ولم يتفق الفقه على تعريف التأميم وتمييزه عن نزع الملكية، فحسب KATZAROV يقصد بالتأميم:

"Le transfert à la collectivité respectivement à L'Etat de la propriété des moyens de production et d'échange et leur utilisation dans l'intérêt collectif et non plus particulier)" [2].

ويذهب البعض إلى تعريف التأميم بأنه: "نزع ملكية ذو نطاق واسع ووزن مالي خاص، حيث ينسحب على قطاعات كاملة من الاقتصاد القومي وينقلها من القطاع الخاص إلى القطاع العام".

والفكرة الأساسية في هذا التعريف هو خروج المال من ذمه مالكه وأيلولتها إلى الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها، والملاحظ على هذا التعريف أنه يخلط بين التأميم ونزع الملكية بوصفه الصورة التقليدية لأخذ الملكية، ويجعل مناط التمييز بينهما هو الحجم والدرجة.

وهذا الوضع يبين تأثر صاحب التعريف السابق بالاتجاهات السائدة في الفقه الغربي والتي تذهب إلى التوحيد بين التأميم ونزع الملكية أو اعتبار التأميم صورة لنزع الملكية، رغم الثابت أن الأمرين المتقدمين يختلف كل واحد منها عن الآخر كما سنرى[3].

وفي نطاق الفقه العربي يذهب البعض إلى تعريف التأميم على أنه: "عمل من أعمال السيادة تنتقل بمقتضاه وسائل الإنتاج والتداول وممارسة أنشطة معينة من الأفراد والهيئات الخاصة إلى الدولة كما تتولى استغلالها لخدمة المصلحة الجماعية"، أو هو: "ذلك التغيير الذي يطرأ – لاعتبارات المصلحة العامة العليا – على مال معين يدخل أو يمكن أن يدخل في عداد وسائل الإنتاج والتداول بالمعنى الواسع، بحيث يخرج المال أو النشاط من دائرة الملكية الخاصة لكي يتصل بالدولة أو أحد فروعها بغية تسخيره لخدمة المجموع[4]".

ولعل خير تعريف للتأميم هو ذلك التعريف الذي يقدمه معهد القانون الدولي، ومقتضاه أن التأميم: "هو عملية تتصل بالسياسة العليا تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييرا كليا أو جزئيا،

1- د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص113- 114.

2- د. عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص181.

3- د. محمد فتحي حمودة، أضواء على التأميم ومسؤولية الدولة المؤممة، مجلة المحاماة، سبتمبر و أكتوبر 1976، العدد 7- 8، ص 137.

4- د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، "القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 167.

بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية، لتضمها إلى القطاع العام خدمة لمصالح الأمة"[1].

ومن خلال التعاريف السابقة يتضح لنا الأمور الآتية:

– إن التأميم هو إجراء يترتب عليه انتقال ملكية الشيء المؤمم من الأفراد إلى الدولة أو إلى أفراد خاصة، حيث لا يلزم انتقال ملكية للدولة في كل الحالات، ولا يوجد مانع من انتقاله للأفراد الخاصة، سواء كانت أشخاص طبيعية أو اعتبارية.

– إن محل التأميم هو مشروع في كل الحالات، وذلك وفقا لمفهومه الاقتصادي الذي بيناه آنفا.

– إن الباعث على التأميم هو نية إحداث إصلاح في الكيان الاقتصادي للدولة المعنية، وإبراز هذا الباعث هام للغاية لأنه أحد العناصر المميزة للتأميم عن الصور الأخرى لنزع الملكية، ففي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة يكون الباعث وراء هذا التصرف إنشاء مرفق معين كمدرسة أو مستشفي، وفي حالة المصادرة يكون سبب أخذ الملكية هو ارتكاب صاحبها لجريمة ما، وفي الحالتين المتقدمتين لا يتصل الأمر بنية إحداث إصلاح في الكيان الاقتصادي للدولة المعنية، وذلك على خلاف الحال بالنسبة للتأميم.

وأيا ما كان الأمر، فإن قيام الدولة المضيفة بتأميم الاستثمار أمر يوجب استحقاق التعويض، إذا ما أدى ذلك إلى حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه الجوهرية على الاستثمار للمدة المعينة، سواء كان هذا الإجراء مطابق للقانون من عدمه[2].

ج– القيمة القانونية لقرار التأميم:

يثور التساؤل على صعيد الفقه والقضاء عن مدى حجية قرارات التأميم التي تتخذ في دولة معينة، ويراد التمسك بها والاحتجاج بآثارها القانونية في مواجهة الدول الأخرى، فهل يكون قرار التأميم ذا أثر إقليمي فحسب، إذ يرتب أثاره القانونية على المشروعات القائمة في إقليم الدولة المؤممة فقط أم أن تلك الآثار تترتب على الصعيد الدولي أيضا؟، بعبارة أخرى هل يمتد حق الدولة في التأميم ليشمل الممتلكات التي تقع في إقليم دولة أخرى؟ أم أن هذا الحق يتعارض مع سيادة الدولة التي توجد فيها تلك الممتلكات؟ فلو أصدرت الدولة مثلا قرار يقضي بتأميم شركة معينة قائمة في إقليمها فهل يسري قرار التأميم على أموال وممتلكات هذه الشركة وفروعها ومكاتبها الموجودة في الدول الأخرى؟ أم أن أثره يقتصر على حقوق الشركة والتزاماتها القائمة في الدولة المؤممة فقط؟.

الواقع من الأمر أن الفقه والقضاء لم يتفقا على تصور معين بهذا الصدد، بل أنهما انقسما إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية، اتجاه أول يذهب إلى عدم الاعتراف لقرار التأميم بأية قيمة قانونية، ويرى فيه قرارا باطلا ولا أثر له "Nulet sans effets"، واتجاه ثان يذهب إلى أن قرار التأميم ذو قيمة قانونية إقليمية، أي أنه لا

1– د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص113.

2– د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 170– 171.

يرتب أية آثار قانونية خارج حدود الدولة المؤممة، بينما يذهب الاتجاه الثالث إلى الاعتراف بالقيمة القانونية الدولية لقرار التأميم، ونتولى بحث هذه الاتجاهات الثلاث وفقا للخطة التالية:

*** قرار التأميم غير ذي قيمة قانونية:**

يذهب بعض الفقه إلى أن قرار التأميم غير قابل لترتيب أي أثر قانوني، إقليميا أو دوليا، لمخالفته للمبادئ المعترف بها في الدول المتمدينة[1]، وقد تبلور هذا الاتجاه في معرض إجراءات التأميم السوفيتية، حيث اتخذت الدول الغربية موقفا عدائيا من تلك الإجراءات بوصفها تصرف غير مشروع في ذاته، وباطلا من وجهة النظر القانونية، ولا يرتب أية آثار قانونية حتى بالنسبة إلى المشروعات التي تقع إقليميا في حدود الاتحاد السوفيتي والأموال الخاضعة لسيادته.

وسار القضاء في الدول الغربية آنذاك على الاتجاه ذاته، إذ تقرر أحكامه أن التأميم يعد خروجا على النظم القانونية المعروفة في العالم المتمدن، ومن ثم لا يتصور أن يقوم بشأنه تنازع القوانين وأن تعتد به أو بآثاره القانونية محكمة أجنبية.

ولعل من أبرز التطبيقات القضائية لهذا الاتجاه هو ما ذهبت إليه محكمة الصين المدنية في قضية "Bounatism C. Sté optorg"، حيث وصفت قرارات التأميم السوفييتية بأنها: "عمل من أعمال الاغتصاب والعنف استكملت كافة عناصر جريمة السرقة –اختلاس مال منقول مملوك للغير– المنصوص عليها في المادة رقم 379 من قانون العقوبات".

وتأكد هذا الاتجاه في قضاء محكمة النقض الفرنسية "La coure de cassation"، وإن كانت قد عزفت عن استعمال تعبيرات غير مألوفة في اللغة القانونية، مثل اتهام دولة معينة بأنها قامت بعمل من أعمال النهب أو السرقة، حيث تقضي المحكمة المذكورة بأن المرسوم الصادر في 1918/01/26 بتأميم الأسطول التجاري الروسي حينذاك في ميناء أوديسا يعد سببا لكسب الملكية لا يمكن للمحاكم الفرنسية أن تعترف به، ونص القرار بالفرنسية هو التالي:

Le Décral soviétique du 26/01/1918 institue un mode d'acquisition de la propriété que les tribunaux français ne peuvent reconnaitre

بيد أن هذا الاتجاه لم يكن من الممكن أن يستمر طويلا ولاسيما بعد أن اعترفت الدول الغربية بالحكومة السوفييتية، إذ أن هذا الاعتراف يتعارض في واقع الأمر إنكار أهم مظهر من مظاهر سيادة الدولة وهو حقها في اختيارها نظامها الاقتصادي والاجتماعي.

1– وقد تقرر هذا الاتجاه في مؤتمر الخبراء القانونيين المنعقد في بروكسل في شهر أكتوبر لسنة 1921.

*** قرار التأميم ذو قيمة قانونية:**

✓ **قرار التأميم ذو قيمة قانونية إقليمية: (الأثر الإقليمي لقرار التأميم)**

يذهب اتجاه ثاني في الفقه والقضاء إلى أن قرار التأميم يكون ذا أثر قانوني إقليمي، أي أنه ينتج أثاره في مواجهة الأموال والممتلكات الموجودة في إقليم الدولة التي أصدرت قرار التأميم.

بيد أن أنصار هذا الرأي اختلفوا في التأصيل القانوني لإقليمية قرار التأميم، إذ يستند بعضهم إلى فكرة القوانين السياسية (Les lois politiques)، التي تقضي بأن الحقوق التي تنشئها قوانين ذات مصلحة أو أهداف سياسية ليست لها ولا يجب أن تكون لها أثار تتعدى حدود الدولة التي أصدرت تلك القوانين، ويرى أنصار هذا الرأي بأن قرار التأميم هو قرار ذو طبيعة سياسية ومن ثم فإنه يعجز عن إحداث آثار قانونية في مواجهة الدول الأخرى، بعبارة أخرى فإن قرار التأميم يعامل بحسب هذا الفقه المعاملة ذاتها المقررة للقوانين الجنائية والمالية التي استقر الرأي على اعتبارها غير قابلة للتطبيق من قبل سلطات ومحاكم دول أخرى[1].

والواقع من الأمر أن نظرية القوانين السياسية تعجز عن إعطاء تأسيس قانوني لقرار التأميم، ذلك أنها لم تستطع تقديم معيار واضح يمكن من خلاله تحديد دائرة القوانين السياسية، خصوصا وأن كل تنظيم قانوني يحاول التوفيق بين الصالح العام والمصالح الخاصة، على نحو يجعل جميع القوانين في حقيقتها قوانين سياسية، وبالتالي ليست هناك طائفة محددة من القوانين يمكن أن يطلق عليها وحدها ودون سواها (القوانين السياسية)، فضلا على أن القضاء المقارن قد استقر في مناسبات عديدة على تطبيق قواعد قانونية كانت البواعث على إصدارها سياسية في المقام الأول كقواعد الرقابة على النقد– والقوانين التي تستهدف محاربة الاحتكارات الاقتصادية– وقوانين العمل والقيود المفروضة على تبادل السلع والخدمات...الخ[2]، وقد اندثرت وانتهت نظرية القوانين السياسية بشكل نهائي، عندما رفض معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة عام1954 بأغلبية مطلقة المشروع الذي تقدم به الفقيه "أرمينجون" لتقنين الفكرة التي كان قد ندى بها منذ عام 1930.

بينما يستند البعض الآخر إلى نظرية قرار الدولة، التي تقوم في أساسها على ضرورة الاعتراف بما تتخذه الدولة الأجنبية من قرارات باعتبار أن ذلك واجب قانوني تمليه مقتضيات الحياة الدولية والمجاملة بين الدول، بيد أن هذا الاعتراف محدود بما تتخذه الدولة الأجنبية من قرارات داخل إقليمها بالنسبة إلى الأموال الموجودة حينذاك تحت سيادتها، وبالتالي فإن مثل هذه القرارات عاجزة بحكم طبيعتها عن ترتيب آثار قانونية تتناول أموال موجودة في الخارج[3].

1– د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 115– 116.

2– عشوش أحمد عبد الحميد، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 343.

3– د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 117.

والواقع من الأمر أن قاعدة احترام قرار الدولة الأجنبية كانت قد استقرت في القضاء الأنكلو أمريكي بمقتضى حكم المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية الصادر عام 1918، في قضية تتعلق بقرار أصدرته الحكومة المكسيكية صادرت بمقتضاه أموالا مملوكة لشركة أمريكية، فقد رفضت المحكمة بشكل قاطع التعرض لمناقشة مدى مشروعية قرار الحكومة المكسيكية، وأفصحت بأنها تقبله باعتباره قاعدة للحكم[1].

وقد استعان الفقه والقضاء بهذه النظرية لتأصيل الأثر الإقليمي لقرار التأميم.

بيد أن قرارات التأميم الكوبية للممتلكات الأمريكية قد جردت هذه النظرية من كل قيمة عملية عندما عصفت بالأساس الذي تقوم عليه النظرية، وقد تبلور ذلك في الحكم الذي أصدرته المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في قضية "Sabbatino Case" في 1963/03/23، التي تتلخص وقائعها في أن شركة أمريكية كانت قد تعاقدت على شراء شحنة من السكر، خضعت لقوانين التأميم الكوبية، حيث لم تغادر السفينة التي تقلها إقليم هذه الدولة إلا في تاريخ لاحق لصدور قرار التأميم، وقد ثار الخلاف حول استحقاق الثمن المتفق عليه، وعما إذا كان يؤدى إلى البنك الوطني الكوبي بوصفه وكيلا عن الشركة المؤممة، أو للشخص الذي عينته محكمة نيويورك ليقوم بتصفية أعمال الفرع الأمريكي للشركة المذكورة وهو "ساباتينو"، وللفصل في هذه المسألة كان يتعين على المحكمة تحديد مالك شحنة السكر الذي يحق له اقتضاء الثمن[2].

ووفقا لنظرية قرار الدولة لم يكن في وسع القضاء الأمريكي سوى التسليم بصحة قرار التأميم الكوبي، وقدرته على نقل الملكية بالنسبة إلى أموال موجودة وقت التأميم على الإقليم الكوبي، ولكن القضاء الأمريكي رفض منطق النظرية وتصدى لمناقشة مدى مشروعية إجراءات التأميم الكوبية ومطابقتها أو معارضتها لأحكام القانون الدولي العام.

وخلص إلى أن قاعدة احترام قرار الدولة الأجنبية ليست في حد ذاتها قاعدة من قواعد القانون الدولي، وإنما هي مجرد واحدة من قواعد تنازع القوانين التي تطبقا المحاكم الأمريكية، وانتهت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن هذه النظرية لا تحكمها اعتبارات مستمدة من طبيعة السيادة كما ورد ضمنا في بعض الأحكام السابقة، ولا يتطلبها أي مبدأ من مبادئ القانون الدولي[3].

فضلا عن أن هذه النظرية لا تستند إلى مبدأ دستوري يحظر على القضاء التدخل في موضوع إجراءات التأميم، وما دامت المحاكم غير مقيدة في هذا الصدد بمقتضى أحكام القانون الدولي أو بمقتضى الدستور، فإن حدود الحظر الذي تفرضه المحاكم على نفسها يكون متروكا لتقديرها.

وبهذا الحكم القضائي، فقد ثبت عجز نظرية قرار الدولة عن تأصيل فكرة الأثر الإقليمي لقرار التأميم، بل أن هذه الفكرة ذاتها أصبحت بعد ذلك غير قائمة على أساس من المنطق القانوني السليم، ذلك

1- د. القشيري أحمد صادق، التأميم في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 11، العدد1، جانفي 1969، ص267.

2- د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 118.

3- د. القشيري أحمد صادق، التأميم في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، من ص 275 إلى ص 281.

أن الفقه قد استقر بعد هذا الحكم على أن للقضاء الحق في رقابة قرارات التأميم الأجنبية للتأكد من عدم مخالفتها لقواعد القانون الدولي.

ومن ثم فليس هناك ما يحاول "بحسب تصورنا" دون الاعتراف بآثار التأميم خارج حدود الدولة متى ثبت للقضاء أن هذا التأميم مطابق لقواعد القانون الدولي.

✓ **قرار التأميم ذو قيمة قانونية دولية:**

يذهب بعض الفقه إلى أن الدولة تملك عموما الحق في تأميم الأموال التي توجد خارج حدودها الإقليمية استنادا إلى نظرية "حصانة ممتلكات وأموال الدول" المستقرة في القانون الدولي، لكن الحصانة التي تقررها هذه النظرية لأموال الدولة هي في الواقع حصانة مقيدة وفقا للرأي الراجح في الفقه، ولاسيما وأن الأعمال التجارية التي تمارسها الدولة لا تتمتع بهذه الحصانة[1]

لذلك يبرر البعض الآخر من الفقه امتداد أثر التأميم خارج حدود الدولة بالاستناد إلى فكرة "الاعتراف بالدولة"، ذلك أن هذا الاعتراف يعني في واقع الأمر الاعتراف بالنظام القانوني للدولة وكذلك بالتشريعات التي تصدرها.

لكن هذه الفكرة لا تنسجم هي الأخرى مع المنطق القانوني السليم، إذ أن الاعتراف بالدولة لا يخولها الحق في إصدار تشريعات تتنافي مع التزاماتها الدولية التي تشمل فيما تشمل الاعتراف بسيادة الدول الأخرى وسلامة أقاليمها واختصاصها الداخلي ومبدأ المساواة في السيادة، فضلا عن أن تنفيذ قوانين دولة معينة في دولة أخرى أو في دولتين معا عادة ما يحكمه اتفاق دولي يعقد بينهما، ولم يقل أحد أن الاعتراف وحده ينشأ هذا الاتفاق[2].

وأيا كان الأمر فإن جانبا كبيرا من الفقه والقضاء المقارن يذهب إلى أن قرار التأميم من شأنه أن يرتب آثار قانونية في مواجهة الدول الأخرى متى كان موافقا لأحكام القانون الدولي[3].

د- أثار التأميم:

بعد التطرق إلى تحديد مفهوم التأميم باعتباره نظام قانوني مشروع تتخذه الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية المباشرة في مواجهة ملكية الأجانب، وبعد دراسة القيمة القانونية لهذا النظام القانوني، نمر مباشرة إلى تحديد الآثار التي ينشئها هذا النظام، وهذا على النحو التالي بيانه:

1- حسن عطية الله، سيادة الدولة النامية على موارد الأرض الطبيعية "دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية"، بدون دار النشر، القاهرة، 1978، ص 179.

2- د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 120.

3- يستلزم بعض الفقه والقضاء في قرار التأميم لكي يكون موافقا لقواعد القانون الدولي أن يتضمن تعويض مالكي المشروع المؤمم أو وعدا بتعويضهم، وأن لا ينطوي على الإخلال بمبدأ المساواة في معاملة الأجانب عن طريق التفرقة في معاملتهم تفرقة لا تبررها الظروف، وأن لا يتضمن مخالفة التزام دولي تعهدت به الدولة بمقتضى معاهدة أو اتفاق مع دولة أخرى.

أنظر في هذا الشأن: القشيري أحمد صادق، التأميم في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 281- 302.

*** آثار التأميم بالنسبة إلى الشخصية القانونية للمشروع المؤمم:**

التأميم كما هو واضح من مفهومه القانوني، إنما يرد على المشروع بوصفه وحدة قانونية متميزة تتمتع بشخصية معنوية مستقلة، وحيث أنه يؤدي إلى انتقال الذمة المالية للمشروع بما تتضمنه من حقوق والتزامات إلى الدولة، فمن الطبيعي أن يحكم هذا الانتقال قانون الدولة المؤممة، فالنصوص الواردة في هذا القانون (قانون التأميم) هي التي تحدد مصير الشخصية المعنوية القديمة من حيث بقاؤها أو انقضائها وإنشاء شخص قانوني جديد يحل محلها، كما تحدد مصير فروع المشروع ووليداته ومكاتبه الموجودة في الخارج.

وقد توصل القضاء الفرنسي إلى تقرير هذا الأثر القانوني المترتب على التأميم بعد تردد طويل، فقد تمسك هذا القضاء في البداية بفكرة (الشركة الواقعية) لتبرير استمرار فروع الشركات والبنوك السوفييتية التي تم تأميمها في مزاولة نشاطها، بيد أنه تراجع عن وجهة النظر هذه عام 1928، ليقرر خضوع فروع ومكاتب المشروع المؤمم لقانون التأميم، باعتبارها تابعة له من الناحية القانونية والواقعية[1].

*** أثار التأميم بالنسبة إلى الأموال:**

يفرق الفقه والقضاء بالنسبة أموال المشروع المؤمم بين طائفتين من الأموال، تلك التي توجد وقت التأميم في إقليم الدولة، والأموال الموجودة في الخارج حينذاك.

ونميز كل طائفة في عنصر مستقل عن الآخر، وهذا وفقا لما يأتي:

✓ **أثار التأميم بالنسبة إلى الأموال الموجودة في إقليم الدولة وقت التأميم:**

إن الأموال الموجودة في إقليم الدولة وقت التأميم، فإنها مشمولة بإجراءات التأميم وآثاره، تطبيقا لقاعدة خضوع المال لقانون موقعه، حتى ولو تم نقلها أو نقل ثمارها إلى الخارج بعد التأميم، ومع ذلك فإن بعض الفقه يذهب إلى أن الأموال المؤممة تظل على الصعيد الدولي مملوكة للمالك الأصلي الذي يستطيع أن يستردها بمجرد خروجها من الدولة المؤممة إلى دولة أخرى.

غير أن هذا الرأي يتنافى مع المنطق القانوني ويتجاهل في الوقت ذاته تطور فكرة التأميم واستقرارها في القانون الدولي كنظام قانوني متميز، ولذلك فقد انتقده الجانب الأكبر من الفقه وأنكره القضاء المقارن في أحكامه المختلفة.

1- القشيري أحمد صادق، التأميم في الدول النامية "السياسة الدولية"، السنة 3، العدد 10، 1967، ص119- 120.

والجدير بالذكر أن القضاء الانجليزي كان يقرر هو الأخر استمرار فروع ومكاتب الشركات والبنوك الروسية التي تم تأميمها في مزاولة نشاطها من خلال تفسير نصوص القوانين السوفيتية تفسيرا مغاير للحقيقة، حيث نسب هذا القضاء إلى المشرع السوفييتي آنذاك إرادة الاحتفاظ للشركات القديمة بشخصيتها القانونية، إلا أنه تراجع عن هذا الموقف عام 1929 عندما تدخل المشرع لتعديل المادة رقم 338 من قانون الشركات الانجليزي، بما يجعل من الممكن تصفية فروع الشركات الأجنبية التي تزاول نشاطها في انجلترا عند تأميم الأصل في الخارج.

✓ **أثار التأميم بالنسبة للأموال الموجودة خارج إقليم الدولة وقت التأميم:**

الواقع من الأمر أن قرار التأميم يدخل في إطار القوانين ذات التطبيق الفوري، بحيث يكون المشرع الذي أصدر النص على التأميم المختص بتحديد نطاق آثاره، والمشرع في استعماله هذه السلطة قد يضع من القواعد القانونية ما يقيد بمقتضاها أثار التأميم في إطار الأموال الموجودة داخل حدود الدولة، وقد ينص على أن التأميم يشمل كل الأموال المملوكة للمشروع المؤمم ولو كانت موجودة في الخارج.

وتنص العديد من الاتفاقيات الدولية على حرية المشرع الوطني في تحديد نطاق آثار التأميم، كاتفاقية تعويض قناة السويس التي تقضي "بترك العناصر المالية الموجودة في الخارج لحملة الأسهم"، ذلك أن تعبير الترك يعني أن هذه العناصر كانت قد دخلت ابتداء في ملكية هيئة قناة السويس التي أنشأها قانون التأميم، ولكنها تنازلت عنها إلى حملة الأسهم.

وحتى عند عدم وجود اتفاقية دولية تنص صراحة أو ضمنيا على امتداد آثار التأميم إلى الخارج، فإن القضاء المقارن قد استقر بمناسبة إجراءات اقتصادية أكثر خطورة من التأميم، على إمكان تطبيقها بالنسبة إلى الأموال الموجودة في الخارج وقت اتخاذ تلك الإجراءات، على أساس أن هذه الإجراءات إنما هي إجراءات حماية متخذة من قبل دولة أجنبية صديقة، وبالتالي فإن من المنطق أن يتبع ذلك في شأن قرار التأميم، ولاسيما إذا ما تضمن وعدا بالتعويض، ذلك أنه يهدف هو الآخر في حقيقته إلى حماية الاقتصاد الوطني للدولة.

يتضح مما تقدم أن قرار التأميم لا يرتب آثار إقليمية فحسب، بل إنه يرتب وفي الوقت ذاته آثارا دولية، أي أن تأميم شركة معينة لا يقتصر فقط على أموالها وموجوداتها في الدولة المؤممة، بل إنه يشمل كذلك فروعها وتوابعها ومكاتبها في الدول الأخرى، ويجسد هذا الأثر في الواقع مدى أهمية التأميم بوصفه عائقا أمام استقطاب رأس المال الخارجي (الاستثمار الأجنبي المباشر)، بما يقتضي من الدولة توفير الحماية القانونية الملائمة والضمان الكافي للاستثمار الأجنبي الوافد من هذا العائق.

2- المصادرة:

أ- مفهوم المصادرة:

*** التعريف اللغوي للمصادرة:**

المصادرة في اللغة تطلق على أخذ المال قسرا[1]، وتطلق على المطالبة، يقال صادره على كذا: طالبه به، لكن هذه المطالبة فيها معنى الحرمان، يقال صدر فلان العامل على مال يؤديه، أي فرق على مال ضمنه[2].

1- محمد مرتضي الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مادة صدر، ح3، مكتبة الحياة، بيروت، ص 329.

2- لسان العرب لابن منظور، ج 447/4، مادة صدر- تهذيب اللغة للأزهري ج 189/4، مادة صدر.

*** التعريف الاصطلاحي للمصادرة:**

✓ **تعريف المصادرة في الاقتصاد الوضعي:**

المصادرة إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص وذلك دون أداء أي مقابل.

كما عرف بعض الفقه المصادرة بأنها: "أخذ الممتلكات الخاصة من قبل الدولة بدون تعويض، مهما يكن شكل ذلك وبموجب أي اسم ينفذ[1]".

وتعتبر المصادرة إجراء مشروع ذات طابع جزائي يتم بموجبه تحويل جزء من أملاك أحد الخواص إلى الدولة على أساس عقوبة ثانوية أو تكميلية، فمن الناحية القانونية تعتبر المصادرة عقوبة جزائية خطيرة خاصة عندما يتعلق الأمر بالأملاك الأجنبية الخاصة، وبالتالي فإن الدولة ملزمة بتبرير مثل هذا الإجراء، ما يجب القيام بالمصادرة في إطار الاحترام التام للقواعد القانونية وكذا الإجراءات المعمول بها في هذا المجال، وهذه الإجراءات يجب أن تتم تحت سلطة ورقابة الهيئات القضائية[2].

✓ **تعريف المصادرة في الفقه الإسلامي:**

المصادرة تبحث في الفقه الإسلامي تحت عنوان: "التعزير بأخذ المال".

وقد اختلف الفقهاء بالتعزير في أخذ المال، وفيما يلي بيان ذلك:

أدلة المانعون للتعزير بأخذ المال

وهو قول أبي يوسف من الحنفية، وهو قول الإمام الشافعي في القديم، وهو قول ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة.

هذا وقد استدل المانعون للتعزير بأخذ المال بما يلي:

– إن القول بالتعزير بأخذ المال فيه مخالفة صريحة للنصوص العامة من الكتاب والسنة التي تدل دلالة قطعية على حرمة مال المسلم وعدم جواز أخذه بغير حق[3]، ومن هذه النصوص ما يلي:

قوله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون[4]".

وجه الدلالة من هذه الآية أنها تفيد حرمة مال المسلم وعدم جواز أخذه بغير حق.

1– عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص36.

2– د. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص180.

3– إبراهيم متولي إبراهيم حسن المغربي، المرجع السابق، ص 342.

4– سورة البقرة، الآية 188.

أما ما ورد من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث جابر في الحج: "إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم... [1]"، وأفاد الحديث أيضا حرمة الأموال وعدم أخذها بغير حق.

– إجماع العلماء على أن من استهلك شيئا لا يغرم إلا مثله أو قيمته، ونقش هذا الدليل بأن هذا الإجماع غير صحيح، إذ أن الحنابلة يقولون بأن من سرق تمرا أو حمارا أو ماشية من غير حرز فيضمن عوض ما سرقه مرتين.

– إن العقوبة المالية كانت في صدر الإسلام ثم نسخت ونقش هذا الدليل بأن دعوى النسخ غير مسلمة لعدم ورود الناسخ والمنسوخ.

– إن القول بالتعزير المالي فيه تسليط للظلمة من الحكام على أموال الناس وإغراء لهم على مصادرة الأموال بغير حق.

أدلة القائلين بجواز التعزير بأخذ المال

استدل القائلون بجواز التعزير بأخذ المال بعدة أدلة منها:

– بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سأل عن الثمر المعلق فقال: من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء ومن خرج منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع".

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه أفاد جواز تعزير الجاري بالغرامة بالإضافة إلى العقوبة البدنية.

– بما روى عن عمر رضي الله عنه، أنه قام بمصادرة الأموال التي جاء بها بعض عماله وأخذ شطرها.

إن فعل عمر رضي الله عنه، كان نابعا من نظرة الإسلام إلى الوظيفة وأنها تكليف لا تشريف، وأنه لا ينبغي لمن يتولى مصلحة من مصالح المسلمين أن يستغل مركزه لكسب مزيد من المال، أو لجلب الهدايا التي ما كانت لتجلب لولا المركز والسلطان، ولما كانت مثل هذه الأموال مشبوهة فينبغي أن ترد إلى أصلها، وأصلها هو بيت المال، وعمر رضي الله عنه لم يكن مبتدعا في مثل هذا الإجراء بل كان متبعا سنة النبي عليه الصلاة والسلام في المعاملة مع الولاة.

ب– تقسيمات المصادرة:

المصادرة من حيث إجراءاتها تنقسم إلى المصادرة الجنائية والتي تتم عن طريق السلطة القضائية، والمصادرة الإدارية والتي تتم عن طريق السلطة التنفيذية هذا من جهة، ومن جهة أخرى تنقسم المصادرة من حيث مشروعيتها إلى المصادرة العامة والمصادرة الخاصة، ونتولى لدراسة كل تقسيم وفق الخطة التالية:

[1]– الحديث رواه مسلم ح41/4، كتاب الحج، باب حجة النبي عليه الصلاة والسلام، واللفظ له– وأخرجه ابن خزيمه في صحيحه، ج250/4، باب ذكر خطبة الإمام بعرفة.

*** المصادرة من حيث إجراءاتـها:**

✓ **المصادرة الجنائيـة:**

لقد عرفها البعض بأنها: "إضافة مال يملكه الجاني إلى ملك الدولة دون مقابل وتتقرر بمقتضى حكم قضائي، ويستوي في ذلك أن يصدر هذا الحكم عن المحاكم العادية كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم الجنائية المنصوص عليها في القانون، أو عن المحاكم الاستثنائية لمواجهة ظروف سياسية كتجريد أعداء النظام الحاكم من أموالهم لمنعهم من استخدامها لقلب نظام الحكم، أو للقصاص منهم لما ارتكبوه من جرائم سياسية سابقة.

✓ **المصادرة الإدارية:**

إن المصادرة الإدارية هي إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة والصحة والآداب العامة، كقيام السلطة الإدارية بمصادرة الأغذية الفاسدة مثلا، أو الأفلام أو الأشرطة السينمائية المخلة بالآداب العامة.

كما أن المصادرة الإدارية قد تتم في أعقاب الثورات الاجتماعية أو التغيرات السياسية، أو في أعقاب الحروب بهدف تصفية بعض الطبقات أو توقيع الجزاء على من تعاونوا مع الأعداء، ويجب على السلطة المختصة أن تحترم القانون عند اتخاذ هذا الإجراء، ولا يلزم صدور حكم قضائي لمباشرته.

*** المصادرة من حيث مشروعيتـها:**

✓ **المصادرة العامـة:**

المصادرة العامة هي محظورة وغير مشروعة سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي، وأغلب الدساتير التي تجيز نزع الملكية والتأميم، تنص على حظر المصادرة العامة، وذلك حرصا من الدساتير على صون الملكية الخاصة وحمايتها.

✓ **المصادرة الخاصـة:**

المصادرة الخاصة جائزة، ولكنها لا تصح إلا بموجب حكم قضائي طبقا لنص عقابي، بموجبها تنتقل للحكومة الأشياء المتحصل عليها من جريمة معينة، مثل المصادرة كعقاب على التهريب الجمركي أو مصادرة سلع معينة لأسباب تتعلق بالصحة العامة، أو لحماية النظام العام والآداب العامة سواء كان مرتكب الجريمة وطنيا أو أجنبيا، وذلك لأن نصوص القانون الجنائي متعلقة بالنظام العام وسيادة الدولة، ومن ثم يخضع لها المخاطبون بأحكامها دون نظر لجنسياتهم، ومن ثم لا يجوز لأي منشأة أو شركة استثمارية إذا ارتكبت فعلا مجرما يستوجب مصادرة الأموال المتعلقة بذلك الفعل المجرم أن تتذرع بالنصوص الواردة في قوانين الاستثمار، والقاضية بعدم جواز المصادرة[1].

1- عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 37- 38.

3- نزع الملكية للمنفعة العامة:

أ- تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة:

يذهب البعض إلى تعريف نزع الملكية بأنه: "الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة، تحقيقا لدواعي الصالح العام، بموجب قرارا إداري يصدر عن الجهة المختصة[1].

ويقول "رود" بان نزع الملكية في معناها الواسع هو أن تأخذ الحكومة الممتلكات من أجل استعمالها الخاص[2]، كما يطلق مصطلح نزع الملكية عادة على الإجراءات التي تتخذ في قضايا الأفراد.

ويعرف كذلك إجراء نزع الملكية بأنه: "حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان[3]".

وتدخل السلطة العامة في الدولة لنزع الملكية الخاصة أو تقيدها، ليس إجراءا حديثا فقد عرفته كل الأنظمة القانونية القديمة والحديثة، بل أن الأفكار الرأسمالية القائمة على تقديس الملكية الفردية بوصفها حقا طبيعيا للإنسان، لم تحل دون الاعتراف للدولة مع ذلك بالقدرة على نزع الملكية الخاصة بصفة نهائية في حالات معينة لدواعي الصالح العام[4].

ب- خصائص نزع الملكية:

ومن بين هذه التعريفات يتبين أن إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة يتميز بعدة خصائص منها:

*** أنه إجراء يتم بموجب قرار إداري:**

إن إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة يتم بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة في الدولة وفقا لنصوص القانون، ويعد هذا القرار من إجراءات السيادة التي تباشرها السلطة العامة في حدود اختصاصها الإقليمي، ومن ثم فهو ينطبق على كل من الوطنيين والأجانب.

*** أنه إجراء يرد على العقارات:**

إن المحل الذي يرد عليه قرار نزع الملكية هو العقارات دائما، أما المنقولات لا يمكن أن تنزع ملكيتها، وإنما تكون محلا للاستيلاء.

والهدف الذي يسعى إليه هذا القرار هو تملك الدولة للعقار المعني، وذلك بغرض إنشاء مرفق عام كمدرسة أو مستشفى أو طريق عام.

1- د. محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة "دراسة تأصيلية مقارنة"، دار النهضة العربية، 1988.

2- Leslie L. Rood, "compensation for take over in Africa", Journal of International Law and Economics, Vol. 11, 1997, p 526.

3- د. إبراهيم متولي إبراهيم حسن المغربي، المرجع السابق، ص315.

4- عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 33.

*** أنه إجراء يستلزم أداء التعويض:**

إن الدولة التي يصدر عنها إجراء نزع الملكية تقوم بتعويض من نزعت ملكيته على النحو الذي حدده التشريع، وهذا التعويض يجب أن يكون كاملا جابرا لكل الضرر الناشئ عن حرمان المالك من ملكه وهو الموازي للقيمة الحقيقية للمال المنزوعة ملكيته على النحو يستطيع معه من نزعت ملكيته أن يقتني بالتعويض مالا مماثلا تماما للمال الذي أخذ منه، وهذا التعويض يكون على أساس القيمة السوقية للعقار.

*** أن يكون إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة:**

يقال أن المصلحة العامة كالضرورة الخاصة، بمعنى أن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، وإجراء نزع الملكية لا يتخذ إلا للضرورة استجابة لتحقيق مصلحة الجميع وتقديمها على مصلحة الخصوص، بحيث لا يلحق بالخصوص مضرة[1].

4- الاستيلاء الجبري وفرض الحراسة:

أ- الاستيلاء الجبري:

يذهب البعض لتعريف الاستيلاء بأنه: "إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة وذلك في مقابل تعويض لاحق تقوم هذه الجهة بأدائه لمالكها".

ويتم الاستيلاء بموجب قرار صادر من السلطة الإدارية المختصة طبقا لأحكام القانون، ومحل هذا القرار هو عقار في أغلب الأحوال، ومع ذلك يتصور وروده على منقول في بعض الأحيان، ويترتب على الاستيلاء حق السلطة الإدارية في الانتفاع بالمال المستولى عليه، ولكن دون أن تصبح مالكة له، لأن الاستيلاء لا يضيف هذا المال إلى الذمة المالية للدولة، ولكن يبقي على ذمه صاحبه حتى يعود إليه بعد انتهاء مدة الاستيلاء، والهدف من قرار الاستيلاء هو تخصيص المال المستولى عليه لتحقيق مرفق عام.

ويذهب البعض إلى تأكيد ارتباط الاستيلاء تاريخيا بظروف الحرب، حيث تبرر منح السلطات العسكرية حق الاستيلاء على كافة الأموال والممتلكات الخاصة التي تقتضيها مثل هذه الظروف الاستثنائية، وحق الدولة في الاستيلاء لا يقتصر على مواطنيها فحسب بل يمتد أيضا ويشمل الأجانب، وفقا لسيادتها الإقليمية.

ب- فرض الحراسة:

يقصد بالحراسة :"نزع الشيء من يد مالكه أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يحدده من فرضها".

1- د. إبراهيم متولي إبراهيم حسن المغربي، المرجع السابق، ص 315- 325.

والحراسة قد تكون قضائية حيث يصدر بها حكم قضائي، وقد تكون اتفاقية، حيث تفرض بناء على اتفاق شخصين أو أكثر، وقد تكون قانونية، حيث تفرض بقوة القانون، وأخيرا قد تكون إدارية، وذلك حين تقوم السلطة الإدارية بفرضها، وسوف نركز على النوع الأخير أي الحراسة الإدارية.

ومصدر الحراسة الإدارية هو القرار الإداري الصادر بفرضها من الجهة المختصة، وتهدف الإدارة من فرضها إلى تسيير مرفق عام حال إخلال الملتزم بإدارته طبقا للأحكام الواردة في وثيقة الالتزام، كما قد تهدف الإدارة من فرضها حماية البلاد من نشاط بعض الفئات الخطرة على الأمن كالأجانب والمعتقلين والمراقبين، وأخيرا فقد يكون الهدف منها التحفظ على أموال الأشخاص الذين يرتكبون أعمالا من شأنها إيقاف العمل بالمنشئات أو الإضرار بمصالح العمال أو النيل من مصالح القومية للدولة.

ويترتب على الحراسة الإدارية غل يد الشخص عن إدارة أمواله، حيث يحل الحارس الذي تعينه السلطة الإدارية محله في مباشرة هذه المهمة، على أن يكون لمصلحة صاحبها، وكثيرا ما ينتهي الأمر بالجهة المعنية بتأميم الأموال محل الحراسة[1].

ثانيا: بعض الإجراءات الأخرى التي تتخذها الدولة بإرادتها المنفردة.

على الرغم من أن إجراءات نزع الملكية تعتبر من أشد الإجراءات التي تتخذها الدولة ضد المشروعات الاستثمارية الأجنبية بموجب سيادتها وإرادتها الانفرادية، إلا أن الدولة قد تتخذ إجراءات انفرادية ذات طبيعة مختلفة عن الإجراءات السابقة توقع أضرارا جسيمة بالمستثمرين الأجانب وتتمثل هذه الإجراءات في :

1- قيام الدولة بإحداث تغييرات جوهرية في تشريعاتها الوطنية:

تمت الإشارة فيما سبق إلى أن من مظاهر سيادة الدولة على المستوى الداخلي، هو حق الدولة في تشريع وسن القوانين واللوائح التي تراها محققة لمصلحتها القومية، فمن حق الدولة صاحبة السيادة سن القوانين والتشريعات التي تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع، وكذلك بينهم وبين الهيئات العامة، وكذلك بين الدولة وبين الأطراف الأجنبية بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بين أجهزتها العامة وهذه الأطراف التي تعامل معها.

وإذا كان للدولة الحق في سن إذا رأت أن هذه التعديلات والتغييرات تهدف إلى الصالح العام، إلا أن هناك سؤال يثار وهو ما موقف العقود التي أبرمتها الدولة التي أجرت هذه التغييرات والتعديلات وما هو أثر ذلك على الشروط المتضمنة في تلك العقود؟

اختلفت الآراء التي تناولت هذه التغييرات والتعديلات التي تجريها الدولة على تشريعاتها الوطنية وقوانينها ما بين مؤيد و معارض، ويرى المؤيدون لحق الدولة في هذه الإجراءات أن الدولة تتمتع بكافة

1- د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، من ص 182 إلى 187.

مظاهر السيادة في إقليمها سواء تعلقت هذه المظاهر بالتنظيم السياسي أو الإداري الداخلي أو بالقضاء أو بالتشريع، فالدولة صاحبة السلطة العليا في ذلك مادامت الدولة تتخذ هذه الإجراءات داخل حدود إقليمها ومادامت الدولة قد فعلت ذلك بهدف تحقيق مصلحتها القومية ولم تخالف بذلك القواعد الدولية العرفية أو الاتفاقية، ومساءلة الدولة في القرارات التي تتخذها بموجب سيادتها إنما يعد خرقا لمبادئ القانون الدولي المعمول بها والتي تعترف للدولة بالسيادة عل إقليمها، أما معارضون فيرون أن قيام الدولة بهذه التغييرات أو التعديلات ما هو إلا وسيلة لكي تتحلل بها الدولة من الشروط المتضمنة في العقود كشرط اللجوء إلى التحكيم أو الالتزام بالأحكام التي تصدر نتاجا له أو يكون من شأن هذه التغييرات التعديل في القواعد القانونية التي تحكم تسوية النزاع، وبالتالي كيف لا يتم مساءلة الدولة وهي بهذه التغييرات أو التعديلات قد خالفت التزامات تعاقدية سبق وأن أبرمتها مع الأطراف الأجنبية و التي نجم عنها أضرارا بالغة قد لحقت بهذه الأطراف مما يوجب انعقاد مسئولة هذه الدولة تجاه الأطراف وتجاه الدولة التي تتمتع هذه الأطراف بجنسيتها.

ويجدر بالإشارة إلى أن مشكلة التغييرات أو التعديلات التشريعية لا تبدو واضحة، إلا في حالة ما إذا كان قانون الدولة التي أقدمت على هذه التغييرات والتعديلات، وهي في الغالب الدولة الطرف في النزاع، هو القانون واجب التطبيق ففي هذه الحالة يصعب على المحكم أن يتغافل مثل هذه التغييرات التشريعية.

ومما لا شك فيه أن مثل هذه التغييرات تزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة، وتسهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة، مما دفع بعض الدول إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين اتفاقات الاستثمار شروط الثبات التشريعي، وعدم المساس بالعقد المشار إليها سابقا في الفصل الأول المبحث الثاني من هذه الدراسة، إلا أن غالبية الفقه لا يستشعر تفاؤلا إزاء هذه الشروط التي نوافق الدولة على تضمينها في عقود الاستثمار، إذ أنها لا تقف حائلا دون استخدام هذه الدولة لسلطتها السيادية وإقدامها على تغييرات تشريعية تؤثر على حياة الاتفاق، وما يحويه من ضمانات إذا ما رأت الدولة أن ذلك يحقق مصالحها، والفرض أن النظام القانوني للدولة لم يتضمن عند توقيع اتفاق التحكيم أي نص مانع يحظر على الدولة أو الأجهزة التابعة لها اللجوء إلى هذا الأسلوب القضائي الخاص، إلا أنه في حياة هذا الاتفاق أو خلال إجراءات التحكيم ذاتها صدر تشريع جديد يتضمن هذا الحظر فما مدى تأثيره على اتفاقيات التحكيم القائمة، ومدى إخلاله بالضمانات التي يكون المستثمر قد عول عليها عند إبرام العقد المتنازع في شأنه.

وقد وضحت بعض محاكم التحكيم موقفها اتجاه هذه الإجراءات التي تتخذها الدول بموجب سيادتها، وبموجب إرادتها المنفردة في قضية شركة Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، وقضية Framatome والهيئة الإيرانية للطاقة الذرية .

أ- قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن المجلس الثوري للجمهورية الإسلامية الإيرانية إصدار قانونا يتضمن مادة وحيدة في 8 يناير 1980 تم بمقتضاه إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول

التي تعتبرها اللجنة بغير متمشية مع القانون الإيراني الصادر عام 1951 والذي تم بمقتضاه تأميم صناعة البترول في إيران، وإعمالا لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بأبطال العقد المبرم بين شركة Elf Aquitaine والشركة الوطنية الإيرانية للبترول في عام 1966 وهو ما دفع شركة Elf Aquitaine إلى الالتجاء إلى التحكيم إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما وبين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والذي تم إبطاله، ولقد تمسكت هذه الشركة الإيرانية بعدم اختصاص المحكم إعمالا للقانون الإيراني الذي صدر بعد توقيع العقد، وقد توصل المحكم إلى أنه من المبادئ المعترف بها في القانون العام أن الدولة المرتبطة بشرط تحكيم منصوص عليه في عقد مبرم بواسطة الدولة ذاتها أو من خلال جهاز خاضع لها لا يمكنها بإرادتها المنفردة في تاريخ لاحق أن تمنع الطرف الأخر المتعاقد معها من الالتجاء إلى الوسيلة المتفق عليها بين الأطراف لحل المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما.

ب- قضية الشركات الفرنسية الثلاث Framatome, Alsthom - Atlantique, et SPIE Batigno ضد المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية:

ويتلخص النزاع المعروض على محكمة التحكيم، في أن الشركات الفرنسية الثلاثة قد أقامت دعوى ضد المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية، تلزمها فيها بدفع مبالغ مستحقة لها ناجمة عن العقد المبرم، والذي يضمن شرط اللجوء إلى التحكيم، في حالة قيام النزاع بين طرفي العقد بين الطرفين بغرض إنشاء مفاعل ذري مركز، والذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين تحت مظلة الاتفاقيات الدولية الموقعة بين هاتين الدولتين (الفرنسية والإيرانية)، إلا أنه قد صدر قانون إيراني جديد في تاريخ لاحق على تاريخ العقد المبرم، وتقضي المادة (139) فيه على ضرورة الحصول على موافقة مجلس الوزراء في بعض حالات التعهد باللجوء إلى التحكيم، وهو الأمر الذي لم يحدث في واقعة الحال، إذا أن ذلك الاقتضاء لم يكن مطلوبا وقت إبرام العقد، وقد ارتأت محكمة التحكيم أن إعمال هذه المادة يعد مخالفا للمبادئ المعترف بها في التفسير والمطبقة بواسطة القضاء الدولي والمعروفة باسم الفعالية والأثر النافع، ووفقا لهذا المبدأ في تفسير إرادة الأطراف فإنه لا يمكن قبول أن الأطراف قد أرادت أن تكون صحة وفعالية شرط تعاقدي جوهري كشرط التحكيم خاضعة لشرط إرادي يتوقف إحداثه على الدولة وحدها التي يتبعها الجهاز العام الطرف في العقد والملتزم باللجوء إلى التحكيم، ولقد أضافت المحكمة بعد هذا التفسير الذي أعطته لإدارة الأطراف المتعاقدة انه يعد مبدأ عام معترفا به من الكافة سواء في العلاقات القائمة بين الدول بعضها البعض أو في إطار العلاقات الدولية الخاصة، يحظر على الدولة الإيرانية حتى إن كانت لديها النية في ذلك أن تنكر التعهد بالالتجاء إلى التحكيم سواء قامت بالإنفاق عليه بنفسها أو من خلال جهاز عام كالهيئة الإيرانية للطاقة الذرية والتي سبق وأن وافقت على الالتجاء إلى التحكيم، كذلك أبرزت المحكمة انه لا يمكن للحكومة المرتبطة بشرط التحكيم أن تتحلل من هذا الالتزام بإرادتها المطلقة عن طريق إحداث تعديل في قانونها الوطني أو من خلال إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وأما فيما يتعلق بنص المادة (139) من القانون الإيراني فإن المحكمة أظهرت انه من الأمور المفترضة أن الدولة تتصرف دائما على نحو يتمشى مع مبادئ القانون الدولي العام وقواعده وليس

بالمخالفة لها وترتيبا على ذلك فغن المادة (139) من القانون الإيراني لا يمكن التمسك بها في هذه القضية من أجل إهدار صحة التعهد بالالتجاء إلى التحكيم طالما إن شرط الالتجاء إلى التحكيم كان قد تم بطريقة قانونية صحيحة ومشروعة.

والنتيجة الملموسة المستخلصة من هذين الحكمين هي أن هذين الحكمين يقومان على نفس الأساس وهو أن تمسك الدولة بقانون لاحق على إبرام العقد المتفق بصدده اللجوء إلى التحكيم من أجل الحيلولة دون إعمال هذا الشرط لن يؤدي إلى ترتيب هذا الأثر، وقد أظهرت الأحكام السابقة على وجه قاطع وجود مبدأ مقتضاه انه لا يمكن للدولة أن تتخذ أية إجراءات أو قوانين لاحقة من أجل التحلل من التزاماتها باللجوء إلى التحكيم طالما كان هذا الالتزام قدر صحيحا من البداية ويؤكد جانب من الفقه بأن هذا المبدأ غير قابل لأية استثناءات عليه.

2- الإجراءات الانفرادية المختصة بإنهاء العقد وعدم الالتزام بشروطه:

يرتبط هذا النوع من الإجراءات الانفرادية بالنوع السابق والخاص بقيام الدولة بإجراء تغييرات أو تعديلات في تشريعاتها وأساس العلاقة بينهما أن كلاهما يتم من منطبق الإرادة المنفردة للدولة (الطرف الأول في رابط الاستثمار) ودون الرجوع إلى المستثمر الأجنبي (الطرف الثاني)، فالدولة تتخذ هذه الإجراءات بموجب سيادتها، والتي تراها محققة لمصلحتها القومية، على المشروعات القائمة داخل إقليمها سواء بسن التشريعات واللوائح والقوانين التي تنظم إقامة تلك المشروعات وتنظم سير العمل بها أو بتنظيم الإجراءات التي تتعامل بها هذه المشروعات مع الدولة أو مع الأجهزة العامة التابعة لهذه الدولة، أيضا قد تعمد الدول إلى القيام بإنهاء العقود التي سبق وأن أبرمتها مع المستثمر الأجنبي آو تعمد إلى إبطال أي من شروط العقد وبخاصة شرط اللجوء إلى التحكيم في حالة قيام المنازعة بينها وبين ذلك المستثمر وذلك بهدف التنصل من التزاماتها ومسئوليتها تجاه الطرف الأجنبي أو برفض تنفيذ التزاماتها ومسئوليتها تجاه الطرف الأجنبي أو برفض تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد، وهناك أمثلة كثيرة توضح ذلك منها القضية المرفوعة من شركة S.O.A.B.I. ضد حكومة السنغال.

تتلخص وقائع القضية في الدعوى المرفوعة من شركة S.O.A.B.I ضد الحكومة السنغالية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك للضرر الذي لحق هذه الشركة نتيجة لإنهاء العقود المبرمة بينهما وبين حكومة السنغال بالإدارة المنفردة لهذه الأخيرة.

لاشك أن الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة، من إنهاء العقد إنهاء مبتسرا أو عدم الوفاء بالالتزامات الناجمة عن العقد، أو عدم إعمال الشروط الخاصة باللجوء إلى التحكيم، قد تبدو من الظاهر أنها إجراءات تعسفية تتخذها الدولة بصفتها الطرف القوي المهيمن على مجريات الأمور في روابط الاستثمار، إلا أن الدولة لا تتخذ مثل هذه الإجراءات من منطلق هيمنتها و سيطرتها على رابطة الاستثمار التي تربطها بالمستثمر الأجنبي، فالدولة التي ترغب في جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، لا تتخذ الإجراءات التي لا تشعر المستثمر الأجنبي بالالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب عقود الاستثمار المبرمة بينه وبين الدولة

المضيفة لاستثمار وليست جاذبة له، إن السبب في قيام بمثل هذه الإجراءات قد يرجع في أغلب الأحيان إلى عدم التزام المستثمر الأجنبي بالالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب عقود الاستثمار، تدريب العمالة المحلية وتنمية القدرة البشرية، الأخبار والإعلام أو إتباع القواعد الفنية في إدارة المشروعات الاستثمارية، غن عدم الوفاء بمثل هذه الالتزامات هو الذي قد يجبر الدولة على اتخاذ مثل هذه الإجراءات الانفرادية.

الفرع الثالث: أسباب منازعة الاستثمار التي ترجع إلى خرق المستثمر الأجنبي لالتزاماته المنصوص عليها في عقد الاستثمار.

لا يمكن القول بأن أسباب قيام منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، ترجع كلها إلى قيام الدولة المضيفة للاستثمار فقط بانتهاك حقوق ذلك المستثمر أو خرق الالتزامات الملقاة على عاتقها قبل ذلك المستثمر.

إنما قد تعود تلك الأسباب إلى ذلك المستثمر، وأن يكون هو الذي قام بخرق الالتزامات التي يجب عليه الالتزام بها، وإذا كانت الالتزامات التي يجب على المستثمر الأجنبي التقيد بها، تتمثل على سبيل المثال، في قيامه ووفاءه بالحد الأدنى للهدف الذي أنشئ استثماره من أجل تحقيقه، وفي التزامه ذلك المستثمر بتدريب العمالة الوطنية للدولة المضيفة، وتقلهم بأحدث التقنيات في القطاعات المنشئة فيها استماراته، وفي إعلام الدولة المضيفة للاستثمار بكافة الأمور والأحداث المتعلقة بصورة مباشرة وغير مباشرة، وإطلاعها على كافة التطورات الدولية التي تؤثر على الاستثمارات المقامة.

فإن عدم تقيد المستثمر بهذه الالتزامات، قد يحث الدولة المضيفة للاستثمار على القيام بإجراءات من شأنها حماية مصلحتها العامة، ومصلحة مواطنيها من أية أضرار تؤثر بالسلب على هؤلاء المواطنين وعلى اقتصادها القومي.

وتتعدد الأمثلة التي توضح الحالات التي لا يتقيد فيها المستثمر الأجنبي بما يقع على عاتقه من التزامات قبل الدولة المضيفة لاستثماره والتي يجب عليه لزاما الوفاء بها، وفي هذا الصدد نورد على سبيل المثال قضية Klockner ضد حكومة الكاميرون[1]، والتي لم يلتزم فيها المستثمر الأجنبي Klockner بمكاشفة دولة الكاميرون، وإعلامها بالتطورات والأحداث الجديدة المرتبطة بالمشروع الاستثماري الذي هو بصدد تنفيذه[2].

وتعد قضية Klockner ضد حكومة الكاميرون، من أهم القضايا من حيث بحثها وتحليلها لموضوع التزام المستثمر بالإعلام والإخبار وضرورة مكاشفة الدول بكافة الظروف المحيطة بالمسائل محل التعاقد بينهما بصراحة مطلقة.

---

1 - Klockner V.Cameron, ICSID Review, foreign Investment Law Jaurnal, ICSID case No,Arb/81/2, p 90 وقعت الكاميرون على الاتفاقية في 1965/09/23، وتم التصديق عليها في 1968/01/03 ثم دخلت دور التنفيذ في 1967/02/02، ثم دخلت دور التنفيذ في 1967/02/02.

2- طه علي قاسم، المرجع السابق، من ص 131 إلى ص 137.

وقد تمسكت حكومة الكاميرون في هذه القضية، ردا على مطالبة شركة Klockner لها بضرورة دفع القيمة الكاملة للمصنع الذي قامت الشركة بإقامته من الكاميرون، بأن الشركة المذكورة قد تصرفت على نحو يتسم بالتدليس والخداع، وأخلت بالتزامها بإخبار وإعلام حكومة الكاميرون بالظروف المحيطة بالعقد، سواء أثناء مرحلة التعاقد أو بعدها، ومثل ذلك التصرف من قبل الشركة المعنية يعفى حكومة الكاميرون من التزاماتها بالوفاء بقيمة المصنع الذي تطالب ب الشركة الألمانية، ولقد ركزت حكومة الكاميرون على الإخلال بهذا الالتزام العام بالأخبار والإعلام ومكاشفة الدولة بكافة الظروف الفعلية، فأبرزت حكومة الكاميرون أن رفضها الوفاء بالقيمة المنصوص عليها في عقد التسليم مبعثة أن شركة Klockner قد توقعت في دراسة الجدوى التي أعدتها عام 1981 أن المصنع المذكور يكون أن الشركة المعنية أخفقت الكثير من المعلومات والحقائق التي لو علمت بها حكومة الكاميرون لامتنعت عن الاستمرار في المشروع، أيضا لما كانت لا تتحقق للكاميرون أية خبرة في مجال إنتاج السماد وهو المنتج الذي يتخصص المصنع المذكور في إنتاجه ويشكل هذا الإنتاج أهمية قصوى بالنسبة للزراعة الوطنية في دولة الكاميرون والتي تشكل القاعدة الأساسية للطموحات الاقتصادية لها فكان على الشركة أن تقوم بإمدادها بكل ما هو ضروري من اجل تحقيق نجاح المشروع المتفق عليه، ولقد استخلصت محكمة التحكيم أن الشركة الألمانية كان يجب عليها إخبار حكومة الكاميرون بكل أمر من شأنه أن يؤثر بشكل جوهري على قرار الحكومة في الشروع أو الاستمرار في أداء التعهدات المالية والتي تطالب بها شركة Klockner إلا أن هذه الشركة قد أخلت بهذه الالتزامات وأخلت على نحو واضح بالالتزام الواقع عليها بالثقة في مواجهة الطرف المتعاقد معها أنها لم تتعامل مع حكومة الكاميرون على نحو صريح حيث أنها أخفقت عنها عناصر معلوماتية ذات أهمية حيوية في أوقات حرجة وعصيبة في حياة المشروع، وبناءا على ما تقدم فقد انتهت محكمة التحكيم إلى أن شركة Klockner قد خالفت الالتزامات الجوهرية الناشئة عن العقود المبرمة بينها و بين حكومة الكاميرون ولا يحق لها بالتالي التمسك بمطالبة حكومة الكاميرون بالثمن الكامل للمصنع الذي تم تشييده كما تقضي بذلك نصوص عقد التسليم[1].

المطلب الثاني: طبيعة منازعات عقود الاستثمار

يتضح مما تقدمت دراسته في المطلب الأول، أن الأسباب المؤدية إلى قيام منازعات الاستثمار تتنوع ما بين أسباب قهرية لا دخل لإدارة أحد الطرفين فيها أو هي أسباب طوعية نابعة من الإدارة المنفردة للأطراف، وفي غالبية الأحيان تكون الإجراءات الانفرادية نابعة من إرادة الطرف الأقوى وهو الدولة.

وعلى هذا الأساس، سنعالج طبيعة منازعات عقود الاستثمار، من خلال الخطة التالي بيانها:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية والسياسية لمنازعات عقود الاستثمار.

الفرع الثاني: الطابع الاقتصادي لمنازعات عقود الاستثمار.

1- طه علي قاسم، المرجع السابق، من ص 138 إلى ص 140.

الفرع الثالث: الطابع الدولي لمنازعات عقود الاستثمار.

ونتولى دراسة هذه الفروع على النحو التالي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية والسياسية لمنازعات عقود الاستثمار.

وأيا كانت الأسباب المؤدية إلى قيام المنازعة، فإن طبيعة المنازعة تحددها رؤية كل طرف لها، فالدولة تنظر إلى النزاع وكأنها منازعة ذات طبيعة سياسية إذ أن مبعث المنازعة يتعلق بسيادة الدولة ومصلحتها القومية، وأما المستثمر فيرى أن مبعث المنازعة أن الدولة قد اغتصبت حقا من حقوقه، فالمنازعة إذن تقوم على حق متنازع عليه وهي بذلك تصبح منازعة ذات طابع قانوني ليس طابع سياسي.

وبين الاختلاف في هاتين الرؤيتين، رؤية الدولة ورؤية المستثمر، يتضح أن منازعات الاستثمار تتسم بطبيعة معينة، قد تكون سياسية أو قد تكون قانونية.

إلا أن هناك معايير محددة توضح إلى أي المجالين تتجه طبيعة منازعات الاستثمار، هل هو المجال القانوني أم المجال السياسي؟.

وقد تضافرت تعريفات العمل الاتفاقي الدولي مع تعريفات الفقه لتعريف وحصر المنازعات ذات الطابع القانوني وتمييزها عن المنازعات ذات الطابع السياسي، وفيما يلي تتعرض الدراسة لأهم هذه التعريفات:

أولا: دور العمل الاتفاقي الدولي في حصر المنازعات القانونية وتمييزها عن المنازعات السياسية.

ترجع أصول التمييز بين المنازعات القانونية وغيرها في الواقع إلى العمل الاتفاقي الدولي وبصفة خاصة إلى مؤتمرات لاهاي عامي 1899- 1907.

ويلاحظ أن الاتفاقات الدولية، قد أقرت طريقتين لهذا التمييز، الأولى مؤداها وضع تعداد للمنازعات التي توصف بكونها قانونية أما الثانية فترتكز على وضع معيار عام على أساسه يتم تعريف ماهية المنازعات القانونية[1].

1- طريقة التعداد:

1- إبراهيم محمد العناني، المرجع السابق، ص 207.

تذهب بعض الاتفاقيات والمواثيق الدولية إلى إيراد تعداد لأنواع المنازعات، وقد اتجه الرأي في مؤتمر لاهاي عام 1908، إلى إبرام معاهدة تتضمن قائمة بالمنازعات ذات الطبيعة القانونية بيد أن هذه المعاهدة لم تخرج إلى حيز الوجود لعدم توافر الإجماع على قبولها.

ثم أورد ميثاق عصبة الأمم تعداد للمنازعات القانونية التي يصلح نظام التحكيم أو القضاء طريقا لتسويتها، كما تضمنت الفقرة الثانية من المادة السادسة والثلاثين من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تعدادا مماثلا وذلك بصدد إقرار أي دولة بالولاية الجبرية للمحكمة في نظر كافة المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة أخرى تقبل نفس الالتزام متى كانت هذه المسائل القانونية تتعلق بالمسائل الآتية:

أ- تفسير معاهدة من المعاهدات.

ب- أية مسألة من مسائل القانون الدولي.

ج- تحقيق واقعة من الوقائع إلا إذا ثبتت تعد إخلالا لالتزام دولي.

د- نوع من التعويض المترتب على خرق التزام أو تعهد دولي ومدى هذا التعويض[1].

وعلى الرغم من النقد الموجه لطريقة التعداد هذه على أنها عامة وواسعة، إلا أن بعض الفقهاء يرون أن هذه الخلافات تضم في طياتها كل الخلافات القانونية المتصورة من الناحية العلمية[2].

2- طريقة التعريض المعياري:

أخذت اتفاقية لوكارنو التي عقدت بين ألمانيا وفرنسا في 16 أكتوبر عام 1952، بهذه الطريقة حيث تضمن الاتفاق المبرم بين الدولتين في مادته الأولى تعريفا معياريا للمنازعات القانونية مؤداه أن كل المنازعات من أي طبيعة كانت و يدور موضوعها حول حق يتبادل الأطراف التنازع عليه ولا يمكن تسويتها بالطرق الدبلوماسية العادية (الوساطة- التفاوض- المساعي الحميدة- التوفيق) تعرض لتسويتها إما على محكمة تحكيم أو على محكمة العدل الدولية، وأشارت هذه المادة في نهايتها أن المنازعات المعنية هنا تتضمن بصفة خاصة المنازعات المذكورة في المادة الثالثة عشر من ميثاق عصبة الأمم[3].

وتعد هذه الصيغة خطوة هامة نحو وضع معيار لتحديد مدلول المنازعات القانونية من حيث موقف الأطراف وتقريرهم لموضوعاتهم، إلا أن ثمة انتقاد قد وجه لهذه الطريقة وذلك أن المعيار الذي وضعته اتفاقية لوكارنو لا يواجه إلا الحالات التي يتبادل فيها الأطراف التنازع على حق، فهو لا يشمل الطائفتين المذكورتين في المادة الثالثة عشر من ميثاق عصبة الأمم، وللتين تدوران حول تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقا لالتزام دولي والتعويض المترتب على خرق التزام دولي وليس نزاعا حول حق.

1- أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار "دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، ص 53.

2- إبراهيم العناني، المرجع السابق، ص 212.

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 142.

ورغم ذلك تعد خلافات قانونية، كما يرى البعض أن اتفاقية لوكارنو غير مرضية لأنها تحيل فقط إلى الحقوق، وهذه الحقوق قد تكون أو لا تكون حقوقا قانونية، كما أن الاتفاقية لم تشر إلى الالتزامات القانونية التي تثار في المقام الأول، فالطرف يمتلك حق فقط إذا كان يقع على طرف آخر التزام مقابل ولا يثار النزاع إلا إذا ادعى طرف امتلاكه لحق ورفض الطرف الآخر تحمل الالتزام المقابل لذلك الحق.

ثانيا: دور تعريفات الفقه في حصر المنازعات القانونية وتمييزها عن المنازعات السياسية.

إن الرأي السائد في الفقه هو أن المنازعات القانونية وحدها هي المنازعات التي تقبل التسوية عن طريق القضاء والتي تقبل بالتالي الخضوع للتحكيم وللتسوية القضائية، غير انه بخصوص تحديد متى يكون النزاع قانونيا فليس هناك اتفاق بين الفقهاء على رأي موحد تجاه هذا التحديد وإنما ينقسم الفقه إلى اتجاهين رئيسيين، الأول يأخذ بوجهة النظر الموضوعية ويأخذ الثاني بوجهة النظر الشخصية[1].

1- وجهة النظر الموضوعية:

يتأسس هذا المعيار، على فكرة مؤداها أن المنازعات القانونية هي تلك التي يصلح للفصل فيها تطبيق قواعد القانون الدولي، أما في حالة غياب القواعد القانونية التي تحكم النزاع فيكون هذا النزاع سياسيا ولا يصلح بالتالي أن يكون موضوعا للتحكيم أو للقضاء الدولي.

فالمنازعات القانونية وفقا لهذا المعيار والتي تصلح للعرض على التحكيم يتحدد مجالها الخاص بالمنازعات التي توجد بشأنها قواعد متعارف عليها من قواعد القانون الدولي[2]، ويجب أن تتمتع هذه القواعد بالرضا العام للمجتمع الدولي[3].

ويجد هذا المعيار أساسه في طبيعة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع و ليس في طبيعة النزاع ذاته، فالمنازعات القانونية هي التي يمكن حسمها بالرجوع إلى قواعد القانون الدولي المعمول بها، بينما لا يمكن حسم المنازعات السياسية إلا بتطبيق قواعد جديدة تخلقها المحكمة لتسوية النزاع[4].

ويرى بعض الفقهاء، أن الأخذ بوجهة النظر الموضوعية يأتي من جانب رجل القانون فقط وذلك لاستناده إلى القواعد القانونية التي يجب تطبيقها على النزاع، كما أن تحديد مدلول المنازعات القانونية مسألة نسبية تختلف من وجهة نظر رجل السياسية.

فالأول، وإن كان يأخذ بمعيار موضوعي وهو قابلية النزاع للتسوية وفقا لمبادئ القانون فإن رجل السياسة في تحديد ذلك المدلول ينظر إلى أهمية الرابطة بين النزاع ومصالح الدولة، فإذا كانت هذه الرابطة قوية بحيث لا تقبل الدولة التنازل عن سلطتها التقديرية بشأن النزاع، حيث يرتبط النزاع بمسألة حيوية قد تمس

1- إبراهيم العناني، المرجع السابق، ص 210- 216.

2- أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 46.

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 143- 144.

4- أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 48.

كيان الدولة أو تنتقص من سيادتها، فإنه من الممكن أن ترفض الدولة إخضاع النزاع للتسوية القضائية أو التحكيم حتى ولو لم تنازع في وجود القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها لتسوية النزاع[1].

2- وجهة النظر الشخصية:

تتبنى وجهة النظر الشخصية، فكرة مؤداها أن العبرة ليست بطبيعة النزاع أو بوجود قاعدة قانونية تنطبق عليه أو يمكن استخدامها لتسويته، ولكن بما يقره الطرفان أو أحدهما في جعل النزاع إما قانونيا أو سياسيا، فالقول بأن العبرة ليست بطيعة النزاع مؤداه بأن العبرة تكمن في المسلك الشخصي الذي يسلكه الطرفان في هذا النزاع، فكل من الطرفين يتنازع في حق و يطلب إعمال القانون في أحقية أو عدم أحقيته في ادعائه فيدور النزاع فيه على حكم القانون.

أما بالنسبة للمنازعات السياسية، وفقا للمعيار الشخصي، فإن أحد الطرفين(الدولة) يستند في تبرير مطلبه إلى مصلحته الخاصة سواء أكان له أحقية في ذلك من عدمه ولا يطلب هذا الطرف إنزال حكم القانون بل يريد تعديل القانون و ذلك استنادا لتعريف روسو الذي يعرف المنازعة السياسية بأنها: "المنازعة التي يطلب فيها أحد أطرافها تعديل القانون الموجود".

وتفسير ذلك، أن بعض المنازعات وإن كن لها حل قانوني، إلا أنها تمس المصالح الحيوية للأطراف المتنازعة وبخاصة الدولة الطرف في النزاع، وقد تبلغ الأهمية السياسية حدا يحمل الدولة على رفض إحالة النزاع إلى التحكيم أو القضاء، وتأبى إخضاع مصير مصالحها الحيوية لحكم المحكمين والقضاة، وهو لا يعني أن النزاع يقع خارج نطاق القانون ولا يوجد له حل قانوني، وإنما يعني أن النزاع تسوده اعتبارات سياسية هامة أو مصالح اقتصادية كبرى فيأبى الأطراف التخلي عن تقرير مصير تلك المنازعة وإحالتها إلى طرف ثالث للفصل فيها ويحتفظ الأطراف لأنفسهم بالقرار النهائي في مثل هذه المنازعات.

ويؤخذ على هذا المعيار، أنه على الرغم من التزام الدولة بإخضاع منازعاتها القانونية دون السياسية إلى التحكيم أو القضاء فإنه يمكن للدولة أن تتحلل من هذا الالتزام بإرادتها المنفردة بدعوى أن النزاع يتسم بالطبيعة السياسية ولا سلطان على الدولة في ذلك، فلا يوجد في الجماعة الدولية سلطة تسمو فوق سلطة الدولة في المسائل التي ترى أنها تخص سيادتها وتختص بتكييف طبيعة المنازعات وتحديد ما يعتبر منها قانونيا وما يعتبر سياسيا، الأمر الذي يجعل تكييف النزاع متروكا لتحكم الأطراف مما يؤدي إلى القول بأن الالتزامات الدولية تعقد بشرط خضوعها للإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين.

وإذا كانت هذه النتيجة تهدد كافة الالتزامات الدولية تهديدا جسميا، إلا أن هذا الأخذ مبالغ فيه، ذلك أنه من غير المتصور عملا أن تكتفي الدولة بالتمسك بمصلحتها فحسب للرد على إدعاء يستند إلى حق لا تنازع فيه، بل إنه من المألوف من الوجهة العملية أن الدولة المدعى عليها تدفع بحجة من شأنها أن تهدم

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 144.

الحق الذي يستند إليه الطرف المدعي، الأمر الذي يؤدي إلى تنازع الطرفين في هذا الحق ويؤدي بالتالي إلى صبغ المنازعة بالصبغة القانونية[1].

يتضح مما سبق، أن المنازعة القانونية هي المنازعة التي تتضمن حق يتنازع عليه الأطراف ويمكن تسوية هذا النزاع بتطبيق قواعد القانون الخاصة بهذا النوع من المنازعات، فالأمر هنا يتعلق بطرفين طرف يطالب بحقه زاعما أن هذا الحق هو خالص له وطرف آخر يدعى نفس الإدعاء، بينما نجد المنازعة السياسية تنحصر في تغليب عنصر المصلحة القومية والاعتبارات السياسية على كافة العناصر القانونية، ونجد ذلك في رفض الدولة كطرف في النزاع إدعاء الطرف إنما هو حق يتعلق بالمصلحة القومية لها كما أنه لا توجد قواعد قانونية تخضع لها في تسوية هذا النزاع نظرا لتعلقه بمصلحتها القومية وسيادتها.

وبالنظر إلى طبيعة منازعات الاستثمار نجد أن هذه المنازعات تتضمن الجانبين معا، الجانب القانوني والجانب السياسي، فطرفي المنازعة هما الدولة ذات السيادة والطرف الآخر هو الطرف الأجنبي الخاص– المستثمر الأجنبي– وكلاهما يتنازع على حق يعتقد يقينا أنه حقه ويمكن استرداد هذا الحق وتسوية هذا النزاع بالرجوع إلى القواعد القانونية المناسبة التي يمكن تسويته بها (الجانب القانوني).

كما يتمثل الجانب السياسي، في رفض الدولة كطرف في النزاع على إحالة هذا النزاع للتسوية القضائية أو التحكيم استنادا على أن هذا الحق الذي يدعيه الطرف الأجنبي إنما يخص مصالحها القومية ولا توجد قواعده قانونية تحتكم إليها الدولة في أي شيء يخص سيادتها على إقليمها إلا القواعد والقوانين التي تسنها وتقرها هذه الدولة وتراها محققة لمصلحتها القومية.

إذن فمنازعات الاستثمار تمتزج فيها العناصر القانونية والعناصر السياسية وتؤكد عقود الاستثمار وما يثار بشأنها من منازعات بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب صعوبة الفصل والتمييز بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب صعوبة الفصل والتمييز بين هذه العناصر.

الفرع الثاني: الطابع الاقتصادي لمنازعات عقود الاستثمار.

على الرغم من امتزاج العناصر السياسية والعناصر القانونية في منازعات الاستثمار، إلا أن هناك عنصرا هاما يميز تلك المنازعات يمنحها الطبيعة الخاصة التي تتسم بها ويفرقها عن المنازعات القانونية الخالصة والمنازعات السياسية الخالصة والمنازعات التي يمتزج فيها العنصران السياسي والقانوني، ألا وهو العنصر الاقتصادي يتمثل في وجود رأس المال وفي الهدف الذي ينشده المستثمر الأجنبي من الانتقال برأسماله من دولة جنسيته إلى الدولة المضيفة، فالمستثمر الأجنبي يهدف إلى التربح من المشروعات الاستثمارية التي يقيمها في هذه الدول، كما تعتمد هذه الدولة على هذه المشروعات كمصدر هام من مصادر التمويل التي تعينها التنمية الاقتصادية، وبالتالي فالعنصر الاقتصادي يعتبر العمود الفقري لعملية الاستثمار والذي لولا وجوده لما تمت عملية الاستثمار من أساسها.

1– أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، المرجع السابق ، ص 54.

الفرع الثالث: الطابع الدولي لمنازعات عقود الاستثمار.

إذا كانت منازعات الاستثمار تتمتع بطبيعة خاصة ومعقدة نظرا لعدم التكافؤ في المركز القانوني لأطرفها (الدولة صاحبة السيادة والطرف الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا) ونظرا لتداخل وامتزاج العناصر السياسية والقانونية والاقتصادية في طبيعتها، فإن هذه الطبيعة تزداد تعقيدا نظرا لانتماء الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة المتعاقدة معه.

ويثار تساؤل هنا، وهو هل تتسم هذه المنازعات بالطابع الدولي نظرا لانتماء الطرف الخاص الأجنبي إلى دولة أخرى، غير الدولة المتعاقدة؟ وبالتالي عدم خضوعه للقانون الوطني للدولة المضيفة لاستثماره فتصير هذه المنازعة منازعة دولية؟

ثم هل تنعقد المسئولية الدولية على الدولة المتعاقدة نظرا لقيامها بالإجراءات التي يعدها الطرف الأجنبي الخاص المنتمي بجنسيته إلى دولة أخرى إخلالا للالتزامات التعاقدية التي تمت بينه و بين هذه الدولة؟ أم أن هذه المنازعة لا تعدوا إلا أن تكون منازعة داخلية تخضع لقانون الدولة المتعاقدة وذلك نظرا لتواجد المشروع الاستثماري على إقليمها ونظرا لتمتعها بالسيادة على أي شيء داخل حدود هذا الإقليم؟

وبصورة مبسطة، يمكن أن يثار التساؤل على هذا النحو وهو هل تعد منازعات الاستثمار منازعات دولية أم لا؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب أولا معرفة ما هو المقصود بدولية المنازعة، هل المقصود بذلك هو معرفة أن المنازعة بذاتها تتمتع بطبيعة دولية؟ أم أن المقصود بذلك هو معرفة القانون واجب التطبيق على المنازعة المتعلقة بالاستثمار هل هو القانون الدولي أم القانون الوطني للدولة المتعاقدة؟ أم أن هناك مبادئ أخرى يمكن تطبيقها على هذا النوع من المنازعات بهدف تسويتها؟

إذا كان التساؤل يدور حول ما إذا كانت منازعات الاستثمار تتمتع بطبيعة دولية من عدمه فيمكن التمييز بين اتجاهين أساسيين في هذا الصدد، الأول يرى أن هذه المنازعات لا تتسم بالطبيعة الدولية على الإطلاق، و الاتجاه الثاني المؤيد للطبيعة الدولية لهذه المنازعات.

أولا: الاتجاه المنكر للطابع الدولي لمنازعات عقود الاستثمار.

يرى هذا الاتجاه، أن هذه المنازعات لا تتسم بالطبيعة الدولية على الإطلاق، وذلك أن المنازعة تكون

دولية[1] إذا كان جميع أطرافها يتمتعون بالشخصية الدولية، أي من أشخاص القانون الدولي العام (الدول، المنظمات الدولية)، ولما كان أحد طرفي منازعة الاستثمار شخص من أشخاص القانون الدولي بينما الطرف الأخر لا يعدو إلا أن يكون شخصا من أشخاص القانون الخاص لا يتمتع بأي سمة الشخص الدولي، فإنه لا يصح أن نعتبر المنازع التي تثور بينه و بين الشخص الدولي منازعة دولية، إذا أننا لو فعلنا ذلك لعد انتقاصا من طبيعة الشخص الدولي الذي يتمتع بالمكانة الدولية والسيادة التي يمنحها له القانون الدولي بصفته شخصا من أشخاصه.

فالنزاع الدولي هو خلاف حول مسألة قانونية أو واقعية (سياسية) يتمثل في تناقص أو تعارض أو تضاد أو تضارب الآراء القانونية لشخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي[2]، إذن فهذا الاتجاه يرى أن المنازعة تتسم بالطابع الدولي إذا فقط كان جميع أطرافها من أشخاص القانون الدولي، أما إذا انتفت صفة الدولية عن أحد أطراف المنازعة فلا تعد المنازعة دولية على الإطلاق.

لما كان أنصار هذا الاتجاه يرون أن منازعات الاستثمار لا تعد بأي شكل من الأشكال من المنازعات الدولية نظرا لأن أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون الدولي العام والطرف الأخر شخص من أشخاص القانون الخاص فإنه لا مجال لإثارة المسئولية الدولية هنا نظرا لاختلاف المركز القانوني للأطراف في القانون الدولي العام.

إن المسئولية الدولية تقوم عند وقوع فعل يصلح في نظر القانون الدولي أساسا للمسئولية، بشرط أن يصح نسبة هذا الفعل إلى دولة ما أو منظمة دولية وأن يترتب عليه أضرار بشخص آخر من أشخاص القانون الدولي[3].

ثانيا: الاتجاه المؤيد للطابع الدولي لمنازعات عقود الاستثمار.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن المنازعة تتسم بالطابع الدولي ويركز في رؤيته هذه على:

1- تجاوز موضوع المنازعة للإطار الوطني.

2- انتماء طرفي النزاع إلى أنظمة قانونية مختلفة

1- يقصد بالنزاع الدولي: "هو تلك الادعاءات المتناقضة بين شخصين دوليين أو أكثر، ويتطلب حلها طبقا لقواعد تسوية المنازعات الدولية الواردة في القانون الدولي". أنظر في ذلك: سهيل حسين الفتلاوي وغالب عواد حوامدة، القانون الدولي العام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2009، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 172.

كما يعرف النزاع الدولي بأنه: "خلاف حول مسألة قانونية (كتفسير معاهدة دولية)، أو واقعية (كخلاف حول مكان سير خط الحدود)، يتمثل في تناقض أو تعارض أو تضارب الآراء القانونية لشخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي".

وقد اعتبرت المحكمة الدائمة للعدل الدولي النزاع الدولي بأنه: "كل خلاف بين دولتين على مسألة قانونية أو حادث معين أو بسبب تعارض وجهات نظرهما القانونية أو مصالحهما"، وذلك في القرار الصادر بتاريخ 1925/03/26، بشأن قضية(مافروماتيس) بين بريطانيا واليونان.

2- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 555

3- محمد سامي عبد المجيد، أصول القانون الدولي العام "القاعدة الدولية"، بدون دار النشر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1977، ص 484.

3- المصلحة الدولية التي تحميها وسائل التسوية السلمية، كالتحكيم، من خلال الدور الذي تؤديه تلك الوسائل لتسوية هذه المنازعات، وتتمثل هذه المصلحة الدولية في تشجيع تدفق الاستثمارات وتوفير جو من الأمان والاستقرار في المعاملات التجارية الدولية وعلى مسار العلاقات الدولية بين دول جنسية المستثمرين والدول المضيفة لاستثماراتهم.

4- الصفة الدولية التي تتمتع بها القواعد المطبقة على العقود الدولية مثل دولية شرط التحكيم[1]، ويرى أصحاب هذا الاتجاه، أن كل تحكيم يبدأ حاملا قرينة التحكيم الداخلي في داخله، فإذ كان دوليا فإنه يحتاج إلى مؤشرات، على سبيل المثال موضوع النزاع (يتعلق بمصالح التجارة الدولية)، جنسية ومحل إقامة الأطراف، جنسية المحكمين (حيث يطبق أحيانا قانون جنسية المحكمين على التدابير ذات الطابع الإجرائي في العملية التحكمية)، القانون واجب التطبيق على النزاع، قانون إجراءات المحاكمة المطبق، مكان التحكيم (ويلعب عنصر مكان التحكيم دورا بالغ الأهمية في حالة غياب اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق على النزاع، فيؤخذ بقانون بلد التحكيم كقانون واجب التطبيق على النزاع، كما هو الحال في غرفة التجارة الدولية بباريس)، ثم حركة انتقال الأموال عبر حدود الدول للخروج من اقتصاد الدول. على أنه أجنبي و ليس داخلي وبمقدار ما تكون هذه المؤشرات فاعلة ومؤثرة وظاهرة يصبح التحكيم دوليا[2]، وإذا لم يكن لها تأثير يبقى التحكيم داخليا.

والعوامل المكونة للطابع الدولي للتجارة، يجب أن تكون ظاهرة في العقد وتكون إرادة الأطراف قد انصرفت إليها بشكل واضح، وبالتالي فإن العملية التجارية التي ينبع منها التحكيم هي وحدها التي تدخله أو تخرجه من النطاق الدولي وليس فقط الطبيعية الدولية للأشخاص القانونية أو القانون الواجب التطبيق أو الإجراءات المطبقة عليه أو مكانه أو إجرائه هي التي تصبغه بالطابع الدولي.

كذلك فإن جنسية الأطراف ومكان إقامتهم هو عنصر يؤخذ بعين الاعتبار لتحديد معنى الدولية، ولكنه عنصر من عناصر أخرى يجب أن تكون و مؤثر و ظاهرة في العقد[3].

والتحكيم الدولي، إذن هو اتفاق يتم بمقتضاه التزام شخصين أو أكثر على حسم المنازعات التي يمكن أن تثور بينهما أو ثارت بالفعل عن طريق محكم أو عدة محكمين، والذي يضع في الاعتبار مصالح

1- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 45.

2- فالتحكيم الدولي ليس مجرد تحكيم أكثر تحررا من التحكيم الداخلي، ولكنه نوع من التحكيم وضع لاعتبارات لا علاقة لها بالتجارة الداخلية، فهو يأتي ليسوى نزاعات التجارة الدولية وليسهل أمامها الحركة يعطي التوظيفات الضمان والأمان إلى حفظ الحقوق وليعطي انطباعا أن الفكر القانوني الذي سينظر هذه النزاعات ليس فكرا قانونيا مرتبطا بنظام قانوني معين، بل فكر قانوني دولي يرتوي من ثقافة قانونية تجمع الأضداد وتصهرها، أنظر في ذلك: عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، "التحكيم الدولي"، دار المعارف، الإسكندرية،1997، ص11

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 151.

التجارة الدولية[1].

ويرى أنصار هذا الاتجاه، أنه لما كانت المنازعة تتسم بالطابع الدولي فإنه يمكن تحريك المسئولية الدولية[2] تجاه الدولة المتسببة في الضرر الواقع على الطرف الأجنبي، إلا أن المسئولية هنا لا تكون مباشرة بين الطرف الأجنبي وهذه الدولة ولكن تنعقد المسئولية الدولية بطريقة غير مباشرة حيث يلجأ الطرف الأجنبي إلى دولته التي ينتمي إليها بجنسيته طالبا الحماية الدبلوماسية، و بالتالي تنعقد المسؤولية للشخص الدولي المتسبب في الضرر تجاه الشخص الدولي الذي تعرضت رعاياه للضرر من جراء الإجراءات التي قام بها الأول.

وعلى الرغم من أنه يعد من الأمور المستقرة، أن القانون الدولي لا يعترف بدولية المنازعة، إلا إذا وقعت بين أشخاصه ووفقا لقواعده، إلا أن هؤلاء الأشخاص ما هي إلا أشخاص اعتبارية أو كيانات مجازية تتكون أساسا من أفراد.

والقانون الدولي إذا كان يخاطب أشخاصه فهو يخاطب بطريقة غير مباشرة هؤلاء الأفراد الذين يكونون أشخاص هذا القانون والذين لولا وجودهم ما كان لأشخاص هذا القانون وجود، إذ أن أهم عنصر من العناصر المكونة للدول هو وجود الأفراد الذين يكونون شعوب هذه الدول.

إن الدول تتصرف في المجال الدولي و غايتها تحسين أوضاع الفرد المختلفة، وأن الفرد هو شخص القانون الدولي المجهول.

وإن كانت الدولة، وهي الشخص القانوني الدولي التقليدي هي التي تمثله لاعتبارات قانونية، إن المجتمع هو الذي ينشئ الدولة ويشكل النظام السياسي، والمجتمع يضم الأفراد الذين يقومون بذلك بحرية وشفافية، وهم الذين يوجهون سياسات دولهم، وهم الذين يصنعون القانون الدولي من خلال هذه الدول في كل مصادر القانون الدولي التعاقدية والعرفية وفي إطار المنظمات الدولية[3].

1- مصالح التجارة الدولية: هي التي أوضحت ضابط الدولية في اتفاق التحكيم، فهي المعيار الذي يميز اتفاق التحكيم الدولي عن اتفاق التحكيم الداخلي أو الوطني. وهذا المعيار معيار اقتصادي بحت، وقد حدد القضاء الفرنسي بان المقصود بمصالح التجارة الدولية هو وجود معاملة اقتصادية تتطلب حركة أو تداول للأموال أو الخدمات أو الدفع عبر الحدود، أو على حد تعبير الفقه الفرنسي وجود مد وجزر للقيم أو الخدمات أو الأموال فيما وراء الحدود، والمعيار الاقتصادي يعطي لاتفاق التحكيم صفة الدولية بغض النظر عن جنسية أطرافه مادام يتصل بمصالح التجارة الدولية، أنظر: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية "دراسة تحليلية تأصيلية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 64- 66.

2- المسؤولية الدولية تنشأ في هذا الوضع ولكن بصورة غير مباشرة، ووفقا لتعريف قاموس مصطلحات القانون الدولي فالمسئولية تعني التزام يفرضه القانون الدولي على الدول المنسوب إليها ارتكاب فعل أو امتناع مخالف لالتزاماتها الدولية يلزم عنه تقديم تعويض إلى الدولة المتضررة في شخصها أو في شخص رعاياها، أنظر: نبيل بشر، المرجع السابق، ص 125.

3- عبد الله الأشعل، تطور مركز الفرد في القانون الدولي خلال العقود الأربع الأخيرة – السياسة الدولية- ، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، عدد 161، 2005، ص 63

فالمنازعة تثور إذن بين أفراد ينتمون إلى أنظمة قانونية مختلفة ونتيجة للاختلاف بين قواعد وقوانين هذه الأنظمة فإنهم يجدون أنفسهم في حاجة ماسة إلى نظام قانوني أسمى وأكثر حيادا للفصل في المنازعة وهذا النظام القانوني المحايد هو النظام القانوني الدولي.

ومن هنا تأتي الصفة الدولية للمنازعة، حيث أنه نتيجة لاختلاف الأنظمة القانونية الوطنية تدق الحاجة إلى نظام قانوني أسمى من هذه القوانين الوطنية وهذا النظام القانوني الأسمى هو النظام القانوني الدولي والذي يسمو فوق كل الأنظمة القانونية الوطنية، إذن، فالحاجة إلى قواعد قانونية محايدة يقف أمامها أطراف النزاع على قدم المساواة هي التي تؤكد على ضرورة تواجد تلك القواعد، فليس من العدالة أن يحاكم طرف بالقواعد والقوانين التي سنها وارتضاها الطرف الآخر، أو بمعنى آخر ليس من قبيل العدالة أن تكون الدولة طرفا في نزاع وتسن هي القواعد والقوانين التي تحكم هذا النزاع.

فهل من العدالة أن تصبح الدولة حكما وخصما في نفس الوقت؟ إن هذه العدالة هي التي تنأى بطبيعة المنازعات الاستثمار عن أن تكون منازعات داخلية أو وطنية، بل منازعات دولية يتم اختيار النظام القانوني واجب التطبيق عليها انطلاقا من مبدأ العدالة والإنصاف المكفول لكلا الطرفين[1].

المطلب الثالث: مدى انعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر.

وبعيدا عن طبيعة منازعة الاستثمار، وهل تتسم بالطبيعة الدولية كمنازعة أم لا تتسم بها، فهناك تساؤل آخر يثار، وهو ما العلم أن العقود المبرمة بين الدولة و الطرف الأجنبي تتم في إطار قانوني الداخلي للدولة المضيفة، هل يعد إخلال الدولة بالالتزامات العقدية الناجمة عن الاتفاق المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي الخاص في إطار هذا القانون الداخلي محرك لمسؤوليتها الدولية اتجاه الدولة التي ينتمي إليها هذا الطرف الأجنبي الخاص؟

للإجابة على هذا التساؤل، فقد انقسم الفقه بهذا الصدد إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية[2]:

الاتجاه الأول، وهو اتجاه متشدد يري أن القانون الدولي يتطلب الاحترام الكامل والمطلق للعقود على نحو يعد معه أي مساس بالعقد أيا كانت أسبابه ودوافعه سببا في انعقاد مسئولية الدولة، بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى أن انتهاك الدولة للعقد لا يشكل في ذاته سببا لانعقاد مسئوليتها، إذن أن الدولة غير ملزمة تبعا لقاعدة من قواعد القانون الدولي العام، باحترام العقود، ولا تسأل الدولة إلا إذا كانت المخالفة الصادر عنها

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 154.

2- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، من ص 561 إلى 571.

وانظر في :

A- Bourquin, Maurice, "Arbitration and Economic Development Agreement", Business Law Journal, Selected Readings on protection by Law of Private Investments,1964, p 860.

B- Mann, F.A ," The Theoretical Approach Towards The Law Governing Contracts Betwenn States and Private Persons" ,Revue Belege de Droit Internationl , 1975,p 562

C- Weil, Prosper," Problèmes Relatif Aux Contrats Passe Entre Un Etat et Un Particulier", Rec, de cours, 1969, p 95.

للعقد تمثل فعلا دوليا غير مشروع، أما الاتجاه الثالث، فيرى أن عدم تنفيذ العقد في حد ذاته يعد مكونا لمخالفة في القانون الدولي ويتوقف تحقق هذه المخالفة على مضمون قواعد القانون الدولي التي تنظم العقود.

وعلى هذا الأساس نقسم هذه الاتجاهات إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: انعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر.

الفرع الثاني: عدم انعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر.

الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقي.

نقوم بدراسة هذه الفروع على النحو الآتي:

<u>الفرع الأول</u>: انعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر.

نتولى دراسة هذا الفرع، من خلال تحديد مضمون الاتجاه القائل بانعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر في العنصر الأول، والنقد الموجه له في العنصر الثاني، وهذا كالتالي:

أولا: مضمون الاتجاه.

يرى الاتجاه الأول، أن القانون الدولي يفرض الاحترام المطلق للعقود وبالتالي فإن عدم تنفيذ أي التزام ناتج عن العقد، يشكل في حد ذاته، الإخلال بالتزام دولي على نحو تنعقد معه المسؤولية الدولية للدولة لمخالفتها قاعدة الاحترام المطلق للعقود Pacta Sunt Servanda.

فالعقد يتسم بقوة ملزمة على نحو لا يمكن المساس به، وبالتالي فإنه يعد من غير المعقول أن تقوم الدولة بإرادتها المنفردة بسحب ما سبق أن تعاهدت به، إذ أنها لا معنى ولا قيمة قانونية للعقد ولا حاجة لوجوده أصلا إذا كان مصحوبا بشرط إرادي يخول لأحد أطراف سلطة إلغائه بإرادته المنفردة[1].

إن مثل هذا الوضع الغير المستقر من شأنه الإضرار بمصالح الدول التي هي في أمس الحاجة للاستثمارات الأجنبية، إلا أنه يمكن تفادي هذا الوضع الغير المستقر بأعمال قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين والتي وفقا لها يعد غير مشروع كل مساس بالعقد لا يكون مصدره القوة القاهرة أو مسلك الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة، فالعقود شأنها في ذلك شأن المعاهدات يجب أن تكون بمنأى عن كل تصرف صادر عن الدولة من شأنه المساس بها.

ولقد ذهب الجانب من الفقه المنتمي إلى هذا الاتجاه، إلى حد القول بأن الدولة بمجرد توقيعها على العقد تتنازل بشكل لا يمكن الرجوع فيه عن التمسك بجميع ما تتمتع به من مزايا سيادية وبالتالي فإنها لا

1- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، من ص 561 إلى ص565.

يمكنها تأميم أو مصادرة الحقوق الناجمة عن العقد، فتعهداتها النابعة عن العقد تنشئ التزامات غير قابلة المساس بها[1].

وقد جاء التعبير عن هذا الاتجاه في بعض القضايا المقدمة إلى محكمة العدل الدولية، على سبيل المثال[2]، ولم يقف الأمر على تمسك الأطراف أمام القضاء الدولي بمبدأ المسئولية الدولية للدولة في حالة إخلالها بالعقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي، بل يذهب هذا الاتجاه إلى تأكيد أن أحكام التحكيم أيضا قامت بإعمال قواعد القانون الدولي على عقد على نحو يؤكد أن التنصل من العقد والمساس بها يشكل في حد ذاته عمل دولي غير مشروع[3].

ثانيا: نقد الاتجاه.

قد تعرض هذا الاتجاه المتقدم والمؤسس على فكرة الحصانة المطلقة للعقد انتقادات عديدة:

فهو اتجاه لا يقره القانون الدولي الوضعي ألاتفاقي ولا القانون الدولي العرفي، كما أ القضاء الدولي لم يتبنى مطلقا هذا الرأي المدافع عن الحصانة المطلقة للعقد، وأن أي مساس بالعقد من شأنه إثارة المسئولية الدولية للدولة.

كما أن جميع المنازعات التي يقدمها هذا الجانب من الفقه لتأييد وجهة نظره، تتعلق إما بالمصادرة أو بإجراءات اتخذتها الدولة وتسم بالتحكم وعدم المساواة، إلا أن المحاكم الدولية لم تقرر في أية منازعة من المنازعات المعروضة عليها أن مجرد المساس بالعقد يشكل عملا غير مشروع دوليا، وعلى الرغم من أن القانون الدولي يحمي التوازن العقدي بين أطراف العقد ولكنه لا يفرض الاحترام المطلق للشروط التعاقدية[4].

وإذا كان لا يمكن إنكار أن القانون الدولي يقرر نوع من الحماية للحقوق التعاقدية، إلا أنه لا يمكن إنكار أيضا القائلين بقدسية العقد وعدم المساس به قد بالغوا في تقدير مضمون الحماية ونطاقها.

1- Olmstead, Cecil,J, "Nationlization of Foreign Proberty Interests, Particularly Those Subject to Agreements with The State", New York Investment Law Review 1957 , P122.

2- مثل: الدفاع المقدم من سويسرا أمام المحكمة في قضية Losinger، إذ ذكرت الحكومة السويسرية أن مبدأ القوة الملزمة للعقود مبدأ لا يعمل به فقط في العقود المبرمة بين الدول ولكن أيضا بشأن العقود المبرمة بين الدول والأجانب نظرا للطابع الدولي الذي تتمتع به هذه العقود، وهذه العقود يمكن أن تكون محل للمنازعة تحل فيها الدولة طرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة محله، الطرف الأجنبي.

فمبدأ القوة الملزمة للعقود يمكن الدولة من الاحتجاج على عدم احترام دولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي تابع لهذه الدولة للالتزامات الاتفاقية الواقعة على عاتق الدولة تجاه تابع الدولة الأجنبية.

- كذلك فإن ممثل الحكومة الفرنسية تمسك أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض النرويجية، بأن الدولة في حالة إبرامها العقد مع شخص خاص أجنبي لا يمكنها التنصل من هذا العقد بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، دون تعرض للمسئولية الدولية أمام الدولة التي تحمي هذا الطرف الأجنبي.

3- ويعد التحكيم Sapphire من أبرز الأحكام التي يشار إليها عادة لإشارته إلى مبدأ القوة الملزمة للعقود، فهذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية في القانون الذي تشير إليه المحاكم الدولية وهو يقطع بضرورة احترام التزامات الناشئة عن العقد، فقاعدة القوة الملزمة لعقود تعد أساس كل رابطة تعاقدية

4- Amerasinghe,C.F, "Issues of Compensation for The Taking of Alien Proberty in The Light of Recent Cases an Practice", International Law Quarterly, 1992, p 22.

فحماية الحقوق المكتسبة للأجانب، يعني فقط أن هذه الحقوق يجب أن لا تكون محلا لأية إجراءات تحكمية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه في حالة وقوع اعتداء على هذه الحقوق المكتسبة فإنه يتعين تعويض الطرف المعني، فالمصادرة المجردة عن كل تعويض هي وحدها التي تشكل عمل مخالف للقانون الدولي، فلكل دولة الحق في أن تستعيد الأموال الكائنة على إقليمها بغرض المنفعة العامة، ويمكنها في سبيل تحقيق ذلك، إلغاء العقود التي سبق إبرامها[1].

ومن هنا يبدو متعارضا مع أدنى قواعد المنطق الأساسية القول بأن مجرد توقيع الدولة على العقد يسلبها حقوقها السيادية، فالسلطة العامة في الدولة لها الحق في أن تستخدم ما تتمتع به من مزايا سيادية على نحو يخولها إنهاء كل أو جزء من الالتزامات الواقعة على عاتقها في مواجهة شخص خاص أجنبي، إلا أن مثل ذلك الإنهاء يجب أن يكون مبعثه الصالح العام وغير مصحوبا بالتحكم أو التعسف، ولكن مصحوبا بالتعويض العادل والملائم والفعال[2].

كذلك فإن الرأي القائل بالقدسية المطلقة للعقود، وأن أي مساس بها يؤدي إلى إثارة المسئولية الدولية للدولة يقوم على تشبيه العقود بالمعاهدات الدولية، وعلى الرغم من وجود تشابه بين العقود والمعاهدات بوصفهما يوضعان التزامات على عاتق الدولة، إلا أن هناك اختلاف جوهري بينهما[3].

وإذا كان لا يوجد أدنى شك حول أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعد مبدأ من المبادئ الأساسية في كل نظام قانوني، فإنه يبقى مع ذلك من الضروري تحديد ما هي أنواع التعهدات التي تخضع لهذا المبدأ وما هي الشروط الواجب تحققها لاحترامه، إذ أنه من المؤكد أن القانون الدولي العام لا يعرف سوى شكل وحيد من أشكال الاتفاقات وهو المعاهدات المبرمة بين الدول، ومن هنا فإن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة تتعلق في معظمها بالقانون الداخلي وهو وحده الذي يقرر حمايتها[4].

ولو افترض خضوع هذه العقود للقانون الدولي، فإن التمسك بمبدأ عام كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لن تكون له أدنى فائدة، فمن جهة يعد هذا المبدأ من العمومية والتجريد بشكل لا يمكن معه مواجهة المشكلات التي يثيرها تنفيذ أو عدم تنفيذ التزام تعاقدي، ومن جهة أخرى فإن إعمال هذا المبدأ لا يمكنه أن يقف أمام الإجراءات التي تتخذها الدول بغرض تحقق المصالح العامة، كما أنه مبدأ عديم الفعالية لاسيما في حالة تغير مضمون الواجبات الواقعة على عاتق الدولة الناجم عن تعديل القانون الواجب التطبيق[5].

1- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 568.

2- Bettems, Denis, "The Contracts Between States and Foreign Enterprises", International Perspective, Lausanne, Meta Editions, 1988, p 256.

3- العقد تصرف غير معقود بين الدولتين ولا يخضع للقانون الدولي، كما أنه لا يشكل معاهدة دولية بين الدول المتعاقدة والدول التي يتبعها الطرف الأجنبي، وهذا ما حرصت محكمة العدل الدولية على إظهاره بوضوح في قضية Anglo Iranian Oil Company.

4- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 15.

5- Jennings,Robert, "States Contracts in International Law", British Year Book of International Law, 1961, p p 156-176.

الفرع الثاني: عدم انعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر.

نتولى تقسيم هذا الفرع أيضا إلى عنصرين اثنين، نبحث في العنصر الأول مضمون الاتجاه القائل بعدم انعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر، ونبحث في العنصر الثاني النقد الموجه له، على النحو التالي:

أولا: مضمون هذا الاتجاه.

أما الاتجاه الثاني، فيرى أنه لا يشكل عدم تنفيذ الدولة لالتزاماتها الناشئة عن العقد في حد ذاته سببا لمسؤوليتها الدولية، بل يشترط أن يكون عدم التنفيذ مقترنا بعمل يعد في ذاته مخالفة دولية.

فالعقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي يتركز في القانون الداخلي وبالتالي فإن عدم تنفيذه في حد ذاته لا يشكل انتهاكا لأي قاعدة من قواعد القانون الدولي، فإبرام وتنفيذ هذه العقود مسألة يختص بها النظام القانوني الداخلي والذي يتعين عليه تحديد ما إذا كانت الإجراءات التي قامت الدولة باتخاذها في مواجهة الطرف الخاص المتعاقد معها مخالفة لهذا النظام القانوني أم متمشية معه، وبالتالي فإن القانون الدولي لا يمكنه أن يعتبر مسألة من المسائل مخالفة للقانون وفقا للمعايير الخاصة بهذا القانون، بينما تلك المسألة تعد من وجهة نظر القانون واجب التطبيق على العقد مسألة لا خلاف عليها من الناخبة القانونية.

ويرى جانب من الفقه المؤيد لهذا الاتجاه، أن العقود تخضع للقانون الذي يحدده القانون الدولي الخاص في دولة القاضي والذي يؤدي إلى تعيين القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ويؤدي خضوع عقود الدولة إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة إلى سريان أحكام هذا القانون على تلك العقود ككل، بما يتضمن هذا القانون من قواعد في مصلحة الطرف الأجنبي المتعاقدة معها أو ضد مصالحة.

كذلك فإن أي تغيير يلحق هذا القانون يسري على عقد الدولة، وبالتالي فإن التغيير الذي تجربة الدولة على قانونها ويؤدي إلى المساس بالعقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي لا يشكل في حد ذاته عملا غير مشروع من الوجهة الدولية، إلا إذا كان هذا التغيير يعد بطبيعته مكونا لخطأ دولي، فلا يمكن للدولة أن تتمسك بتشريعاتها من أجل أن تحد من الالتزامات الدولية الواقعة عليها.

ثانيا: نقد الاتجاه.

ويرى هذا الجانب من الفقه، أن هذا المبدأ لا محل لإعماله إذ أن تنفيذ العقد مستقل تماما عن النظام الدولي، ويترتب على ذلك أنه إذا كان القانون الوطني لا يعد عدم تنفيذ الدولة للالتزام الناجم عن العقد انتهاكا للعقد، فيمكن للقانون الدولي أن يتدخل من أجل تأكيد العكس إن أمكن، ومن هنا، فإن فكرة الإخلال بالعقد لا معنى لها إلا في إطار القانون ولا يوجد حل مباشر يقره القانون الدولي للإخلال بالعقد لسبب بسيط هو أنه من وجهة نظر هذا القانون هو أن فكرة الإخلال بالعقد لا وجود لها، وإذا كانت الدولة لا يمكن أن تتحقق مسؤوليتها نتيجة لعدم تنفيذ العقد، فقد يحدث أن تعد الدولة مسئولة عن فعل دولي غير مشروع مثل إنكار العدالة.

وتتقرر مسؤولية الدولة في هذا الفرض ليس بالنظر إلى أنها قامت بمخالفة العقد ولكن نظرا لقيامها بارتكاب عمل دولي غير مشروع، وعلى هذا النحو فإن هذه النظرية تشترط لتحقق مسؤولية الدولة ضرورة توافر شرط أساسي وهو وجود عمل دولي غير مشروع مستقل عن عدم تنفيذ الدولة للعقد.

فعدم تنفيذ العقد لا يشكل في حد ذاته تصرف مخالف قواعد القانون الدولي، ولكن لا بد من وجود شيء إضافي آخر من أجل القول بعدم مشروعية التصرف دوليا، فوجود الخطأ يعد مسألة مستقلة تماما عن مسألة الإخلال بالعقد.

يعد هذا الاتجاه القائل بمخالفة الدولة للعقد المبرم بينها وبين الطرف الخاص المتعاقد معها لا تشكل في حد ذاتها عملا غير مشروع يؤدي إلى تحريك مسئوليتها الدولية، الاتجاه الفقهي الوحيد الذي يتماشى مع ما هو سائد في القانون الدولي الوضعي.

ويتميز هذا الاتجاه، بأنه يأخذ بعين الاعتبار الموقف المتحفظ الذي أبدته الدول على صعيد العلاقات الدولية، إذ أنه من الملاحظ أن الدول كانت دائما تتخذ مواقف متروية ومتحفظة في ردود الأفعال الصادرة عنها[1].

<u>الفرع الثالث</u>: الاتجاه التوفيقي.

سنتناول في هذا الفرع الاتجاه التوفيقي، الذي قام بنقد كلا من الاتجاهين السابقين، وعلى هذا الأساس فقد تم تقسيم الفرع إلى عنصرين اثنين، بحيث نبحث في العنصر الأول نقد الاتجاه القائل بقيام مسؤولية الدولة المضيفة، أما العنصر الثاني تناولنا فيه نقد الاتجاه القائل بعدم قيام مسؤولية الدولة المضيفة، وكما أشرنا أن كلا هذين النقدين أتى بهما الاتجاه التوفيقي.

ويذهب الاتجاه الثالث، إدراكا منه بعدم صلاحية فكرة الحصانة المطلقة للتعهدات الصادرة عن الدولة، إلى تبنى رأي وسط، ووفقا لهذا الرأي تتمتع فقط طائفة من العقود وطائفة من الشروط بحصانة ضد أي شكل من أشكال تعديلها يتخذ بالإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة.

ويقر هذا الاتجاه كمبدأ عام، أن مجرد المساس بالعقد لا يشكل عملا غير مشروع دوليا، وبالتالي فإن المسؤولية الدولية ترتبط بشكل أساسي بتحقق التعسف في الإجراء الصادر عن الدولة أو أن يكون هذا الإجراء قد تم في شكل المصادرة[2].

ولقد عبر هذا الاتجاه عن وجهة نظره بشكل سلبي، يتمثل في انتقاد الاتجاهين السابقين ثم بعد ذلك عرض للآراء الإيجابية، من وجهة نظره، التي يقوم عليها هذا الاتجاه.

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 160- 161.

2 - Bocktstiegel, Karl, "The State As Partner in Contract With Private Enterprise", Frankfurt, 1971, p 17.

أولا: نقد الاتجاه القائل بقيام مسؤولية الدولة المضيفة.

فبالنسبة للنظرية الأولى، والتي تتميز بأنها لفتت الأنظار إلى أن القانون الدولي يتضمن قواعد قانونية تتعلق بتنفيذ العقود، إلا أنها ذهبت إلى أبعد من مجرد تقرير هذه القواعد بل ذهبت إلى تحديد مضمونها، محددة أن القانون الدولي يتضمن قواعد قانونية تتعلق بتنفيذ العقود، إلا أنها ذهبت إلى أبعد من مجرد تقرير هذه القواعد، بل ذهبت إلى تحديد مضمونها، محددة أن القانون الدولي يحرم كل، وأي اعتداء على الحق، وبالتالي فإنه يعد مخالفا للقانون العام فسخ العقد بسبب المصلحة العامة، وإنهاء العقد نتيجة للتأميم، وذلك على الرغم من أن هذه الإجراءات السيادية قد تكون مصحوبة بتعويض ملائم.

فالقول بأن القانون الدولي يتضمن قواعد تتعلق باحترام العقود، وبناء عليها يعد عدم تنفيذ العقد سببا لتحريك المسؤولية للدولة، مسألة مختلفة تماما عن القول بأن القانون الدولي لا يتيح مطلقا اتخاذ أية إجراءات أيا ما كانت، تؤدي إلى المساس بالعقد، إذ يتعين عدم الخلط بين مبدأ احترام العقد ومبدأ عدم المساس به أو قدسيته، فإذا كان القانون الدولي يحرم بعض التصرفات الماسة بالعقد في ظل ظروف معينة، فإنه يتيح للدولة القيام بتصرفات أخرى في ظروف معينة.

ثانيا: نقد الاتجاه القائل بعدم قيام مسؤولية الدولة المضيفة.

أما فيما يخص النظرية الثانية، فإن هذه النظرية تزعم أن القانون الداخلي وحده هو الذي يحكم مسألة تنفيذ العقد، وتؤكد أنه إذا كان القانون الداخلي يعد عدم تنفيذ العقد أمرا متمشيا مع هذا القانون، فإن القانون الدولي لا يمكنه اعتباره عملا غير مشروع، وهو ما يعني إنكار أولوية القانون الدولي العام والاعتراف للدولة المتعاقدة بالحق في التذرع بنصوص قانونها الداخلي من أجل التنصل من تنفيذ التزاماتها التعاقدية، كذلك فإن فكرة العمل غير المشروع والذي يؤدي وجوده إلى تحقق المسؤولية الدولية للدولة يعد منهجا خياليا غير واقعي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة[1].

والقانون الدولي، كما يرى هذا الاتجاه، يتضمن قواعد قانونية تتعلق بتنفيذ العقود المبرمة بين الدولة والأطراف الأجنبية وذلك على الرغم من أن هذه العقود يحكمها القانون الداخلي، فالدولة المتعاقدة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية في مواجهة القانون الدولي يكون من شأنها منحها الحق في تنفيذ أو عدم تنفيذ العقد.

وعدم احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية، يمكن أن يؤدي إلى تحريك مسئوليتها الدولية في مواجهة الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي المتعاقد معها، ولكن لا يفهم من ذلك أن عدم تنفيذ أي عقد من قبل الدولة يشكل مخالفة في مفهوم القانون الدولي، فتأكيد وجود قواعد في القانون الدولي العام متصلة بالعقود لا يعني تحديد محتوى هذه القواعد ومضمونها.

وإذا كان العمل غير المشروع المستقل تماما عن عدم احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية تترتب عليه دون أدنى شك المسئولية الدولية للدولة، فإن تلك المسئولية يمكن أيضا تحريكها في حالة عدم وجود أي

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 163- 164.

تصرف غير مشروع، ولمجرد عدم احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية، فتقدير الفعل غير المشروع يتم إذن داخل إطار الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، ودون الإشارة إلى أي عنصر من عناصر المسؤولية التقصيرية الخارجة عن إطار العقد.

ومعرفة ما إذا كان عدم تنفيذ العقد يشكل أو لا يشكل، في حالات محددة، تصرف مخالف للقانون الدولي، وبالتالي يؤدي أو لا يؤدي إلى انعقاد المسؤولية الدولية للدولة، مسألة لا يتوقف فيها الحكم على صحة الإجراء الذي اتخذته الدولة من وجهة نظر القانون الوطني للدولة المعنية.

فعدم التنفيذ الذي يتماشى مع نصوص هذا القانون، قد يكون مخالفا للقانون الدولي وفقا لقواعده المعنية، وتحديد الحالات التي يعد عدم تنفيذ الدولة فيها لالتزامها التعاقدي سببا في تحقيق مسؤوليتها الدولية يتوقف على مضمون قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق، وتختلف هذه القواعد تبعا للظروف ويتعين الأخذ بعين الاعتبار طابع الإجراء الذي قامت الدولة باتخاذه، وهل يتسم بالطابع التجاري أم يتسم بالطابع السيادي؟ وأهداف هذا الإجراء وهل قصد منه تغيير هياكل الدولة وأنظمتها أو تحقيق أهداف أخرى، وأيضا طبيعة هذا الإجراء وهل يعد من التصرفات العامة أم الخاصة؟

وكقاعدة عامة، فإنه يمكن القول بأن عدم التنفيذ يعد مخالفا للقانون الدولي إذا جاوز التصرف هذا الحد، فعدم التنفيذ قد يشكل أو لا يشكل تصرف غير مشروع دوليا تبعا لما إذا كانت جسامته تقع أدنى أو أعلى من هذا الحد.

فالتنفيذ الذي يتجاوز هذا الحد يعد تصرفا تحكميا ويتم تحديد هذه الفكرة الأخيرة في داخل الإطار العقدي والذي لا علاقة له بتصرف غير مشروع خارج هذا الإطار.

من هنا تظهر فكرة استقلالية المسؤولية التعاقدية في القانون الدولي، فالمسئولية العقدية للدولة تتمتع بذاتية تفصل بينها وبين المسؤولية غير العقدية، وهذا يعني أن الدولة المتعاقدة تنعقد مسؤوليتها العقدية لمجرد إخلالها بالالتزام التعاقدي، وبغض النظر عن وجود أي خطأ تقصيري وقع من جانبها وذلك بالنسبة للعقود التي تم تدويلها، كذلك فإن المسؤولية العقدية للدولة مسؤولية مستقلة عن كل مباحث القانون الدولي.

فقواعد القانون الدولي التي تتعلق بالعقود ليست هي ذات القواعد التي تنظم مباحث أخرى تقليدية في هذا القانون ولاسيما المعاهدات الدولية[1].

ولقد تعرض هذا الاتجاه للنقد، حيث يعد مجرد رأي غير واقعي أو خيالي، حيث أنه لا يتماشى مع الحقائق الوضعية الراهنة، فما تذهب إليه هذه النظرية من أن كل عدم تنفيذ للعقد الذي تم تدويله يشكل عمل مخالف للقانون الدولي العام تترتب عليه المسؤولية الدولية للدولة التي قامت بعدم التنفيذ في مواجهة الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي المتعاقد معها، وأن العقد الذي تم تدويله يضع قواعد دولية يفرض على الدولة احترامها وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية، يعد قول مخالف لحقائق القانون الوضعي إذ أنه من الثابت عدم قيام

1- Weil, Prosper, op.cit, p 144.

أي دولة من الدول بتحريك المسؤولية الدولية لدولة أخرى استنادا إلى أن عقد تم تدويله قد مست أحكامه من قبل الدولة المتعاقدة، وبالتالي فإن هذا الاتجاه الذي يبنى مسؤولية الدولة على مجرد المساس بهذا العقد المدول اتجاه غير متواجد لا في القانون الدولي ولا في القضاء الدولي.

وإذا افترض أن الدولة أبرمت عقدا مع شخص خاص أجنبي واتفق على خضوعه للقانون الدولي، فإن هذا التعهد لا أثر له على الحقوق التي تضطلع بها الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة، فالدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي عندما تتدخل لحمايته وفقا لمبادئ المسؤولية الدولية، تستعمل حقها الخالص في ضرورة احترام قواعد القانون الدولي في مواجهة تابعيها، وهي عندما تسلك ذالك المسلك تشير إلى الالتزامات الواقعة على عاتق الدولة المتسببة في الضرر والتي يفرضها عليها القانون الدولي.

ومن المعلوم أن أيا من هذه المصادر لا يتضمن مبدأ قدسية العقود وعدم المساس به و لو تم تدويله، فالعقود التي تم تدويلها تعد بالنسبة للدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي تصرفات غريبة عنها لأنها ليست طرفا فيها ولا يمكنها بالتالي أن تتمسك بالحقوق الناجمة عنها ولا تلتزم بالتعهدات الواردة فيها، فالطرف الخاص المتعاقد مع الدولة لا يمكنه أن يضيق أو يوسع من نطاق تدخل دولة جنسيته.

كذلك وعلى الرغم من كثرة المعاهدات التي تتعهد فيها الدولة باحترام الالتزامات الواقعة على عاتقها تجاه الأشخاص الأجنبية الخاصة، فإنه مع ذلك لا يمكن أن يستخلص من هذا التعهد أن مساس الدولة بالنصوص التعاقدية يعد في حد ذاته وبالضرورة عملا غير مشروع مخالف للقانون الدولي، إذ أن المعاهدات ذاتها تكرس حق الدولة في التأميم و المصادرة، ومن هنا فإن الفرد، كقاعدة عامة، لا يمكنه الاحتجاج بسبب إنهاء العقد إذا كان هذا الإنهاء من أجل تحقيق المصلحة العامة ولم يكن قائما على التحيز و كان معوضا عنه بتعويض عادل وملائم وفعال.

وعلى الرغم من أن بعض المعاهدات تنص على أن التأميم أو المصادرة لا يجب أن تشكل اعتداء على أي تعهد محدد، فإنه يصعب مع ذلك القول بأن مثل ذلك الأمر يضمن عدم المساس بالشروط التعاقدية المعروف بعدم المساس والتي تتعهد خلالها الدولة بعدم تغيير حقوق الطرف المتعاقد معها، فمثل هذا التفسير يتعارض مع ما يجري عليه العمل الدولي وما تكرسه المعاهدات الدولية على نحو واضح من شرعية إجراءات التأميم والمصادرة[1].

المبحث الثاني: النظام القانوني واجب التطبيق على منازعات الاستثمار

إذا كانت الآراء قد اختلفت حول ما إذا كانت منازعات الاستثمار تتمتع بالصفة الدولية من عدمه، فقد اختلفت الآراء أيضا حول القانون واجب التطبيق على المنازعة.

وتعد مسألة تحديد النظام القانوني واجب التطبيق على منازعات الاستثمار، من أهم المسائل القانونية التي تثيرها هذه المنازعات، إذ أن مسألة اختيار نظام قانوني معين ليحكم روابط الاستثمار ليست مجرد

1- Bettems , Denis, op.cit, p 258.

مسألة تفضيل نظام قانوني على نظام آخر، تتم على نحو نظري مجرد دون تحسب للنتائج المترتبة على هذا الاختيار، بل أن هذا الاختيار تحركه أساسا النتائج المترتبة على إعمال قواعد هذا النظام القانوني الذي تم اختياره ليحكم أصول وقواعد رابطة الاستثمار.

كما تبرز أهمية هذا الاختيار فيما يتعلق بالآثار الناجمة عن العقد، فيما يخص تنفيذ عقد الاستثمار أو عدم تنفيذه، وفيما يتعلق بحقوق الطرف الواقع به الضرر والمرتبة على إنهاء العقد، ومدى إمكانية تعديل شروط العقد نتيجة لتغير الظروف.

كما تتضح هذه الأهمية بشكل كبير في تحديد القواعد واجبة التطبيق بصدد التعويض المستحق للطرف الواقع عليه الضرر، وهل يتعلق الأمر بالتعويض عن الخسائر الفعلية التي لحقت به أم أن الأمر يتجاوز ذلك على نحو يمكن معه تعويض هذا الطر عما فاته من كسب وليس فقط ما لحق بن خسارة[1]؟

وتعد مسألة القانون واجب التطبيق، من المسائل الخلافية بين الأطراف المتعاقدة والتي قد يؤدي تعثرها إلى الفشل في إبرام العقود.

ويرى جانب من الفقه أن التجربة تكشف عن أن هذا الاختيار يشكل أهمية للطرف الأجنبي الخاص، أكثر مما يشكله للدولة نظرا للمخاطر والأضرار الجسيمة التي يتحملها هذا الطرف في نظير الاختيار.

وقد انقسم الفقه القانوني في هذا الصدد، إلى نظريتين أساسيتين، النظرية الشخصية[2]

1- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 407.

2- وترتكز هذه النظرية، والتي نشأت في رحاب المذاهب الفردية التي تقوم على تقديس حرية الفرد واستقلال إراداته، على استقرار قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية بما فيها عقود الاستثمار للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين، فحرية إرادة المتعاقدين هي التي تمنح هؤلاء الأفراد حقوقهم وتفرض عليهم الالتزامات التي ارتضوها بأنفسهم لأنفسهم.

ويرد أنصار النظرية الشخصية، قدرة اختيار المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يخول للإرادة سلطان مطلق في هذا الصدد يرتفع بها فوق القانون، وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يملك المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها ولو استمت بالطابع الآمر.

وعلى هذا النحو يكون العقد الدولي طليقا، أي بلا قانون يحكمه، وإذا كانت لإرادة المتعاقدين الصريحة هذه القدرة على التنظيم الذاتي للعقد، فإن على المحكم أو القاضي أن يكشف عن إرادتهم الضمنية في اختيار قانون العقد عند عدم إفصاحهم عنها بصراحة، بل لو لم يستطع القاضي أو المحكم أن يستظهر أرادتهم الضمنية في هذا السبيل، فهو يملك تحديد إرادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد، أي إرادتهم التي يفترض أنهم يتجهون إليها فيما لو كانوا قد تصدوا لهذا الاختيار، ما لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال دلائل تختلف حسب الظروف، وهكذا تبدو الإرادة المفترضة لدى أنصار النظرية الشخصية بوصفها إرادة المتعاقدين كما يتصورها القاضي أو المشرع ،وهي إرادة تعلو في جميع الأحوال فوق القانون وتملك الخروج عن أحكامه الآمرة.

ومثال على هذه النظرية الشخصية ما نادى به Vedross من خضوع عقود الاستثمار للقانون الذاتي للعقد، أنظر: هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 40- 46.

والنظرية الموضوعية[1].

وإذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة وفقا لهذه الرؤية، فإن للقاضي أو المحكم أن يستظهر إرادتهم الضمنية في هذا الصدد، وإن تعذر عليه أن يكشف عن هذه الإرادة الضمنية، فهو لا يملك افتراض اتجاه إرادتهم لاختيار قانون العقد، على أساس أن الإرادة المفترضة هي مجرد وهم ومجاز يخالف الحقيقة، ولهذا يجري القضاء الحديث على التصدي في هذا الفرض للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية وإسنادها على هذا النحو إلى القانون السائد في مركز الثقل في هذه الرابطة ما لم يكن المشرع قد تولى بنفسه هذا التركيز من خلال دلائل محددة، عند سكوت الإرادة، إلى قانون دولة إبرامه أو دولة تنفيذه[2].

ونظرا لأهمية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار، فإن مجمع القانون الدولي قد أصدر في دورته المنعقدة في أثينا عام 1979، والمخصصة لدراسة العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدول أخرى، توصية بشأن هذه العقود[3].

وإذا نحينا جانبا، اختيار الأطراف للقانون الوطني لدولة محايدة ليحكم رابطة الاستثمار، لما يشمله هذا الاختيار من مصاعب متنوعة، فإنه يمكن تقسيم الخيارات المتاحة للأطراف، في اختيار النظام القانوني واجب التطبيق على عقود الاستثمار على النحو التالي:

1- النظام القانوني للدولة المتعاقدة.

2- النظام القانوني الدولي.

3- نظام قانوني مستقل عن كل من القانون الوطني للدولة المتعاقدة والقانون الدولي.

1- وعلى عكس هذا الاتجاه، الذي نادى به رواد النظرية الشخصية، تبرز النظرية الموضوعية التي تعلى سلطان القانون على إرادة المتعاقدين، وإن كان لهذه الإرادة أن نختار قانون العقد، فإن دورها في هذا الصدد لا يعدو أن يكون مجرد إبداء رغبة في تركيز الرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يتصل بالضرورة بهذه الرابطة، وإذا لم يكن هناك مفر من ضرورة اختيار الإرادة لقانون العقد، فإن هذا الاختيار يستند إلى حكم القانون الذي أجاز لها ذلك، وبهذه المثابة تبدو إرادة المتعاقدين بوصفها مجرد ضابط الإسناد الذي يشير إلى القانون واجب التطبيق في شأن الرابطة العقدية، ويترتب على ذلك خضوع العقد الدولي لسلطان القانون المختار الذي لا يملك المتعاقدين مخالفة أحكامه الآمرة، أنظر: د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 46.
والنظرية الموضوعية هذه هي التي يتبانها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الجزئية الخاصة بالنظام القانوني واجب التطبيق على النزاع محل التسوية المعروض على محاكم المركز.

2- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 171- 172.

3- حيث نص في المادة الثانية من هذه التوصية على أن القانون واجب التطبيق على هذه العقود ينحصر في الخيارات الآتية:
أ- القانون الوطني لدولة أو لعدة دول، وقد يكون هذا القانون الوطني قانون أحد الأطراف المتعاقدة أو قانون دولة من الغير أو قانون محايد أو قانون دولة مقر التحكيم.
ب- القانون الدولي العام.
ج- القانون التجاري الدولي.
د- مزيج من هذه الأنظمة جميعا، أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 408.

وتبعا لذلك، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الموسوم بالنظام القانوني واجب التطبيق على منازعات الاستثمار إلى ثلاث مطالب، نخصص كل واحد منها لدراسة واحد من هذه الأنظمة القانونية الواجبة التطبيق على عقود الاستثمار على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول: الاتجاه القائل بخضوع العقد للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

يرى جانب من الفقه المؤيد لخضوع عقود الاستثمار والمنازعات الناشئة عنها للنظام القانوني للدولة المتعاقدة، أنه على الرغم من أن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية لم تشر صراحة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، فإن هذا القانون كان على ما يبدو هو القانون الذي انصرفت نية الأطراف إلى إعماله على العقد ويظهر ذلك من تضمن هذه العقود شروطا تلزم الدولة المضيفة بعدم إنهاء أو تعديله بإراداتهم المنفردة وإصدار لوائح أو تشريعات تسرى على العقد على نحو يؤدي إلى التغيير في مضمونه، وذلك دون الاتفاق مع الطرف الأجنبي المتعاقد معها ومن المعروف أن هذه الشروط المعروفة بشروط الثبات التشريعي أو شروط عدم المساس بالعقد لا ينص عليها إلا إذا كان قانون الدولة المتعاقدة هو القانون واجب التطبيق[1].

ولا غرابة في الأمر، إذ أن تغير الظروف السياسية للعديد من الدول المبرمة لهذه العقود وتحولها من المركز القانوني للدول المستعمرة إلى دول مستقلة ذات سيادة دفع بهذه الدول إلى التمسك بتطبيق قانونها على العقود المبرمة بينها وبين المستثمرين الأجانب كنوع من التأكيد على سيادتها على اعتبار أن إعمال القانون الوطني هو رمز وتعبير عن هذه السيادة[2].

ويستند الرأي القائل بخضوع منازعات الاستثمار إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة إلى عدة أسس، نلتمسها وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: خضوع عقود الدولة لقانون الدولة المتعاقدة استنادا إلى وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون.

أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية عام 1929، أن كل عقد لا بد وأن يخضع بالضرورة إلى القانون الداخلي لدولة ما، وذلك عندما قضت بأن كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في القانون الداخلي لدولة ما، وذلك عندما قضت بأن كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي، يجد أساسه في القانون الداخلي لدولة ما، وبذلك أكدت المحكمة على قرينة لصالح تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وذلك في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف لأي نظام قانوني آخر، وذلك بقولها: أن الدولة ذات السيادة لا يمكن افتراض أنها قد أخضعت جوهر دينها وصحة التزاماتها المكلفة بها في هذا الصدد لقانون أخر غير

1- أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقات البترولية في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 320.

2- Gergio Sacerdotte, "State Contracts and International Law, A reapraisal", Year Book of International Law, volume 7, 1987 -1987, p 35.

قانونها، وبالتالي يجب إخضاع هذه العقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة على أساس وجود قرينة مستفادة من مجرد وجود الدولة كطرف في العقد لصالح تطبيق قانون هذه الدولة[1].

ويشترط لإعمال المبدأ الذي صاغته المحكمة الدائمة للعدل الدولي، والذي بمقتضاه أن يخضع العقد المبرم بين الدولة وطرف خاص إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ألا يكون هذا العقد قد أبرمته الدولة على اعتبار أنها من أشخاص القانون الدولي العام.

فإذا كان العقد قد أبرمته الدولة على اعتبار أنها من قانونها فروض واردة، إذن، فوجود الدولة كطرف في العقد، في نظر هذا الجانب من الفقه، لا يكفي في حد ذاته لكي يفترض أن الأطراف قد اتفقوا على التعاقد وفقا لقانون تلك الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام، ومن هنا يبدو عدم ملائمة المعيار الذي وضعته المحكمة الدائمة للعدل الدولي[2].

هذا بالإضافة إلى أنه إذا كان القول بأن العقود التي تبرمها الدولة بوصفها طرف من أطراف القانون الدولي تخضع للقانون الدولي، والعقود التي تبرمها كطرف من أطراف القانون الداخلي تخضع لهذا الأخير، فإن ذلك القول يقتضي الفصل في مسألة أولية وهي متى تتصرف الدولة بالصفة الأولى؟ ومتى تتصرف بالصفة الثانية؟

وهذا يتطلب معيار جديد إضافي يسمح بالتمييز بين الحالتين، ويواجه المعيار الذي وضعته المحكمة الدائمة للعدل الدولي أيضا عيبا جوهريا، وهو أنه على افتراض وجود هذا المعيار، فيجب أن يكون إعماله متمشيا مع فكرة السيادة التي تتمتع بها الدولة حتى لا تجبر إزاء علاقة غير مقبولة بالنسبة لمصالحها الأساسية أن تتصرف على نحو مخالف للقانون.

فالقانون يهدف بالتأكيد إلى وضع الإطار القانوني لتحديد الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ولكنه لا يجب أن يقلل من الطابع السياسي للسيادة ، ففي هذا المجال وحيث تتصل السياسة على نحو مباشر بالعناصر القانونية، فإنه يجب الامتناع عن وضع بناء قانوني سرعان ما يخالفه العمل الواقعي ويؤدي بالتالي إلى عدم الالتزام بقواعد القانون، ومن هنا فإنه لا يمكن ترك جزء هام من الحياة الاقتصادية الدولية يخضع لتحكم السياسة والتي ستكون الدول أولى ضحاياه.

ولما كانت عقود الاستثمار، عقود الدولة، تتعلق على نحو متصل بالحياة السياسية والاقتصادية للدولة، ولاسيما الدولة الراغبة في النمو ، فإنه يكون من الأفضل بدلا من استعمال المعيار الموضوعي، وجود الدولة كطرف في العقد، أن يحل محله معيار دبلوماسيا، وهو أن يقع على عاتق الدولة أن تحدد ما إذا كانت تعاقدت كشخص من أشخاص القانون الدولي العام أم من أشخاص القانون الخاص؟، ومثل ذلك الحل

1- سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 617.

2- Mann, F.A, "Studies in International Law", Oxford, 1973, p 241.

يتميز باحترامه لسيادة الدولة مع إلزامه إياها بكشف نواياها فيما يتعلق بالالتزامات التي ترتبط بها، ويتميز هذا المعيار بأنه يخلق حدا أدنى من الأمان القانوني في مجال يسود فيه قدر من عدم الاستقرار والتحكم[1].

أيضا، إذا كان حقيقيا أنه من غير الممكن افتراض قبول الدولة إخضاع العقد المبرم بواسطتها لقانون دولة أخرى أو للمبادئ العامة للقانون الدولي العام، فإنه من غير المعقول أيضا افتراض قبول الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إخضاع العقد المبرم بينهما لقانون هذه الدولة، لاسيما وأن قبول الطرف الأجنبي الخضوع لسلطان هذا القانون يعرضه لمخاطر السيادة والإجراءات الانفرادية التي يمكن أن تقوم بها هذه الدول انطلاقا من مبدأ سيادتها على اتخاذ كافة الإجراءات التي تراها محققة لمصلحتها القومية.

وإذا كان قانون الدولة المتعاقدة غالبا ما يعتبر في الواقع العملي هو القانون واجب التطبيق، فإن ذلك لا يرجع إلى وجود قرينة على تطبيق قانون هذه الدولة نظرا لصفتها كدولة، وإنما يرجع إلى طبيعة العقد ذاته والذي يتركز تنفيذه أو على الأقل الجانب الأعظم منه على إقليم هذه الدولة.

فقانون الدولة المتعاقدة يكون واجب التطبيق في مثل هذه الحالات باعتباره قانون محل التنفيذ.

وقد رفض البعض التسليم بوجود مثل هذه القرينة، ووصفوها بأنها غير منطقية وذلك أن الدولة عند إبرامها لهذه العقود تتعاقد ليس بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي، ولكن باعتبارها شخص عادي، فهي وقت إبرامها لهذه العقود تكون على قدم المساواة مع الطرف الأجنبي الخاص، ولما كانت الدولة هنا تتعامل انطلاقا من مبدأ المساواة فلا يجوز لها أن تتمسك بحصانة تشريعية كانت أو قضائية، بوصفها شخص دولي عام ذو سيادة، تعفيها من الخضوع لقانون آخر غير قانونها، إذ أن ذلك يعد خرقا لمبدأ المساواة المتوقع وجوده بين الأطراف في العقد المبرم بينهم[2].

<u>الفرع الثاني</u>: خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة بناءا على اعتبارات سياسية

تعد ظاهرة توطين عقود الدولة بإخضاعها للسلطان المطلق والكامل للقانون الوطني للدولة المتعاقدة سواء من حيث الاختصاص القضائي أو التشريعي، ظاهرة تفسرها الحلول المستقرة في الفقه التقليدي للقانون الدولي وهي حلول تم تكريسها صراحة في كل من القضاء الوطني والدولي وأيضا كرسها فقه القانون العام الذي يرتكز على أن للدولة حق مطلق في ممارسة سيادتها على إقليمها، قد يحد منه نظرا لحاجة المعاملات الدولية وانطلاقا من فكرة المجاملة، أو أن تطبق قانون أجنبي أو تعترف بالاختصاص لمحكمة أجنبية طبقا لقواعد الإسناد التي تقوم هذه الدولة بتحديدها وفقا لما تراه ملائما لها ومحققا لمصالحها[3].

1- Berlin, Dominique, "Les Contrats d'Etats et la Protection des Investissements Internationaux", Droit et Pratique du Commerce International, 1987, p p 40- 44.

2- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 620- 621.

3- Siorat, Lucien, "les Limitations Apportées à la Souveraineté d'Etats par la convention pour le Règlement de Relatifs Aux Investissement Prives Internationaux", Investissements Etrangers, pedone, 1969, p p 56 – 59.

وتعد دول أمريكا اللاتينية هي منبع النظريات التي دافعت عن الخضوع الكامل لعقود الدولة إلى النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة، إذ رفضت هذه الدول خضوع المتعاقدين الأجانب المتعاملين معها للقانون الدولي، وهذا الرفض يفسره إرادة هذه الدول في الحد من استغلال الشركات الكبرى والتي تحت مظلة الحماية الدبلوماسية كانت لا تتردد في التدخل في الشؤون الداخلية لهذه الدول[1].

ولقد لاقت هذه الأفكار نجاحا على الصعيد القانوني، من خلال تبني نصوص دستورية لا تقتصر على إسناد العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية على نحو كامل وقاصر على القانون الوطني، ولكن أيضا وكقاعدة عامة تقضي بخضوع الأجانب إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

وإعمالا لهذه التقاليد، فإن دول أمريكا اللاتينية وعلى مستوى العلاقات فيما بينها وبين المستثمرين الذين ينتمون بجنسياتهم إلى دول أجنبية، قامت بإعمال شرط كالفو (Calvo Clause)[2].

<u>الفرع الثالث</u>: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة

ذهب جانب من الفقه، إلى القول بأن القرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة والمتعلقة بالسيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية والتنمية الاقتصادية، تقدم أساسا قانونيا جديدا لتطبيق القانون الوطني للدول الأطراف على عقود الاستثمار المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبي، والتي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية لهذه الدول.

إذ أنه طبقا لهذه القرارات، فإن قانون الدولة الطرف يطبق على هذه العقود ليس بالضرورة بناءا على النظرية التقليدية التي تقضي بأن العقود المبرمة بين أطراف ليس جميعها من أشخاص القانون الدولي يجب أن يحكمها القانون الوطني، ولكن على أساس حقوق السيادة التي تتمتع بها الدول الأطراف على ثرواتها الطبيعية كما يحددها القانون الدولي ومن أجل زيادة التنمية الاقتصادية لهذه الدول بصفة عامة وتنمية الموارد التي يشملها الاتفاق بصفة خاصة[3].

1- وهذا الموقف من دول أمريكا اللاتينية لم يكن سوى مجرد رد فعل تجاه الدول التي تتبعها الشركات الأجنبية التي كانت لا تتورع عن التدخل في شئون هذه الدول تحت مظلة الحماية الدبلوماسية والتي قد تتخذها ذريعة للتدخل العسكري.

2- نظرية كالفو أو ما يعرف بشرط كالفو، الذي يمثل ما كانت تعاني منه دول أمريكا اللاتينية من التدخل المستمر لحماية الأجانب المقيمين فيها بدعوى ممارسة حق الحماية الدبلوماسية، وعلى الرغم من أن كالفو لم يدون نظرية متكاملة، إلا أنه قد عبر عن أرائه في التدخل والمساواة في السيادة وحقوق الأجانب، وخضوعها لمحاكم الدولة ومساواتهم بالوطنيين، وقد تضمنت معظم دساتير دول أمريكا اللاتينية هذا الشرط، وأيضا قوانينها الخاصة باستغلال الموارد الطبيعية، إلى الحد الذي جعل عقود الاستثمار في هذه الدول تتضمن تنازل الأجانب عن اللجوء إلى حكوماتهم لممارسة الحماية الدبلوماسية.

3- أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقات البترولية، المرجع السابق، ص 628- 629.

إن مبدأ السيادة التامة للدول على مواردها الطبيعية[1] هو أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام بصفة عامة والقانون الاقتصادي الدولي بصفة خاصة.ح

ولقد كان الاعتراف القانوني بهذا المبدأ وإعطائه شكل الاتفاقيات الاقتصادية، أمرا بالغ الأهمية بالنسبة للدول الراغبة في النمو والتي تمتلك احتياطي كبير من الموارد الطبيعية، ولقد انعكس هذا على القرارات الدولية وبخاصة قرارات الجمعية العامة.

ومن قرارات الجمعية العامة التي يستند إليها هذا الاتجاه القرار رقم (1803) الصادر في 1962/12/14 والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، حيث نص على أن استغلال وتنمية هذه الموارد والتصرف فيها وكذلك استيراد رأس المال الأجنبي اللازم لهذه الأغراض يجب أن يتم طبقا للقواعد والشروط التي تعتبرها الشعوب والأمم ضرورية، أو مرغوبا فيها للسماح بتلك النشاطات أو تقييدها أو حظرها[2].

كما نص على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية مع مراعاة أن يكون ذلك على أساس من المنفعة العامة أو المصلحة الوطنية المسلم بأولويتها على المصلحة الفردية، على أن يدفع للمالك التعويض الملائم وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها وفقا لقواعد القانون الدولي[3].

1- ويتضح مبدأ السيادة التامة للدول على جميع ثرواتها وعلى نشاطها الاقتصادي في الأحكام الأساسية التالية:

أ- تتمتع كل دولة بالسيادة التامة والدائمة على جميع ثرواتها الطبيعية وثرواتها الأخرى.

ب- تقوم كل دولة بإقامة نظام استخدام مواردها الطبيعية بنفسها، وهي تستطيع أن تستعملها بنفسها أو تقدم الامتيازات للأجانب من أجل استثمارها أو السماح بتأسيس شركات مختلطة ومشروعات مشتركة، أو أن تعتمد أشكالا أخرى لاستخدام هذه الموارد.

ج- تمتلك كل دولة حق السيادة في ممارسة النشاط الاقتصادي، وهذا يعني استطاعة كل دولة من الدول الراغبة في النمو ممارسة أية إجراءات داخلية موجهة نحو الحفاظ على استقلالها الاقتصادي.

د- يحق لكل دولة ضبط ومراقبة الاستثمارات الأجنبية في أراضيها وفقا لقوانينها وتشريعاتها وبالتطابق مع أهدافها الوطنية وقضاياها ذات الأولوية، ويجب ألا تجبر أي دولة على تقديم أية تسهيلات للاستثمارات الأجنبية، ويعني ذلك قيام الدولة بنفسها بتحديد نظام الاستثمار والقضايا الأخرى المماثلة، لأن تحديد نظام الاستثمار وفقا لهذا المبدأ يدخل ضمن دائرة الاختصاص الداخلية للدولة ولا يعتبر مادة للضبط من جانب القانون الدولي.

هـ- يحق لكل دولة الحصول على التعويضات المناسبة لقاء استخدام أو تقليص للموارد الطبيعية والموارد الأخرى، ومن حق كل دولة في حال فقدانها بشكل مؤقت للسيادة، عليها أن تستعيد سيادتها على الموارد الطبيعية وعلى النشاط الاقتصادي، وكذلك من حقها أيضا أن تحصل على التعويضات التامة لقاء استغلال مواردها الطبيعية.

و-لا يمكن أن تتعرض أي دولة للضغط بهدف الحيلولة دون ممارستها بحرية لحقها في التصرف بمواردها الطبيعية.

ز- لكل دولة الحق في تأسيس الروابط للدول المنتجة للخامات، ويعتبر هذا الحق إحدى وسائل التنفيذ الفعلي لمبدأ السيادة على الموارد الطبيعية، أنظر: عماد حبيب، المرجع السابق، من ص78 إلى ص80.

2- نص المادة (02) من القرار رقم (1803)، الصادر عن الجمعية العامة، بتاريخ 1962/12/14، والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية.

3- نص المادة (04) من القرار رقم (1803) السابق الإشارة إليه، أنظر في ذات المعنى: حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على مواردها الأرض الطبيعية، جامع القاهرة، كلية الحقوق، 1978، ص 118.

أيضا قرار الجمعية العامة رقم (3171) الذي أكد على حق الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية، وهذا المبدأ يتضمن استحالة أن تتنازل الدولة عن حقها في التأميم مقدما، إذ تؤكد الجمعية العامة للأمم المتحدة على إعمال مبدأ التأميم بواسطة الدولة على اعتبار أنه تعبير عن سيادتها من أجل المحافظة على ثرواتها الطبيعية، يتضمن أن لكل دولة الحق في أن تحدد قيمة التعويض ووسائل الوفاء به، ويتم الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه المسألة وفقا لقانونها الوطني[1].

كما أشار القرار رقم (3201) الصادر في 1974/05/01 والمتعلق بإنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد على حق كل دولة في السيادة الكاملة والدائمة على مواردها الطبيعية وكل الأنشطة الاقتصادية فيها، ولحماية هذه الموارد يكون لكل دولة الحق في ممارسة رقابة فعالة عليها وعلى استغلالها بالوسائل الأكثر ملائمة بالنسبة لها بما في ذلك الحق في التأميم أو نقل الملكية لمواطنيها، ويعد هذا الحق تعبيرا عن السيادة الكاملة والدائمة، ولا يجوز أن تخضع أي دولة في ممارسته لأية ضغوط سياسية أو اقتصادية تحول دون ممارستها هذا الحق[2].

كما أكد قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (3281) الصادر في 1974/12/12 والخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول" أن لكل دولة الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها ولكن يتعين عليها في هذه الحالة أن تقوم بدفع تعويض ملائم طبقا للقوانين واللوائح النافذة فيها وفي كل حالة يثور فيها النزاع بشأن مسألة التعويض يجب أن يحسم النزاع بموجب القانون الوطني للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم وبواسطة محاكم هذه الدولة، إلا إذا اتفقت الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول ومبدأ حرية اختيار الوسائل[3]".

اختلفت الآراء الفقهية حول القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، سواء تلك المتعلقة بتقرير حق الدولة على ثرواتها الطبيعية أو تلك المتعلقة بإنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد والقرار الخاص بالحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

فقد ذهب جانب من الفقه، الاتجاه التقليدي في القانون الدولي العام، إلى اعتبار هذه القرارات مجرد توصيات لا تتمتع بأي قوة ملزمة بالنسبة للدول ولا يمكن إجبار الدول على إصدار قوانين تتبناها [4].

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 182.

2- نص المادة (04) من القرار رقم 3201، الصادر عن الجمعية العامة، بتاريخ 1974/05/01، والمتعلق بإنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد.

3- المادة (02) من قرار الجمعية العامة رقم (3281)، الصادر بتاريخ 1974/12/12 والخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

4- سراج أو زيد، المرجع السابق، ص 613.

إلا أن هذا الرأي قد تعرض لانتقادات شديدة داخل المنظمات الدولية سواء من الدول المتقدمة أو الدول الراغبة في النمو، إذ تذهب العديد من الدول المتقدمة إلى أن القرارات الصادرة من الأمم المتحدة تشكل مبادئ يمكنها أن تكتسب صفة العرف الدولي إذا توافرت شروط تكوينه، ومن جهة أخرى فإن الدول المتقدمة تعد قرارات الأمم المتحدة تعبيرا عن الإرادة الجماعية للدول ومن هذه الزاوية فإنها تخلق مبادئ عامة قانونية ملزمة، فرضاء الدول الذي تحقق لحظة التصويت على هذه القرارات لا يحتاج مطلقا لأن يتم تجديده أو تأكيده فيما بعد عن طريق إتباع نفس القاعدة كما يتطلب بشأن العرف الدولي.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة تتضمن التزامات لها طابع قانوني ولكن جوهر المسألة ليس مسألة الطابع الإلزامي أو الإجباري لهذه القرارات ولكن مدى وضع هذه القرارات موضع التنفيذ، فالقاعدة التي لا يتم تطبيقها أو إعمال حكمها لا تعد قاعدة قانونية، فمن الثابت أن القانون الدولي العام الحديث لا يلزم الدول بتنفيذ القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة بل يلزمها فقط بتنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس الأمن.

الفرع الرابع: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بناءا على إعمال نظرية التركيز.

يرى أصحاب هذه النظرية[1]، أن أساس خضوع العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة هو أن هذا القانون هو القانون الذي ترتبط به عقود الدولة ارتباطا وثيقا على نحو يتعين معه إعمال قواعد هذا القانون.

فعادة ما يتم إبرام هذه العقود في إقليم الدولة المتعاقدة ويتم تنفيذها في هذا الإقليم كما أنها علاوة على ذلك ترتبط بالمصالح الأساسية للدولة، ومن هنا فإن المحكم من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العقود يقوم بتحليل جميع العناصر القانونية والواقعية من أجل تحديد القانون الذي ترتبط به هذه العقود، على نحو قاطع فكأن المحكم يقوم بعملية تركيز للعملية التعاقدية بين الدولة والطرف المتعاقد معها في القانون المناسب الذي يتعين إعماله على هذه العقود، ويقوده هذا البحث في غالبية الفروض إلى قانون الدولة المتعاقدة.

الفرع الخامس: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا إلى فكرة العقد الإداري.

تتمتع العقود المبرمة بين الدولة والأطراف الأجنبية بخصائص تجعلها تقترب من فكرة العقد الإداري.

فعقود الدولة تبرمها سلطة عامة من أجل تحقيق مصلحة عامة، ومن هذه الزاوية لا تختلف هذه العقود عن العقد الإداري الذي يتمتع بذات الخصائص، وإعمال نظرية العقد الإداري على عقود الدولة يجعل هذه العقود تخضع لذات النظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري، فتستطيع الدولة المتعاقدة أن تقوم بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه دون أدنى مسؤولية تعاقدية.

1- وتستند نظرية التركيز إلى عاملين، الأول إقليم الدولة التي يتم تنفيذ العقود فيه والثاني إعمال القانون ذي الصلة الأوثق بالعلاقة التعاقدية.

وإلى جانب هذا الاتجاه، الذي يؤيد خضوع عقود الدولة إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظرا لتكييف هذه العقود على أنها عقود إدارية خالصة، هناك اتجاه أخر أكثر حداثة يرى أن النظام الحالي الذي بدأ يتبلور بشأن العقود التي تكون الدولة طرفا فيها في شأن مسألة التأميم يقترب من نظام العقد الإداري الفرنسي[1].

تعرض هذا الاتجاه للنقد، حيث أن وجود الدولة كطرف في العقد المبرم بينها وبين شخص عادي لا يعد معيار كافي للقول بأن هذا العقد يعد إداريا، بل لابد من توافر عناصر أخرى، فالمعيار العضوي على الرغم من أهميته، إلا أنه غير كاف ولابد من تعضيده، بمعيار أخر وهو المعيار المادي الذي يتطلب أن يكون العقد المبرم بواسطة شخص من أشخاص القانون العام يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون العام[2].

وإذا انقطعت الصلة بين العقد وأحد المرافق العامة، فإن العقد لا يعد إداريا بل يعد من عقود القانون الخاص ولو كان أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام[3].

المطلب الثاني: الاتجاه القائل بخضوع العقد للقانون الدولي العام.

يذهب جانب من الفقه إلى إخضاع العقود المبرمة بواسطة الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع الأطراف الأجنبية المتعاقدة معها للقانون الدولي العام، إلا أن الأسس التي يستندون إليها تختلف من فقيه إلى آخر، وعلى الرغم من هذا الاختلاف، فهناك هدف واحد يجمعهم، وهو تدويل عقود الدولة من أجل اقتلاعها من السيطرة الطبيعية للقانون الوطني للدول المتعاقدة، لما يمثله هذا الخضوع لذلك القانون من مخاطر جسيمة للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة.

فخضوع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، يمكن هذه الأخيرة من تعديل العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي أو إنهائه بإراداتها المنفردة، وهو ما يؤدي إلى الإخلال بحقوق الطرف الأجنبي الناجمة عن العقد، ودرء هذا الخطر لا يكون بتقييد سلطات الدولة عن طريق تبني شروط الثبات التشريعي، التي تهدف إلى تقييد إرادة الدولة أو الحد منها، والتي قد تفشل في تحقيق الغرض منها، وإنما بخضوع هذه العقود للقانون الدولي[4].

1- العقد الإداري الفرنسي يقضي بتمتع الدولة بالحق في تعديل بل وإنهاء عقود التنمية الاقتصادية التي تنفذ على إقليمها بإرادتها المنفردة ولا يقتصر إعمال هذا الاتجاه على الدول الراغبة في النمو، بل يمكن لأي دولة أن تقوم بتعديل العقد أو تغييره، ولكن يظل هذا الحق مقيدا بفكرة المصلحة العامة والحفاظ على المصالح الاقتصادية للطرف المتعاقد معها.

2- مثل حق الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة وحقها في إشراف والرقابة أثناء تنفيذ العقد، وحقها في تعديل شروط العقد أو إنهائه دون الرجوع للطرف الآخر، أو أن يقوم الطرف المتعاقد مع الشخص العام بإدارة وتسيير مرفق عام، ويتخذ اتصال العقد بالمرفق العام صورا متعددة، فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق أو إدارته أو استغلاله أو المساهمة فيه، أنظر: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة،1991، ص 62- 63.

3- محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 25.

4- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 558.

وإعمال هذا الأخير، يضمن للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة حماية أكيدة وفعالة، فمن ناحية يؤدي تدويل العقد إلى منح الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة إمكانية التمسك بقواعد القانون الدولي العام في مواجهة الدولة المتعاقدة مباشرة، وما يترتب على ذلك من حقوق تترتب له في مواجهتها.

فاعتبار العقد المبرم بين الدولة والطرف المتعاقد معها بمثابة معاهدة تسمح بمساءلة الدولة مع الإبقاء على الالتزامات التعاقدية التي تعهدت بها، ومن ناحية أخرى فإنه في حالة قيام الدولة بتعديل العقد وإنهائه، يؤدي التدويل إلى إمكانية مساءلة الدولة المتعاقدة معه دوليا.

فخضوع عقود الدولة إلى القانون الدولي، يعد وسيلة لمقاومة الطابع الخاص الذي يطبقه القضاء على تلك العقود[1].

وينقسم فكر التدويل إلى عدة اتجاهات: الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي العام استنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص، الاتجاه القائل بخضوع عقود الدولة للقانون الدولي العام بناء على إرادة الأطراف المتعاقدة ودون حاجة إلى إعمال منهج التنازع، الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي العام باعتباره معاهدة دولية، الاتجاه القائل بتدويل العقد تحت مظلة المعاهدات الحمائية، ثم الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد.

وسوف نخصص لدراسة كل اتجاه فرع مستقل على حدى وذلك كالتالي:

<u>الفرع الأول</u>: إخضاع العقد للقانون الدولي العام استنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص.

قمنا بتقسيم هذا الفرع إلى عنصرين اثنين، حيث تولينا دراسة اتجاه الفقيه مان (Mann) القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي العام استنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص في العنصر الأول، والنقد الموجه له في النصر الثاني، وهذا على النحو التالي بيانه:

أولا: رأي الفقيه مان (Mann).

يعتبر الفقيه مان من أبرز الفقهاء الذين نادوا بتطبيق القانون الدولي العام على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة المقرر في القانون الدولي الخاص.

وقد بدأ MANN في تدعيم وجهة نظره بالقول، بأن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية وخاصة الدول، تخضع بدون شك من حيث المبدأ للقانون الدولي العام، ولكن على الرغم من أن الأشخاص الدولية

1- ولا سيما محكمة العدل الدولية، والتي استبعدت كل مسؤولية على عاتق الدولة الإيرانية لصالح الحكومة البريطانية، إذ أن التأميمات التي قامت بها هذه الدولة ضد الرعايا البريطانيين والتي تمسكت الحكومة البريطانية بأنها شد الالتزامات الدولية التي تعهدت بها إيران في عقود امتياز البترول، لا تشكل انتهاكات لهذه الالتزامات من وجهة نظر المحكمة، إذ أن هذه الأخيرة ذهبت إلى أن عقد الامتياز، نظرا لطابعه التعاقدي لا يمكن أن ينشئ التزاما وفقا لمفهوم القانون الدولي العام على عاتق الدولة، أنظر: حفيظة الحداد، العقود لمبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 559.

تتعاقد عادة في نطاق القانون الدولي العام، إلا أنه لا توجد قاعدة قانونية تحظر عليهم إخضاع معاملاتهم لنظام قانوني وطني من اختيارهم.

وإذا كانت العقود المبرمة بين شخص دولي من ناحية وشخص طبيعي أو اعتباري تابع لنظام قانوني وطني من ناحية أخرى، تكون محكومة كقاعدة بواسطة نظام قانوني داخلي مختار بواسطة الأطراف، فإنه من الممكن بالنسبة لهذه العقود التي يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون الدولي العام أن تخضع للقانون الدولي العام استنادا إلى إرادة هؤلاء الأطراف.

ولقد أسس Mann رأيه في تدويل هذا النوع من العقود وإخضاعها للقانون الدولي العام على أساس نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص، حيث أنه يرى أن مسألة ما إذا كان من الجائز في ظل أية ظروف للشخص الدولي والشخص الخاص إخضاع عقدهما للقانون الدولي العام أمر يتعلق بنظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص أكثر من تعلقه بالقانون الدولي العام ذاته.

وإذا كانت هناك قيود تحد من حرية الأطراف في الاختيار – وتناولها العديد من الفقهاء –، إلا أن أيا منهم لم يستبعد حرية الأطراف في اختيار القانون الدولي العام، وخاصة عندما يكون العقد مبرما مع أحد أشخاص القانون الدولي، وعندما تقضي طبيعة الأشياء بأن تكون هناك علاقة وثيقة بالقانون الدولي العام.

ويرى Mann أنه لا يجب النظر إلى مسألة اختيار القانون الدولي العام ليحكم العقد من خلال الواقع المتمثل في أن هذا القانون عادة ما ينظم العلاقات بين الأشخاص الدولية.

وقد سعى Mann إلى تبرير وجهة نظره، بأن إمكانية تدويل العقود تكمن في متطلبات العلاقات الدولية، حيث أن هناك بعض الحالات لا تجد حلا عمليا لها في اختيار نظام قانوني أخر غير النظام القانوني الدولي، وخصوصا أن الدول عادة ما تكون غير مؤهلة للخضوع لنظام قانوني أجنبي، بينما الأشخاص الخاصة إما أن يكونوا رافضيين الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة أو يكونوا راغبين في ذلك، وفي مثل هذه الظروف فإن الإشارة إلى القانون الدولي تعد الوسيلة الفعالة لمواجهة هذه الظروف الواقعية التي توقف بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم.

ولما كان للأطراف الحق في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد إعمالا لمبدأ الإرادة، فإنه بإمكان الأطراف توجيه هذا الاختيار نحو القانون الدولي العام واختياره كنظام قانوني حاكم للعقد.

وإذا كان من المؤكد أيضا أن القانون الدولي العام يختص بتنظيم العلاقات فيما بين الدول، بيد أنه ليس هناك ما يمنع اختيار ذلك النظام القانوني الدولي إذا ما انصرفت إليه إرادة الأطراف، وذلك على الرغم من كون أحد الأطراف المتعاقدة ليس شخصا من أشخاص ذلك النظام القانوني الدولي[1].

ثانيا: نقد الآراء التي ندى بها Mann.

1- Mann,F.A, "The proper Law OF Contracts Concluded by International Persons", British Year Book of International Law, 1959, p 34- 45- 47.

وقد تعرضت الآراء التي نادى بها Mann للعديد من الانتقادات:

1- إن تطبيق القانون الدولي على هذا النوع من العقود بناءا على نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص أمر يصعب الموافقة عليه، ذلك أن قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدول المختلفة، تهدف إلى حسم التنازع بين القوانين الوطنية التي تتزاحم فيما بينها لحكم العلاقة التعاقدية، فهذه القواعد تفترض أنه أيا كان القانون واجب التطبيق فإنه لن يخرج عن كونه أحد القوانين الوطنية، كما أنه من غير المعقول أن يدخل القانون الدولي العام في تنازع مع القوانين الوطنية نظرا لسموه على هذه القوانين[1].

2- إن القانون الدولي العام، لا يمكنه أن يكون القانون المناسب لحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، حيث أن قواعد هذا القانون لا تسري إلا على العلاقات التي تتم بين أشخاصه، فكل قاعدة قانونية في نظام قانوني معين تميز المخاطبين بها، سواء بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، ولذلك فإن هناك اتصالا وثيقا وضروريا بين جوهر القاعدة القانونية، الحق والواجب، والسلطة والأعباء الناتجة عنها، وأشخاص النظام القانوني الذي توجد فيه القاعدة.

فالقواعد القانونية يتم صياغتها تبعا لطبيعة ونوعية واحتياجات وسلوك أشخاص النظام القانوني الذي تعد القواعد ذاتها جزء منه، كما أن هدف كل نظام قانوني هو تنظيم حالة وعلاقات الكيانات الاجتماعية التي وجد من أجلها.

3- إن القول بأن بمقدور الأطراف اختيار القانون الدولي العام كقانون حاكم للعقد، معناه أنه بمقدور الأشخاص الخاصة أن يعترفوا لأنفسهم بالشخصية الدولية، وهو أمر لا يمكن قبوله، وذلك لأن القانون الدولي العام ذاته هو الذي يتولى تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكامه[2].

<u>الفرع الثاني</u>: إخضاع عقود الدولة للقانون الدولي العام بناءا على إرادة الأطراف المتعاقدة ودون حاجة إلى إعمال منهج التنازع.

قمنا بدراسة هذا الفرع، من خلال تحديد مضمون الاتجاه القائل إخضاع عقود الدولة للقانون الدولي العام بناءا على إرادة الأطراف المتعاقدة ودون حاجة إلى إعمال منهج التنازع في العنصر الأول، والنقد الموجه له في العنصر الثاني، كالآتي:

أولا: مضمون الاتجاه.

1- أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقات البترولية، المرجع السابق، ص 858.

2- سراج أبو زيد، المرجع السابق ص 628- 629.

يذهب جانب من الفقه إلى أن النظر إلى تدويل العقد على اعتبار أنه وليد التعبير عن الإرادة المتطابقة للأطراف المستند إلى قاعدة تنازع القوانين الخاصة بالعقود الدولية يقود إلى تقدير غير صحيح للدور الذي تقوم به الدولة في هذا الاتفاق، ويغفل أيضا طبيعة القانون الدولي، فإذا كانت إرادة الدولة والطرف المتعاقد معها قادرة على إخضاع العقد المبرم بينهما إلى القانون الدولي، فإن هذا لا يعني أن مبدأ سلطان الإرادة يؤدي وظيفته المعتادة في الإسناد، فالقانون الدولي لا يمكن أن يكون محلا لتنازع القوانين، نظرا لسموه على سائر الأنظمة القانونية، بمعنى أن العقد يسند إليه بوصفه قانونا مختارا من قبل الأطراف، فإرادة الدولة والطرف المتعاقد معها في خضوع العقد المبرم بينهما للقانون الدولي لا تستمد من قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية.

والرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص، لا يعد حلا حتميا أو مفروضا بالضرورة، إلا أنه إذا كان من قبيل الأهمية، نظرا للطابع الخاص للعلاقة بين الدولة والمتعاقد معها تحديد القانون الوطني الذي يحكم هذه العلاقة، فإنه لا بد من معرفة أن للدولة حرية أصيلة في اختيار القانون الدولي أو القانون الوطني، إذ أنه لا يوجد قانون داخلي يفرض عليها، فهي دائما وبإرادتها الخالصة، تخضع لأي منهما، وذلك دون أدنى تدخل من قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود، فالدولة يمكن أن تلتزم تبعا للقانون الدولي أو للقانون الداخلي مع شخص خاص أجنبي، رغم عدم إمكانية التزام هذا الأخير تبعا لأحكام القانون الدولي العام، نظرا لأن القانون الدولي لا ينظم إلا العلاقات الناشئة بين أشخاصه، وذلك دون حاجة إلى الاستناد إلى قواعد الإسناد المستخدمة في إطار النظرية العامة للعقود لتحديد القانون واجب التطبيق عليها[1].

وإذا كان القانون الدولي يمكن إعماله على العقد المبرم بين الدولة وطرف خاص أجنبي، فإن هذا التطبيق لا يستند إلى ضابط الإرادة المعبر عنه في إطار قاعدة تنازع القوانين الخاصة بالعقود، والتي تعين هذا القانون بوصفه قانون العقد، إذ أنه من المستحيل أن يكون القانون الدولي داخلا في تنازع تبعا للمفهوم المعروف لهذه الفكرة في تنازع القوانين مع قانون وطني أيا ما كان، فإرادة الدولة في أن تلتزم في علاقة مع طرف خاص أجنبي وفقا لأحكام القانون الدولي هي الأساس الحقيقي لتدويل العقد، والمقصود بالطبع ليس الإرادة المنفردة للدولة، بل من الإرادة المتطابقة لكل من الدولة والطرف المتعاقد معها، سواء اتخذ ذلك صورة إيجاب صادر من الطرف الأجنبي صادفه قبول الدولة، أو سواء اتخذ ذلك صورة اقتراح من الدولة قبله الطرف الأجنبي.

وإرادة الدولة هي وحدها الصالحة لإدراج العقد في القانون الدولي، كما أن هناك عدد من العناصر الموضوعية التي تفيد في تحديد طائفة العقود القابلة للتدويل تتصل بالصفة المركبة للعقود إلى جانب صفة الدولة ذاتها، ولذا فإنه بجانب وجود الدولة، فإن الشرط الموضوعي الوحيد المتطلب من أجل أن يرتب التدويل أثره، هو العهدة بالمنازعة المحتملة النشوء بين الدولة والطرف المتعاقد معها إلى التحكيم الدولي،

1- Jacquet, Jean Michel, "Principe d'Autonomie et Contrats Internationaux", Economica, Paris, 1983, p 148 - 150.

ويترتب على ذلك أن منح الاختصاص للمحاكم الوطنية سواء كانت محاكم الدولة الطرف أو محاكم دولة أخرى يحول دون تدويل العقد، إلا أنه لا يفهم من ذلك أن مجرد وجود شرط التحكيم يعد عاملا كافيا على أن إرادة الأطراف انصرفت إلى تدويل العقد.

والأثر العام لتطبيق القانون الدولي على العقد المبرم بين الدولة وشخص أجنبي خاص، هو السماح لطرفي العقد اللذين يقفان على قدم المساواة بأن يتمسك كل منهما في مواجهة الأخر بقواعد القانون الدولي، ومن هنا فإن إرادة الدولة في التدويل أمر ضروري ولا غنى عنه، كما أن تدويل العقد يسمح للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة بالتمسك في مواجهتها مباشرة بقواعد القانون الدولي والتي تقرر حقوقا لصالحه.

فهذا الأثر المباشر للقانون الدولي، والذي بواسطته يكون الطرف الخاص في علاقة مباشرة مع هذا القانون، هي النتيجة المترتبة على التدويل، والتدويل يؤدي إلى أن هذه العقود يكون لها قاضيها وقواعدها الخاصة بها، فالقانون الدولي يتصل على نحو مباشر عن طريق قواعده بكل من طرفي العقد، بمعنى أنه، وهذه وظيفته كنظام قانوني، يوجه مسلك الأطراف ويحدد نطاق حقوق الأطراف وواجباتهم، وفي حالة نشأة منازعة لا يمكن حلها عن طريق المفاوضات، فإن المحكم الدولي يكون هو القاضي الدولي للعقد وهو أفضل من القاضي الوطني، ويمكنه أن يطبق القانون الدولي مباشرة[1].

وأيا ما كان الأمر، وعلى الرغم من الاختلاف الجوهري في المنهج الذي يؤدي إلى خضوع عقود الدولة للقانون الدولي استنادا إلى إعمال منهج تنازع القوانين، بمعنى أن القانون الدولي تم اختياره بناء على قانون الإرادة الذي يجد أساسه القانوني في قاعدة إسناد تبيح هذا الاختيار، أو في المنهج الذي يؤسس هذا الإعمال على إرادة الأطراف المتعاقدة التي لا تستند إلى قاعدة إسناد تهدف إلى حل التنازع بين القوانين.

إذ أن القانون الدولي لا يمكن أن يدخل في تنازع مع أي قانون وطني أيا ما كان، فإن الذي يعني في هذا المقام هو أن خضوع عقود الدولة للقانون الدولي العام مبعثه إرادة الأطراف أيا ما كان المنهج الذي تستند إليه هذه الإرادة، وهذه الإرادة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية تستنبط من وجود شروط أخرى في العقد يمكن تفسيرها على أنها تشير إلى تطبيق القانون الدولي، وتستبعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة[2].

ثانيا: نقد الاتجاه.

وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد، نظرا لافتقاد الأساس القانوني الذي تستند عليه إرادة الأطراف لاختيار القانون الدولي كقانون حاكم للعقد، حيث يرى البعض أن إرادة الأطراف، حتى إذا كانت من بينها إرادة شخص من أشخاص القانون الدولي، لا تملك أن تقرر أن الاتفاق المبرم بين الدولة والأطراف الخاصة الأجنبية يجد أساسه ومصدره في هذا القانون.

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 192- 193.

2- Jacquet, Jean Michel, O.P , P169.

فالقانون الدولي هو وحده القادر على تحديد إذا كان عليه أن يأخذ بعين الاعتبار هذا التصرف ويضمن فاعليته القانونية ويضفي عليه القوة الملزمة، فالأمر إذن لا يتعلق بمحض إرادة الأطراف في جلب الاختصاص التشريعي للقانون الدولي، إذ أنه من غير المعقول أن ينعقد الاختصاص لمحكمة العدل الدولية استنادا إلى أن بعض الأشخاص ارتأت أن تضفي على نفسها صفة أشخاص القانون الدولي العام[2].

ويرفض جانب من الفقه تطبيق القانون الدولي حتى وإن حددت الأطراف ذلك القانون باعتباره القانون الذي يحكم اتفاقهم، إذ أن هذا الاختيار لا يمكن أن يجعل من القانون الدولي قانونا ملائما لحكم الاتفاق المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي، فقواعد القانون الدولي لا تسري على العلاقات التي تتم بين أشخاص من غير أشخاص القانون الدولي[3].

الفرع الثالث: إخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره معاهدة دولية.

تناولنا في هذا الفرع، مضمون الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره معاهدة دولية في العنصر الأول، والنقد الموجه له في العنصر الثاني، على النحو التالي بيانه:

أولا: مضمون الاتجاه.

يرى بعض الفقهاء، أن العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية الخاصة عبارة عن اتفاقيات تخضع بطبيعتها للقانون الدولي العام الإتفاقي وذلك لتمتعها بالخصائص التالية:

1- إن هذه العقود عادة ما تتخذ شكل المعاهدات الدولية، حيث يتم إبرامها وفقا للأشكال والإجراءات التي تبرم وفقا لها المعاهدات الدولية.

2- إن هذه العقود تتضمن شروطا، تلزم الدولة المتعاقدة بعدم اتخاذ بعض الإجراءات الداخلة في اختصاصها السيادي، أو الإجراءات التشريعية التي من شأنها تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد(شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد).

3- تنص هذه العقود على خضوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها لمحكمة دولية.

4- إن هذه العقود تتضمن إرادة حقيقية للأطراف سواء كانت صريحة بموجب شرط تحديد القانون واجب التطبيق، أو ضمنية في إخراج الاتفاق من اختصاص القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه، أنه ليس كل اتفاق مبرم بين الدولة والطرف الأجنبي الخاص يندرج بالضرورة ضمن اتفاقات القانون الدولي العام، بل فقط الاتفاقات التي تبرم في مستوى مرتفع، وذلك بمعنى أن الاتفاقات المبرمة بين الدولة والمتعاقد الأجنبي الخاص والمتعلقة بالأنشطة الاقتصادية لا ترقي إلى مستوى

2- Batiffol, Henri, "Subjectivisme et objectivisme Dans le Droit International prive Des Contrats", Revu Critic De Droit International Prive, 1960, p39.
3- Sereni, "International Economic Institutions and the Municipal Law of State", Recu des Cours, La Haye, 1959, p 209 - 210.

القانون الدولي العام إذا كان الطرف الأجنبي الخاص الذي يتعاقد مع الدولة في مركز يسمح له عند التفاوض بالحصول على مزايا لا تقبل أي سلطة وطنية أن تلتزم بها تجاه الشخص الأجنبي العادي، ولذلك لو كان الطرف الأجنبي الخاص فردا عاديا، فإن أي دولة متقدمة أو راغبة في النمو لن تكون في حاجة لأن تتعاقد على هذا المستوى المرتفع وتنص على الشروط غير المعتادة، فهذا المستوى المرتفع لا يمكن بلوغه إلا عندما تتفاوض الدولة مع شركات تحوز قدرات وإمكانيات مالية هائلة[1]، وهذا الوضع لا يتسنى إلا للشركات متعددة الجنسيات (Multinationales).

ثانيا: نقد الاتجاه.

وقد تعرض الرأي القائل باعتبار العقد معاهدة دولية للعديد من الانتقادات:

1- إن المعيار المقترح للتفرقة بين العقود ذات المستوى الرفيع والتي تخضع للقانون الدولي العام، والعقود ذات المستوى الأقل والتي تظل محكومة بالقانون الداخلي معيار يقوم على التقدير الشخصي الخالص، ولا يمكن الاعتماد عليه في تحديد الطبيعة القانونية لأية علاقة قانونية.

فهذا المعيار يعطي القوة الاقتصادية للشركة دورا حاسما إلى حد التأثير أو التحكم في الطبيعة القانونية للعقد، وهذا في حين أن التكيف القانوني لعلاقة قانونية معينة يجب أن يتأسس على معايير موضوعية بعيدة عن الضعف والقوة الاقتصادية للأشخاص أطراف العلاقة.

2- إن القول بوجود تدرج بين طائفة العقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية ينبع من رؤية غير دقيقة للواقع، فإذا كان من المعلوم أن كل العقود لا تساهم بنفس القدر في التنمية الاقتصادية أو الصناعية للدولة، إلا أن ذلك لا يعد مبررا كافيا للقول بأن البعض من هذه العقود يخضع للقانون الدولي العام، في حين أن البعض الأخر يظل بالضرورة بعيدا عنه بسبب ضعف أثره على اقتصاد الدولة المضيفة.

3- إن الخصائص المختلفة التي تتمتع بها هذه العقود والتي قال بها أصحاب هذا الرأي ليست كافية وحدها لإضفاء طابع المعاهدات الدولية على العقود، فاصطلاح المعاهدة لا ينصرف إلا إلى الاتفاقات التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي، وقد عرفت اتفاقية فيينا في المادة الثانية منها المعاهدة بأنها اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر ويخضع للقانون الدولي، ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الأعمال القانونية التي يأتيها أشخاص القانون الداخلي ولو اتخذت في بعض الأحيان شكل الاتفاق الدولي، ذلك أن شكل التصرف ليس باتا في هذا الشأن، لأن التصرف لا يجري بين دولتين ذات سيادة، بل إن دولة واحدة هي الطرف في العقد.

4- إن الدولة لا تتصرف هنا باعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي، وإنما بوصفها أحد أشخاص القانون الداخلي، فالدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة، فهي تعد أحد أشخاص القانون الدولي

1- سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 632 – 633.

وأحد أشخاص القانون الداخلي في آن واحد، ولذلك يتعين التفرقة بين التصرفات التي تأتيها الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولي[1]، وبين تلك التي تأتيها بوصفها شخصا من أشخاص القانون الداخلي[2].

5- إن اللجوء إلى التحكيم ذي الطابع الدولي، ليس من شأنه تدويل العقد بمعنى إخضاعه للقانون الدولي العام، فلا يجب النظر إلى العقد على أنه عقد مدول لمجرد أنه يتضمن شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات، إلا إذا اعتبرنا أن محاكم التحكيم المنشأة بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد محاكم دولية حقيقية، وهذا الأمر يعد أمر غير مقبول على المستوى الدولي[3].

الفرع الرابع: إخضاع العقد للقانون الدولي تحت مظلة المعاهدات الحمائية.

تم تقسيم هذا الفرع بدوره إلى عنصرين، حيث تناولنا في العنصر الأول تحديدا لمضمون الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي تحت مظلة المعاهدات الحمائية في العنصر الأول، أما العنصر الثاني فكان مخصصا لنقد الاتجاه.

أولا: مضمون الاتجاه.

يذهب جانب من الفقه إلى القول، بأنه كقاعدة عامة، فإن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية التابعة لدولة أخرى تجد أساسها في القانون الداخلي، ولكن مع ذلك، فإن المعاهدة أو العرف الدولي يمكن أن يخلعا على هذه العقود أساسا قانونيا دوليا، ففي هذه الفروض فقط دون غيرها، يمكن القول بأن العقود المبرمة بين الدولة والأطراف الخاصة الأجنبية تستمد قوتها الملزمة من القانون الدولي.

وبغض النظر عن كون هذه العقود تحكمها مبادئ هذا القانون أم لا، فالعمل يجري بين الدول،في الآونة الأخيرة، على إتباع سياسة يطلق عليها "الدبلوماسية المالية" وتتعلق بقيام دولتين بإبرام معاهدة دولية فيما بينهما تنص صراحة على أن أجهزة الدولة الموقعة على المعاهدة لها الحق أو تلتزم بإبرام الاتفاقيات مع الأشخاص الخاصة الأجنبية باسم الدولة أو باسم الأشخاص الاعتبارية العامة ، وقد تشير هذه الاتفاقية الموقعة بين الدولتين من أجل تنفيذ أحكامها، إما إلى ضرورة إبرام الاتفاقيات بين الدولة والأشخاص الأجنبية التابعة للدولة الأخرى، وإما قد تقر هذه الاتفاقية العقود المبرمة بين تابعي الدولتين المتعاقدتين، وفي بعض الأحيان تنص المعاهدة الدولية المبرمة بين الدولتين على ضرورة إنشاء شخص قانوني مشترك بين دولتين تمنحه المعاهدة جنسية محددة ونظام قانوني معين.

وتؤدي المعاهدات المبرمة بين الدولتين، والتي تنشأ شخصا معنويا إلى إدماج العقد في المعاهدة، ويترتب على ذلك أنه حتى في حالة إشارة الاتفاق إلى القانون الداخلي، فإن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد

1- فعندما تتصرف الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي، فإنها تخضع عندئذ لأحكامه.

2- وعندما تتصرف بوصفها شخص من أشخاص القانون الداخلي، فإنها لا تخضع لأحكام القانون الدولي التي تنظم نشاط الأشخاص الدولية باعتبارهم كذلك، أنظر: محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، "قانون الأمم في زمن السلم"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 211.

3- سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 636.

إشارة احتياطية، ليحتج بها بصدد النصوص المخالفة لها والتي يتضمنها الاتفاق، وهو أمر محتوم، إذ أن قانون العقد يجد أساسه في القانون الدولي، وبالتالي فإن القانون الداخلي محل الإشارة الاحتياطية يفقد طابعه القاعدي، إذ أن القاعدة التي يستند إليها هذا القانون توجد في مكان آخر، كما أنه لا يوجد أدنى شك في خضوع ذلك الشخص إلى قواعد القانون الدولي، وذلك استنادا إلى أن دولتين أو أكثر اتفقوا على منحه صفة أحد أجهزة هذه الدولة على نحو محدود[1].

ثانيا: نقد الاتجاه.

إن الرأي السابق يمكن توجيه الانتقاد إليه، على أساس أن التدويل هنا يقتصر على المشروعات الدولية المشتركة التي تنشأ نتيجة لاتفاق دولتين أو أكثر على إنشائها، وبالتالي يتسم العقد المنشئ لهذه المشروعات بالدولية، حيث أن الأشخاص التي قامت بإبرامه هي من أشخاص القانون الدولي العام، ويعني هذا أن معيار التدويل ينطبق على شريحة محددة ومعينة من العقود دون غيرها.

أيضا يرى الجانب المؤيد لهذا الاتجاه أنه لابد من اندماج العقد في الاتفاقية المبرمة بين الدول حتى يمكن تدويله وتسكينه في إطار القانون الدولي العام وتطبيق قواعد ذلك القانون عليه، وبالتالي يمكن توجيه تساؤل إلى هذا الرأي وهو ما هو القانون الواجب تطبيقه على هذه المشروعات الدولية إذا لم يتم إدماج العقد المنشئ لهم في الاتفاقية المبرمة؟

ومن هنا فإن وجود معاهدة حمائية ليكفي وحده كمعيار يسمح بتدويل العقود المبرمة بين الدول والأطراف الخاصة الأجنبية.

<u>الفرع الخامس</u>: إخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد.

قمنا بتقسيم هذا الفرع هو الآخر إلى عنصرين، حيث تناولنا في العنصر الأول مضمون الاتجاه القائل بخضوع العقد للقانون الدولي باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد في العنصر الأول، والنقد الموجه له في العنصر الثاني، وهذا كالآتي:

أولا: مضمون الاتجاه.

يذهب جانب من الفقه، إلى القول بخضوع العقود المبرمة بين الدول والأطراف الخاصة الأجنبية والمعروفة بعقود الاستثمار للقانون الدولي، باعتبارها تصرفات قانونية دولية من نوع جديد.

إن تدخل القانون الدولي في العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، أصبح من الأمور المعتادة حيث أن هناك العديد من المواثيق الدولية التي تشهد على وجود العديد من نقاط الاتصال بين هذه العقود والنظام القانوني الدولي[2].

1- Berlin, Dominique, "Les contrats D' Etats et La protection Des Investissements internationaux", Droit pratique Du commerce international, 1987, pp 259 - 313.

2- والتي من أهمها:

والمقصود بالتدويل هنا هو الإسناد المباشر للعلاقات بين الأطراف إلى القانون الدولي، كما أن التدويل له مدلول مزدوج لأن نتائجه تقع في آن واحد على صعيد العلاقات بين الدول وعلى صعيد العلاقات بين الأطراف أنفسهم[1].

والتدويل بهذا المفهوم ليس عاما ولا مطلقا، فمن ناحية فإن التدويل قاصر على عقود الاستثمار(عقود التنمية الاقتصادية)، ولا يمتد إلى كل العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ومن ناحية ثانية فإن التدويل لا يشمل كل الروابط الناشئة عن العقد، فتطبيق القانون الدولي لا يمكن إلا أن يكون جزئيا وأن بعض الروابط التعاقدية الناشئة عن العقد تظل خاضعة في جميع الأحوال للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، فهذا القانون الوطني هو الذي يحدد صحة العقد وينظم المسؤولية تجاه الغير، ومن ناحية ثالثة فإنه يجب التشديد على أن التدويل لا يعني أن العقد قد أصبح مساويا للمعاهدة الدولية، كما لا يعني أن قواعد القانون الدولي التي تطبق فيما بين الدول يتم تطبيقها دون قيد أو شرط على هذه العقود، وبالتالي فإن العقد المدول لا يمكن اعتباره بمثابة معاهدة دولية، بل هو تصرف دولي من نوع جديد، والقانون الدولي الذي يطبق على العقد قد لا يكون بالتحديد هو نفس القانون الذي يحكم العلاقات فيما بين الدول، فهذه العقود تخضع لفرع جديد من فروع القانون الدولي وهو القانون الدولي للعقود.

ثانيا: نقد الاتجاه.

وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد أيضا، حيث أن القول بأن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة تعد تصرفات قانونية دولية من نوع جديد لا يتفق مع القانون الدولي في الوضع الراهن، حيث أنه من المعلوم أن الأعمال القانونية الدولية تنقسم إلى نوعين:

– تصرفات قانونية تصدر من جانب واحد وهي التي تعد تعبيرا عن إرادة شخص قانوني دولي واحد.

– وتصرفات قانونية تصدر من جانب شخص واحد أو أشخاص متعددة، وهي التصرفات التي تتم باتفاق إرادة هؤلاء الأشخاص ويطلق على هذه التصرفات مسميات مختلفة كالمعاهدة والميثاق والاتفاق

– قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بالسيادة الدائمة على الثورات الطبيعية، والتي أكدت على أنه يجب تنفيذ الاتفاقات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية بواسطة الدول ذات السيادة أو بين هذه الدول، انطلاقا من مبدأ حسن النية المتعارف عليه دوليا.

– كذلك نصت اتفاقية البنك الدولي المبرمة في واشنطن عام 1965 صراحة على تطبيق مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص.

1– فعلى صعيد العلاقات بين الدول، فإن التمويل معناه أن عدم تنفيذ العقد يعد في ذاته تصرف مخالف للقانون الدولي، وبهذه المثابة يثير المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة تجاه دولة المتعاقد الأجنبي.

أما على صعيد العلاقات بين الأطراف المتعاقدة، فإن التدويل يعني بصفة رئيسية أن عدم تنفيذ العقد سوف يقدر وفقا لمعايير بعيدة عن القانون الداخلي للدولة المتعاقدة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن عدم تنفيذ العقد قد يثير مسؤولية الدولة تجاه المتعاقد معها أمام هيئة قضائية غير وطنية والتي يمكنها الحكم على الدولة لصالح المتعاقد معها، حتى وإن كان عدم تنفيذ العقد يعد فعل قانوني ومشروع بالنظر إلى قانونها الداخلي، أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 638.

والاتفاقية، وترتيبا على ذلك فإنه يمكن القول بأن القانون الدولي لا يعرف سوى نوع واحد من الاتفاق، وهو الذي يتخذ شكل المعاهدة الدولية، ولما كانت العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية لا تعد من قبيل المعاهدات المبرمة بين الدول، فإنها لا تخضع للقانون الدولي[1].

يواجه الفقه المنادي بالتدويل، الكثير من العقبات، وتتمثل العقبة الأولى في الطبيعة الخاصة للطرف المتعاقد مع الدولة والذي لا يعد شخصا من أشخاص القانون الدولي، إذ أنه من المتفق عليه أن القانون الدولي لا يسري إلا على أشخاصه، ولما كان الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة ليس شخصا من أشخاص القانون الدولي، فإنه لا يمكن أن يتمسك في مواجهة الدولة الطرف في العقد، والتي تعد شخصا من أشخاص هذا القانون بقواعد القانون الدولي.

إن كل اتفاق مبرم بين طرفين لا يتمتع أحدهما على الأقل بكل الشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام لكي يكون هذا الطرف شخص من أشخاص هذا القانون ومتمتعا بالأهلية التعاقدية الدولية، ولم تضف عليه هذه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل المساهمة في خلق قانون دولي احتياطي، لا يمكن أن يندمج في النظام القانوني الدولي، من خلال إقرار الأطراف المتعاقدة بأن الاتفاق المبرم بينهما تسرى عليه قواعد القانون الدولي، وعقد الدولة، إذن، لا يعد اتفاقا دوليا وفقا للمفهوم التقليدي لهذه الفكرة في القانون الدولي بسبب وجود طرف خاص في العقد[2].

<u>المطلب الثالث</u>: الاتجاه القائل بخضوع عقود الاستثمار لنظام قانوني لا ينتمي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ولا للقانون الدولي العام.

يذهب جانب من الفقه، إلى تأكيد ضرورة خضوع عقود الاستثمار إلى نظام قانوني مستقل عن كل القوانين الوطنية الداخلية سواء كانت قوانين الدول المتعاقدة أو قوانين وطنية محايدة[3].

فالأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار، أطراف غير متكافئة على نحو يكون معه إخضاعها للقانون الوطني الداخلي مهددا لذاتيتها، فالقوانين الوطنية وضعت أساسا لمواجهة وتنظيم العلاقات الناشئة بين أطراف متساوية ولم توضع من الأساس لمواجهة العلاقات التي يختل فيها مبدأ المساواة القانونية بين الأطراف فيها.

ولا يقتصر التعثر في حكم عقود الاستثمار على القوانين الوطنية، بل إن هذا التعثر يعتري أيضا قواعد القانون الدولي العام، فهي تعجز عن إيجاد الحلول الملائمة لهذه النوعية من المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار هذه، وذلك على الرغم مما يدعيه جانب الفقه المدافع عن التدويل، فالقانون الدولي بطبيعته

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 201- 202.

2- Wengler, Wilhelm, "Les Accords entre Etats et entreprise Etrangères, sont ils des traites de droit international?" , Revue général de droit international public, 1972, pp 313- 319.

3- قد كانت بعض الدول تلجأ للقانون السويسري، نظرا لتمتع هذا القانون بالحياد التام والموضوعية في تناول مثل هذه القضايا والمتعلقة بطرفين لا ينتمون إلى نظام قانوني واحد.

قانون ينظم العلاقات القائمة بين أشخاصه، ومن المعروف أن المشروع الأجنبي المتعامل مع الدولة وأيا ما كان المركز الاقتصادي المرتفع الذي يتمتع به على المستوى العالمي، فلا ينطبق عليه وصف الشخص الدولي حتى يمكن أن تخضع العلاقات بين هذا المشروع الأجنبي وبين الدولة إلى أحكام وقواعد هذا القانون.

ولما كانت القوانين الوطنية والقانون الدولي العام يعتريهما النقص عن الفصل في منازعات الاستثمار ذات الطبيعة الخاصة، فلا محيص والحال كذلك من البحث عن نظام قانوني أخر يتمتع بطبيعة ملائمة ومناسبة لطبيعة هذه المنازعات، فضلا عن كونه مستقلا عن هذه الأنظمة المتقدمة ليحكم عقود الاستثمار وليفصل في المنازعات الناشئة عنها.

ولذلك نجد اتجاه أول من الفقه يؤيد فكرة القانون الذاتي للعقد على اعتبار أن العقد هو الذي يخلق قانونه ويحدد أحكامه وقواعده، واتجاه ثاني يذهب إلى أن النظام الذي يحكم عقود الاستثمار هو القانون العابر للدول، واتجاه ثالث يرى أن النظام القانوني الذي يحكم عقود الاستثمار يجد مصدره في المبادئ العامة للقانون الدولي، واتجاه رابع يرى أن القانون التجاري هو الذي يستطيع أن ينظم تلك العقود ويفصل في المنازعات الناشئة عنها، بينما يرى اتجاه أخير بإخضاع تلك العقود إلى ما يسمى بالقانون شبه الدولي.

وفيما يلي تتعرض الدراسة للأهم أفكار تلك الاتجاهات وأهم الانتقادات التي وجهت إليها، وفق الخطة التالية:

الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الذاتي للعقد.

نتولى دراسة هذا الفرع، من خلال تحديد مضمون اتجاه Vedross في العنصر الأول، والنقد الموجه له في العنصر الثاني.

أولا: مضمون اتجاه Vedross

يذهب Vedross إلى القول، بأن الاتفاقات التي تبرمها الدولة مع أشخاص تابعة لدولة أخرى لا تخضع للقانون الوطني لدولة محددة، إذ أن أطرافها لا يخضعون لقانون وطني مشترك، كذلك فإن هذه العقود ليست معاهدات دولية على نحو يوجب خضوعها للقانون الدولي العام، إذ أن أحد أطرافها لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، ومن هنا فإن هذه الاتفاقات تمثل طائفة ثالثة تتميز بأن الحقوق الناشئة عنها يحكمها نظام قانوني جديد من خلق الإرادة المتطابقة للأفراد، وهذا القانون هو القانون الذي يحكم العقد، فالنصوص والشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد المبرم بين الدولة والطرف الآخر الأجنبي المتعاقد معها يشكل نظاما قانونيا ينظم على نحو شامل وتام العلاقات بين الأطراف المتعاقدة[1].

1- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 740- 741- 743.

إن العقد، وفقا لهذا الجانب، يخلق قانونه الذاتي الحاكم له ويخضع لأحكامه، ويسند هذا الجانب من الفقه الأساس الذي يؤدي إلى خلق هذا النظام القانوني إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" من جهة، وإلى مبدأ أن الاتفاقات المبرمة على نحو صحيح تعد بمثابة قانون للأطراف من جهة أخرى[1].

وقد ذهب Vedross إلى القول، بأنه إذا كان المجتمع يمكنه أن يخلق القانون، فإنه بالمقابلة لذلك فإن العقد بالتطبيق لمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، يمكن أن يؤسس مجتمعا جديدا يحكمه قانون العقد.

فالقانون الذاتي للعقد نظام من خلق الأطراف ذاتها مستقل عن أي نظام قانوني أخر، إلا أنه نظرا لعدم قدرة قانون العقد على مواجهة كافة المشكلات القانونية الناجمة عنه، فإنه ليس هناك ما يمنع من إشارة القانون الذاتي للعقد إلى النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو القانون الدولي، لسد هذه الثغرات.

ويترتب على ذلك، استحالة إعمال قواعد القانون الوطني، إذا لم يشر إليه قانون العقد إذ أن الأخير وحده هو الذي يحدد الحقوق والواجبات المتبادلة لطرفي العقد، وفي جميع الأحوال فإن تطبيق هذه الأنظمة التي يشير إليها العقد، لا يتم إلا على اعتبار أنها شروط تعاقدية ليس على اعتبار أنها نصوصا قانونية، أو بعبارة أخرى فإن إعمالها يتم فقط بوصفها قانونا تم تفويضه من قبل قانون العقد[2].

ثانيا: نقد الاتجاه Vedross.

تعرضت نظرية القانون الذاتي للعقد لانتقادات حادة، فمن ناحية إن هذه النظرية تخالف القواعد العامة في القانون التي تقرر أن العقد لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني، بل يتعين أن يستند إلى نظام قانوني موجود مسبقا، فإرادة الأطراف لا يمكنها أن تنشئ نظاما قانونيا قائما بذاته، فهذه الإرادة لا يمكنها إحداث آثارا قانونية إلا إذا استندت إلى نظام قانوني قائم يقرر أن تطابق الإرادات، يمكنه أن يرتب وفق شروط معينة آثارا قانونية محددة، فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ استقلال الإرادة ليس من المبادئ الفلسفية ومن غير الممكن أن يوجدا من فراغ، بل لابد من أن يستند إلى نظام قانوني يمنحه القوة القانونية ويحدد لهما الضوابط ويرسم لهما الحدود[3].

ومن ناحية ثانية، فإن نظرية القانون الذاتي للعقد تعد نظرية خيالية وليست واقعية، حيث أن الإدعاء بكفاية العقد الذي تبرمه الدولة لحكم العلاقة بين أطرافه وأنه في غير حاجة إلى نظام قانوني معين ادعاء يناهض الواقع العملي الذي يؤكد استحالة توقع الأطراف مسبقا لكل أوجه النزاع التي قد تثار بينهم في المستقبل، فنصوص العقد مهما بلغت دقتها وتعددت تفاصيلها لا يمكنها أن تحكم حقوق والتزامات الأطراف،

1- سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 657.

2- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 744- 745.

3- هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 247.

فالنقض والقصور في شروط العقد وأحكامه يعد أمرا قائما لأن الأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحداث المستقبل لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العلاقة التعاقدية[1].

أيضا إن النظرية القائلة بالقانون الذاتي للعقد، تبدو غير مقبولة على صعيد التطبيق العملي إلى الحد الذي دفع جانب من الفقه إلى وصفها بالنظرية المرعبة أو المخيفة من ناحية الآثار المترتبة على إعمالها، ففكرة قدرة الحكومات والأطراف المتعاقدة معها على خلق أنظمة قانونية مستقلة لا تخضع لأي سلطة وطنية أو دولية تؤدي إلى خلق نوع من عدم الثبات والاستقرار في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي.

وقد وصفها الفقه بالنظرية المرعبة أو المخيفة من ناحية الآثار المترتبة على إعمالها، ففكرة قدرة الحكومات والأطراف المتعاقدة معها على خلق أنظمة قانونية مستقلة لا تخضع لأي سلطة وطنية أو دولية تؤدي إلى خلق نوع من عدم الثبات و الاستقرار في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي[2].

<u>الفرع الثاني</u>: إخضاع العقد لقانون عبر الدول.

قمنا بتقسيم هذا الفرع إلى عنصرين، نبين في العنصر الأول مضمون رأي Phillipe Jessup القائل بخضوع العقد لقانون عبر الدول، وفي العنصر الثاني النقد الموجه له، وهذا كالآتي:

أولا: مضمون اتجاه Phillipe Jessup

يعتبر فيليب جيسوب Phillipe Jessup، أول من لفت الأنظار إلى فكرة القانون العابر للدول، ويقصد باصطلاح قانون عبر الدول في رأيه كل القواعد المنظمة للتصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة والتي تطبق على الجماعة الدولية ذات التركيب المتداخل والتي تبدأ بالفرد حتى تصل إلى ما يسمى بالعائلة الدولية أو مجتمع الدول.

فالدولة ليست الجماعة الوحيدة الذي يعني بها هذا القانون، ولذلك لا يوصف هذا القانون بأنه دولي.

وعلى ذلك يحكم قانون عبر الدول العلاقات الإنسانية التي تتجاوز حدود دولة واحدة، أي العلاقات التي توصف بأنها عابرة لحدود الدول، وقد تتعلق هذه العلاقات بأفراد أو شركات أو بدول أو بمنظمات دولية أو بغير ذلك من الجماعات، ومن ثم فإن النشاط عبر الدولي قد يمارسه أفراد أو هيئات أو شركات أو دول، وترتيبا على ذلك فإن هذا القانون يحكم العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية.

ولقد بنى جيسوب وجهة نظره هذه، على أساس وحدة المشكلات الإنسانية، حيث يرى أن بعض هذه المشكلات التي تعتبر دولية بصفة أساسية وتؤدي حتما إلى التوتر والمنازعات بين حكومات وشعوب دولتين

1- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية المرجع السابق، ص 262.

2- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 749.

مختلفتين، هي مجرد مشكلات إنسانية يمكن أن تثور على أي مستوى من مستويات المجتمع الإنساني بين الأفراد أو بين الهيئات على الصعيد الوطني أو الصعيد الدولي.

ويرى جيسوب، أن قانون عبر الدول، والذي يشمل الجانبين المدني والجنائي، ويشمل ما نعرفه باسم القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، ويشمل كذلك القانون الوطني عاما أو خاصا، يسمح للمحكمة داخلية كانت أو دولية، بأن تختار عند التنازع من بين هذه النظم القانونية كلها القاعدة التي تراها أكثر اتساقا مع العقل أو العدل للفصل في أي منازعة، ولا يلزم أن يكون الاختيار على أساس الإقليمية أو الشخصية أو الجنسية أو الموطن أو الاختصاص أو السيادة أو أي مبدأ أخر، إلا بالقدر الذي تكون فيه هذه التسميات انعكاسا للتجربة الإنسانية مع المناسبة المطلقة والنسبية للقانون، وبعبارة أخرى، فإن ضابط الاختيار عند جيسوب هو أن تكون القاعدة أكثر اتساقا مع العقل والعدل لتسوية آية منازعة دون التقيد بمبدأ معين من هذه المبادئ المذكورة[1].

وعلى الرغم من أن جيسوب يعزو إليه الفضل في فكرة القانون العابر للدول، إلا أنه رأي أن هذا القانون ليس نظاما قانونيا كاملا، يبد أنه موجود، وعلى الرغم من كونه ناقصا، إلا أنه يقدم خدمات قيمة للمتعاملين على الصعيد الدولي.

ثانيا: نقد اتجاه Phillipe Jessup

وقد تعرض اتجاه Phillipe Jessup لعدة انتقادات، نذكر منها:

1- إن هذا القانون ليس له مصادر قانونية خاصة به، بل إن مصادره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى، كما أنه لا يشتمل على معيار يتحدد على أساسه بشكل واضح القواعد التي يستعيرها من الأنظمة القانونية الأخرى، وأخيرا فإن هذا القانون لا يحوز آليات خاصة به لتوقيع الجزاءات على من يخالف قواعده[2].

2- إن هذا النظام القانوني، لا يحقق للأطراف المتعاقدة الأمان القانوني المطلوب، فلكي يتوافر الأمان القانوني يجب أن يتحقق اليقين في القانون بمعني أن تكون قواعده القانونية واضحة ومحددة، هذا في حين أن أنصار قانون عبر الدول لم يوضحوا على سبيل التحديد قواعد هذا القانون، ولم يبينوا طبيعة هذه القواعد وضابط إعمالها بما يبعد قانون عبر الدول عن دائرة اليقين القانوني[3].

1- فيليب جيسوب، قانون عبر الدول، "القانون الدولي في أبعاده الجديدة"، ترجمة إبراهيم شحاتة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1966، ص14.

2- سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 665- 669.

3- يوسف الإكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، 1989، من ص 492 إلى ص494.

3- إذا كان جيسوب قد حدد ضابط الاختيار بأن تكون القاعدة أكثر اتساقا مع العقل والعدل، فإن التساؤل الذي يثور هو من أين يستمد القاضي هذه السلطة السيادية؟ وهل يستمد القاضي هذه الحرية في الاختيار طبقا لمفاهيمه الشخصية للحق والعدل؟

إن قانون عبر الدول لم يكن محل تطبيق سواء من المحاكم الدولية أو الوطنية أو محاكم التحكيم، كما أن مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بأوسلو عام (1977)، قد رفض إدراج قانون عبر الدول ضمن الأنظمة القانونية التي يجوز للأطراف الاختيار بينها[1].

الفرع الثالث: الرأي القائل بإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون.

نبين في العنصر الأول مضمون الرأي القائل بإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون، وفي العنصر الثاني النقد الموجه له، على النحو التالي:

أولا: مضمون الاتجاه.

يقصد بالمبادئ العامة للقانون، المبادئ الأساسية السائدة في مختلف النظم القانونية للدول المتمدينة، كالمبدأ الذي يقضي بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[2]، والمبدأ الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ تغيير الظروف ومبدأ الحيلولة[3] Estoppel، ومبدأ الإثراء بلا سبب[4]. ومبدأ تنفيذ العقد بحسن النية ومبدأ توازن الأداءات العقدية إلى غير ذلك من المبادئ القانونية العامة الراسخة في جميع النظم القانونية للدول المتمدينة[5].

والمبدأ العام هو كل قاعدة سلوك إجبارية تضبط النظام في المجتمع وتحكم الروابط بين الأشخاص وتبلغ من العمومية والتجريد ما يجعلها أساسا للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها.

ويفترض في القاعدة القانونية، أن تخاطب الأشخاص دون أن تقصد شخصا محددا بعينة وأن تعالج الوقائع دون أن تعني بواقعة معينة بعينها، ويقصد بالأمم المتمدينة كل الدول الأعضاء قي الجماعة الدولية

1- سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 671- 672.

2- مبدأ التعويض الكامل، من مبادئ القانون الدولي المستقرة دوليا، وقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى ضرورة التعويض الشامل الكامل للطرف الخاص المتضرر في عقود الاستثمار، بحيث يشمل هذا التعويض ما لحق هذا الطرف من خسارة وما فاته من كسب.

3- يقوم هذا المبدأ، على فكرة حسن النية التي تحرم الاستفادة من التناقضات الذاتية للشخص أو أن يدعي المرء الشيء ونقيضه في نفس الوقت، أو أن يؤكد الأمر من جهة ويذكره من جهة أخرى، على سبيل المثال حين تصدر الدولة قوانين مشجعة للاستثمار ثم تقوم بتغيرها أو تعديلها بالإرادة المنفردة.

4- أنظر في مبدأ الإثراء بلا سبب، حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 793، مبدأ الإثراء بلا سبب، "يعد مبدأ الإثراء بلا سبب من المبادئ الهامة في القانون الدولي العام والأكثر تطبيقا والأكثر إشارة إليها من قبل أحكام التحكيم، ووفقا لهذا المبدأ فإنه في ظل ظروف معينة ودون وجود التزام سابق أو عمل غير مشروع، فإن حصول أحد أشخاص نظام قانوني على بعض المزايا مقابل الافتقار الحادث لشخص من أشخاص نظام قانوني يؤدي إلى خلق الالتزام بالتعويض على عاتق الطرف الأول لصالح الطرف الثاني".

5- يوسف الإكيابي، المرجع السابق، ص 470.

أيا، وقد يصعب على مواطني الدول التي استقرت نظمها القانونية وعرفت هذا النوع من العقود، الدخول في علاقة تعاقدية مع حكومة أجنبية تكون نظمها القانونية مبهمة وغير واضحة وغير متطورة لتحكم مثل هذه العقود.

وقد نادى McNair كخطوة أولى، بضرورة التخلص من فكرة أن الاختيار الوحيد ينحصر بين القانون الدولي العام والنظام القانوني الوطني لأي طرف من الأطراف أو القانون الدولي الخاص.

فالقانون الدولي الخاص في حد ذاته، لا يعد بديلا، لأنه لا يشتمل على القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع، وإنما تنحصر مهمته في إرشاد المحكمة في تحديد النظام القانوني الذي يجب أن تلجأ إليه لتسوية النزاع المشتمل على عنصر أجنبي.

وفي تساؤله عن النظام المناسب الذي يحكم عقود الاستثمار أو عقود التنمية الاقتصادية المبرمة مع حكومة الدولة التي تحوز نظاما قانونيا غير مناسب لحكم هذه النوعية من العقود، رأى McNair أن اختيار النظام القانوني المناسب، يمكن أن يتأسس على نية الأطراف والتي قد تظهر إما صراحة بموجب نص في العقد أو ضمنا من خلال بنود العقد وطبيعته، وفي الحالة التي لا يحدد فيها الأطراف نظاما قانونيا معينا فإن نيتهم تكون قد اتجهت إلى إخضاع عقدهم للمبادئ العامة للقانون المعترف به من الأمم المتمدينة.

وقد انتهى McNair إلى عدة مقترحات:

1- أن يتفق الأطراف المتعاقدة في البداية بشأن النظام القانوني واجب التطبيق.

2- إن هذا النظام لا يمكن أن يكون القانون الدولي، لأن هذه العقود ليست مبرمة بين الدول.

3- عندما يكون لدى الدول المتعاقدة والدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي المتعاقد معها أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافي وصالحة لأن التحكم هذا النوع من العقود، فإن للأطراف أو المحاكم التي تفصل في هذه المنازعات الناشئة عنها، أن يختاروا أيا من هذين القانونين أو أحدهما بالنسبة لبعض أوجه العقد والثاني للبعض الأخر.

4- في المقابل عندما يكون النظام القانوني للدولة التي يجب أن ينفذ فيها العقد أو الجزء الأكبر منه غير متطور بالقدر الكافي لحكم هذا النوع من العقود، فمن غير المحتمل أن يكون في مقدور القانون الوطني لكل من الطرفين أو المحاكم الوطنية تقديم الحل المناسب، وفي هذا الفرض فإن النظام القانوني الأكثر مناسبة ليحكم العقد ليس القانون الدولي، ما دام أن الأمر لا يتعلق بعقود مبرمة بين الدول ولا بعلاقات دولية وإنما المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة[1].

ثانيا: نقد الاتجاه.

وقد تعرض هذا الاتجاه أيضا لانتقادات متعددة، نذكر منها:

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، من ص 210 إلى ص 212.

1- إن المبادئ العامة للقانون لا تشكل نظام قانونيا مستقلا وقائما بذاته ومتميزا عن الأنظمة القانونية الداخلية والنظام القانوني الدولي، فكل قانون وطني يتضمن بالضرورة مبادئ عامة كما أن المبادئ العامة للقانون تعد أحد مصادر القانون الدولي ومن ثم فإن المبادئ العامة للقانون لا يمكن النظر إليها إلا من خلال أحد نظامين قانونيين، إما النظام القانوني الداخلي أو النظام القانوني الدولي.

2- إن أي نظام قانوني لا يمكنه أن يتشكل من المبادئ العامة للقانون وحدها فقد ذهب البعض إلى القول بأن المبادئ العامة للقانون الوضعي مثل الهيكل العظمي للكائن الحي فكما أن الهيكل العظمي لا يستطيع العيش بدون مشتملا الجسد فكذلك المبادئ العامة يجب أن تشتمل على التنظيم الملائم للعلاقات المطلوب حكمها، هذا بالإضافة النظام القانوني الداخلي أو النظام القانوني الدولي[1].

2- إن أي نظام قانوني لا يمكنه أن يتشكل من المبادئ العامة للقانون وحدها فقد ذهب البعض إلى القول بأن المبادئ العامة للقانون الوضعي مثل الهيكل العظمى للكائن الحي فكما أن الهيكل العظمي لا يستطيع العيش بدون مشتملات الجسد فكذلك المبادئ العامة يجب أن تشمل على التنظيم الملائم للعلاقات المطلوب حكمها، هذا بالإضافة إلى أن المبادئ العامة أحيانا ما تكون متناقضة وأي نظام قانوني يجب أن يتضمن ليس فقط مجموعة القواعد الموضوعية بل أيضا الآليات التي تسمح بالتنسيق بين هذه القواعد وإزالة المتناقضات فيما بينها.

3- إذا كانت المبادئ العامة للقانون لا تعد نظاما قانونيا مستقلا وقائما بذاته فإن إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون وحدها معناه عدم خضوع العقد لأي قانون وهو ما يؤدي في نهاية الأمر إلى الخضوع للسلطة التقديرية للمحكمين مما يفسح المجال للتعسف والتحكم من قبل المحكمين[2].

4- إن القول بتطبيق المبادئ العامة للقانون باعتبارها القانون الذي يحكم العقد يتنافى مع الوضع السائد من أن هذه المبادئ لا تشكل مصدرا من مصادر القانون الأصلية فقد أوضحت المادة (38) من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي أن إضافة المبادئ العامة للقانون إلى مصادر القانون الدولي لم يكن القصد منه اعتبارها بديلا للمصادر الاتفاقية أو العرفية للقانون الدولي وإنما كان القصد منه تزويد هذه المصادر الأولى (المعاهدات والعرف) بضمان احتياطي لسد ما قد يعتري هذه المصادر من ثغرات، ولما كان الأمر كذلك وكانت المبادئ للقانون لا تقدر وحدها على تقديم الحلول المناسبة لكافة المنازعات والمشكلات المتعلقة بالعقود المبرمة في إطار القانون الداخلي أو بالمعاهدات المبرمة في إطار القانون الدولي فإنها من باب أولى لا تقدر على حكم عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية الخاصة بسبب اختلاف جنسية أطرافها وشخصياتهم القانونية والطابع المعقد للمشكلات والمنازعات التي تثور بشأنها.

1- يوسف الإكيابي، المرجع السابق، ص 516.

2- سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 676- 677.

5- إن المبادئ العامة للقانون لا تصلح وحدها لكي تحكم العقد في مجموعة حيث أنها لا تتضمن حلولا للعديد من المسائل وذلك نظرا لقلة هذه المبادئ فهذه المبادئ لا يمكنها أبدا أن تحكم المسائل المتعلقة بتكوين العقد وصحته بما في ذلك التراضي بشأن اختيار هذه المبادئ كقانون حاكم للعقد كما لا يمكنها أن تحكم طرق التنفيذ الجبري للعقد كما لا تتضمن شيئا لما يمكن اعتباره قوة قاهرة يحول دون الدولة أو الشخص الأجنبي الخاص المتعاقد معها من انجاز التزاماته إلى غير ذلك من الأمور الفنية والدقيقة التي تتضمنها هذه العقود[1].

الفرع الرابع: إخضاع العقد للقانون التجاري الدولي.

نتولى دراسة هذا الفرع، من خلال تحديدنا لمضمون الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون التجاري الدولي في العنصر الأول، والنقد الموجه له في العنصر الثاني، كالآتي:

أولا: مضمون الاتجاه.

يشمل القانون التجاري الدولي مجموعة من القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية، وهذه القواعد، سواء كانت مستمدة من مصادر وطنية كالمعاهدات الدولية التي تضع قوانين موحدة أو من مصادر وطنية كالتشريعات المتعلقة بالتجارة الدولية أو القضاء الوطني، تعد من العناصر المكونة للقانون التجاري الدولي، وذلك بالقدر الذي تتعلق فيه هذه القواعد بالتجارة الدولية وحدها وبالحاجات الخاصة بها، وإلى جانب هذه القواعد هناك جزء من هذا القانون يتكون بشكل تلقائي من العادات المقننة بواسطة المهنيين والتنظيمات القانونية والشروط التعاقدية التي يؤدي تكرار العمل بها إلى رفعها إلى مصاف القواعد العرفية، وكذلك أحكام التحكيم.

وترجع أصالة القانون التجاري الدولي إلى كونه قانونا تلقائيا أي قانون منشأ بواسطة مجتمع التجار ذاته، ومن ثم يجب البحث عن هذا القانون بعيدا عن المصادر الوطنية والمصادر الدولية على حد سواء.

وتتمثل مصادر هذا القانون في التنظيمات المنشأة بواسطة المنظمات المهنية وكذلك العقود التجارية، وأن هذا القانون يتكون من عادات وممارسات التجارة الدولية[2].

1- أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقات البترولية، المرجع السابق، ص 805- 807.

2- سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 687 - 688.

ويرى أنصار هذا الرأي، أن القانون التجاري الدولي يمثل نظاما قانونيا، حيث تتوافر فيه العناصر اللازمة لنشأة النظام القانوني[1].

وعلى الرغم من اعتراف أنصار هذا القانون بأنه يشكل نظاما قانونيا، إلا أنهم يعترفون بأنه نظام قانوني ناقص وغير كامل[2].

ثانيا: نقد الاتجاه.

وقد وجهت عدة انتقادات لهذا الاتجاه، حيث يرفض جانب من الفقه إضفاء صفة النظام القانوني على قواعد ما يسمى بالقانون التجاري الدولي ويستندون في ذلك إلى عدة أسباب :

1- إن القول بوجود نظام قانوني يفترض وجود مجتمع منظم يتمتع بالقدر الكافي من الوحدة والتماسك والتضامن بين أعضائه، ومن الصعوبة إمكان القول بتوافر عنصر التنظيم في مجتمع التجار، فهذا المجتمع يفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأي نظام قانوني.

ويكشف الواقع العملي عن وجود العديد من التنظيمات الصغيرة في مجال التجارة الدولية، ويرجع افتقاد مجتمع التجار للتماسك والتضامن بين أعضائه وانعدام التجانس بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية ليس فقط إلى الاختلاف والتنازع في المصالح والأهداف بين التجمعات المهنية المتعددة، بل أيضا إلى الاختلاف والتنازع في المصالح والأهداف بين الدول، ولذلك فإن الوسط الذي تنمو فيه التجارة الدولية

1- فمن ناحية أولى، فإن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يشكلون مجتمعا منظما ومتماسكا.

- ومن ناحية ثانية، فإن هذا المجتمع تتوافر لديه المؤسسات التي تعمل على احترام وتطبيق قواعده القانونية، ومن هذه المؤسسات هيئات التحكيم حيث يعد التحكيم سلطة قضائية حقيقية للمجتمع الدولي للتجار.

- ومن ناحية ثالثة فإن قواعد هذا القانون تقترن بجزاءات من نوع خاص تتلاءم مع مجتمع التجار، وهذه الجزاءات متنوعة، فهناك جزاءات مالية مثل التزام الأطراف بضمان مالي من أجل الوفاء بالالتزامات المادية الخاصة بإجراءات التحكيم أو تنفيذ أحكام التحكيم، وهناك جزاءات أدبية مثل نشر أحكام التحكيم، هذا بالإضافة إلى الأحكام المهنية مثل الاستبعاد من البورصة التجارية أو بعض العمليات التجارية، أنظر: سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 690.

2- ويرجع ذلك في نظرهم إلى سببين، أولا هناك العديد من المسائل لا توجد لها حلول في قواعد القانون التجاري الدولي، ومن ثم يكون التجاء المحكمين إلى قانون وطني معين أمر لا مفر منه بالنسبة لهذه المسائل، وذلك مثل أهلية الأطراف المتعاقدة وسلطات أعضاء وممثلي هذه الشركات التجارية إلى غير ذلك من الأمور، فكل هذه المسائل تخضع بطبيعتها لنظام قانوني وطني معين ولا يجوز للمتعاملين في مجال التجارة الدولية إعطاء حلول مستقلة لها، ثانيا إن استقلال هذا القانون ليس كليا، حيث يبدو من الصعب بالنسبة للمحكم الذي يحكم بإجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم بعد صدوره أن يتجاهل النصوص الآمرة في القانون المختص، فعلى الرغم من أن المجتمع الدولي للتجار يتمتع بدرجة كبيرة من الاستقلال في صياغة القواعد الخاصة به إلا أنه تظل هناك حاجة ماسة للقانون الوطني لا يمكن للأطراف المتعاقدة التغاضي عنها، فكل ما يمس عن قرب السياسة الاقتصادية ولوائح النقد الدولي والأنظمة الضريبية والجمركية للتجارة الدولية وكل مسائل القانون التجاري التي تعتبرها الدول من النظام العام مثل قوانين النقل والبنوك والتأمين والشركات، لا يمكن أن تخضع بطبيعتها إلا إلى قانون وطني معين، أنظر: طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 216.

يعد متسعا ومتنوعا وممزقا، بحيث يكون من المشكوك فيه أن يستطيع هذا الوسط على أن يشكل إطارا لمجتمع أو لجماعة تحوز الحد الأدنى من التنظيم على غرار النماذج الأخرى للأنظمة القانونية[1].

2- إن النظام القانوني لا يتصور وجوده بغير القواعد الآمرة، فهذه القواعد هي التي تنظم المجتمع وتحدد تصرفات أعضائه، ولذلك فإن هذه القواعد تعد جوهر التنظيم في المجتمع، وبناءا عليه فإن في الحدود التي يستطيع فيها مجتمع التجار على وضع أو سن القواعد الآمرة، وفي هذه الحدود فقط، يمكن أن يشكل هذا المجتمع نظاما قانونيا، أما بالنسبة لقواعد هذا القانون والتي تتكون من العقود النموذجية والعادات المقننة والشروط العامة، فإنها لا تعد قواعد آمرة بل هي في أفضل الأحوال تعد قواعد مفسرة أو مكملة[2].

3- إن كل نظام قانوني لا بد وأن تقترن قواعده بجزاء يكفل لها احترامها وبقائها، وقواعد القانون التجاري الدولي ليست مصحوبة بأية جزاءات، وذلك أمر طبيعي بالنظر لكونها مجرد قواعد مكملة.

فالجزاء يتقرر لمخالفة القاعدة الآمرة ولا يوجد جزءا للقاعدة المعدة لتكملة النقص في الشروط التعاقدية، أما الجزاءات التي يتكلم عنها المدافعون عن القانون التجاري الدولي والتي يرونها جزاءات من نوع خاص، فهي جزاءات يتم اتخاذها ضد المتعاملين الرافضين لتنفيذ حكم التحكيم، وبالتالي تكون القاعدة الآمرة الوحيدة هي احترام حكم التحكيم، بيد أن وجود قاعدة آمرة واحدة مصحوبة بجزاءات مهنية خاصة لا يكفي لتكوين نظام قانوني[3].

<u>الفرع الخامس</u>: إخضاع العقد للقانون شبه الدولي.

نتولى دراسة هذا الفرع، من خلال تحديد الاتجاه القائل بإخضاع العقد للقانون الشبه الدولي في العنصر، والنقد الموجه له في العنصر الثاني، على النحو التالي:

أولا: مضمون الاتجاه.

يذهب جانب من الفقه، إلى القول بأن النظام القانوني الذي تخضع له العقود التي لا تتمركز في القانون الوطني، يجب أن يتسم بمجموعة من خصائص معينة.

وعلى الرغم من الاستعانة ببعض الأفكار الخاصة بالآراء السابقة بشأن خلق نظام قانوني جديد، فإن هذا النظام المقترح يختلف في طبيعته عن هذه الآراء السابقة، ويعرف القانون شبه الدولي بأنه القانون الذي ينظم العلاقات القانونية الناشئة بين الأطراف والتي يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون الدولي، وذلك في حالة تحقق نوع من المساواة النسبية بين هذه الأطراف.

ويتضح من نشأة القواعد التي تتحقق فيها خصائص ما يسمى بالقانون شبه الدولي، أن مصدر أساسه بعض التحكمات الحديثة، حيث شعر المحكمون في هذه التحكمات بالحاجة إما إلى تطبيق المبادئ

1- د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق، المرجع السابق، ص 224.

2- محمد محسوب عبد المجيد، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، "دراسة تاريخية"، جامعة القاهرة، القاهرة، 1995، ص 338.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 385.

العامة للقانون بوصفها مصدر مستقل، وإما إلى إعمال قواعد العدالة والإنصاف أو قواعد القانون الطبيعي في صورته الحديثة، أو قواعد القانون المستندة إلى المنطق وهي قواعد مشتركة بين الدول المتمدينة.

ومن هنا يتميز القانون شبه الدولي المدعم بهذه الأحكام القضائية الحديثة بمجموعة من المزايا، سواء من ناحية العلوم القانونية والسياسية، أو من ناحية الاعتبارات العملية.

وتتضح أولى هذه المزايا المتمثلة في القانون شبه الدولي ليحكم العقود غير المتمركزة في القانون الوطني، في أن هذا القانون وجد أساسا من أجل حكم العلاقات الناشئة بين الدولة من جهة وبين الأشخاص الأجنبية من جهة أخرى، ومن هنا فإن أية قاعدة قانونية غير ملائمة سواء كان مصدرها القانون الدولي أو القانون الداخلي لن يتم إعمالها على هذه العلاقات، أما الميزة الثانية التي يتمتع بها القانون شبه الدولي فتتمثل في أن كل العقود الخاضعة لهذا القانون لا تخض لإرادة الدولة الطرف في العقود، ومن هنا فإن المساس بالعقد في صورة التعديلات التي تقوم بها الدولة بإرادتها المنفردة، لا يمكنها أن تغير من العلاقات شبه الدولية، وأخيرا فإن القانون شبه الدولي يتميز بأنه حل واقعي، بمعنى أن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية هي عقود متأصلة في العلاقات الاقتصادية الدولية، ويوجد مركز ثقلها في الإطار الدولي.

ويرى أصحاب هذا الرأي، أنه على صعيد الملائمة والفعالية يقدم هذا القانون شبه الدولي حلا أكثر قبولا بالنسبة للدول الراغبة في النمو بوصفه قانونا حاكما للعقود غير المتمركزة في الإطار الوطني، وذلك أكثر من الرأي القائل بإعمال قواعد القانون الدولي العام، إذ أنه من الثابت أن هناك أولوية قصوى تعطي لفكرة الدولة كنظام يعبر عنه قانونا من خلال فكرة السيادة الوطنية على الصعيد الدولي.

وفي ضوء ذلك الأمر، فإن الاعتداد بالقانون الدولي العام كقانون حاكم لهذه العقود، يؤدي إلى التغاضي في بعض الحالات عن مبدأ السيادة الوطنية من أجل المصالح الخاصة، وهو ما يبرز من مجرد وضع الدول في كل حالة من الحالات مع الأشخاص المتعاملة معها على قدم المساواة.

بينما القانون شبه الدولي حتى في الحالات التي أبرمت فيها الدولة مع المتعاقد الأجنبي منها العقد على قدم المساواة لأسباب متنوعة ومع تنحية جميع الحالات الأخرى، فإن هذا القانون شبه الدولي يحترم على نحو مطلق مبدأ السيادة الوطنية لهذه الدول[1].

ويهتم القانون شبه الدولي بالعلاقات التعاقدية الناشئة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، ويبدو أن القانون شبه الدولي كنظام قانوني مختلط ووسط بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي، فهو مختلط بالنظر إلى أنه يستمد مضمونه جزئيا من القانون الداخلي ومن المبادئ العامة للقانون، وأخيرا من العادات التعاقدية ذاتها، وهو نظام وسط، لأنه نظام مختلف عن القانون الداخلي والقانون الدولي العام نظرا لسمو الأخير على كل الأنظمة القانونية.

1- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، من ص 816 إلى ص 817.

وفيما يتعلق بالأسباب الدافعة لإخضاع القانون شبه الدولي للقانون الدولي، فإنها أسباب عديدة ومتنوعة، فالسبب الأول يتعلق بشخصية الأطراف في هذه النوعية من العلاقات، إذ أن المنطق السليم، من وجهة نظر أصحاب هذا الاتجاه، يحتم ابتداء من اللحظة التي يرفض فيها إعمال قانون الدولي العام على العقود غير المتمركزة في القانون الداخلي استنادا إلى أن أحد أطرافها ليس شخصا من أشخاص القانون الدولي العام مع عدم الرغبة في إعطائه هذه الشخصية، فإن النظام القانوني الذي يتعين عليه مواجهة هذا الفرض لابد وأن يتخذ مكانا له على الصعيد أدنى من القانون الدولي العام، وأما السبب الثاني فإنه من وجهة نظر الملائمة فإن قبول وجود القانون شبه الدولي بالنسبة للدولة، ولا سيما الدولة الراغبة في النمو، يتوقف على خضوعها للقانون الدولي العام، كما أن خضوع القانون شبه الدولي للقانون الدولي العام لا يشكل أية عقبة أمام تحقق الضمانات المبتغاة من قبل الأطراف الخاصة، طالما أن العقبة الكبرى أمام الطرف الخاص هي عدم خضوع العقد لسيطرة القانون الوطني للدولة المتعاقدة، بل إنه سوف يسمح على العكس بأن يعطي الفرصة أمام التطور الحركي الدولي، وأخيرا فإنه من مقتضيات وجود نظام عام آمر دولي، والذي يعد أمرا مفروضا حتى فيما يتعلق بالمعاهدات الدولية، فلا يمكن تحققها إلا من خلال القانون العام، إذ أن الأخير هو الذي يحدد مضمون النظام العام الآمر الدولي.

وتتعدد مصادر القانون شبه الدولي وتتنوع، وذلك لوساطيته واستلهام مبادئه من القوانين المتعددة مثل القوانين الوطنية والقانون الدولي العام ومن المبادئ العامة للقانون[1].

أما من حيث موضوع مسؤولية الدولة في إطار القانون شبه الدولي، فيؤدي قبول فكرة أن العقود التي لا تتمركز في القوانين الوطنية يتعين خضوعها للقانون شبه الدولي، وأن تخضع رقابة مشروعية أي تصرف متصل بها إلى قواعد هذا القانون، وبالتالي فإذا كان التصرف المعني يشكل تصرفا غير مشروع من وجهة نظر القانون شبه الدولي، فإن مسؤولية الدولة تتعقد وفقا لهذا القانون على نحو فوري ومباشر، ومن هنا فإن المسؤولية شبه الدولية هي مسؤولية مجالها العلاقات الناشئة بين الأطراف وليست مسؤولية ناشئة في العلاقات بين الدول مثلما هو الحال بشأن المسؤولية الدولية، والمسؤولية شبه الدولية، وفقا لهذا

1- وتمثل المبادئ العامة للقانون، المصدر الأساسي المتميز للقانون شبه الدولي، ومن بين المبادئ العامة للقانون التي يتعين إعمالها على هذه الطائفة ذات الطبيعة الخاصة من العقود شبه الدولية، تحتل المبادئ العامة المشتركة بين كل من القانون الوطني والقانون الدولي مركز الصدارة.

أما المصدر الرئيسي الثاني للقانون شبه الدولي، فينحصر فيما يجري عليه العمل في إطار التعاقدات بين الدول والأطراف الأجنبية، فاعتياد الأطراف المتعاقدة في الغالبية العظمى من العقود شبه الدولية على تضمنيها مجموعة من الشروط المحددة المعتادة يؤدي إلى خلق نوع من العرف شبه الدولي، وكذلك فإنه يلحق بهذا المصدر الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود والقائمة أساسا على فكرة العدالة والإنصاف، وتعد قوانين الاستثمار عنصرا مفيدا في هذا الصدد.

وأما المصدر الثالث والذي يتمتع بقدر من الأهمية، هو كون هذا المصدر مستمد من الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن.

الرأي ليست مسؤولية تقصيرية، ولكنها مسؤولية تعاقدية تنشأ مباشرة عن العلاقات التعاقدية وأساسها تصرف أحد الأطراف المتعاقدة[1].

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن الفائدة المكتسبة من القانون شبه الدولي على الرغم من أنه لا يحصن العقود غير المتمركزة في القانون الداخلي ضد سلطة الدولة في تعديل هذه العقود أو إنهائها بإرادتها المنفردة في أن الهدف المشروع الذي يسعى إليه المستثمر الأجنبي لا ينبغي أن يتجاوز حقه في ضمان الأموال المستثمرة، وطالما أن هذا الهدف يتحقق من خلال مبالغ التعويض المستحقة عما لحقه من ضرر، فإن القانون لا يمكنه ولا يجب عليه أن يضمن له المزيد من التعويض.

ومن هنا فإن القانون شبه الدولي بضمانه لحق المستثمر في استعادة جميع الأموال المستثمرة، يؤدي على نحو كامل ما يؤمل وما ينظر من أي نظام قانون.

ثانيا: نقد الاتجاه.

وقد تعرض هذا الاتجاه لانتقادات عديدة منها:

1- أن النظام القانوني شبه الدولي هذا، لا يعدو أن يكون صورة باهتة لفقه التدويل، والذي يخضع عقود الدولة لقانون الدولي للعقود، بوصفه مبحث جديد مستقل من مباحث القانون الدولي.

2- كما أن هذا النظام شبه الدولي، لم يصل إلى التحديد الكافي والكمال المتطلب، إذ أنه يتضمن مجرد توجيهات مرنة وغير محددة أكثر مما يتضمن قواعد مادية محددة، وأخيرا فإن هذه القواعد التي يمكن استخلاصها ليست فقط قواعد ناقصة ومبتورة ولكنها أيضا تتسم بالتناقض[2].

على الرغم من أن أصحاب الاتجاهات المختلفة السابقة لم يقدموا نظاما قانونيا كاملا وكافيا يستطيع الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية الخاصة، إلا أنها أراء تتميز بجدية المحاولة المبذولة من أصحاب هذه الاتجاهات، من أجل إيجاد تسوية عادلة لهذا النوع من المنازعات.

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة إلى الاتجاه الذي ينادي بخضوع تلك العقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، إلا أنه يعد الاتجاه السائد والمعمول به لدى القانون الدولي العرفي والقانون الدولي الإتفاقي، وكذلك أحكام القضاء الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية وهيئات التحكيم الدولي، إلا إذا اتفق الأطراف على ما يخالف ذلك صراحة، وذلك بإخضاع هذه العقود إلى قانون آخر غير قانون الدولة المتعاقدة.

1- أنظر في نبيل بشر، المسؤولية الدولية في عالم متغير، المرجع السابق، ص 115- 116، "هناك نوعان من المسؤولية المدنية، تلك المسؤولية التي تهدف إلى تحقيق التعويض عن تضرر من فعل أتاه الشخص المسؤول عنه إخلالا بالتزام يقع عليه، ومن ثم ينبع الضرر من الفعل غير المشروع الذي أتاه، ويترتب على ذلك الالتزام بالتعويض عن هذا الضرر، ويتفرع عن المسؤولية المدنية نوعان من المسئولية: هما- المسئولية التقصيرية، وتشمل كل فعل يلحق ضررا غير مشروع بالغير،- والمسؤولية التعاقدية، التي تشترط عقدا أبرم صحيحا بين طرفين أحدهما هو الذي أخل بالعقد والثاني هو الذي تضرر من الإخلال، وعلى ذلك فالإخلال بالعقد هو الذي يفرق بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، إلا إنهما يلتقيان في عنصر الضرر، ومعنى ذلك أن مخالفة العقد هي التي تفرق بين نوعي المسئولية المدنية".

2- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 222- 223.

فبالنظر إلى القانون الدولي العرفي، نجد أن تصريحات ممثلي الدول أثناء التصويت على القرارات أو المعاهدات الدولية، لاسيما في الإطار الاقتصادي، تعد ذات أهمية في اكتشاف مدى وجود قاعدة عرفية من عدمه، فالدول الاشتراكية والدول الراغبة في النمو تعتبر العقود المبرمة بين الدول والشخص الأجنبي الخاص بمثابة عقود داخلية محضة، ولم يختلف موقف الدول الصناعية في هذا الصدد.

ففي جميع المناسبات اهتمت هذه الدول بتحديد القيود التي يمكن أن يضعها القانون الدولي على السلطات السيادية للدولة، وذلك من خلال النظرة التقليدية للعلاقات بين الدول، ولا يوجد أي تصريح يمكن تفسيره على أنه يؤيد الآراء الفقهية التي تهدف إلى تدويل العقود، فالخلاف بين الدول كان ينصب على مسألة مضمون التزامات الدولة بشأن معاملة الأجانب وليس على مسألة التطبيق المباشر للقانون الدولي، فكلا الطرفين كان ينظر إلى العقد على أنه تصرف قانوني داخلي، أما بالنسبة للقانون الدولي الإتفاقي فإن غالبية الاتفاقات الثنائية والجماعية التي أبرمت بين الدول، في بعض الأحيان، تقضي على نحو صريح وأحيانا بشكل ضمني على أن عقود الاستثمار تخضع للقانون الداخلي.

وبالنظر إلى الأحكام الصادرة عن القضاء الدولي، سواء تلك التي أصدرتها المحكمة الدائمة للعدل الدولي أو محكمة العدل الدولية، تؤدي إلى تقرير حقيقة أن هذه المحاكم لم تقرر تدويل العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية، بل ذهبت إلى النظر إلى هذه العقود على اعتبار أنها بمثابة تصرفات قانونية داخلية تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

وتمثل الأحكام الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي، سواء تلك المتعلقة بالقروض الصربية والقروض البرازيلية، دليلا يشار إليه عادة في هذا الصدد.

وإذا كان إعمال القانون الدولي على عقود الاستثمار لم يحظ بأي اهتمام من قبل المحكمة الدائمة للعدل الدولي، فإنه أيضا لم يثر اهتمام محكمة العدل الدولية، فعلى سبيل المثال في قضية الشركة لأنجلو إيرانية للبترول، انتهت المحكمة إلى أن العقد المبرم بين إيران والمملكة المتحدة لا يعد معاهدة دولية، وإنما مجرد عقد، ومع ذلك لم تحدد المحكمة القانون واجب التطبيق على العقدة المبرم مع الشركة البريطانية، نظرا لأن هذه المسألة لم تعرض على المحكمة، كما أنها لم تكن محل جدل بين الأطراف.

خلاصة الباب الأول:

يتضح من خلال دراستنا للباب الأول، مدى الخصوصية والتعقيد اللذين يكتنفان روابط الاستثمار، فعقود الاستثمار تعد بمثابة روابط تربط بين طرفين غير متكافئين من حيث المركز القانوني، فالطرف الأول دولة، والدولة ككيان سياسي تتمتع بمزايا لا يتمتع بها الطرف الآخر كالسيادة والحصانة القضائية، وهذه المزايا تضفي قدرا كبيرا من القوة على حائزها، مما يجعل الطرف المقابل يعاني قدرا من الضعف بمقدار ما يتمتع به الطرف الآخر من قوة.

ونتيجة لعدم التكافؤ بين طرفي تلك الرابطة وشعور الطرف الأجنبي الخاص (المستثمر الأجنبي) بالضعف اتجاه ما يتمتع به الطرف الأول (الدولة) من قوة، يلجأ هذا الطرف إلى إدراج شروط غير مألوفة في عقود التجارة التقليدية، كشروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد تعضد من مركزه وتقيه من أن يكون عرضة للإجراءات الانفرادية التي تقوم بها الدولة، كذلك نجد هذا الطرف الضعيف يحاول أن يعزل مضمون العقد عن القانون الوطني للدولة، بحيث لا يصبح هذا القانون هو القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك بإدراج شرط التحكيم فيه وهو الشرط الذي يقضى بإحالة أي نزاع ينشب بين طرفي العقد إلى محكمة تحكيم لا تربطها بقانون الدولة المتعاقدة ولا قانون دولة الطرف الأجنبي أية علاقة، مع إمكانية اختيار الأطراف القانون الذي يرتضونه ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد.

أيضا تنبع الخصوصية والتعقيد من الحقوق والالتزامات التي تولد بمجرد نشأة رابطة الاستثمار، والتي تثور المنازعات في كثير من الأحيان بسبب هذه الحقوق والالتزامات، لما تحتويه هذه الالتزامات من أمور فنية وإدارية وقانونية تستلزم خبراء متخصصين في تلك الأمور، وذلك ليتسنى تسوية تلك المنازعات على الوجه الذي يرتضيه أطرافها.

وروابط الاستثمار بطبيعتها روابط ذات آجال طويلة، كما أنها وثيقة الصلة بكيان الدولة المضيفة سواء بطريق مباشر عندما يتعلق الأمر باستغلال الثروات والموارد الطبيعية، أو بطريق غير مباشر من ناحية تأثيرها في خطط التنمية الاقتصادية للبلاد، مما جعل للدولة كطرف في هذه الروابط امتيازات وصلاحيات تضفي على المنازعات التي تثور نتيجة استخدام الدولة لتلك الامتيازات والصلاحيات طابعا خاصا، لذا كان طبيعيا أن تدور منازعات الاستثمار في معظم صورها حول تغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي صاحبت نشأة العقد، والمقصود هنا ليس العقد بمعناه الضيق، وإنما المقصود رابطة الاستثمار بمفهومها الواسع والتي تأخذ أشكالا متعددة كعقود الامتياز أو الترخيص الصادر من الدولة المضيفة أو غير ذلك من الأشكال التعاقدية التي قد تنشأ رابطة من روابط الاستثمار بين الدول والطرف الأجنبي الخاص المتعاقد معها.

إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتتعاظم أهميته في مجال الاستثمار بصفة خاصة، هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بلا شك بفعل التغيرات في الظروف التي عاصرت إبرام العقود، تلك الظروف قد تعرض هذا التوازن للانهيار التام أو قد تصيبه ببعض الخلل، هذا الخلل يؤدي

في كثير من الأحيان إلى إثارة الكثير من المنازعات التي تتنوع وتتعدد أسبابها مما يدعو الأطراف إلى مراجعة العقود وإعادة التفاوض بشأن ظروفها.

على الرغم من تعدد الاتجاهات وتنوعها بصدد تعيين النظام القانوني واجب التطبيق على عقود الاستثمار، إلا أنه يمكن القول، أن إرادة الأطراف تعد العنصر الحاسم في اختيار النظام القانوني الذي يجب أن تسري قواعده وأحكامه على رابطة الاستثمار.

فرضاء الأطراف واتفاقهم على ذلك، هو فقط الذي يحدد هذا النظام القانوني، فلا يجب أن يفرض على الأطراف الذين يتمتعون بحرية كاملة في هذا الصدد، وانطلاقا من احتياجاتهم المتبادلة أي نظام قانوني، ولو كان هذا النظام يتسم بالعدل المطلق.

وليس معنى أن اختيار الأطراف لأي نظام قانوني كالنظام القانوني الدولي، على سبيل المثال وليس الحصر، كقانون واجب التطبيق على رابطة الاستثمار أن يصير لدى هؤلاء الأطراف القدرة على اكتساب الشخصية الدولية بمحض إرادتهم، وذلك لأن النظام القانوني وحده هو الذي يحدد أشخاصه المخاطبين بأحكامه، ولكن المقصود أن إرادة الأطراف وحدها هي التي تقرر النظام القانوني الذي يرغبه هؤلاء الأطراف ليكون حاكما لرابطتهم.

ولا شك أن اختيار الأطراف للنظام القانوني الذي يحكم الرابطة بينهم لابد وأن تحكمه بعض الضوابط:

أ- أن يتفق الطرفان مجتمعان على النظام القانوني الواجب التطبيق على رابطتهم.

ب- أن يتسم ذلك القانون بالقدرة على التسوية والقوة التي تمكنه من تنفيذ الأحكام الصادرة عنه، حتى لا يستطيع أي طرف محاولة التنصل عن التزاماته تجاه الطرف الأخر أو عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضده لصالح الطرف الآخر.

ج- أن يكون لدى قضاة ومحكمي هذا النظام القانوني الخبرة والدراية بالشؤون الفنية والإدارية بروابط الاستثمار التي تتسم بالتعقيد والتركيب الفني والإداري.

إذن فإرادة الأطراف ووجود النظام القانوني القادر على تحقيق ما يصبو إليه هؤلاء الأطراف في معاملاتهم، هما العنصران الأساسيان في ازدهار رابطة الاستثمار، وتحقيقها للأهداف المرجوة منها سواء على مستوى الدولة المضيفة للاستثمار أو على مستوى المستثمر الأجنبي الخاص ودولة جنسيته.

البـــاب الثـانـي

فعالية المركز الدولي الإكسيد في تسوية

منـازعات عقود الإستثمـار

الباب الثاني

فعالية المركز الدولي الأكسيد في تسوية منازعات عقود الاستثمار

تمـهيد:

لما كانت ظروف القانون الداخلي والمحاكم الوطنية في الكثير من الدول، وبخاصة الدول الراغبة في النمو قد لا توحي بالثقة للمستثمر الأجنبي الخاص، إما بسبب وجود نظام قانوني غير كاف للوفاء بمتطلبات النظام الاقتصادي الدولي الجديد، أو لوجود إدارة غير منظمة، أو لعوامل سياسية أخرى.

وتماشيا مع طبيعة المعاملات الدولية الاقتصادية، وما ينجم عنها من المشكلات الدولية التي أوجدتها الإنجازات العلمية ومتطلبات التعاون الدولي واتساع دائرة العلاقات الاقتصادية الدولية، الأمر الذي أدى إلى تجمع شعوب العالم في مؤسسات دولية محاولة بذلك إيجاد حلول لتلك المشكلات على المستوى الدولي، وبخاصة مشكلة الفصل في منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، والتي تعد مشكلة دولية تستدعي اشتراك الدول في معالجتها ووضع الحلول الملائمة لها.

وحيث أنه لم يرق للعديد من الدول ما آل إليه وضع المستثمرين من رعاياها من جراء إمكانية تعرضهم لإجراءات نزع الملكية بمختلف أشكالها، تأميم، استيلاء، أو نزع الملكية، ومن إمكانية تعرضهم للإجراءات الانفرادية التي قد تقوم بها الدول المضيفة لاستثماراتهم، كما لم يرق لهذه الدول أيضا ما يكفله القانون الدولي من قواعد للحماية الموضوعية أو الإجرائية للأطراف الأجنبية الخاصة التي تقيم مشروعاتها الاستثمارية في دول لا ينتمون إليها بجنسياتهم، وذلك نظرا لجوانب القصور التي تعترى تلك القواعد مما يجعلها لا تشعر هذه الدول أو مستثمريها بالثقة الكاملة لإقامة مشروعاتهم الاستثمارية في دول أجنبية، لذلك شرعت هذه الدول في البحث عن وسيلة قضائية دولية محايدة[1].

---

1 – يكمن الهدف من هذه الوسيلة القضائية الدولية في:

أولا: إشاعة جو من الثقة في نفوس المستثمرين ودول جنسياتهم يوحى إليهم بالأمان والاطمئنان على ممتلكاتهم ومشروعاتهم لما تتضمنه هذه الوسيلة من قواعد وضمانات لحمايتهم وحماية مشروعاتهم.

ثانيا: في حالة قيام منازعات خاصة بالمشروعات الاستثمارية فسوف تسوى هذه المنازعات بطرق قضائية دولية سلمية ومحايدة مع وضع الإجراءات الكفيلة لضمان انصياع الأطراف للأحكام الصادرة.

ثالثا: تمكين الأشخاص الأجنبية الخاصة من الوقوف على قدم المساواة مع الدولة المدعى عليها أمام هذه الهيئة القضائية الدولية واتخاذ الإجراءات بصفتهم الشخصية دون الحاجة إلى طلب مساندة دول جنسيتهم في دعواهم ضد هذه الدولة أو عن طريق منحهم حق الحماية الدبلوماسية.

ويؤيد جانب من الفقه حق الفرد في اللجوء إلى المحاكم الدولية على أساس من النظرية الموضوعية في تحليل النظام القانوني الدولي[1].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه، أن الحجة التي يؤسس عليها الاتجاه التقليدي، الذي لا يعترف للفرد بأهلية اللجوء المباشر إلى المحاكم الدولية لم تعد لها قيمتها في إطار المعاملات الدولية الاقتصادية المعاصرة[2].

إلا أن ما سبق ذكره، من أسباب الحاجة إلى وجود هذه الوسيلة القضائية الدولية التي تمكن الفرد من الوقوف على قدم المساواة مع الدولة التي ألحقت الضرر به وبمشروعه الاستثماري، لا يعني أن هذه الوسيلة الدولية قد لاقت إجماعا دوليا عليها دون استثناء، فقد اعترضت بعض الدول على وجود مثل هذه الوسيلة وأسست اعتراضها على أنه في المنازعات التي تكون الدولة طرف فيها والطرف الآخر شخص أجنبي خاص يجب ألا يتأتى العلاج عن طريق اللجوء إلى وسيلة دولية للفصل فيها، ذلك أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار إن إقامة العدالة جزء من عمل الدولة ويجب على أن لا تعامل الدولة كما لو كانت غير قادرة على القيام بهذه الوظيفة الجوهرية، إذ أن مثل هذه المعاملة تحط من قدر الدولة ذات السيادة، وبناءا عليه يجب التركيز

1- ويقوم الأساس العام لهذه النظرية، على فكرة مؤداها أن المبادئ القانونية الدولية تستمد مصدرها من وجود علاقات اجتماعية دولية وليس من الإرادة المجردة للدولة والمعبر عنها في المعاهدات الدولية، وبناءا على ذلك تفرض هذه المبادئ على الدول دون تقيد بإرادتها، ومن هذه الفكرة يتوصل جانب من الفقه أن للفرد حقوقا يستمدها من مبادئ القانون الدولي متجردة من أي اتصال بإرادة الدولة ومنها الحق في اللجوء المباشر إلى المحاكم الدولية، أنظر في ذلك: إبراهيم محمد العناني، المرجع السابق، ص 71.

2- وذلك للأسباب التالية:

أولا: القول بأن الفرد لا يتمتع بشخصية دولية لم يعد مأخوذا به لدى بعض الفقهاء الذين يستندون إلى أنه على أساس من الفكرة الاجتماعية، أن النظام القانوني سواء الداخلي أو الدولي والذي تستمد فيه القاعدة القانونية من الحياة الاجتماعية وليس من خلق الدولة وهو الذي يحدد اختصاصات الممثلين القانونيين، والممثل القانوني هو الفرد بما في ذلك الحكام والمحكومين على حد سواء، ولكي تتحقق فعالية النظام القانوني فمن الضروري أن يجد الشخص القانوني أو الممثل القانوني في الحماية الدولية قاضيا أو محكما يمكن أن يعرض أمامه كافة المنازعات التي تعنيه وهذا لا يمكن تحقيقه إلا مع وجود قضاء دولي من الممكن اللجوء إليه وتكون لأحكامه القوة التنفيذية الذاتية.

ثانيا: إذا كان القانون يسائل الفرد عن الأعمال والجرائم التي قد يرتكبها مخالفة للقانون الدولي، فإنه ما يتفق مع المنطق وجوب تخويلهم الحق في حماية حقوقهم ومصالحهم مباشرة أمام المحاكم الدولية.

ثالثا: إن الاقتصار على استنفاذ الوسائل الداخلية قد لا يحقق للفرد ضمانا كافيا في حماية حقوقه، وقد يحاج البعض بأن الحماية الدبلوماسية تستطيع أن تحقق للفرد الضمان الكافي في مثل هذه الحالات ولكن أوجه النقص التي تشوبها والاعتبارات التي تؤثر في فعاليتها وإيجابياتها من شأنها إبقاء الخطورة كما هي.

رابعا: القول بأن لجوء الفرد إلى المحاكم الدولية لمقاضاة الدولة مباشرة فيه خرق للنظام الداخلي لهذه الدولة ليس له أساس إلا في ظل مبدأ السيادة المطلقة للدولة لما يقتضيه من اعتبار الدولة القاضي الوحيد في تصرفاتها، ومثل هذه الفكرة لم تعد لها قيمتها اليوم، ومن ناحية أخرى ليس في حق اللجوء المخول للفرد أي مساس بسيادة الدولة المسؤولية حيث أنه يرتبط بنظام الحقوق التي يتمتع بها ذلك الفرد في مواجهتها، ومفاد ذلك الرأي هو أن فتح باب اللجوء المباشر للأفراد إلى المحاكم الدولية يعد عنصرا ضروريا في التنظيم المنطقي للمجتمع الدولي الذي يضم في إطاره الأفراد إلى جانب الدول، كما أنه أصبح من غير المقبول أن يكون الفرد منفصل عن دولة الجنسية وليس له أي مكان من وجهة النظر القانونية في العلاقات الدولية بدعوى أن دولته هي التي تتولى مباشرة دعواه على الصعيد الدولي.

خامسا: منع الاحتكاكات المباشرة وغير المباشرة بين دول جنسية المستثمرين والدول المضيفة لاستثمارهم مما يكون له أسوأ الأثر على مسار العلاقات الدولية.

على إصلاح الوسائل القضائية الداخلية في كل مكان من أجل إخضاع الحكومة والفرد لقاعدة قانونية فعالة بدلا من السعي إلى الوسائل القضائية الدولية التي يصعب قبولها أو إنشاؤها[1].

كما اعترض الفقه السوفييتي على فكرة إنشاء جهاز دولي للفصل في منازعات الاستثمار يتيح للأطراف الخاصة اتخاذ الإجراءات بصفتهم الشخصية ضد الدول المضيفة لاستثماراتهم[2].

واستنادا إلى وجهة النظر القائلة بأنه لا يوجد مبرر لتمتع الشخص الأجنبي الذي يستثمر أمواله في دول أجنبية بمركز قانوني يفوق المركز القانوني لمواطني الدولة المضيفة للاستثمار، فقد عارضت دول أمريكا اللاتينية إنشاء مثل هذه الوسيلة الدولية[3].

أيضا لم يكن الاعتراض فقط من جانب تلك الدول التي أسست اعتراضها على أن مقاضاة الدولة من قبل أشخاص خاصة يعد بمثابة مناقشة الدولة في تصرفاتها وفي ذلك اعتداء جسيم على سيادتها، أو من الدول التي أسست اعتراضها على عدم تمتع المستثمر الأجنبي بوضع يميزه عن المستثمر الوطني، بل إن الاعتراض قد أتى أيضا من الدول الراغبة في النمو والحديثة الاستقلال والمتمسكة باستقلالها وسيادتها بدرجة قد تصل إلى حد المبالغة في بعض الأحيان حيث تنظر بعين الشك والريبة لأية قيود دولية ترد على حريتها غير المحدودة في التصرف، وبصفة خاصة تلك الدول التي سبق أن عانت من الاستعمار فهي لا تثق في القانون الدولي الذي لم تشارك في إرساء قواعده، حيث يبدو لها غير ملائم لاحتياجاتها في مواضع كثيرة.

1- عصام بسيم، المرجع السابق، ص 169.

2- واستندوا في حجتهم هذه على:

أولا: إن إنشاء جهاز تحكيمي دولي تظهر فيه الدول والمواطنين الأجانب باعتبارهم أطرافا متساوية يضفي على أشخاص القانون الداخلي، طبيعيين أو اعتباريين، صفة الشخصية الدولية وهو ما يتعارض مع المبادئ العامة للقانون الدولي.

ثانيا: إن قيام جهة دولية بالنظر في منازعات الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة سوف يستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال هذه الدولة وفي ذلك اعتداء جسيم على سيادتها، كما لا تملك أية جهة دولية إصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية لأية دولة، فمثل هذه الأمور يجب أن تفصل فيها المحاكم الداخلية المعنية طبقا للقوانين الوطنية لهذه الدولة.

ثالثا: إن إنشاء جهاز دولي لتحكيم منازعات الاستثمار سوف يستدعي بالضرورة صدور قراراته طبقا لقواعد القانون الدولي، وذلك على الرغم من أن الأمور التي تتضمنها منازعات الاستثمار ينظمها التشريع الداخلي لكل دولة.

رابعا: إن اقتراح إنشاء جهاز دولي لتسوية منازعات الاستثمار يعد اقتراح غير واقعي، فليس من المعقول أن توافق الدول على معاملة علاقاتها مع الأطراف الخاصة باعتبارها موضوع منازعة أمام جهة دولية ولا تحكم طبقا لقوانينها الداخلية.

خامسا: إن اقتراح إنشاء جهاز دولي يتولى الفصل في منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب قد يعوق تنمية العلاقات الاقتصادية الدولية ويضر بسيادة الدول، كما أنه يضع المستثمر الخاص الذي يقيم مشروعات استثمارية في دول أجنبية في وضع ممتاز لا يقبل التبرير، عصام بسيم، المرجع السابق، ص 186.

3- وقد أسست هذه الدول اعتراضها على: مادام المستثمر الأجنبي قد وافق بإرادته على القيام باستثماراته في هذه الدول، فإن هذا المستثمر قد ارتضى ضمنا أن يعامل معاملة مواطني هذه الدولة وأن تسري عليه جميع القوانين التي تسري على هؤلاء المواطنين، كما لا يجوز له وهو يتمتع بذات المركز القانوني لمواطني هذه الدولة أن يلجأ لدولة جنسيته مطالبا بحقه في الحماية الدبلوماسية إذا ما تعرض هو ومش روعه الاستثماري لإجراءات انفرادية اتخذتها الدولة المضيفة له اتجاهه (شرط كالفو)، لذلك فإن فكرة إنشاء مثل هذه الوسيلة الدولية سوف يجعل المستثمر الأجنبي في مركز قانوني أسمى من المركز القانوني لمواطني هذه الدولة وهو أمر لا تقبله هذه الدول على الإطلاق، أنظر في ذلك: أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، المرجع السابق، ص 141.

إلا أن هذا الاتجاه قد انتقد على أساس أنها ترجع إلى عدم القدرة على الفهم الصحيح من جانب تلك الدول لدور القانون الدولي، فالتمسك بهذا الرأي يعوق بصفة عامة تطوير الوسيلة الدولية لتسوية المنازعات ويضر بصفة خاصة الدول المتمسكة بها، ذلك أن الوسيلة القانونية الدولية الفعالة قد تكون الأمل الوحيد على المدى الطويل للدول الصغيرة الأقل قوة ضد الدول الكبيرة الأكثر قوة.

وإلى جانب العوامل التي تستوجب تطوير الوسائل القضائية الدولية، يوجد عامل رئيسي يدعو بإلحاح إلى هذا التطوير، ويتمثل هذا العامل في حاجة هذه الدول إلى زيادة تدفق رأس المال الأجنبي الخاص، وما يصاحبه من خبرات فنية و إدارية إليها للمعاونة في تنميتها الاقتصادية[1].

1- عصام بسيم، المرجع السابق، ص 175- 176.

ونتيجة لهذه الاعتراضات فقد باءت المحاولات التي كانت تهدف إلى إنشاء جهاز دولي لتسوية المنازعات بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لاستثماراتهم بالفشل لاصطدامها بالكتلة الشيوعية في الأمم المتحدة ومعارضتها لإنشاء مثل هذا الجهاز، ولم يكن الفشل الذي منيت به هذه المحاولات بالأمر الغريب فهو الذي لاقى المحاولات الأخرى المتكررة فلم يخرجها إلى النور أو ألبسها ثوب الجمود إذا صادفت شعاع من نور[1].

وعلى الرغم من أن هذه المحاولات قد أسند فيها للفرد حق اللجوء للمحاكم الدولية الخاصة بها ومقاضاة الدولة التي أضرت بحقوقه أمام المحاكم التي نظمتها هذه الاتفاقات الدولية، إلا أن الاعتراف بهذا الحق للفرد لازال وضعا استثنائيا مقيدا بشروط وحالات محددة ويعتبر من دواعي اختلاف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق[2].

1- أنظر في إبراهيم العناني، المرجع السابق، من ص 76 إلى ص79.

أمثلة من هذه المحاولات:

1- مؤتمر السلام الدولي الثاني بلاهاي 1907: أقر تخويل الفرد حق اللجوء المباشر إلى محكمة الغنائم الدولية لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية للغنائم، أو عرض الموضوع كاملا على هذه المحكمة الدولية من البداية ، إلا أن لم يتيسر دخول الاتفاقية الخاصة بمحكمة الغنائم الدولية في حيز التنفيذ العملي لوجود عقبات تتعلق بالقانون الواجب التطبيق والطريقة المتبعة في اختيار القضاة.

2- اتفاقية إنشاء محكمة عدل لدول وسط أمريكا(كوستاريكا) 1907: استندت هذه الاتفاقية لرعايا الدول الأطراف حق توجيه الدعوى ضد أي من الحكومات المتعاقدة الأخرى بسبب مخالفة المعاهدات أو الاتفاقيات والحالات الأخرى ذات الصفة الدولية، سواء قامت حكوماتهم بتأييدها أم لا، و يشترط اللجوء إلى هذه المحكمة استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية أو إنكار العدالة، إلا أن دول وسط أمريكا رفضت تخويل الفرد حق اللجوء المباشر في مشروع 1923 الخاص بإنشاء محكمة دولية لدول وسط أمريكا، وكذلك في الميثاق الجديد لمحكمة العدل لدول وسط أمريكا عام 1962.

3- معاهدات السلام بعد الحرب العالمية الأولى 1919-1923: أسندت هذه المعاهدات للفرد حق اللجوء المباشر والكامل إلى محاكم التحكيم المختلطة لتسوية المسائل والأضرار الناتجة عن الحرب، حيث قررت إمكانية تقديم الأشخاص الخاصة من رعايا دول الحلفاء أو المنضمة إليها الذين أصابهم ضرر نتيجة للأعمال الحربية، دعواهم إلى هذه المحاكم مثل الدول تماما، وظلت هذه المحاكم تعمل حتى عام 1923.

4- اتفاقية جنيف الموقعة بين ألمانيا وبولندا 1922: أنشأت هذه المعاهدة محكمة سيليزيا العليا التي أعطت للفرد حق الإدعاء أمامها من أجل حماية مصالحه حتى في مواجهة حكومته.

5- اتفاقية تسوية المسائل الناتجة عن الحرب والاحتلال (بون) 1952 بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا من جانب وألمانيا من جانب آخر: أقرت هذه الاتفاقية للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين من رعايا الدول المتعاقدة، إمكانية تقديم دعواهم مباشرة أمام لجنة تحكيم للأموال والحقوق والمصالح في ألمانيا، والتي أنشئتها الاتفاقية، وتمثل الدولة التي أحد رعاياها طرف في الخصومة أمام اللجنة بوكيل مفوض منها.

6- اتفاقية التعاون في استغلال وتنمية مصادر الثروات وخاصة البترولية الموجودة في باطن الصحراء بين الحكومة الفرنسية والحكومة الجزائرية 1963 : نظمت الاتفاقية جهازا للتحكيم من أجل تسوية الخلافات التي قد تثور بين السلطات العامة والأفراد أصحاب الحقوق، وقد تعهدت الحكومتين الفرنسية والجزائرية بقبول اختصاص محكمة التحكيم الدولية المنشأة في حالتي الطلب والدفاع في كل المنازعات وتنفيذ أحكامها أو تسهيل تنفيذها.

2 – طه أحمد علي قاسم، المرج السابق، ص 308- 309.

إلا أنه قد تمت محاولات في مجال الاستثمار، تهدف إما إلى تطوير الوسائل القضائية الدولية القائمة (محكمة العدل الدولية)، وإما إلى إنشاء وسائل أخرى جديدة بهدف التوصل إلى وسيلة قضائية دولية محايدة ومقبولة تتحقق أمامها المساواة التامة بين أطراف النزاع، ويمكن للمستثمر الأجنبي (الشخص الخاص طبيعي أو اعتباري) اللجوء إليها بصفته الشخصية في منازعته مع الدولة المضيفة دون حاجة إلى مساندة دولته في دعواه، فربما يؤدي ذلك إلى إشاعة الثقة بين المستثمرين الأجانب وتحقيق زيادة تدفق رأس المال الأجنبي وما يصاحبه من خبرات فنية وإدارية إلى الدول الراغبة في النمو[1].

ويرى الإتجاه الأول ضرورة تطوير الوسائل القضائية الدولية القائمة كاقتراح تطوير اختصاصات محكمة العدل الدولية.

تختص محكمة العدل الدولية طبقا للمادة (34) من نظامها الأساسي بالفصل في المنازعات بين الدول فقط، ونتيجة لذلك لا يسمح للفرد بالظهور أمامها كطرف مباشر في نزاع معروض عليها، والسبيل الوحيد لظهوره أمامها بطريقة غير مباشرة هو أن تتبنى دولته مطالبته بافتراض قبول الدولة الطرف الآخر في النزاع لاختصاص المحكمة، ولقد اقترح تطوير نظام المحكمة لتتمكن من نظر الدعاوى بين الدول والأطراف الخاصة، إما عن طريق إنشاء لجنة خاصة تتبع المحكمة وتختص بالاستثمارات الأجنبية، حيث يمكن لثلاثة قضاة أو أكثر عقد جلسات التحكيم التجاري أو عن طريق توسيع اختصاص المحكمة[2].

إلا أن الاقتراح الأول لن يحقق ظهور الطرف الخاص أمام المحكمة إلا عن طريق دولته أو بعد حصوله على تفويض منها يمكنه من الحضور ومتابعة دعواه أمام اللجنة الخاصة وهو أمر تحكمه اعتبارات كثيرة خارجة عن إرادة هذا المستثمر لما تتمتع به الدولة من حرية تصرف واسعة في هذا السبيل، إلى جانب أن تلك اللجنة لن تكون متاحة للفصل في المنازعات الاستثمارية إلا بناءا على عقد اتفاقية بين دولة جنسية المستثمر والدولة المضيفة لاستثماره، الأمر الذي قد يتطلب مفاوضات عديدة بين الدول المصدرة لرأس المال والدول المستوردة له ويحد من دائرة المنتفعين من هذا الإجراء، أما الاقتراح الثاني فيتطلب تعديل النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وهو أمر مرتبط بتعديل ميثاق الأمم المتحدة الذي يتطلب أغلبية ثلثي أعضاء الجمعية العامة وموافقة الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن وهو ما يتعذر تحقيقه.

وقد يرى البعض أن تمكين الفرد من اللجوء المباشر إلى محكمة العدل الدولية أمر غير مرغوب فيه لعدم ملائمة أسلوب عملها وإجراءاتها المتداخلة مع الإجراءات بين الدول لفحص الدعاوى المرفوعة من الأفراد وبخاصة إذا كان عدد هذه الدعاوي كبيرا، فمثل هذه الأعمال قد تقلل من قيمة الدور الهام الذي تقوم به المحكمة باعتبارها هيئة قضائية رفيعة الشأن لتسوية المنازعات الهامة، هذا بخلاف الشك الذي قد يثيره البعض حول كفاءة قضاتها في معالجة الموضوعات التجارية والاستثمارية.

1 -Nwogugu, E,I, The Legal problems of Foreign, Investments in Developing Countries, U.S.A, Manchester University press, Oceana publications, 1965, p p 235 – 240.
2-Ketcham, Arbitration Between A state and A Foreign Private Party, South Western Legal Foundation, 1965, p 409.

أما الإتجاه الثاني من المحاولات، فيرمي إلى إنشاء وسيلة قضائية دولية جديدة، ويغلب على المحاولات التي تمت من أجل إنشاء وسيلة قضائية دولية جديدة للفصل في المنازعات الاستثمارية بين الدولة ومواطني الدول الأخرى، الأخذ بفكرة التوفيق والتحكيم كوسيلتين مفضلتين لتسوية المنازعات، والتوفيق والتحكيم إجراءان لتسوية المنازعات يكمل كل منهما الآخر، فالتحكيم وسلة لفض المنازعات مؤسسة على اتفاق الطرفين ويستهدف عادة تحديد حقوق الأطراف المتنازعة على أساس الالتزامات التعاقدية القائمة للتوصل إلى حكم حاسم، إلا أنه غالبا ما يحدث تغيرات طارئة على الظروف الداخلية للدولة المضيفة لرأس المال الأمر الذي قد تصبح معه هذه الالتزامات في حاجة إلى إعادة النظر فيها، وعادة ما يتطلب الأمر التفاوض بشأنها، أما التوفيق فلا يقتصر على توفير الفرصة للتسوية الاختيارية للمنازعات المتعلقة بتفسير الحقوق والالتزامات القائمة، وإنما يزيد على ذلك إتاحة الفرصة للتفاوض بشأنها في ضوء التغيرات التي طرأت على الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدول المضيفة[1].

ومن المحاولات العديدة التي تمت من أجل إنشاء هيئة دولية تتولى الفصل في المنازعات الاستثمارية بين الدولة ومواطني الدول الأخرى عن طريق التوفيق والتحكيم، تسمح للأشخاص الخاصة بالإدعاء أمامها مباشرة ضد الدول، مشروع اتفاقية "Abs – Schawcross"[2] بشأن الاستثمارات في الخارج[3]، و مشروع اتفاقية منظمة التعاون الاقتصادية والتنمية (OECD) (1967)[4].

إلا أن هذه المحاولات قد باءت بالفشل، ومن ثم كان من الضروري البحث عن وسيلة تشعر هذه الدول أنها قامت من البداية بصياغة بنودها دون ارتباط هذه البنود بمواثيق دولية سابقة أو بميثاق عام سابق يتضمن ضمن بنوده مواد محددة تختص بتنظيم العلاقة بين المستثمرين التابعين لدول أجنبية وبين تلك

1- طه أحمد علي صادق، المرجع السابق، ص 310- 311.

2 - Abs-Showcross Draft Convention on Investments Abroad, April, 1959, Arbitration Journal in International Law , pp 371 - 378.

3- Scwarzenberger, George, foreign investments and international law, London, Stevens & sons, 1969, p p 123-124.

4- O.E.C.D. Draft Convention on The Protection of Foreign Property, October,1967, O.E.C.D. doc. N° 23081.

الدول، كما يجب أن تتسم هذه الوسيلة بالفاعلية والحسم وهو ما سعت إليه منظمة دولية متخصصة[1]،

1- **المنظمات الدولية المتخصصة:** أنظر في قاموس العلاقات والمؤتمرات الدولية، (مكتبة لبنان، 1982) ، ص 315-316.
هي منظمات حكومية دولية تعمل على تحقيق التعاون الدولي في مجال متخصص من المجالات الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية، وترجع نشأتها إلى المادة (57) من ميثاق الأمم المتحدة التي نصت بأن الوكالات المختلفة التي تنشأ بمقتضى اتفاق بين الحكومات والتي تضطلع بمقتضى نظمها الأساسية بتبعات دولية واسعة في الاقتصاد والاجتماع والثقافة والتعليم والصحة، وما يتصل بذلك من الشؤون يوصل بينها وبين الأمم المتحدة وفقا لأحكام المادة (63) من الميثاق.
وطبقا لهذه المادة يتعين أن يتوفر في المنظمة المختصة عدة عناصر:
أولها: أن تنشأ بمقتضى اتفاق بين دول.
ثانيها: أن تكون العضوية بها، كقاعدة عامة للدول، وإن كانت هناك منظمات تقبل الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي كأعضاء منتسبين.
وثالثها: أن تباشر مسؤوليات واسعة في المجال الذي تختص به.
ورابعها: أن ترتبط هذه المنظمات أو الوكالات بالأمم المتحدة باتفاقية دولية.
وتتمتع هذه المنظمات شأنها شأن المنظمات الدولية العامة بالشخصية القانونية وما يستتبع ذلك من سلطة التصرف والتملك وإبرام الاتفاقيات الدولية والدخول في علاقات مع الدول والمنظمات الدولية الأخرى، كما تتمتع بالامتيازات والحصانات التي للمنظمات الدولية، وهذه تنظمها اتفاقية تعرف باسم "اتفاقية الحصانات والامتيازات الخاصة بالوكالات المتخصصة" التي أقرتها الجمعية العامة في 21 نوفمبر 1947، وهذه الاتفاقية تتضمن أحكاما تتعلق بالشخصية القانونية للوكالات والممتلكات والأموال التي لها والتسهيلات الخاصة بها فيما يتعلق بوسائل الاتصال ووضع ممثلي الدول الأعضاء بها والموظفين التابعين لها وإساءة استعمال المزايا وتسوية المنازعات.
وللمجلس الاقتصادي والاجتماعي عملا بأحكام المادة (63) من الميثاق، أن يضع اتفاقات مع أية وكالة من الوكالات تحدد الشروط التي ترتبط بمقتضاها بالأمم المتحدة وهي تعرض على الجمعية العامة للموافقة عليها، وللمجلس الاقتصادي والاجتماعي أن ينسق بين أوجه نشاط الوكالات المتخصصة عن طريق التشاور معها وتقديم توصياته إليها، وهناك اتفاقات مبرمة مع كافة الوكالات المتخصصة وكلها تتبع نمطا واحدا باستثناء تلك المبرمة مع البنك الدولي وصندوق النقد الدولي فهي تختلف لطبيعة هاتين المنظمتين.
وبمقتضي هذه الاتفاقات يكون المجلس الاقتصادي والاجتماعي هو الجهاز المسؤول عن ربط الوكالات المتخصصة بالأمم المتحدة وعن تنسيق العلاقة بين هذه الوكالات من ناحية وبينها وبين الأمم المتحدة من ناحية أخرى، ويكون للأمم المتحدة حق إصدار توصيات للوكالات المتخصصة بشأن مجالات نشاطها ونظام عملها.
وتلتزم هذه الوكالات المتخصصة بتقديم تقارير دورية إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي بشأن نشاطها والخطوات التي تتخذها لتنفيذ توصيات المجلس والجمعية العامة، كما تلتزم بمعاونة مجلس الأمن في تنفيذ الجزاءات الاقتصادية والاجتماعية والقضائية التي يوقعها، وكذلك تلتزم بعرض موازناتها على الجمعية العامة للدراسة وإبداء الملاحظات.
والعضوية بالوكالات المتخصصة أصلية أو بالانضمام، وتضم الفئة الأولى الدول المؤسسة للوكالة وتضم الفئة الثانية الدول المنضمة للنظام الأساسي أو دستور الوكالة طبقا لشروط العضوية الواردة في أحكامه.
والمنظمات المتخصصة حكمها حكم المنظمات الدولية الحكومية بصفة عامة، لها ثلاث أجهزة رئيسية أولها الجهاز العام ويطلق عليه المؤتمر العام أو الجمعية العامة وهي السلطة العليا للمنظمة وتختص برسم سياستها ووضع برامجها واعتماد موازنتها، وتمثل فيه جميع الدول الأعضاء بوفود قد ينص على عدد أعضائها أو كيفية تكوينها ويكون لكل منهم صوت واحد، والجهاز الثاني هو الجهاز التنفيذي ويطلق عليه المجلس أو المجلس التنفيذي أو المجلس الإداري، وهو الذي يشرف على شؤون المنظمة في الفترة التي تقتضي بين دورات المؤتمر العام أو الجمعية العامة، والجهاز الثالث هو الجهاز الإداري ويعرف باسم السكرتارية أو الأمانة العامة، ويرأس السكرتارية رئيس تنفيذي يكون تعيينه بالانتخاب من المؤتمر أو الأمانة العامة.
ومعظم الوكالات المتخصصة لها إدارات إقليمية ترعى نشاط المنظمة وعلاقتها بالدول الأعضاء في مناطق جغرافية تختلف حدودها من منظمة إلى أخرى، وهناك ما يقرب من أربعة عشرة وكالة متخصصة تابعة في مجال العمل والزراعة والتربية والتعليم والثقافة والصحة والمواصلات والملاحة البحرية والملكية الفكرية بالإضافة إلى البنك الدولي للإنشاء والتعمير وصندوق النقد الدولي.

كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير[1].

انطلاقا من المسؤوليات الهامة المناط به تنفيذها، وهي تقديم التسهيلات اللازمة لتشجيع انسياب الاستثمارات الأجنبية الخاصة إلى أقاليم الدول الراغبة في النمو للمساهمة في تنميتها الاقتصادية وتزويدها بالخبرات الفنية غير المتاحة لها، ومن ثم فقد رأى البنك أنه مما يساعد على بلوغ هذا الهدف هو إنشاء وسيلة دولية لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى.

1- أنظر في www.World Bank Group.com

يعد البنك الدولي للإنشاء والتعمير إحدى المنظمات الدولية المتخصصة، والذي أنشأ بموجب معاهدة بريتون وودز بولاية نيو هامبشاير الأمريكية عام 1944، وذلك بهدف المساعدة في إعادة بناء اقتصاديات الأوربية التي لحق بها الدمار نتيجة للحرب العالمية الثانية. ويتكون البنك الدولي للإنشاء والتعمير من خمس مؤسسات مترابطة بدرجة وثيقة، وتملكها جميعا الدول الأعضاء التي تحظى بقوة صنع القرارات النهائية، وتلعب كل مؤسسة دورا مميزا في مهمة مكافحة الفقر وتحسين مستويات المعيشة لشعوب الدول الراغبة في النمو، ويشمل مصطلح "مجموعة البنك الدولي" جميع المؤسسات الخمس، في حين يشير مصطلح "البنك الدولي" بشكل خاص لاثنتين من المؤسسات الخمس هما البنك الدولي للإنشاء والتعمير والمؤسسة الدولية للتنمية، وتتكون هذه المجموعة من :

أ- البنك الدولي للإنشاء والتعمير:

يهدف البنك الدولي للإنشاء والتعمير إلى تخفيف حدة الفقر في البلدان متوسطة الدخل والبلدان الفقيرة المؤهلة للقروض الائتمانية، عن طريق تعزيز التنمية المستديمة وتسهيل القروض والضمانات والخدمات غير الإقراضية التي تشمل الخدمات التحليلية والاستشارية.

ب- المؤسسة الدولية للتنمية IDA تأسست عام 1960:

تعمل مساهمات المؤسسة الدولية للتنمية على توفير ما يقرب من 6 إلى9 مليارات سنويا في شكل تمويل بشروط ميسرة للدول التي تعتبر أشد الدول فقراء، وتعد ائتمانات المؤسسة معفاة الفائدة مصدرا حيويا للتمويل نظرا لأن هذه الدول تملك قدرة محدودة أو لا تملك القدرة من الأساس على افتراض بشروط السوق المعمول بها، وتساعد موارد المؤسسة في دعم استراتيجيات تخفيض حدة الفقر التي تقودها الدول بالنسبة للسياسات الرئيسية والتي تشمل رفع معدلات الإنتاجية وضان نظام إدارة عامة يمكن مساءلته وتحسين المناخ للقطاع الخاص وتحسين فرص توفير التعليم والخدمات الصحية.

ج- مؤسسة التمويل الدولية IFC تأسست عام 1956:

تعزز مؤسسة التمويل الدولية التنمية الاقتصادية، من خلال تعزيز القطاع الخاص، وتستثمر المؤسسة في مشروعات القطاع الخاص القابلة للاستمرار من خلال العمل مع شركات الأعمال التجارية في الدول الراغبة في النمو دون طلب ضمانات من الحكومة، وتقدم المؤسسة قروضا طويلة الأجل وخدمات للهيكل المالي ولإدارة المخاطر، وكذلك تقدم المؤسسة الخدمات الاستشارية للدول المتعاملة معها، كما تسعى المؤسسة إلى مد يد العون إلى المشروعات التجارية في البلدان والمناطق ذات الفرص المحدودة في الوصول إلى رأس المال، بالإضافة إلى أنها توفر التمويل اللازم في الأسواق التي يعتبرها المستثمرون التجاريون ذات مخاطر في غياب وجود المؤسسة، حيث تضيف المؤسسة قيمة إلى المشروعات التي تمولها من خلال خبرتها في إدارة الشركات ومجالي البيئة والخدمة الاجتماعية.

د- الوكالة الدولية لضمان الاستثمار MIGA تأسست عام 1988:

تساعد الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على تشجيع الاستثمار الأجنبي في الدول الراغبة في النمو، عن طريق تقديم ضمانات للمستثمرين ضد المخاطر غبر التجارية مثل التأميم، الاستيلاء، المصادرة، ونزع الملكية وعدم قابلية تحويل العملة المحلية وقيود تحويل الأموال والحروب والاضطرابات الأهلية ومخاطر خرق العقود، وتعزز الوكالة من ثقة المستثمرين من خلال الحماية ضد هذه المخاطر بوصفها الوسيط الموضوعي والقادر على التأثير في القرارات التي قد ينشب عنها نزاعا، بالإضافة إلى ذلك توفر الوكالة الدعم الفني والخدمات الاستشارية لمساعدة الدول على جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة والحصول عليهم، كما تنشر الوكالة المعلومات الخاصة بفرص الاستثمار في الدول الراغبة في النمو ليطلع عليها مجتمع الأعمال التجارية الدولي.

هـ- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID تأسس عام 1966:

وهو الهيئة الدولية محل الدراسة.

وانطلاقا من هذا الأساس، فقد تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: الأسس العامة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الفصل الثاني: دور المركز الدولي الإكسيد في تسوية منازعات عقود الاستثمار.

الفصل الأول

الأسس العامة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تعتبر اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أول اتفاقية دولية متعددة الأطراف تنجح في جمع الدول المصدرة والمستوردة لرأس المال على قواعد موحدة لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك بإتباع أسلوب التوفيق والتحكيم.

وعليه، سوف نلقي في هذا الفصل الموسوم بالأسس العامة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الضوء على ماهية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في المبحث الأول، أما المبحث الثاني نبين فيه شروط انعقاد اختصاص المركز بنظر منازعات الاستثمار.

المبحث الأول: ماهية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

المطلب الأول: النظام القانوني للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

نتولى دراسة النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار، بداية بنشأة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الفرع الأول، والغرض من الاتفاقية المنشئة له في الفرع الثاني، والعضوية في الفرع الثالث، مرورا بطبيعته القانونية في الفرع الرابع، و هذا على النحو التالي:

الفرع الأول: نشأة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

يعتبر وجود نظام محايد وفعال لتسوية منازعات الاستثمار ما بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب من أهم عناصر الجذب للاستثمارات الأجنبية الخاصة، حيث أن التسوية النزيهة والفاعلة لهذه النزاعات تمثل عنصر أمان للمستثمرين.

وعلى الرغم من ذلك فقد ظل لهذا الجانب العديد من السلبيات، حيث لا توفر المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة في أغلب الأحيان الضمانات الحمائية الكافية للمستثمرين الأجانب، كما لا يعتبر اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر أو إلى محاكم دولة ثالثة بديلا واقعيا في أغلب الأحيان، فضلا عن أن الحماية الدبلوماسية لا تعد مصدر طمأنينة بالنسبة للمستثمرين ولا تعد مصدر راحة بالنسبة للدولة المضيفة، وعلى الرغم من أن التحكيم الخاص يعتبر وسيلة مفيدة في هذا الخصوص، إلا أنه هو الآخر ذو مساوئ إجرائية.

وقد دفعت تلك الثغرات الموجودة في أنظمة تسوية منازعات الاستثمار البنك الدولي، وهو من أهم المؤسسات الدولية المعنية بالتنمية الاقتصادية، إلى القيام بمبادرة جديدة في الستينيات من القرن العشرين، بهدف إيجاد جو من الثقة المتبادلة بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة[1].

– د. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 1.143

وعلى هذا الأساس رأى المديرون التنفيذيون في البنك الدولي، أن ما يساعد على بلوغ الهدف هو إنشاء وسيلة دولية للفصل بين الحكومات ومواطني الدول الأخرى، ومن أجل ذلك أعلن رئيس البنك الدولي (يوجين بلاك) عام 1961، أنه سوف تجري دراسة تحت رعاية البنك الدولي للنظر في إمكانية إنشاء جهاز دولي يهدف إلى تسوية منازعات الاستثمار دون مغالاة في النقاش الإيديولوجي.

وعلى ضوء هذه الدراسات، تم التوصل في الثامن عشر من مارس 1965 إلى صيغة مقبولة لاتفاقية دولية متعددة الأطراف تنشئ مركزا دوليا لتسوية منازعات الاستثمار، وهذا هو سبب تسميتها باسم اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID[1]، يستخدم وسيلتي التوفيق والتحكيم وتراعي في صياغتها الموازنة الدقيقة بين مصالح الدول الأطراف في الاتفاقية ومواطني الدول الأخرى الأطراف فيها، وأصبحت الاتفاقية نافذة اعتبارا من 1966/10/14، وذلك بعد مضي ثلاثين يوما على اكتمال وثائق تصديق 20 دولة[2] على الاتفاقية[3].

---

1 – المادة (01) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

2 – الدول الأولى الموقعة على الاتفاقية:

	الدولة	تاريخ التوقيع	تاريخ التصديق	تاريخ التنفيذ
1	نيجيريا	1965/07/13	1965/08/23	1966/10/14
2	موريتانيا	1965/07/30	1966/01/11	1966/10/14
3	جمهورية أفريقيا الوسطى	1965/08/26	1966/02/23	1966/10/14
4	الجابون	1965/09/21	1966/02/23	1966/10/14
5	أوغندا	1966/06/08	1966/06/07	1966/10/14
6	الولايات المتحدة الأمريكية	1965/08/27	1966/06/01	1966/10/14
7	تونس	1965/05/05	1966/06/22	1966/10/14
8	الكونغو	1965/12/27	1966/06/23	1966/10/14
9	أيسلندا	1966/07/25	1966/07/25	1966/10/14
10	غانا	1965/11/26	1966/07/14	1966/10/14
11	سيراليون	1965/09/27	1966/08/02	1966/10/14
12	ماليزيا	1965/10/22	1966/08/08	1966/10/14
13	مالاوي	1966/06/09	1966/08/23	1966/10/14
14	تشاد	1966/05/12	1966/08/29	1966/10/14
15	بوركينافاسو	1966/09/16	1966/08/29	1966/10/14
16	بنين	1965/09/10	1966/09/06	1966/10/14
17	مدغشقر	1966/06/01	1966/09/06	1966/10/14
18	جاميكا	1965/06/23	1966/09/09	1966/10/14
19	هولندا	1966/05/25	1966/09/14	1966/10/14
20	باكستان	1965/07/06	1966/09/10	1966/10/15

3 – المادة (68) الفقرة (02) من اتفاقية واشنطن.

وتعد اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات بين الدول الأطراف فيها ومواطني الدول أخرى من قبيل المعاهدات الشارعة[1] وليست من قبيل المعاهدات العقدية[2].

الفرع الثاني: الغرض من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

جاءت اتفاقية المركز الدولي إلى الوجود، بهدف إيجاد جو من الثقة المتبادلة بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب، من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة، فبقاء المنازعات الاستثمارية دون تسوية يمكن أن يؤثر على المصالح الاقتصادية للدولة المضيفة ويشكل عائق أمام تدفق الاستثمارات إليها.

لذلك فقد اهتم البنك الدولي بوضع اتفاقية جماعية تتعلق بتسوية منازعات الاستثمار، ومساهمة منه في تحسين مناخ الاستثمار، ومن أجل هذا الغرض فإن الاتفاقية تعمل على الموازنة والتوفيق بين مصالح كل من المستثمر والدولة المضيفة.

أولا: التنمية الاقتصادية.

يكمن الهدف الأساسي من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في النهوض بالتنمية الاقتصادية.

فقد أنشئت الاتفاقية بغرض تسهيل الاستثمار الدولي الخاص، من خلال توفير مناخ استثمار ملائم، ويتضح ذلك من خلال مقدمة الاتفاقية التي ورد فيها ما يلي: "تقديرا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية، ولأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال... [3]".

1- إذ أنها تنطوي على السمات العامة لهذا النوع من المعاهدات ويتضح ذلك في:

أولا: إن هذه المعاهدة، كمثيلاتها من المعاهدات الشارعة، نشأت بين دول توافقت وتطابقت إرادتها واستهدفت التوصل إلى نتيجة واحدة، وهي في الاتفاقية محل الدراسة، إنشاء وسيلة قضائية دولية محايدة تمكن المستثمرين من رعايا هذه الدول من المثول أمام هيئة قضائية دولية تمكنهم من اتخاذ الإجراءات بصفتهم الشخصية اتجاه الدولة المضيفة لاستثماراتهم.

ثانيا: إمكانية الانضمام إلى النظام القانوني الذي تقيمه لدول لم تكن أطراف فيها وقت إبرامها وهو أمر لا يتحقق بالنسبة للمعاهدات العقدية.

ولا تعد اتفاقية واشنطن من قبيل المعاهدات الشارعة فقط، بل إنها تعد من المعاهدات الشارعة ذات الطابع الخاص وذلك لكونها معاهدة أنشأت هيئة دولية لها كيانها الخاص وشخصيتها القانونية المستقلة ولا تمارس تأثيرها بالنسبة للدول المنشئة لها فحسب بل أيضا للدول الأخرى، وهي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

2- صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 221.

المعاهدة العقدية: هي المعاهدة التي تعقد بين عدد من أشخاص القانون الدولي تكون مصالحهم متعارضة، فتكون المعاهدة بمثابة تحقيق التقاء بين إرادتهم على اتفاق معين، ومثل هذه المعاهدة تكون أشبه ما يكون بالعقد، فالمصالح والأهداف مختلفة بين الأطراف وقد تكون متعارضة فيأتي العقد في النهاية محققا للالتقاء بين إرادتهم على مضمونة رغم ما بينهما من اختلاف وتعارض.

- أنظر مقدمة الاتفاقية في الملحق المرفق بالأطروحة.3

ثانيا: تشجيع الاستثمار.

لاشك أن إنشاء نظام فعال لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، يعد عنصرا هاما من عناصر جذب وتشجيع الاستثمار الأجنبي، وتتضح العلاقة ما بين التسوية الفعالة لمنازعات الاستثمار وتشجيع الاستثمار وكذلك التنمية الاقتصادية، من خلال التقرير المقدم من المديرين التنفيذيين بالبنك الدولي[1]، خاصة في البندين (09) و (12) من الاتفاقية[2].

ثالثا: الموازنة بين مصالح المستثمر والدولة المضيفة.

تعمل اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في صالح كل من المستثمر والدولة المضيفة، حيث يوفر تحكيم المركز العديد من المزايا للمستثمر ،وكذلك للدولة المضيفة.

فقد حرص واضعوا الاتفاقية، على التأكيد بأن الهدف الأساسي من نظام المركز يتمثل في بذل العناية الدقيقة للتوفيق بين مصالح المستثمرين وكذلك الدول المضيفة للاستثمار، حيث يؤكد تقرير المديرين التنفيذيين على مبدأ الموازنة بين المصالح في البند (13)[3].

<u>الفرع الثالث</u>: العضوية في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الأصل أن للدول وحدها الحق في اكتساب العضوية في المركز، ولا تقتصر العضوية في المركز على الدول التي وقعت على الاتفاقية، الأعضاء الأصليين، فقط بل يمكن لأية دولة الانضمام لعضوية المركز[4].

ولكي تكتسب دولة معينة عضوية المركز لابد من توافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية التي ينص عليها ميثاق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

- عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 176- 1.177

2- ينص البند (09) على: " إن المدرين التنفيذيين وهو يقدمون الاتفاقية المرفقة للحكومات، فإنهم مدفعون بالرغبة في تقوية الشراكة بين الدول من أجل التنمية الاقتصادية، وإنشاء مؤسسة تهدف إلى تسوية منازعات الاستثمار، يمكن أن تكون خطوة هامة على طريق خلق مناخ أساسه الثقة المتبادلة، وبالتالي تشجيع الاستثمار في الدول التي تسعى لجذبه إليها...".

وينص البند (12) على: " إن الالتزام من قبل دولة ما بالاتفاقية يزيد من فرص الاستثمار في أراضيها، وهذا هو الهدف الأساسي للاتفاقية".

وهو ما أشار إليه: د. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 147.

3- ينص البند (13) على أنه: "إذا كان الهدف من الاتفاقية تشجيع الاستثمار الدولي الخاص، فإن بنود الاتفاقية تحفظ في نفس الوقت توازنا ما بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول المضيفة، هذا فظلا عن أن الاتفاقية تسمح بأن يبدأ أي من الطرفين إجراءات التقاضي".

4- انضمت الجزائر إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بموجب الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 19 شعبان 1415هـ، الموافق لـ 21 يناير سنة 1995، المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

أولا: الشروط الشكلية.

أما الشروط الشكلية، فتتمثل في تقديم الدولة الراغبة في عضوية المركز طلب الانضمام إلى المجلس الإداري لإبداء الرأي فيه، ويضم المركز في عضويته ما يقرب من مائة وخمسة وخمسون دولة[1].

ثانيا: الشروط الموضوعية.

تتمثل الشروط الموضوعية، في أن يكون المتقدم بطلب العضوية دولة تتمتع بالسيادة، وهي الوحدة السياسية التي تتكون من عناصر ثلاثة وهي الإقليم والشعب والهيئة الحاكمة، وأن تكون هذه الدولة عضوا في البنك الدولي، أما الدول غير الأعضاء في البنك والتي ترغب في الانضمام للمركز فقد خولت الاتفاقية ذلك الحق للدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، إذا دعاها المجلس الإداري بأغلبية ثلثي الأعضاء[2].

وعلى الرغم من أنه، في بداية الأمر، لم يلق عرض منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدول المضيفة للاستثمار ومواطني الدول المصدرة على لجان التوفيق ومحاكم التحكيم بالمركز والتي يتم إنشاؤها من أجل تسوية ما يعرض على سكرتارية المركز من منازعات قبولا عاما، إلا أنه نتيجة لبعض الأحداث[3] زاد معدل هذا الإقبال وأضحى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار صرحا من صروح التحكيم الدولي متبوئ مكانة دولية متميزة عبر ما يبذله من مجهودات في طريق تسوية منازعات الاستثمار.

1- التقرير السنوي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار 25/مايو/2005

2- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، (المادة 67)، مثال ذلك انضمام سويسرا لعضوية المركز.

3- تتمثل هذه الأحداث في:

أ- ما أقره المجلس الإداري للمركز الدولي من تسهيلات إضافية في 1978/09/27 أجازت انعقاد اختصاص المركز، لجان التوفيق ومحاكم التحكيم، للنظر في المنازعات التي يكون أحد طرفيها على الأقل دولة طرف في اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز، وأن لا يكون النزاع محل التسوية بالضرورة ناشئا عن استثمار.

ب- الاندماج التدريجي لدولة أمريكا اللاتينية وانضمامها لاتفاقية واشنطن، عدا البرازيل والمكسيك بداية من السلفادور عام 1984 وحتى انضمام أوروجواي عام 2000، حيث كانت هذه الدول تحظر على أطراف روابط الاستثمار في أقاليم اللجوء إلى هيئات التحكيم الدولية على أن تكون تسوية المنازعات الناجمة عن روابط الاستثمار تحت مظلة التحكيم الوطني لتلك الدولة، بل إن هذه الدول كانت تجبر المستثمرين الأجانب على التنازل عن مطالبة دولهم بحق الحماية الدبلوماسية في حالة قيام تلك الدول بأية إجراءات من شأنها أن توقع الضرر بالاستثمارات.

ج- الزيادة المطردة في عدد الاتفاقيات الدولية الثنائية المرتبطة بمجال الاستثمار وتعيين تلك الاتفاقيات صراحة لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين أطراف هذه الاتفاقيات تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ووفق آلياته وقواعده الأساسية والإضافية.

د- إزالة الحظر الذي كانت تفرضه اتفاقية قرطاجنة على الدول الأعضاء فيها وذلك بصدد إخضاع منازعات الاستثمار التي تعد هذه الدول أطراف فيها إلى تشريعات ومحاكم غير وطنية، انظر في ذلك،

- Biggs, Gonzalo, Settlement of International Trade and Investment Disputes, International Roster of Arbirators of the American Arbitration Association, 2001, p 18.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إحدى هيئات البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الهيئة الدولية المتخصصة في الفصل في المنازعات التي تثور بين الدول المضيفة للاستثمار ومواطني الدول الأخرى الذين يقيمون مشروعاتهم الاستثمارية في الدول المضيفة لهم.

يعد المركز الدولي هيئة تابعة للبنك الدولي للإنشاء والتعمير، إلا أنه يحاكي المنظمات الدولية في هيكله وسماته ووظائفه بوجه عام، بل ويعد منظمة دولية ذات كيان مستقل.

فبادئ ذي بدء، ينطبق تعريف المنظمة الدولية، والتي يمكن تعريفها بأنها : "تجمع لعدد من الدول في كيان متميز ودائم يتمتع بالإرادة الذاتية وبالشخصية القانونية الدولية، تتفق الدول على إنشائه كوسيلة من وسائل التعاون الاختياري بينها في مجال أو مجالات معينة يحددها الاتفاق المنشئ للمنظمة[1]".

إن قيام الدول بإبرام اتفاقية دولية (اتفاقية واشنطن 1965) التي أنشئ بمقتضاها مركز دولي يتمتع بشخصية قانونية دولية مستقلة تهدف إلى التعاون فيما بينها في مجال الاستثمار، وذلك من خلال تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأطراف في الاتفاقية المنشئة للمركز ومواطني الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية.

يتضح مما تقدم، انطباق تعريف المنظمة الدولية على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فهناك عدة عناصر أساسية يشترك فيها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مع سائر المنظمات الدولية، وتتمثل هذه العناصر في:

أولا: المنظمة الدولية تنشأ عن طريق مجموعة من الدول.

تقتصر العضوية في المنظمات الدولية كأصل عام على الدول كاملة السيادة، فلا يمكن تصور وجود منظمة بالمعنى الدقيق دون أن يكون أعضائها من بين الدول، سواء شاركت في تأسيسها أو انضمت إليها لاحقا، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في ميثاق المنظمة أو في أحكام الاتفاقية التي أنشأت المنظمة الدولية بموجبها، ويترتب على ذلك نتيجة هامة على مستوى العلاقات الدولية، وهي أن إرادات الدول اللازمة لإنشاء المنظمة ليست شرط ابتداء فقط وإنما شرط بقاء واستمرار، أو بعبارة أخرى أن رضاء هذه الدول لازم لاستمرار تلك المنظمة، وهذا يفسر مدى التبعية بين المنظمة الدولية وأعضائها.

فحتى الوقت الراهن، ورغم التطور الذي وصل إليه التنظيم الدولي لا توجد منظمة دولية تملك إصدار قرار دون رضاء أعضائها، أي لا توجد استقلالية في ممارسة الاختصاصات الممنوحة لها طبقا لميثاقها أو طبقا لأحكام الاتفاقية التي أنشأتها[2].

1- محمد سامي عبد الحميد، محمد السعيد الدقاق، إبراهيم أحمد خليفة، التنظيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص252.

2- إبراهيم أحمد خليفة، النظرية العامة للمنظمات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 375.

إلا أنه بعد اتفاق الأعضاء وموافقتهم على قرار معين، فإن القرار يصدر باسم المنظمة التي أصدرته وهي التي تتحمل المسؤولية الكاملة عن إصداره دون أن تتحمل أي دولة من أعضائها مسؤولية القرار، أو بعبارة أخرى فإن القرار يعد قرارا للمنظمة بشخصها وصفتها كشخص دولي عام يتمتع بالشخصية القانونية الدولية.

والمركز الدولي، كمنظمة دولية، تقتصر العضوية فيه على الدول فقط، سواء كانت الدول التي أبرمت اتفاقية إنشائه، أو الدول التي انضمت إلى الاتفاقية لاحقا.

وهذه الدول رغبة منها في تحسين أوضاع المستثمرين من رعاياها في أقاليم الدول الأخرى، اتفقت فيما بينها على إبرام اتفاقية ينشأ بمقتضاها جهاز دولي أو هيئة دولية قادرة على تسوية ما ينشأ من منازعات خاصة بمجال الاستثمار بين هؤلاء المستثمرين والدول المضيفة لاستثماراتهم.

هذا الاتفاق قام من الأساس على رضاء هذه الدول الأطراف فيه، والذي بدونه (رضاء الدول) ما كان للمركز الدولي من وجود، ولما استمر في أداء وظيفته ومهمته الدولية وتحقيق الهدف المنشود من إنشائه.

ثانيا: الكيان المتميز الدائم.

لا يمكن القول بوجود المنظمة الدولية ما لم يتوافر لها كيان متميز دائم ومستقر يستمر طالما ظل الاتفاق المنشئ لها ساري المفعول.

فالمنظمة الدولية، كائن متميز عن الدول التي أسهمت في إنشائه، لها كيانها الخاص المرتبط بنشاط الأجهزة التي يتكون منها ويعتمد بالتالي عليها في تحقيق أهدافه، ولاشك أن الوجود المتميز يتطلب قدرا معقولا من الاستقرار والدوام، ولا يقصد بالدوام أن تظل المنظمة قائمة إلى ما لانهاية، وإنما المقصود ألا يكون وجودها عرضيا، كما لا يعني دوام المنظمة أن تعمل كافة أجهزتها كل الوقت من أجل تحقيق الأهداف المحددة لها، بل المقصود بدوام المنظمة هو استقلالها في وجودها وفي ممارستها لنشاطها عن الدول المكونة لها[1].

والمركز الدولي، كمنظمة دولية، له كيان دائم ومستقر منذ أنشأته اتفاقية واشنطن عام 1965، والتي مازالت سارية منذ إبرامها حتى الآن، هذا السريان الذي أدى بدوره إلى استمرار وجود الكيان الذي أنشأته الاتفاقية (المركز الدولي).

أيضا يتمتع المركز الدولي بكيان متميز عن الدول التي اتفقت على إنشائه، فعلى الرغم من أن المركز يتكون من هذه الدول الأطراف في الاتفاقية المنشئة له، إلا أنه يتمتع بكيان مستقل ومتميز عن مكونيه.

1- محمد سامي عبد الحميد، المرجع سابق، ص 253 -254.

ثالثا: الإرادة الذاتية.

يقتضي الوجود المتميز للمنظمة الدولية أن تكون لها إرادتها الذاتية المتميزة تماما عن إرادة الدول المكونة لها، وبالتالي الشخصية القانونية الدولية في الحدود التي ترسمها لكل منظمة الاتفاقية التي أنشأتها، هذه الشخصية شخصية قانونية من طبيعة خاصة، تختلف عن الشخصية القانونية التي تتمتع بها الدول والتي تستمدها من وجودها في ذاته لا من اتفاق أو نظام دولي خاص.

وبمقتضى تمتع المنظمة الدولية بالإرادة الذاتية، فما تقوم به المنظمة من تصرفات تتميز عن تصرفات الدول المكونة لها، فلا تنصرف أثار هذه التصرفات إلى هذه الدول على حدة بل إلى المنظمة ذاتها باعتبارها شخصا قانونيا دوليا يستقل في شخصيته القانونية عن الدول التي أنشأته لتحقق من وراء إسهامها في عضويته هدفا أو أهدافا معينة.

ولا ريب أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يتمتع بتلك الإرادة الذاتية، فهو بما يحوز من كيان دولي مستقل يتمتع بإرادة مستقلة، تتجلى في التصرفات والسلوك الذي يقوم به والذي لا تنصرف أثاره إلى الدول الأعضاء فيه، بل إلى المركز نفسه باعتباره شخصا دوليا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الشخصية القانونية للدول الأعضاء فيه.

رابعا: الاستناد إلى اتفاق دولي.

يستند وجود المنظمة الدولية، ضرورة إلى اتفاق دولي ينشئ المنظمة ويحدد هيكلها ونظامها القانوني، مبينا أهدافها واختصاصاتها والأجهزة المختلفة المنوط بها تحقيق هذه الأهداف والقواعد التي تحكم سير العمل بها.

ولما كانت الاتفاقات الدولية لا تعقد كمبدأ عام إلا بين الدول، فيترتب على ذلك أن المنظمة الدولية لا تضم أساسا غير الدول[1].

يعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، منظمة أنشئت بموجب اتفاقية دولية، وهي اتفاقية واشنطن (1965) لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأطراف في الاتفاقية ومواطني الدول الأخرى.

كما وضعت هذه الاتفاقية، النظام القانوني للمركز الدولي وحددت هيكله التنظيمي الذي يتكون من المجلس الإداري، السكرتارية، وقائمة المحكمين والموفقين مبينة وموضحة الأهداف والاختصاصات المختلفة لكل من هذه الأجهزة والمنوط بها تحقيق هذه الأهداف، كما حددت الاتفاقية القواعد التي تحكم سير العمل بها وذلك في بيان كيفية قيام لجان التوفيق ومحاكم التحكيم ولجان تقصي الحقائق بدورها لتحقيق أهداف المركز، وكذلك دور كل من المجلس والسكرتارية في وضع القواعد الخاصة بعمليتي التوفيق والتحكيم ومراقبة

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 327- 328.

الالتزام بتلك القواعد من قبل أطراف النزاع ولجان التوفيق ومحاكم التحكيم المنشئة بغرض تسوية المنازعات القائمة بين الأطراف.

خامسا: المنظمة الدولية وسيلة للتعاون الاختياري بين مجموعة من الدول في مجال أو مجالات تم الاتفاق عليها مسبقا بين هذه الدول.

لا تعد المنظمة الدولية بأي حال من الأحوال سلطة عليا أو دولة فوق الدول، وإنما هي مجرد وسيلة منظمة للتعاون الاختياري القائم أساسا على المساواة بين مجموعة من الدول في مجال أو عدة مجالات معينة تحددت سابقا في الاتفاق المنشئ للمنظمة، ويترتب على ذلك أن اختصاص المنظمة محدد بالضرورة ولا يجوز كقاعدة عامة، التوسع في تفسيره أو الخروج عن مداه المحدد في السابق، ولا يعد انضمام الدولة للمنظمة الدولية انتقاصا من سيادتها، وإن قيدت الاتفاقية المنشئة للمنظمة من حريتها في ممارسة السيادة[1].

وتشمل المنظمات الدولية بنشاطها كافة مجالات التعاون المتصور بين الدول كالتعاون في المجال الاقتصادي والمجال العلمي إلى غير ذلك من المجالات التي توليها الدول عنايتها.

والمركز الدولي هو وسيلة منظمة للتعاون بين الدول في المجال الاقتصادي، وبخاصة في مجالات الاستثمار المتعددة، وذلك في نطاق تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة له وبين المستثمرين الأجانب الذين ينتمون بجنسياتهم إلى دول أطراف في اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز.

حيث تعد عملية تسوية منازعات الاستثمار حافزا هاما على إزكاء روح التعاون بين الدول الأطراف في روابط الاستثمار.

لما كان المركز الدولي كمنظمة دولية تقتصر العضوية فيه على الدول فقط، وله كيان دائم ومتميز يتمتع بالإرادة الذاتية وبالشخصية القانونية، واتفقت مجموعة من الدول على إنشائه كوسيلة من وسائل التعاون الاختياري فيما بينها في مجال الاستثمار، فيتضح من ذلك أن للمركز الدولي جانب عضوي[2] وجانب وظيفي[3].

والجانب العضوي المتبلور من الناحية العملية في صور جهاز أو مجموعة من الأجهزة، لا يقوم ولا يتصور أن يقوم إلا لخدمة الجانب الوظيفي، باعتبار أن أداء الوظيفة هو الهدف الأساسي المبرر لوجود المركز بجانبيه الوظيفي والهيكلي، إلا أن هذا لا يعني التقليل من أهمية الجانب العضوي، فهو إن لم يكن جوهر النظام وغايته، إلا أنه يمثل مظهره وحقيقته الخارجية، فلا يكفي قيام الجوهر بدون إطار يبرزه[4].

1- محمد سامي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 260.

2- جانب عضوي يتجلى في وجود كيان دائم ومستقر متمتع بالإرادة الذاتية وبالشخصية القانونية المتميزة عن الدول أعضاء المنظمة.

3- جانب وظيفي يتجلى في كون المركز وسيلة اتفاقية لتحقيق قدر معين من التعاون بين مجموعة الدول الأعضاء فيه.

4- محمد سامي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 260-261.

والمركز الدولي كمنظمة دولية يعد منظمة دولية عالمية، وليست إقليمية[1]، ومنظمة متخصصة، وليست منظمة عامة[2]، كما أن المركز يعد منظمة عالمية متخصصة ذات طابع تعاوني[3].

والمركز الدولي كسائر المنظمات الدولية له ميثاق، ذلك الميثاق هو القانون الأساسي له والذي يتضمن مجموعة القواعد التي تحدد مبادئ المركز وأهدافه وهيكله التنظيمي واختصاصاته والسلطات الممنوحة له واللازمة لتحقيق أهدافه ونظامه المالي وشروط اكتساب العضوية فيه، وغير ذلك من الأمور اللازمة لسير العمل بها في المركز.

المقصود بميثاق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو الاتفاقية الدولية التي أبرمت في واشنطن (1965)، والتي أنشئ بمقتضاها هذا المركز.

ويذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن الميثاق المنشئ للمركز له طبيعة دستورية وأن هذا الميثاق وإن كان له شكل المعاهدة الدولية، إلا أنه يفترق عن هذه الأخيرة في كونه له طبيعة الدستور، حيث أنه يحدد القواعد القانونية الخاصة بالعضوية والتصويت وتكوين الأجهزة الرئيسية للمركز وتوزيع الاختصاصات فيما بينها إلى غير ذلك من المسائل التي لا يقوم بها إلا الدستور، ومن بين هؤلاء الفقهاء من ذهب إلى حد القول بأن الطبيعة الدستورية هي العنصر الوحيد الذي يحدد الطبيعة القانونية للميثاق المنشئ للمركز[4].

إلا أن الرؤية الغالبة لميثاق المركز، أو مواثيق المنظمات الدولية بشكل عام، تتجه إلى تبني معيار مزدوج لتحديد الطبيعة القانونية للميثاق المنشئ للمركز، وقوائم هذا المعيار هو أن الميثاق المنشئ للمركز يعتبر معاهدة من حيث الشكل ودستورا من الناحية الموضوعية، حيث لا يمكن تجاهل ما للناحية الشكلية من أهمية لأنها هي التي تكفل للمعاهدة المنشئة مكانة خاصة بين المعاهدات لاسيما فيما يتعلق بالتطبيق والتفسير والتحفظات[5].

وعلى الرغم من أن الميثاق المنشئ للمركز الدولي ما هو إلا معاهدة دولية كسائر المعاهدات الدولية، إلا أنه أولا يتميز عن هذه المعاهدات الدولية، في أنه أنشأ كيانا دوليا جديدا لم يكن موجودا على الساحة الدولية، والمقصود بهذا الكيان هو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والذي اكتسب الشخصية

1- والمركز الدولي يعد منظمة عالمية، حيث أن العضوية فيه مفتوحة لجميع الدول الراغبة في ذلك وليست مقصورة على مجموعة من الدول ترتبط فيما بينها بروابط سياسية أو جغرافية (إقليمية).

2- كما أن المركز يعد منظمة متخصصة، حيث أنشئ المركز لتحقيق هدف محدد وليس عام وهو خاص بالمجال الاقتصادي، وذلك في نطاق تسوية المنازعات الخاصة بمجال الاستثمار.

3- وأخيرا يعد المركز الدولي منظمة عالمية متخصصة ذات طابع تعاوني، حيث يعمل المركز من خلال قيامه بمهمته ووظيفته في تسوية منازعات الاستثمار على تحقيق التعاون بين الدول الأعضاء فيه في مجال الاستثمار، وذلك عن طريق ما تصدره محاكم المركز من قرارات وما توصى به لجان التوفيق من توصيات يلتزم بها جميع الدول الأعضاء فيه، أنظر في ذلك: إبراهيم خليفة، المرجع السابق ، من ص 381 إلى ص 384.

4- محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 272.

5- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 331- 332.

القانونية منذ صدور هذا الميثاق، ثانيا يحدد وينشئ الأجهزة التي يتكون منها المركز وهو الذي يقوم بمهمة توزيع الاختصاصات فيها، وثالثا يتميز الميثاق عن سائر المعاهدات الدولية بخاصية عدم إبداء تحفظات بشأن أحكامه، ويقصد بالتحفظ أي تصرف قانوني صادر من الدولة عند التوقيع على المعاهدة أو التصديق عليها أو الانضمام إليها، تستهدف من ورائه استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة، ومن المسلم به أنه يجوز كأصل عام إبداء تحفظات على المعاهدات الدولية، أما بالنسبة للميثاق المنشئ للمنظمة الدولية فلا يجوز إبداء تحفظات على أحكامه عند الإقدام على الارتباط بأحكامه من قبل أية دولة، إلا إذا نص الميثاق على خلاف ذلك[1]، وهو ما أقره ميثاق المركز الدولي في المادة رقم (65) من أحكامه، حيث نص على أنه يجوز لأي دولة متعاقدة أن تقترح تعديل الاتفاقية عن طريق إرسال نص التعديل المقترح إلى السكرتير العام للمركز الذي يقوم بدوره بتسليمه إلى كل أعضاء المجلس الإداري للمركز لفحصه وبيان رأى أعضاء المجلس الإداري في التعديل المقترح.

ولا يعد المركز الدولي هيئة تحكيم دولية تهدف فقط إلى تسوية منازعات الاستثمار باستخدام وسيلتي التوفيق والتحكيم، بل إن الغرض الأسمى للمركز هو خلق مناخ من الثقة المتبادلة بين المستثمرين الأجانب، وحكومات الدول المضيفة لاستثماراتهم، مما يؤدي إلى زيادة تدفق رؤوس الأموال للأغراض الإنتاجية، فهو في المقام الأول أداة دولية لتشجيع الاستثمارات والتنمية الاقتصادية.

والمركز إذ يرسى قواعد الثقة بين أطراف رابطة الاستثمار، يؤكد للطرفين أن منازعتهما سوف ينظرها جهاز دولي يتمتع بالكفاءة اللازمة والملائمة لإصدار قرارات بناءا على الأصول القانونية والاقتصادية التي تحكمه، بعيدا عن التيارات السياسية الدولية السائدة، وليس أدل على ذلك من العبارة التي استخدامها رئيس البنك الدولي ورئيس المجلس الإداري للمركز (1961) "يوجين بلاك" عندما وصف المنهج الذي يقوم عليه المركز، بأنه عملية إخراج النزاع الاستثماري من النطاق السياسي الذي قد يحتويه نظرا لوجود الدولة كطرف فيه Depoloticization of investment Disputes[2].

ويختلف بذلك المركز الدولي بوصفه جهازا دوليا الغرض منه تسوية المنازعات عن مراكز التحكيم الأخرى، على سبيل المثال، هيئة غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث يرجع الهدف من إنشاء هيئة تحكيم الغرفة إلى تسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، فهيئة الغرفة وظيفتها فقط القيام بتسوية المنازعات عن طريق التوفيق أو التحكيم دون النظر إلى الهدف العام من وراء هذه التسوية، وهذا على خلاف ما يقوم به المركز الدولي الذي ينظر إلى عملية تسوية المنازعات على أنها جزء من كل، فتسوية منازعات الاستثمار جزء من عملية تكوين مناخ من الثقة ليس فقط بين أطراف عملية الاستثمار، المستثمر والدولة المضيفة لاستثماره ولكن أيضا بين الدول المضيفة للاستثمار ودول جنسية المستثمرين.

1- إبراهيم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص 404.

2- منى محمود مصطفى، المرجع السابق، من ص53 إلى ص 55.

ومن ثم فمن منطلق هذا الدور الإيجابي يبدو بوضوح ما يبذله المركز الدولي من جهد على مسار العلاقات الدولية بوجه عام وعلى مسار العلاقات الاقتصادية الدولية بوجه خاص.

المطلب الثاني: الهيكل التنظيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

ويحكم المركز نظاما أساسيا وهيكلا 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 ضمانا للتنفيذ العملي لأحكام الاتفاقية.

وعلى هذا الأساس، سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول المجلس الإداري، وفي الفرع الثاني السكرتارية، مرورا بقائمة المحكمين والموفقين في الفرع الثالث، وهذا على النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول: المجلس الإداري

ولمعرفة ما هو المجلس الإداري للمركز، نوضحه في النقاط الآتية:

أولا: تشكيل المجلس الإداري

يشكل المجلس من ممثل عن كل دولة عضو، ويجوز تعيين ممثل بديل، وفي حالة عدم وجود الممثل لأي دولة، البديل يكون المحافظ أو المحافظ البديل في البنك الدولي للتعمير هو ممثل هذه الدولة[1].

ثانيا: رئاسة المجلس

يتولى رئاسة المجلس الإداري، رئيس البنك الدولي للتعمير والتنمية، مع ملاحظة أنه ليس له صوت معدود في مداولات المجلس[2]، وهذا يدل على أن وضيفته إشرافية، وعلى عدم مساواة عضويته بعضوية الدول الأعضاء[3].

ويكفي لصحة انعقاد المجلس حضور الأغلبية المطلقة للأعضاء[4]، ويكون لكل ممثل صوت واحد، ويجتمع المجلس سنويا، كما تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأصوات، إلا إذا تطلبت الاتفاقية أغلبية معينة[5].

ثالثا: اختصاصات المجلس

ويمكن اعتبار المجلس الإداري الجهاز الحاكم للمركز حيث يقوم بعدة وظائف حيوية تتمثل في:

1- المادة (04) الفقرة (1) و (02) من اتفاقية واشنطن.

- المادة (05) من اتفاقية واشنطن.2

- عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 3.179

- بمعنى أغلبية الأعضاء الحاضرين المشتركين في التصويت، أنظر المادة (07) الفقرة (03) من اتفاقية واشنطن.4

- المادة (04) من اتفاقية واشنطن.5

1- وضع القواعد الإدارية والمالية.

2- وضع القواعد والإجراءات الخاصة باستخدام وسيلتي التوفيق والتحكيم.

3- وضع القواعد الإجرائية الخاصة داخل العملية التوفيقية والعملية التحكيمية.

4- وضع الترتيبات الخاصة باستخدام التسهيلات الإدارية التي يقدمها البنك.

5- وضع الميزانية السنوية للمركز.

6- الموافقة على التقرير السنوي للمركز.

7- يقوم المجلس باختيار السكرتير العام، ويكون قرار التعيين بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس.

وتتطلب الوظائف 1-2-3-5، موافقة ثلثي أعضاء المجلس الإداري، وتخول هذه الأغلبية المجلس في اتخاذ كافة الإجراءات التي يراها ملائمة ومعاونة في تحقيق أهداف المركز وأغراض الاتفاقية[1].

الفرع الثاني: السكرتارية (أمانة المركز).

لتعريف أمانة المركز، والدول الذي تقوم به، نوضحها في النقاط التالية:

أولا: تعيين الأمين العام أو نوابه.

تعد السكرتارية، الجهاز الأساسي للمركز، يرأسها سكرتير عام ونائب واحد أو عدة نواب، وفقا لما تقتضيه الظروف، هذا بالإضافة إلى العاملين.

والسكرتير العام هو الموظف الرئيسي الأول في المركز، ويتم تعيينه عن طريق المجلس الإداري بأغلبية ثلثي الأصوات وذلك لمدة ست سنوات.

ثانيا: خلو منصب الأمين العام.

عندما يخلو منصب الأمين العام للمجلس الإداري لغيابه أو خلو منصب، يحل محله نائب الأمين العام، وفي حالة تعدد النواب، يقوم المجلس إداري بتحديد ترتيب النواب.

ثالثا: اختصاصات الأمين العام.

ويقوم السكرتير العام بإدارة المركز، وهو الذي يقرر المرحلة التمهيدية لانعقاد اختصاص المركز ويقرر من ظاهر طلب عرض النزاع على المركز ما إذا كانت شروط اختصاص المركز قد توافرت من عدمه، كما تخول الاتفاقية السكرتير العام القيام بتعيين المحكمين أو الموفقين في حالة غياب اتفاق الأطراف على ذلك، كما يتولى السكرتير العام التصديق على الأحكام التحكيمية التي تصدرها محاكم المركز.

1- المادة (6) من اتفاقية واشنطن.

رابعا: ما لا يجوز للأمين العام.

لضمان الحياد الإداري، فقد حالت الاتفاقية دون السكرتير العام ووكلائه ممارسة أية وظيفة سياسية إلا بعد موافقة المجلس الإداري[1].

الفرع الثالث: قائمة الموفقين والمحكمين.

يحتفظ المركز بقوائم للموفقين والمحكمين، وتضم هذه القوائم أشخاصا مؤهلين للقيام بعملية التوفيق أو التحيكم، ولكل دولة متعاقدة الحق في تعيين أربعة أشخاص لكل قائمة، بشرط ألا ينتمون بجنسياتهم إليها، كما يملك رئيس المجلس الإداري الحق في اختيار عشرة أشخاص لكل قائمة، بشرط أن يتمتع هؤلاء الأشخاص المعينين بجنسيات مختلفة.

ويمارس رئيس المجلس الإداري هذه السلطة بعد انتهاء الدول المتعاقدة من تعيين الموفقين والمحكمين، كما يجب عليه أن يراعي في اختياره ضرورة تمثيل الأنظمة القانونية الرئيسية والأشكال المختلفة للأنشطة الاقتصادية[2].

ويشترط أن يتصف الشخص المعين في هذه القوائم، سواء عن طريق الدول المتعاقدة أو عن طريق رئيس المجلس الإداري، بالصفات الحميدة وأن يكون حائزا للكفاية المعترف بها في مجالات القانون أو التجارة أو الصناعة أو المال، وأن يكون من الممكن الاعتماد عليه في ممارسة قضاء مستقل.

ولتوفير المرونة في إجراءات إقامة الدعوى، أجازت الاتفاقية للدول المتعاقدة حرية تعيين موفقين ومحكمين من خارج قوائم المركز، بشرط أن يكون حائزا للصفات الواجب توافرها فيمن يعين بالقوائم، أما رئيس المجلس الإداري فلا يحق له في ممارسته لسلطاته في تعيين الموفقين والمحكمين أن يعين أشخاصا من خارج القوائم، ويعين المحكمون والموفقون في القوائم لمدة ست سنوات يجوز تجديدها حين انتهاؤها، كما يجوز تعيين الشخص الواحد في قائمة الموفقين والمحكمين[3].

المبحث الثاني: شروط انعقاد اختصاص المركز بنظر منازعات الاستثمار

إن النظرة المتعمقة للاتفاقية المنشئة للمركز، تبين مدى المجهودات التي بذلها واضعو الاتفاقية للابتعاد بأكبر قدر ممكن عن إحراج حكومات الدول المستوردة لرأس المال الأجنبي والمضيفة للمشروعات الاستثمارية المملوكة للأجانب أو إثارة حفيظتها باعتبارها دول تتمتع بالسيادة.

لذا فقد تمت صياغة أحكام الاتفاقية والالتزامات القانونية، بطريقة تجعل كل شيء مؤسس على الرضاء التام والقدرة على الاختيار، وذلك في ذات الوقت الذي تم الحفاظ فيه على الحماية المتطلبة للأطراف

1- المادة (10) و (11) من اتفاقية واشنطن.

2- المادة (13) و (14) من اتفاقية واشنطن.

3- المادة (15) و (16) من اتفاقية واشنطن.

الأجنبية الخاصة، كما تجيز الاتفاقية لأية دولة أن تصبح طرفا في الاتفاقية دون أن تلتزم برفع أي نزاع على المركز سواء في الحاضر أو في المستقبل[1].

ولكي ينعقد اختصاص المركز بالنظر في المنازعات المعروضة عليه، لابد وأن تتوافر ثلاثة اشتراطات رئيسية.

ومنه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، بحيث نتناول في المطلب الأول الشرط الشكلي المتمثل في الموافقة، ونتطرق في المطلب الثاني إلى الشرط الموضوعي المتمثل في طبيعة النزاع، أما المطلب الثالث نبين فيه الشرط الشخصي المتمثل في أطراف النزاع وذلك على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول: الشرط الشكلي (الموافقة) Consent

تعتبر موافقة الأطراف على رفع النزاع إلى المركز حجر الزاوية لانعقاد اختصاص المركز، وقد أكدت محكمة العدل الدولية اعتناقها لهذا المبدأ حيث أوردت بقضائها الصادر في 1953/05/19 في قضية "أمبا تيليوس"، أن مبدأ عدم إمكان إلزام الدول بإحالة منازعتها للتحكيم دون رضاها هو أحد المبادئ المستقرة في القانون الدولي، وعلى ذلك يستمد الحكم الصادر من محكمة التحكيم قوته الإلزامية من اتفاق الطرفين، بينما تجد أحكام القضاء الداخلي أساسها الملزم من القانون، ذلك أنه وفقا للقانون الداخلي يكون لكل ذي مصلحة أن يقيم دعواه أمام القضاء المختص دون حاجة لموافقة المدعي عليه، أما في ظل أحكام التحكيم الذي يتأسس على مبدأ الرضائية، فإن تخلف موافقة الأطراف تحول دون عرض النزاع على محكمة التحكيم[2].

وقد أسست الاتفاقية، انعقاد الاختصاص على أساس رضائي واختياري، حيث لا يكفي توقيع وتصديق الدولة على الاتفاقية لإلزامها بإخضاع المنازعات التي تثور بينها وبين المستثمر الأجنبي إلى المركز، فكل دولة تتمتع بقدر وافر من الحرية في أن تقرر رضائها أو رفضها على إخضاع المنازعات الاستثمارية الحالية أو المستقبلية للمركز، وذلك على الرغم من توقيعها وتصديقها على الاتفاقية، كما يتمتع المستثمر الأجنبي بنفس القدر من الحرية.

وفيما يلي، سنتعرض للرضاء (الموافقة) وفقا للخطة التالية:

نتناول في الفرع الأول وقت صدور الموافقة، وفي الفرع الثاني شكل الموافقة، مرورا بآثار الموافقة في الفرع الثالث وهذا على النحو التالي بيانه:

1- عصام بسيم، المرجع السابق، ص 306.

2- أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، المرجع السابق، ص 21.

الفرع الأول: وقت صدور الرضاء (الموافقة)

إذا كانت الموافقة هي حجر الزاوية لاختصاص المركز[1]، فإن الاتفاقية مع ذلك لم تحدد وقتا معينا لإعلانها.

وعلى ذلك، فمن المتصور أن يصدر الرضاء قبل أو بعد نشوء النزاع، إلا أنه وفي جميع الأحوال يجب أن تكون الموافقة سابقة على تقديم طلب التحكيم أو التوفيق[2]، مع ملاحظة عدم استلزام صدور الموافقة من قبل الطرفين في وقت واحد[3].

ويختلف بذلك المركز الدولي والذي لم يحدد وقتا معينا لإبداء الموافقة على انعقاد اختصاصه للنظر في النزاع، أو على النص صراحة في اتفاق التحكيم على اللجوء إليه للتسوية حال قيام المنازعات عن اشتراطات هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) [4]، التي توصى الأطراف الراغبين في اللجوء إلى هيئتها للتحكيم أن يضمنوا عقودهم ذات الطابع الدولي النص التالي: "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم اختيارهم وفقا لهذا النظام"[5].

الفرع الثاني: شكل الموافقة.

لم تشترط الاتفاقية، سوى الكتابة كشكل للموافقة[6]، وتختلف اتفاقية واشنطن في هذا الصدد عن اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي (1961)، حيث تجيز الأخيرة الاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب في شأن المعاملات التي تتم في إطار الدول التي لا تتطلب قوانينها كتابة اتفاق التحكيم، وذلك بنصها على: "وفي العلاقات ما بين الدول التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر أية اتفاقية تحكيم معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين"[7].

وبالتالي، فإذا كان قانون الدول الأعضاء في الاتفاقية لا يستلزم كتابة اتفاق التحكيم، فإن اتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون ملزما ولو لم يكن مكتوبا، كما تقر الأخيرة الاتفاق متى ورد في خطابات أو برقيات متبادلة بين الأطراف[8].

1- وهذا ما أشار إليه تقرير المدرين التنفيذيين للبنك الدولي للإنشاء والتعمير والملحق باتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، والذي جاء فيه: " أن رضا الأطراف هو حجر الزاوية بالنسبة لاختصاص المركز".، راجع في ذلك: أحمد عشوش، اتفاقيات البترول، المرجع السابق، ص 351.

- د. جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القاهرة، 1995، ص 2.32

- مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص 3.162

4- أنظر في قائمة المختصرات.

5- نظام التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، والنظام الجديد للتوفيق والتحكيم المعدل والساريان اعتبارا من 1988/01/01.

- المادة (25) الفقرة (01) من اتفاقية واشنطن.6

- المادة (01) الفقرة (02) من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 7.1961

8- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 82.

وإذا كانت اتفاقية واشنطن تختلف عن اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي في هذا الصدد، فإن اتفاقية واشنطن تتفق مع اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالأحكام الأجنبية (1958)، حيث استلزمت الأخيرة أيضا ضرورة كتابة اتفاق التحكيم حتى تلتزم الدول أطراف الاتفاقية بالاعتراف به وترتيب أثاره، حيث نصت على: "أن تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق الأطراف المكتوب الذي يلزمها باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم أو ستنشأ من علاقة قانونية معينة بينهم سواء كانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بالتحكيم"[1].

أي أن اتفاقية نيويورك تتطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حتى تقره الدول وتعترف به، وقد يتفق الأطراف على التحكيم دون كتابة تطبيقا لقانون وطني معين، وفي هذه الحالة لا تكون الدول الأعضاء ملزمة بهذا التحكيم إلا إذا أرادت هي ذلك بطبيعة الحال[2].

وتتنوع الصور والأشكال التي يتخذها شرط الرضاء، فيجوز للأطراف اختيار أحد شروط التحكيم النموذجية التي تم إعدادها مسبقا بواسطة المركز، وإن كان لا يوجد التزام على الأطراف باستعمال هذه الشروط، كما يجوز للأطراف التعبير عن رضاهم في شرط تحكيم يتضمنه عقد الاستثمار[3].

أولا: الموافقة الواردة في النص التشريعي للدولة المضيفة للاستثمار.

قد اقترح المديرون التنفيذيون للبنك الدولي، أن تعرض الدولة المضيفة في تشريعاتها المشجعة للاستثمار، إحالة المنازعات الناشئة عن أنماط معينة من الاستثمارات إلى اختصاص المركز، وعلى المستثمر أن يبدي موافقته بقبول هذا العرض كتابة[4].

وعليه، تقوم الدولة المضيفة للاستثمار بسن تشريع داخلي يتضمن في أحد نصوصه إقرار المثول أمام المركز.

وتأخذ بعض الدول الراغبة في النمو هذا الأسلوب، أملا في تشجيع المستثمرين الأجانب واستقدام رؤوس الأموال الأجنبية[5].

1- المادة (02) الفقرة (01) من اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ والاعتراف بالأحكام الأجنبية لسنة 1958.

2- إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 82.

3- Amerasinghe, "How to Use the International Centre for the Settlement of Investment Disputes by Reference to Its Models Clauses", Indian Journal of International Law, Volume13, 1973 , p 530.

4- محمد أبو العينين، التحكيم أمام المركز الدولي لحسم منازعات الاستثمار "إلى أين المصير؟"، بحث مقدم في مؤتمر تسوية المنازعات في براغ، بتاريخ 22 يونيو 2002، ص02.

5- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 343- 344.

والحقيقة أن قضية "هضبة الأهرام" بين شركة[1] Southern pacific properties (SPP) والحكومة المصرية، تعد مثالا صارخا على بيان أهمية إدراج الدول لشرط اللجوء إلى المركز الدولي في قوانين الاستثمار التي تقرها تلك الدول.

تعود وقائع هذه القضية إلى 1974/09/23، إذ أبرم اتفاق استثمار بين شركة SPP وهي شركة تتبع في جنسيتها هونج كونج، وبين الحكومة المصرية وهيئة السياحة المصرية Egyptian Tourism (Egoth) Organization بهدف إنشاء مجمعات سياحية في منطقة أهرامات الجيزة.

وطبقا لبنود هذا الاتفاق، تعهدت الحكومة المصرية بتوفير الأرض اللازمة لإقامة المشروع، ولقد جاء في مقدمة الاتفاق أنه صدر وفقا لقوانين الاستثمار المصرية ومن بينها قانون الاستثمار رقم (43) لسنة (1974)، وفي 1974/12/12، أبرم اتفاق تكميلي بين الشركة المذكورة وهيئة السياحة المصرية لتولي القيام بتنفيذ المشروع، ونص فيه على تسوية المنازعات بين الطرفين في غرفة التجارة الدولية بباريس، كما نص على خضوع الاتفاق التكميلي للقوانين المصرية بما فيها قانون الاستثمار رقم (43) لسنة (1974).

وبدأت الأعمال الإنشائية للمشروع في يوليو 1977، ثم بعد ذلك بفترة وجيزة تعالت الأصوات على الصعيدين المحلي والعالمي، بالهجوم على المشروع لكونه يمثل تهديدا حقيقيا لموقع حضاري وثقافي وتاريخي، وعلى إثر ذلك وفي مايو 1978، سحبت الحكومة المصرية موافقتها على المشروع.

وفي السابع من ديسمبر 1978، أقامت شركة SPP إجراءات التحكيم ضد الحكومة المصرية والهيئة المصرية للسياحة أمام غرفة التجارة الدولية بباريس، وعلى الرغم من اعتراض الحكومة المصرية في ذلك الوقت على اختصاص محكمة غرفة التجارة للنظر في النزاع، فقد صدر الحكم ضدها في 1983/02/16، بإلزامها أن تدفع إلى شركة SPP تعويضا وقدره إثنا عشر ونصف مليون دولار أمريكي، أما الهيئة المصرية للسياحة فقد أعفتها المحكمة من أية مسؤولية، بناء على أن السبب في عدم وفاءها بالتزامها إنما يرجع لظروف القوة القاهرة، حيث أنها لا تملك معارضة حكومة دولتها في اتخاذ قرارات تراها ضرورية.

على أن الحكومة المصرية أقامت إجراءات لإبطال الحكم الصادر من محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس، وبالفعل أبطلت الحكم نهائيا في 1987.

وفي أثناء نظر دعاوي الإبطال أمام القضاء الفرنسي، كانت شركة Southern Pacific Properties، قد بادرت بإقامة دعوتين أخريين لإنفاذ حكم التحكيم الصادر من الغرفة أمام المحاكم الهولندية والمحاكم الإنجليزية، وذلك لتنفيذ الحكم الصادر عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، وفي نفس الوقت تقدمت بطلب لإجراء التحكيم أمام المركز الدولي في 1984/08/27.

1- Criag, Lawrence, W, "The Final Chapter in the Pyramids Case: Discount on ICSID Award for Annulment Risk", Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, Vol, 8, no.2, 1993, pp 264 - 293.

وقد اعترضت الحكومة المصرية على انعقاد اختصاص المركز، حيث أنه على الرغم من أن المادة (8) من قانون الاستثمار[1] تعتبر بمثابة رضاء بالمثول أمام المركز من جانب الحكومة المصرية، إلا أن هذا النص يشير فقط إلى إمكانية تقديم النزاع وفقا لأحكام الاتفاقية كأحد الوسائل المتعددة المذكورة في نص القانون، وأن اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع كان يتطلب خطوة إضافية أخرى وهي الاتفاق عليه بين الطرفين.

وقد أبرزت الحكومة المصرية اعتراضا على اختصاص المركز من حيث أن المادة (8) من قانون الاستثمار المشار إليه لا تكفي لتكوين الرضا بالتحكيم أمام المركز، ذلك لأن نص المادة المذكورة كان يقرر بأنه يمكن تسوية المنازعات في إطار الاتفاقية، وهذه العبارة تشير إلى كل من التحكيم والتوفيق وهما الوسيلتان اللتان أشارت إليهما الاتفاقية لتسوية منازعات الاستثمار، وبالتالي فإن مقتضى حجة الحكومة المصرية هو أنه على صحة الافتراض الجدلي بالقول بأن اللجوء إلى المركز ملزم لها وفقا لنص المادة (8)، إلا أن هذا لا يكفي للتقديم إلى التحكيم، إذ أن هناك طريقتين لتسوية المنازعات وفقا للاتفاقية ذاتها، التحكيم أو التوفيق، واختيار طريق دون أخر كان يقتضى حصول اتفاق مسبق ومستقل بين الأطراف على ذلك وهو ما لم يحدث، ومن ثم فلا يجوز القول أن الحكومة المصرية قد أعلنت رضائها عن التحكيم لمجرد وجود نص في قانون الاستثمار يشير إلى إمكانية تسوية المنازعات وفقا للاتفاقية المنشئة للمركز.

ولقد رفضت المحكمة حجة الحكومة المصرية، على أساس أن غياب اتفاق مسبق بين الأطراف على الاختيار بين التحكيم أو التوفيق لا يحول دون انعقاد اختصاص المركز، إذ أن اختيار أحد هذين الطريقين يكون متروكا للطرف الذي يقيم الإجراءات.

ولما كانت شركة SPP هي التي أقامت الإجراءات، فيكون اختيارها للتحكيم صحيحا وفقا لأحكام الاتفاقية[2].

1- المادة (8) لقانون الاستثمار المصري لسنة 1974 تنص على: " تتم 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 اتفاقية 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 التحكيم 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 الإجراءات الخاصة بها دون التقيد بقانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي على أن تراعي اللجنة سرعة البت في المنازعة، وتصدر قرارات اللجنة بأغلبية الأصوات وتكون نهائية وملزمة للطرفين وقابلة للتنفيذ شأنها شأن الأحكام النهائية، وتحدد لجنة التحكيم من يتحمل مصاريف التحكيم".

2- Delaume, "The Pyramids Stand: The Pharos Can Rest in Peace", Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, Vol, 8, no. 2, 1993, pp 231 - 263.

ثانيا: الموافقة الواردة في الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الاستثمار.

1- الموافقة الواردة في الاتفاقيات المتعددة الأطراف:

وقد يرد الرضا ضمن أحكام معاهدة جماعية، متعددة الأطراف، مثل اتفاقية دول أمريكا الشمالية للتجارة الحرة North American Free Trade Agreement 1993، واتفاق ميثاق الطاقة Energy Charter Agreement،

وتعد قضية مؤسسة Metaclad_ ضد جمهورية المكسيك، مثالا على إمكانية تضمين موافقة الدول الأطراف على انعقاد اختصاص المركز بالنظر في النزاع القائم بين دولة طرف في اتفاقية جماعية مثل اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة، وطرف أجنبي خاص ينتمي إلى دولة أخرى طرف أيضا في ذات الاتفاقية ضمن أحكام الاتفاقية.

تقدمت مؤسسة Metaclad، وهي شخص اعتباري ينتمي بجنسيته إلى الولايات المتحدة الأمريكية، الطرف في اتفاقية NAFTA والطرف أيضا في اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 1997/02/02، بطلب عرض النزاع القائم بينه وبين حكومة جمهورية المكسيك، الطرف في اتفاقية NAFTA وليست طرفا في اتفاقية واشنطن على المركز للفصل فيه، وقد تم الموافقة على الطلب في 1997/01/13.

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.

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، وقامت السلطات المحلية للولاية برفع الأمر إلى القضاء الوطني في جمهورية المكسيك، وحصلت على حكم قضائي لصالحها بعدم البدء في مزاولة المشروع لأعماله في مايو 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 في 2000/08/30، أن الإجراءات التي اتخذتها حكومة المكسيك ممثلة في سلطاتها المحلية، تنطوي على انتهاك لحقوق الشركة المدعية، مما عرض استثمارات هذه الشركة للخسائر الجسيمة، وانتهاك للحد الأدنى لحقوق الأجانب المقرر وفقا لقواعد القانون الدولي، كما أن هذه الإجراءات تعد مناقضة تماما لأحكام المادة 1105 من اتفاقية NAFTA، 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 والإنصاف والمساواة في التعامل مع مستثمري الدول الأطراف في الاتفاقية الدولية حيث رأت المحكمة أن الإجراءات التي قامت بها السلطات المحلية في المكسيك تعد إجراءات تعسفية كان الغرض منها تجريد المستثمر الأجنبي من أدنى الحقوق التي يتمتع بها وفق قواعد الحماية الدولية.

وبالتالي رأت المحكمة، ضرورة قيام حكومة المكسيك بتعويض الشركة المدعية عما لحق بها من أضرار وخسائر نتيجة لتلك الإجراءات التعسفية التي قامت بها الأولى في حق الأخيرة[1].

2- الموافقة الواردة في الاتفاقيات الثنائية:

تتضمن غالبية معاهدات الاستثمار الثنائية، بنودا تقتضي اختصاص المركز الدولي بتسوية منازعات الاستثمار.

وفي هذا الصدد، نصت الاتفاقية الجزائرية الرومانية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات على: "في حالة عدم توصل إلى حل عن طريق الاستشارات في مدة ستة أشهر، ابتداء من تاريخ التبليغ عن النزاع، يمكن للمستثمر عرض الخلاف، باختياره للتسوية:

أ- على المحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار، أو،

ب- على المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (C.I.R.D.I.) المنشأ بموجب الاتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى" المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس 1965م، أو،

ج- على محكمة خاصة، في حالة غياب اتفاق مباشر بين الطرفين المتنازعين، تشكل طبقا لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بالقانون التجاري الدولي (C.N.U.D.C.I)"[2].

كما نص الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والمملكة الإسبانية على أنه: " وإذا لم يكن ممكنا حل النزاع في مدى ستة أشهر، ابتداء من تاريخ الإشعار الكتابي المذكور في الفقرة الأولى، فإن المستثمر يستطيع بناء على اختياره تقديمه:

أ- لمحكمة تحكيمية طبقا لتنظيم مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية باستكهولم،

ب- لتحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس،

1- Metaclad V.Mexico, Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, Vol,16, no.1, 2001,case no.ARB,(AF)/97.

2- المادة (07) الفقرة (02) من المرسوم الرئاسي رقم 94- 328، مؤرخ في 17 جمادي الأول عام 1415 الموافق لـ 22 أكتوبر 1994، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر في 28 يونيو سنة 1994، المتعلق بتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج.ر.ج.ج، العدد 69، الصادرة بتاريخ 21 جمادي الأول عام 1415، ص 188.

ج- للمحكمة التحكيمية المنشئة لهذا الغرض والمبينة من خلال تنظيم التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

د- إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات والمنشأ بموجب "الاتفاقية المتعلقة بتسوية النزاعات المرتبطة بالاستثمارات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى" والمعد بواشنطن ابتداء من 18 مارس 1965، وذلك في حالة ما إذا كانت الدولتين الطرف في هذا الاتفاق قد انضمت إلى هذه الاتفاقية"[1].

وتنقسم المعاهدات الثنائية التي تشير إلى الرضاء باختصاص المركز إلى ثلاثة طوائف.

فمن ناحية أولى، توجد طائفة من المعاهدات الثنائية التى 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 بإعلان المستثمر قبوله هذا الاختصاص، ويجوز أن يصدر قبول المستثمر في أي وقت وحتى لحظة تقديم طلب التسوية للمركز، بل إن المستثمر الأجنبي قد يضع إعلانه قبول الاختصاص في ذات طلب التسوية الذي يقدم إلى المركز، إلا أنه لا يصبح تعهد الدولة بالتقديم إلى المركز ملزما لها وغير قابل للسحب إلا بعد إفصاح المستثمر عن قبوله الاختصاص وإخطار المركز بذلك، فإذا لم يعلن المستثمر قبوله اختصاص المركز فلا يتوفر شرط الرضا، ذلك أن تعهد الدولة المضيفة للاستثمار بموجب المعاهدة الثنائية بقبول اختصاص المركز هو اشتراط لمصلحة المستثمر الأجنبي وهو اشتراط معلق حتى يتم إعلان قبول المستثمر له[2].

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

1- المادة (11) الفقرة (02) من المرسوم الرئاسي رقم 95- 88 المؤرخ في 24 شوال عام 1415، الموافق لـ 25 مارس 1995، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية، والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1994، ج.ر.ج.ج، العدد 23، الصادرة بتاريخ 26 ذي القعدة عام 1415هـ، ص 193.

2- د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، "القواعد – الإجراءات – الاتجاهات الحديثة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 40 – 41.

وانظر في:

- Moshe Hirsch, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, Martinus Nijhoff publication,1993, p 54 - 55.

وأما الطائفة الثالثة من المعاهدات الثنائية فهي التي تنص على جواز تقديم منازعات الاستثمار إلى المركز بناءا على طلب لاحق بين الأطراف، إلا أن مثل هذه المعاهدات الثنائية لا تمثل ذاتها قبولا باختصاص المركز من جانب الدولة المضيفة للاستثمار[1].

ومن أمثلة المنازعات المرتبطة بالمعاهدات الثنائية، المنازعة التي ثارت بين المؤسسة الأمريكية للتجارة والتصنيع American Manufacturing & trading وحكومة الكونغو الديمقراطية (زائير).

وتعود أحداث القضية إلى قيام المؤسسة الأميركية وتدعي مؤسسة Dlaware Inc بشراء 94% من أسهم شركة تابعة لحكومة زائير لإنتاج البطاريات الجافة للسيارات.

وفي عام 1994، تعرضت الوحدة الرئيسية للتصنيع للهجوم من قبل القوات المسلحة الكونغولية التي كانت تقوم بردع مجموعة من المتمردين، مما أدى إلى إلحاق الخسائر بهذه الوحدة الرئيسية، وعلى الرغم من أن الشركة الأمريكية قد قامت بإصلاح هذه الخسائر، إلا أنها تعرضت لهجوم آخر من القوات المسلحة أيضا عام 1999، مما أسفر عنه توقف الوحدة الرئيسية عن الإنتاج تماما وبصفة نهائية.

نتيجة لذلك، طالبت الشركة الأمريكية حكومة الكونغو، بتعويض عن هذه الخسائر قدره واحد وعشرين مليون دولار، إلا أن حكومة الكونغو رفضت أداء التعويض للشركة الأمريكية مما جعل الأخيرة تقوم برفع دعواها للتحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للفصل في المنازعة.

وقد استندت الشركة الأمريكية في دعواها على المعاهدة الثنائية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية الكونغو، وقد نصت على: "أن يتمتع مواطني وشركات الدولتين الأطراف في هذه الاتفاقية بالمعاملة العادلة ومبدأ المعاملة بالمثل وأن يتمتعوا بالأمن والحماية التي يتمتع بها مواطنو الدولة الطرف في إقليمها"[2].

كما نصت أيضا على: "أن تقوم الدول أطراف الاتفاقية بتعويض مستثمري وشركات الدولة الأخرى في حالة تعرضهم للضرر في حالة قيام الانقلابات والثورات والمظاهرات أو أية أفعال عنف من أطراف الاتفاقية"[3].

ونصت أيضا على: "أي نزاع ينشأ بين شركات ومستثمري الدولة الطرف وبين حكومة الدولة الأخرى يتم إحالته إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للتسوية"[4].

وعلى الرغم من أن حكومة جمهورية الكونغو، قد أسست عدم أدائها للتعويض على أن ما أصاب الشركة الأمريكية قد أصاب أيضا شركات ومواطني جمهورية الكونغو، ولما لم تقم حكومة الكونغو بأداء

---

1 -Delaume, "Icsid and Bilateral Investment Treaties", Icsid Review , Volume 2,1985, p14.

2- نص المادة (02) الفقرة (02) من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية الكونغو.

3- نص المادة (04) الفقرة (02) من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية الكونغو.

4- نص المادة (07) من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية الكونغو.

التعويض لمواطنيها، فعملا بمبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين فلا يجوز لحكومة الكونغو أداء التعويض للأجانب في الوقت الذي لم تؤده فيه لمواطنيها، إلا أن محكمة التحكيم بالمركز قد أصدرت حكمها لصالح الشركة الأمريكية وألزمت فيه حكومة الكونغو بأداء تعويض قدره تسعة ملايين دولار شاملة الفوائد، وذلك لعدم قيام حكومة جمهورية الكونغو بالوفاء بتعهداتها وفقا للاتفاقية المبرمة بين الولايات الأمريكية وحكومة الكونغو[1].

وعلى الرغم من أن شرط الرضاء والموافقة على انعقاد اختصاص المركز قد يرد في شكل بند من بنود اتفاقية ثنائية، إلا أن اتفاقية واشنطن تقتضي وجوبا أن تكون الاتفاقية قد دخلت في دور التنفيذ، حيث لا يعتد بالطلبات التي تستند إلى اتفاقيات ثنائية لم تدخل في دور التنفيذ، وتعد قضية Lucchetti & Lucchetti Peru ضد جمهورية البيرو مثالا على ذلك.

تقدمت مؤسستا Lucchetti & Luccheti Peru، وهما مؤسستان تأسستا وفق قوانين دولة شيلي ودولة بيرو، وبالتالي فإنهما تتمتعان بالجنسية المزدوجة لدولتي شيلي وبيرو، في 2002/03/24 بطلب إلى السكرتير العام للمركز الدولي لعرض النزاع القائم بينهما وبين جمهورية بيرو على محاكم المركز الدولي للفصل فيه.

وتعود أحداث النزاع، إلى تقدم المؤسستين المذكورتين بطلب إلى حكومة بيرو لمنحهما التراخيص والموافقات الخاصة بإنشاء مصنع للمعجنات في ولاية ليما وقد تم الموافقة على ذلك في 1997.

إلا أنه في العام التالي، قامت حكومة بيرو بسحب الموافقات والتراخيص الخاصة بالمشروع، مما أدى إلى قيام المؤسستان برفع دعواهم إلى القضاء الوطني لدولة بيرو، الذي قام بدوره بالفصل في الدعوى لصالح تلك المؤسستين، إلا أنه في أغسطس 2001 أصدرت السلطات المحلية قرارين[2].

أدت هذه الإجراءات، إلى قيام تلك المؤسستين برفع النزاع إلى المركز الدولي للفصل فيه، وذلك استنادا إلى الاتفاقية الثنائية المبرمة في الثاني من فبراير عام 2002 بين بيرو وشيلي بصدد الحماية والتشجيع المتبادل للمستثمرين من مواطني الدولتين، والمتضمنة لبند اللجوء للتحكيم تحت مظلة المركز في حالة قيام النزاع بين المستثمرين من مواطني الدولتين وحكومات تلك الدول.

وعندما قام السكرتير العام للمركز، بإخطار بيرو بالطلب المقدم من المدعي قامت بتقديم اعتراضها على انعقاد اختصاص محاكم المركز بالنظر في النزاع، مستندة إلى قيام النزاع قبل دخول الاتفاقية المبرمة بينها وبين شيلي في دور التنفيذ، قيام المدعي بعرض النزاع على القضاء الوطني لدولة بيرو، مما يعد حائلا أمام عرض النزاع على محاكم المركز الدولي، كما أن اشتراطات طبيعة الاستثمار في الأعمال التي يقوم بها

1- Gailiard, Emmanuel, "The International Centre for Settlement of Investment Disputes", New York Law Journal, 1998, p 02.

2- القرار الأول يتعلق بسحب الموافقات السابقة للمشروع، أما القرار الثاني يتعلق بإغلاقه نهائيا.

المدعي لم تؤسس طبقا للوائح والقوانين المعمول بها في بيرو، وبالتالي ليس هناك محل لإعمال أحكام الاتفاقية الثنائية المبرمة بين بيرو وشيلي.

وفي حكمها الصادر في 2005/02/07، رأت المحكمة عدم انعقاد اختصاصها بالنظر في النزاع المعروض عليها استنادا إلى عدم دخول الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الدولتين في دور التنفيذ.

ويرى البعض، أن اتفاقيات الاستثمار الثنائية المبرمة بين الدول ما هي إلا أدوات استدراجية حيث تمكن المستثمرين من رعايا الدول المتعاقدة في اتفاقية استثمار ثنائية، والتي تتضمن شروطا تمت الموافقة عليها من جانب الدولة، أو الأشخاص الأجنبية الخاصة الذين لم تدخل معهم الدولة في أية علاقة تعاقدية التقدم بطلب للتحكيم بشكل منفرد ضد الدول المضيفة ذات السيادة استدراجها هي ومؤسساتها الحكومية إلى هيئات التحكيم على غير رغبتها في جميع أنواع المنازعات التي لم تكن تتوقعها.

كما يرى هذا الجانب أيضا، أن هذا المفهوم تمكين الشخص الذي لم يكن طرفا في الاتفاقية من الاستفادة من بنوده، يعد متناقضا مع القواعد القانونية الثابتة المعترف بها من الناحيتين القانونية والعملية، حيث أن الاتفاقية الدولية لا تعطي الحق مباشرة للأشخاص ولكنها تعطيه فقط للحكومات المعنية عند وقوف دولة أمام أخرى[1].

وعليه يمكن الأخذ بالرأي السابق القائل بأن إبرام الاتفاقيات الثنائية، المتضمنة لشرط التحكيم عند قيام المنازعات، بين الدول المضيفة للاستثمار ودول جنسية المستثمرين، إنما تم من الأصل من رغبة الأولى في إشاعة مناخ من الثقة والاطمئنان بين المستثمرين الأجانب ودول جنسياتهم رغبة منها في تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها كمصدر هام من مصادر التمويل الخارجي للمساهمة في مجالات التنمية المختلفة التي ترغب فيها هذه الدول.

إذن فالقول بأن اتفاقيات الاستثمار عبارة عن أداة لاستدراج الدول للتحكيم يعد قولا مرجوحا، والقول أيضا بأنها تقصر الحق مباشرة على أطرافها المعنية ينقصه شيء من الدقة، ذلك أن من اشتراطات دولية الاتفاقية هي ليس فقط أن تكون بين أشخاص القانون الدولي العام، بل وأن تحدث آثارا قانونية.

والاتفاقية الثنائية الدولية هنا، توافر فيها الشرط الخاص بدولية الأشخاص أطراف المعاهدة كما توافر الأثر القانوني أيضا[2].

1- محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص 03.

2- ويتمثل الأثر القانوني هنا في تمكين مواطني الدول أطراف الاتفاقية الدولية من مقاضاة الدولة الطرف في الاتفاقية التي ألحقت الضرر بمواطني الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية أيضا.

وإذا كانت اتفاقات الاستثمار الثنائية الدولية قد أبرمت من الأصل لإحداث هذا الأثر القانوني، فالقول بأنه ليس من حق الأشخاص الخاصة (مواطني الدول الأطراف في الاتفاقية) الإفادة من الحقوق المستحقة لهم بموجب هذه الاتفاقيات، يعد قولا مرجوحا أيضا إذ ينتفي وجود شرط هام من اشتراطات دولية الاتفاقيات وهو أن تحدث الاتفاقية آثار قانونية.

الفرع الثالث: أثار الموافقة.

يترتب على صدور الموافقة من طرفي المنازعة، أثرين هما:

أولا: عدم جواز الرجوع عن هذه الموافقة بالإرادة المنفردة[1].

يترتب على صدور الموافقة من قبل طرفي النزاع، عدم جواز الرجوع عن هذه الموافقة بالإرادة المنفردة من قبل طرفي النزاع.

وتأكيدا لذلك، ذهبت الاتفاقية إلى أن تخلف أي طرف من الأطرف وفي أي مرحلة تكون عليها الإجراءات لا يؤدي إلى وقفها، وإنما على المحكمين السير في الإجراءات في غيبته، بناءا على طلب الطرف الآخر[2]، وهذا ما أكدته أحكام التحكيم الصادرة في المنازعة الاستثمارية الصادرة بين المستثمرين الأجانب وحكومة "جامايكا"، ففي عام 1974، وعلى الرغم من وجود شرط التثبيت المتعلق بالنظام الضريبي، أعلنت حكومة "جامايكا" عن عزمها على زيادة الضرائب المفروضة على المستثمرين الأجانب، وقبل شهرين من صدور هذا القرار، أخطرت حكومة "جامايكا" المركز بأن المنازعات المتعلقة بالاستثمار في مجال التعدين أو غيرها من الموارد الطبيعية لن تخضع لاختصاص المركز، وإن هذا الإخطار سيطبق بأثر رجعي.

وفي أعقاب صدور قانون الضرائب الجديد، رفع المستثمرين المتأثرون به دعوى أمام المركز، فنظرت محكمة التحكيم المشكلة وفقا لقواعد المركز، أولا بشأن اختصاصها وهل تملك صلاحيات النظر في النزاع أم لا؟ وذلك لوجود الإشعار المرسل من الحكومة الجامايكية، ثم قررت المحكمة أن الموافقة الصادرة عن الحكومة باختصاص المركز لا يمكن إلغائها بتصرف فردي من جانبها، سواء عن طريق الإشعار أو خلاف ذلك.

والموافقة التي لا يجوز الرجوع عنها، هي الموافقة الصادرة عن الجانبين[3]، ويترتب على خلاف ذلك انهيار الثقة والآمان القانوني اللذان يشكلان حجر الزاوية لأية علاقة قانونية، أما في حالة موافقة أحد الأطراف في الوقت الذي لم تصدر فيه موافقة من الطرف الآخر، فإن لهذا الطرف الرجوع عن هذه الموافقة، والتي لا يترتب عليها دخول النزاع في اختصاص المركز، طالما لم تصدر موافقة من الطرف الآخر، ومن البديهي جواز الرجوع عن الموافقة حتى ولو كانت صادرة من الطرفين، إذا كان ذلك باتفاقهما.

ثانيا: استبعاد تسوية المنازعة بأية طريقة أخرى لدخولها في الاختصاص المانع للمركز[4]:

تعتبر موافقة الأطراف على اللجوء إلى المركز للتسوية بمثابة الاتفاق على استبعاد أي طريق آخر للتسوية، حيث أن اتفاق الدولة والمستثمر الأجنبي على استخدام الوسائل التي يكفلها المركز لتسوية

1- المادة (25) من اتفاقية واشنطن.

2- المادة (45) الفقرة (02) من اتفاقية واشنطن.

3- المادة (25) الفقرة (01) من اتفاقية واشنطن.

4- المادة (26) من اتفاقية واشنطن.

المنازعات المعروضة عليه، يعني اتجاه نيتهما إلى استبعاد اللجوء إلى سبل أخرى للتسوية، إلا أنه يجوز للدولة المتعاقدة أن تتطلب استنفاذ وسائل التقاضي القانونية والإدارية الداخلية كشرط سابق على موافقتها على اللجوء لوسائل المركز بمقتضى الاتفاقية[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، فإنه يمتنع على أي جهة أخرى النظر فيه، إذ تبق إجراءات المركز في كل الدول الأطراف بمنأى عن أي تدخل قضائي أو رقابة قضائية[2].

ولقد عاونت الاتفاقية في تنمية قواعد القانون الدولي، حيث اعترفت أنه كما يحق للأطراف اللجوء إلى وسائل التسوية تحت مظلة المركز، فبموجب مبدأ الالتزام وبمجرد صدور موافقة المركز على انعقاد اختصاصه بالنظر في النزاع فلا يحق لأي طرف سحب هذه الموافقة بإرادته المنفردة.

أيضا يثور تساؤل حول ما معنى أن توقع الدولة على اتفاقية دولية وتصدق عليها ثم تترك لها الحرية الكاملة في تفعيل أو عدم تفعيل الهدف الأساسي الذي أبرمت من أجله هذه الاتفاقية الدولية، والذي يتمثل في تمكين المستثمر الأجنبي الخاص من مقاضاة الدولة المضيفة لاستثماره في حالة إلحاق هذه الدولة الضرر بذلك المستثمر ومشروعه الاستثماري؟

وهل يتسنى لهذه الدولة انطلاقا من إرادتها المنفردة، أن تجهض المحاولات المثمرة لتوفير الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية التي تعاونها هي أولا في مسارها نحو التنمية؟

فإذا كانت الدولة تستطيع أن تفعل ذلك، فلا معنى إذن لوجود اتفاق دولي، ذلك أن وجود اتفاق دولي مؤداه أن الدول قد وضعت على عاتقها التزامات دولية معينة لابد من الالتزام بها، وتنعقد مسؤولية الدولة إزاء أطراف هذا الاتفاق إذا لم تلتزم ببنود هذا الاتفاق.

ويتضح مما تقدم، أن مجرد التوقيع والتصديق على الاتفاقية محل الدراسة (اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار)، معناه أن الدول أطراف هذه الاتفاقية قد ارتضت بأحكام الاتفاقية، وبالتالي فلا معنى إذن لكي تمنح الدول حرية التقيد أو عدم التقيد بأحكام الاتفاقية، نظرا لأن ذلك يمنح الدول الفرصة لكي تتنصل من تبعاتها ومسؤوليتها الدولية، دون خشية من جزاء يوقع عليها نتيجة لهذا التنصل، فالخوف من الجزاء هو أساس الالتزام.

1- المادة (26) من اتفاقية واشنطن.

2- مصطفى خالد مصطفى خالد النظامي، المرجع السابق، ص 163- 164.

المطلب الثاني: الشرط الموضوعي (طبيعة النزاع) Nature of Dispute

وعلى الرغم من أن رضاء الأطراف وموافقتهم على عرض النزاع على المركز تعد حجر الزاوية لانعقاد اختصاص المركز للنظر في النزاع وتسويته، إلا أنه لا يعتبر كافيا في حد ذاته لانعقاد ذلك الاختصاص، فهناك من الاعتبارات ما يتعلق بطبيعة النزاع التي يجب توافرها لانعقاد هذا الاختصاص.

وعليه سوف نتولى دراسة طبيعة النزاع، كشرط من شروط اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك من خلال التعرض لشرط أن تكون المنازعة قانونية في الفرع الأول، وضرورة أن تكون المنازعة ناشئة بطريقة مباشرة عن العملية الاستثمارية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أن تكون المنازعة قانونية Legal Dispute

تتطلب الاتفاقية لانعقاد اختصاص المركز، أن يكون النزاع المعروض على المركز نزاعا قانونيا ناشئا مباشرة عن استثمار، وهو ما يترتب عليه استبعاد المنازعات الناشئة عن اختلاف مصالح الدول الأطراف من اختصاص المركز (المنازعات السياسية).

وتستلزم الاتفاقية ضرورة وجود رابطة مباشرة وواضحة بين النزاع واستثمار معين، فالنزاع الذي يدخل ضمن اختصاص المركز هو النزاع المتعلق بوجود حق أو التزام أو بتحديد مدى هذا الالتزام أو بتحديد النتائج المترتبة على الاعتداء على التزام قانوني، ومدى الترضية المستحقة عن ذلك.

كما تدخل المنازعات المتعلقة بتحديد مراكز فعلية في اختصاص المركز إلى المدى الذي يتضمنه تحديدها من مضمون قانوني[1].

فعلى سبيل المثال، إذا تعهد مستثمر بمقتضى عقد استثمار بينه وبين الدولة المضيفة بالوصول بالإنتاج إلى مستوى معين في تاريخ محدد، وحدث خلاف بين الدولة المضيفة وذلك المستثمر حول ما إذا كان الإنتاج قد وصل إلى المستوى المتفق عليه في التاريخ المحدد من عدمه، فعلى الرغم من أن هذا النزاع يتعلق بالوقائع، إلا أنه يحتوي على مضمون قانوني واضح، طالما أن الفصل فيه قد يكون له تأثير على حقوق والتزامات الأطراف، ويبرر إنهاء عقد الاستثمار من عدمه أو توقيع الجزاءات المتفق عليها في عقد الاستثمار[2].

الفرع الثاني: أن تكون المنازعة ناشئة بطريقة مباشرة عن العملية الاستثمارية.

تهدف الاتفاقية، أولا وأخيرا، إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة، من خلال العمل على تسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب.

---

1 -Icsid Convention, Regulations and Rules, Article (25), p44.

2- عصام بسيم، المرجع السابق، ص 210.

وهذا ما أشارت إليه ديباجة الاتفاقية بقولها: "إن الدول المتعاقدة وهي تأخذ في الاعتبار الحاجة إلى تعاون دولي في مجال التنمية الاقتصادية، والدور الذي يلعبه الاستثمار الدولي الخاص في هذا المجال، واحتمال قيام منازعات من وقت لآخر تتعلق بهذا الاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى"، وكذلك الإشارة الواردة في المادة (01) الفقرة (02) من الاتفاقية.

وإن كانت هذه الإشارة لم توضح، ما إذا كانت العلاقة بين النزاع والاستثمار مباشرة أو غير مباشرة، على خلاف المادة (25) من الاتفاقية، والتي تطلب أن تكون المنازعة ناشئة بشكل مباشر من العملية الاستثمارية، وعلى ذلك تخرج من اختصاصه المنازعات التجارية البحتة[1] .

وبالنظر إلى أن الاتفاقية تهدف إلى تشجيع الاستثمارات الخاصة من خلال وضع آلية لتسوية المنازعات بينها وبين الدول المضيفة، وإلى كون اللجوء إلى المركز لتسوية المنازعة هو إجراء اختيار بحت، نجد أن الاتفاقية لم تتضمن تحديدا لمدلول الاستثمار، الأمر الذي يترك للأطراف سلطة تقديرية واسعة، في تقرير ما إذا كانت المنازعة استثمارية أم لا[(2)]، وقد اختلفت الآراء حول أهمية وضع تعريف

محدد للاستثمار بين مؤيد[(3)] ومعارض[(4)]."

أيضا إن إصرار على صيغة محددة للاستثمار يراعي فيها التوفيق بين وجهات النظر المختلفة، قد يكون غير مناسب لما يترتب عليه من تضييق لدائرة الانتفاع بتسهيلات الاتفاقية[(5)].

ومن الملاحظ، أن الشروط النموذجية التي تضعها الاتفاقية في هذا الخصوص، تتوسع في مفهوم الاستثمار، حيث تجعله شاملا للاستثمار بالمعنى التقليدي، والذي يتعلق بالمساهمة المباشرة في رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات، بالإضافة إلى المفاهيم الحديثة له والتي تشتمل على المشروعات الصناعية والزراعية والسياحية وعقود إصلاح الموانئ وعقود تشييد المصانع وعقود تسليم المفتاح وعقود نقل التكنولوجيا

1- د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، مطابع الطناني، القاهرة، 1986، ص 67.

2- د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 281.

3- أما الجانب المؤيد لضرورة وجود تعريف محدد للاستثمار، فيرى أن ترك الحرية للأطراف في إضفاء وصف الاستثمار على موضوع اتفاقهم، وإن كان من شأنه إعطاء مرونة للأطراف في تطبيق الاتفاقية، إلا أنه مع ذلك قد يمثل خطورة على مصالح الدول الراغبة في النمو إذ أن المستثمرين من الدول المقدمة عادة ما تكون لهم اليد العليا في مفاوضات عقود الاستثمار فيحرصون على تعريف موضوع الاتفاق وإضفاء وصف الاستثمار عليه توصلا إلى استيفاء شروط انعقاد اختصاص المركز الدولي بالنظر في النزاع حتى تتسنى لهم فرصة إخراج النزاع من دائرة خضوعه للقضاء الوطني للدولة المضيفة لاستثماراتهم وإمكانية عرضه على التحكيم الدولي.أنظر في:

- Shatz, Sylvia, "Recent Development in International Organizations ; The Effect of the Annulment of Decisions in Amco v. Indonesia and Klockner v. Cameron on the Future of ICSID ", American University Journal of International Law and Publications, Volume 3, 1988, pp 481 – 515.

4- أما الجانب المعارض لوضع تعريف محدد للاستثمار والذي يرى ضرورة التوسع في مفهوم الاستثمار فيؤكد أن ترك الحرية للأطراف لتحديد نوعية منازعتهم وما إذا كانت تنطوي على استثمار معين أم لا قد كان قرارا صائبا من جانب واضعي الاتفاقية، ذلك أن تعريف الاستثمار في القوانين الوطنية غالبا ما يختلف من دولة إلى أخرى طبقا للسياسات الاقتصادية المختلفة المتبعة فيها

5- Delaume ,G,R, "Convention on The Settlement of Investment Disputes Between states and Nationals of Other States", International Lawyers, volume 1, 1966, p70.

وعقود استخدام العمالة المدربة وعقود الترخيص وحقوق الملكية الفكرية، إلى غير ذلك من المجالات والأنشطة التي تعتبرها الدول وسائل هامة في طريقها نحو التنمية[1].

يتضح مما سبق، ضرورة أن تكون طبيعة النزاع المعروض على محاكم المركز للفصل فيه مباشرة عن استثمار.

وتعد قضية Joy Minning Machinary ضد حكومة جمهورية مصر العربية، مثالا على ضرورة أن يكون النزاع ناشئا مباشرة عن استثمار حتى يتسنى لمحاكم المركز الدولي النظر في النزاع والفصل فيه.

تقدمت شركة (JMM) والتي تتمتع بالجنسية الانجليزية، بطلب عرض النزاع على التحكيم للسكرتير العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ضد حكومة جمهورية مصر العربية، وذلك استنادا إلى ما جاءت به أحكام الاتفاقية الثنائية المبرمة عام 1976، بين جمهورية مصر العربية والمملكة المتحدة بصدد توفير الحماية والتشجيع المتبادل للمستثمرين من مواطني الطرفين.

وتعود أحداث النزاع إلى الاتفاق المبرم بين (JMM) ومؤسسة (IMC) التابعة للحكومة المصرية، على أن تقوم الأولى بتوريد معدات خاصة بتعدين الفوسفات، وقد اشترطت (IMC) على الشركة المدعية أن تضع خطاب ضمان لصالحها وذلك لضمان حسن أداء هذه المعدات، وللتأكد من صلاحيتها في القيام بأعمالها وذلك طبقا لما تم الاتفاق عليه بين (IMC) و (JMM).

وعندما طالبت (JMM) المؤسسة المصرية بالسماح لها بتجربة المعدات حتى يتسنى لها الحصول على خطاب الضمان الخاص بها، رفضت (IMC) ذلك، مما أدى إلى قيام الشركة المدعية بتقديم طلبها إلى سكرتارية المركز للموافقة على عرض النزاع على محاكم التحكيم بالمركز.

وقد ادعت الشركة المدعية في طلبها، أن الحكومة المصرية والمؤسسة التابعة لها (IMC)، قد قامتا باتخاذ إجراءات حالت بين (JMM) وبين قيامها بتجربة المعدات التي قامت بتوريدها والتأكد من حسن أدائها لوظائفها حتى تتمكن الأخيرة من استرداد استثماراتها المتمثلة في خطاب الضمان المودع لدى المؤسسة المصرية.

كما طالبت الشركة المدعية المحكمة أن تعلن أن قيام الحكومة المصرية بهذه الإجراءات يعد انتهاك لالتزاماتها المقررة وفقا لأحكام الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدة "دولة جنسية الشركة المدعية" والحكومة المصرية، وكذلك بنود العقد المبرم بينها وبين المؤسسة المصرية، وكذلك القوانين المصرية الخاصة بتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة، وذلك عندما قامت بمصادرة خطاب الضمان الخاص بشركة (JMM)

1- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 46.

وأنظر في:

- Delaume,G.R, "Icsid Arbitration and the courts", ICSID Review , American journal of International Law , 1983, p 798.

وحرمان الشركة من استعادة تلك الاستثمارات وفشل الحكومة المصرية في التعامل مع الشركة وفقا لقواعد العدل والمساواة.

وقد طالبت الشركة المدعية المحكمة، بإلزام الحكومة المصرية بتغطية كاملة لخطاب الضمان من البنوك المصرية، إذا لم تقم المؤسسة المصرية برد خطاب الضمان إليها.

وردا على هذه الإدعاءات، قامت الحكومة المصرية بإنكارها وتقدمت باعتراضات على انعقاد اختصاص محاكم المركز للنظر في النزاع المعروض عليها والفصل فيه[1].

ولما كانت طبيعة العمل الذي قامت به الشركة المدعية هو توريد المعدات الصناعية وخطاب الضمان المرتبط بهذا العمل، فبالتالي قد انتفت الاشتراطات الخاصة التي تحدد الطبيعة الاستثمارية للعمل[2]، لذلك رأت المحكمة أنه بالنظر إلى طبيعة خطاب الضمان واسترداده، فإن هذه الطبيعة لا تمثل نوعا من الاستثمار، بل إنها تعد سمة معتادة من سمات عقود البيع.

وقد انتهت المحكمة، إلى عدم انعقاد اختصاصها للنظر في النزاع والفصل فيه بناءا على أن النزاع لم يكن نزاعا ناشئا عن استثمار، كما أنه قد استقر لدى المحكمة أن الحكومة المصرية لم تقم بخرق التزاماتها وفقا للاتفاقية الثنائية المبرمة بينها وبين المملكة المتحدة[3].

على الرغم من أن البعض يناصر قرار المحكمة في هذا الصدد، إلا أنه يثار التساؤل التالي: لماذا لم تتقدم الشركة المدعية بطلب لاستخدام التسهيلات الإضافية التي أقرها المركز الدولي بصدد طبيعة النزاع، حيث أقر المجلس الإداري للمركز بتوسيع دائرة اختصاص المحكمة، بحيث لا تنحصر فقط على النزاعات التي تنشأ مباشرة عن استثمار، بل تشمل النزاعات التي تنشأ على سبيل المثال وكما رأينا من قبل، عن معاملات التجارة الدولية، وهو ما ينطبق على طبيعة العمل في هذه القضية.

ولما كانت معاملات التجارة الدولية تعرف بأنها المعاملات التي تنطوي على تبادل للسلع والخدمات عبر الحدود، وكانت المعاملة هنا هي توريد لسلعة من دولة إلى أخرى، عبر الحدود ولما كانت هذه المعاملات تتم عبر عقود دولية، نظرا لاختلاف جنسية الأطراف، فبالتالي فإن توسيع دائرة اختصاص المركز تشمل هذا النوع من المنازعات وذلك استنادا إلى التسهيلات الإضافية التي أقرها المركز في هذا الصدد.

1- وتمثلت هذه الاعتراضات في أن الحكومة المصرية لم تقم بانتهاك أي من أحكام الاتفاقية المبرمة بينها وبين المملكة المتحدة، كما أن النزاع لا ينطبق عليه ما جاء في أحكام المادة (25) من اتفاقية واشنطن، وهي الخاصة بطبيعة النزاع. حيث اقتضت هذه المادة أن يكون النزاع المعروض عليها نزاعا ناشئا عن استثمار حتى ينعقد للمحكمة الاختصاص للنظر في النزاع والفصل فيه.

2- وتتمثل هذه الاشتراطات في أن يقدم هذا العمل إسهامات للدولة المضيفة، أن تكون هذه الإسهامات خلال فترة محددة، وأن يتعرض هذا الاستثمار للمخاطر.

3- Joy Minning Machinary Limited V. Egypt, Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, Vol 19 no.2, 2004, case no.ARB/ 03/8.

ولم تمنح الاتفاقية الدول الأطراف الحرية في إخضاع منازعتها إلى المركز وفق إرادتها الحرة فحسب، بل منحت الاتفاقية الدول الحق في اختيار أي أنواع المنازعات التي ترغب في رفعها إلى المركز لتسويتها، فعلى سبيل المثال قامت المملكة العربية السعودية باستبعاد المنازعات الخاصة بنطاق البترول من اختصاص المركز، كما قامت كل من غينيا وجاميكا وغانا، باستبعاد المنازعات المتعلقة بالموارد المعدنية والموارد الطبيعية كذلك من اختصاص المركز.

وتورد الدراسة قضية الشركة الأمريكية ألكو (Alco) ضد حكومة جمايكا كمثال على هذا الاستبعاد.

ترجع أحداث هذه القضية، إلى قيام حكومة جامايكا بإبرام اتفاق استثمار مع الشركة الأمريكية ألكو Alco، وبموجب هذا الاتفاق وافقت الشركة الأمريكية على إنشاء مصنع للألومنيون في جامايكا، وفي المقابل وافقت حكومة جامايكا على منح الشركة الأمريكية امتيازا لتعدين البوكسيت، بالإضافة إلى بعض المزايا والإعفاءات الضريبية، كما تضمن الاتفاق شرط اللجوء للتحكيم تحت مظلة المركز الدولي في حالة قيام المنازعات بين طرفي الاتفاق.

وبعد إبرام الاتفاق، صدر قانون داخلي في جامايكا يلغي الإعفاءات والمزايا الضريبية في مجال تعدين البوكسيت، مما جعل الشركة الأمريكية تقدم طلبا للتحكيم إلى المركز، وذلك نتيجة لإخلال حكومة جامايكا بشروط اتفاق الاستثمار المبرم بينها وبين حكومة جامايكا، إلا أن حكومة جامايكا رفضت الظهور أمام المركز، على أساس أنها قد أخطرت السكرتير العام للمركز قبل تقديم طلب التحكيم، ولكن بعد توقيع اتفاق الاستثمار باستبعاد المنازعات التي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية من اختصاص محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وقد أسست حكومة جامايكا حجتها على نص المادة (25) من اتفاقية واشنطن، والتي تجيز للدول أطراف الاتفاقية أن تخطر المركز بطوائف المنازعات التي تريد إخراجها من نطاق التحكيم أمام المركز، إلا أن محكمة التحكيم رفضت هذه الحجة، والأساس الذي أقيمت عليه وقررت أن الدولة المتعاقدة لا يجوز لها بإرادتها المنفردة أن تسحب أو تلغي رضاها باللجوء للتحكيم أمام المحاكم المركز، إذا كان قد تم النص على هذا الرضاء صراحة في اتفاق الاستثمار ذاته ووفقا للمادة (25) فقرة (1) من الاتفاقية، أما بالنسبة لنص المادة (25) فقرة (4) من الاتفاقية فهي تتعلق بالإخطار عن استبعاد المنازعات المستقبلية التي لم تكن موضوع لاتفاق استثمار أبرم بالفعل بين طرفين وتحدد نظامه وفقا للشروط التي تضمنها[1].

على الرغم من أن اتفاقية واشنطن، قد اشترطت في البداية لكي ينعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات للنظر في المنازعة المعروضة عليه، أن يكون النزاع قانونيا ناشئا مباشرة عن استثمار، إلا

1- Shmidt,J.I, "Arbitration Under the Auspices of the lscid: Implication of the Decision on Jurisdiction in Alco. V .Jamaica", Harvard Journal of International Law, volume 17, 1976, p 90.

أنه قد تم تعديل هذا الشرط في ديسمبر عام (1978) ليشمل النظر في المنازعات التي لا تنشأ مباشرة عن استثمار بين الدول أطراف الاتفاقية ومواطني الدول الأخرى الأطراف أيضا[1].

المطلب الثالث: الشرط الشخصي (أطراف النزاع)

تنص المادة (25) الفقرة (01) من اتفاقية المركز، على أنه يشترط لكي يدخل النزاع في اختصاص المركز، 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.

ويترتب على ذلك، عدم اختصاص المركز بنظر المنازعات بين الحكومات وبعضها، حيث يمكنها اللجوء إلى محكمة العدل الدولية أو محكمة التحكيم الدولية الدائمة، وكذلك عدم اختصاص المركز بنظر المنازعات بين الأطراف الخاصة وبعضها الذين يمكنهم اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية أو محكمة محايدة، وأيضا النزاع الناشئ بين المواطن وحكومته، والذي يجب أن تفصل فيه المحاكم الداخلية للدولة، وكذلك المنازعات التي تنشأ بين الحكومات والمشروعات العامة الأجنبية المملوكة للدول التي تمارس نشاطا مشاها لنشاط الأفراد[2].

يتضح لنا من نص المادة (25) الفقرة (01)، أن اختصاص المركز قائم على أساس من صفات الأطراف (الخصوم)، فأحد الطرفين يجب أن يكون دولة متعاقدة أو أحد فروعها أو أقسامها، ويجب أن يكون الطرف الآخر من مواطني دولة متعاقدة أخرى.

وهناك رأي يذهب، يذهب إلى أنه كان من الأوفق النص على اختصاص المركز بالمنازعات بين الأطراف الخاصة، مبررا ذلك بأنه طالما أن الدولة قد اختارت الاشتغال بأنشطة من النوع الذي يمارسه الأفراد، فلا يوجد سبب يدعو إلى استبعاد مثل هذه المنازعات من اختصاص المركز بشرط موافقة الدولة المضيفة على ذلك[3].

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

1- والمقصود بهذه المنازعات: هي المنازعات الخاصة بعقود التجارة الدولية والمعاملات الاقتصادية أيا كان نوعها، مثل اتفاق أحد مواطني الدول الأطراف في الاتفاقية مع دولة الطرف في الاتفاقية أيضا على تصدير سلعة معينة إليها وفق اتفاق معين، ثم قامت هذه الدولة بنقد شروط هذا الاتفاق فيمكن لهذا المواطن أن يقدم طلبا للجوء للتحكيم تحت مظلة المركز وذلك بهدف تسوية النزاع، حيث أن المركز يهدف في الأساس إلى توفير مناخ من الثقة بين الدول جميعها وذلك في مجالات التجارة الدولية والمعاملات الاقتصادية الدولية، ولما كان الاستثمار أحد أهم مجالات التجارة الدولية فقد أولى المركز جل اهتمامه بهذا المجال دون الاقتصار عليه في مجال تسوية المنازعات، وذلك بهدف توسيع دائرة اختصاص المركز وحتى يتسنى للمركز كهيئة تابعة للبنك الدولي معاونة البنك في تحقيق أهدافه التنموية.

2- د. عبد المعز عبد الغفار نجم، الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص 434.

- عمر هاشم حمد صدقة، المرجع السابق، ص 3.196

ومنه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول شرط أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة، وفي الفرع الثاني شرط أن يكون الطرف الآخر في عقد الاستثمار مواطنا لدولة أخرى متعاقدة.

الفرع الأول: أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة.

يشترط لأن تكون الدولة طرفا في إجراءات التوفيق أو التحكيم تحت مظلة المركز، أن تكون طرفا في اتفاقية واشنطن.

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 إجراءات التسوية بالمركز.

ويثور بصدد كون الدولة طرفا في الاتفاقية تساءل عن التاريخ الذي يتعين الاعتداد به اعتبار الدولة طرف متعاقدة في الاتفاقية؟

وفي هذا الخصوص، نصت الاتفاقية على دخولها دور التنفيذ، لكل دولة تقوم بإيداع وثيقة قبولها للمعاهدة وتصديقها عليها بعد ثلاثين يوم من هذا الإيداع[1]، إلا أن البعض قد اقترح أن يكون التاريخ المقرر لاعتبار الدولة طرفا في الاتفاقية، هو وقت تقديم طلب اللجوء إلى المركز إلى السكرتير العام للمركز على أنه من الأفضل لهذه الدولة أن تكون قد اتخذت خطوات للانضمام للاتفاقية عند تقديم طلب اللجوء للمركز للتسوية حتى يمكنها الاستفادة من خدماته.

ولقد أثيرت هذه المسألة في قضية هامة من السوابق التي تقررت في ظل تحكيم المركز 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 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 صارا كذلك قبل تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز.

1- نص المادة (68) من اتفاقية واشنطن.

وقد احتجت الحكومة المغربية، بأنه لأغراض انعقاد اختصاص المركز 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 معلقا على استيفاء إجراء معين في المستقبل كالانضمام إلى اتفاقية المركز، وأن التاريخ الذي ينظر إليه لاعتبار الدولة متعاقدة هو تاريخ تحقق رضاء الأطراف باختصاص المركز وقيام تلك الدولة بملء طلب التحكيم وتقديمه للمركز[1].

ولقد كان لهذا الحكم أثره الهام، ذلك أن بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية تنص على أنه إذا ما انضمت الدولتان الطرفان إلى اتفاقية المركز، فإن المستثمرين التابعين لهاتين الدولتين، يمكنهم تقديم منازعات الاستثمار إلى محاكم المركز، حتى ولو كان تاريخ انضمام الدولتين إلى اتفاقية المركز لاحقا لتاريخ إبرام عقود الاستثمار[2].

لا يقتصر اختصاص المركز على الدول المتعاقدة، بل يمتد كذلك إلى المؤسسات والوكالات التابعة لهذه الدول، وحتى يتمكن المركز 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 مطلوبة.

ومن الملاحظ، أنه إذا صدر الرضاء والموافقة من إحدى الدول المتعاقدة بخضوع الجهاز أو المؤسسة لاختصاص المركز، فإن ذلك الرضا يشكل في نفس الوقت قرينة على كون الجهاز أو المؤسسة فرعا تابعا للدولة، وطبقا للاتفاقية فإنه يجب على الدولة أن تقوم بعملية تعيين الأجهزة التابعة لها بالطريقة الرسمية، كما يمكن أن تتم عملية التعيين في أي وقت طالما تم إخطار المركز بذلك قبل ملء طلب التحكيم، وفي جميع الأحوال يكون لمحكمة المركز الاختصاص والسلطة في تمحيص مسألة ما إذا كانت الجهة المعنية هي في حقيقة الأمر مؤسسة أو هيئة تابعة للدولة من عدمه.

وموافقة الدولة المتعاقدة على إخضاع الجهاز التابع لها لاختصاص المركز، يمكن أن يأخذ أشكالا متعددة، فقد تكون الموافقة في شكل شريط موجود في اتفاق الدولة المتعاقدة توافق بمقتضاه على إمكانية تقديم المنازعات الناشئة بين الجهاز التابع للدولة والمستثمر الأجنبي إلى المركز للتسوية، وقد تكون الموافقة على شكل وثيقة تتضمن الموافقة على اللجوء للتحكيم تحت مظلة المركز وتخضع صحة الموافقة لمراقبة

1- Lalive, Pierre, "the first World Bank Arbitration, Holiday Inns V. Morocco: Somme Legal Problemes" British Year Book of International Law, Volume 57, 1980, p p 123 -146.
2- Hirsh, op.cit, p 72-73

المركز لأنها تمس اختصاص محكمة التحكيم بنظر المنازعة[1].

ويجوز للدولة المتعاقدة أن تسحب موافقتها على خضوع المؤسسة أو الجهاز التابع لها للتحكيم 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 الأخر في عقد الاستثمار قد تصرف على أساس وجودها، بناءا على الخطاب الموجه له من السكرتير العام للمركز، والذي يتضمن موافقة الجهاز التابع للدولة على عرض النزاع على التحكيم[2].

الفرع الثاني: أن يكون الطرف الآخر في عقد الاستثمار مواطنا للدولة أخرى متعاقدة

تنص اتفاقية واشنطن، على أن اختصاص المركز يشمل المنازعات القانونية التي تنشأ بين دولة متعاقدة وشخص تابع لدولة أخرى متعاقدة أيضا، وتتصل على نحو مباشر بالاستثمار.

وينصرف مفهوم الشخص إلى كل شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة غير الدولة الطرف في المنازعة[3].

وقد كانت الاتفاقية عند بداية العمل بها، تشترط أن يكون أحد طرفي في المنازعة دولة متعاقدة والطرف الآخر مواطن ينتمي بجنسيته إلى دولة أخرى طرف في الاتفاقية، كما تشترط أنه لا يجوز أن يكون المستثمر الأجنبي (الطرف الآخر في المنازعة) منتميا بجنسيته إلى نفس الدولة المضيفة لاستثماره والطرف في النزاع حيث يشترط أن يكون المستثمر تابعا لدولة أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية، ويستوي في ذلك أن يكون الطرف الأجنبي الخاص شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا[4].

أولا: الشخص الطبيعي.

يمكن للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول، أن يتقدم بطلب للسكرتير العام للمركز للفصل في النزاع القائم بينه وبين الدولة المضيفة لاستثماره، إلا أنه لا بد أن يتوافر شرط الجنسية في التاريخين معا[5].

كما يجب أن تتوافر للشخص الطبيعي جنسية إحدى الدول المتعاقدة في هذين التاريخين معا، ذلك أن توافر الجنسية في أحدهما فقط ليس كافيا لانعقاد اختصاص المركز للنظر في المنازعة، كما يتعين على

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 374.

وأنظر كذلك في: -Amerasinghe, op.cit, p

2- Sutherland, "The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", International Law Quarterly, 1979, p383.

3- المادة (25) الفقرة (1) من اتفاقية واشنطن.

4- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 28، وانظر في:

- Sutherland, op.cit, p 384.

5 - التاريخ الذي يرتضي فيه الأطراف رفع النزاع إلى المركز، والتاريخ الذي يسجل فيه الطلب بمعرفة السكرتير العام للمركز.

المستثمر الأجنبي الطرف في المنازعة إذا كان شخصا طبيعيا، عند تقديمه لطلب التسوية، أن يذكر صراحة أنه لا يتمتع بجنسية الدول المضيفة لاستثماره (الطرف الآخر في النزاع).

وتوافر شرط الجنسية في التاريخين السابقين يهدف إلى تجنب أية اشتراطات مصطنعة يستطيع من خلالها الشخص الطبيعي أن يبسط اختصاص المركز إلى النزاع القائم بينه وبين الدولة المضيفة لاستثماره[1].

ويثور التساؤل، حول ما إذا كان يشترط تمتع الشخص الطبيعي التابع لدولة أخرى بجنسيتها على نحو مستمر في الفترة ما بين لحظة الاتفاق على التسوية وفقا لقواعد المركز وحتى تسجيل طلب التسوية عن طريق السكرتير العام للمركز من عدمه؟

وبصدد الرد على هذا التساؤل، فقد ذهب جانب من الفقه، إلى القول بأن اقتضاء توافر الطابع المستمر في التمتع بجنسية الدولة التي يتبعها الشخص الطبيعي، يقترب عادة من قاعدة أخرى مماثلة قائمة في شأن الحماية الدبلوماسية، وهي قاعدة الطابع الوطني المستمر للشخص المطالب بالحماية الدبلوماسية.

وقاعدة استمرارية تمتع الشخص الطبيعي بجنسية الدولة على هذا النحو، تجد تفسيرها في تفادي آثار التجنس التي تتم بطريقة المجاملة، والذي يؤدي إلى أن يتمتع بمزايا المركز جانب من الأشخاص الطبيعية لا تتمتع أصلا بتلك المزايا، كتابعي الدولة غير المصدقة وغير المنضمة للمعاهدة.

هذا بالإضافة إلى أن اقتضاء عدم تغيير الجنسية في الفترة ما بين الاتفاق على التحكيم وتسجيل الطلب أمام المركز، يحول دون أن يتمتع الشخص الطبيعي في آن واحد بمزايا التحكيم أمام المركز على اعتبار أنه يتمتع بجنسية دولة متعاقدة لحظة الاتفاق على التحكيم، وبالحماية الدبلوماسية لدولة أخرى متعاقدة أو غير متعاقدة والتي اكتسب جنسيتها في تاريخ لاحق

وقد انتقد جانب من الفقه، وجهة النظر السابقة، إذ أن إلزام الشخص الطبيعي بحمل جنسية نفس الدولة في الفترتين السابق ذكرهما، قادر على تفادي التجنس عن طريق المجاملة دون أن يتطلب ذلك استمرارية الجنسية الأولى، وهذا الرأي يتجنب استبعاد اختصاص المركز في الأحوال الاستثنائية التي لا يكون الجنسية التي يتمتع بها الشخص قد تم تغييرها بين المدة الزمنية المحددة.

وردا على الحجة الثانية، التي استند إليها الرأي المدافع عن ضرورة استمرارية الجنسية الأولى في المدة المحددة والمشار إليها سابقا، فقد ذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن اتفاقية واشنطن لا تستبعد من الخضوع لاختصاص المركز الأشخاص التي تتمتع بجنسية دولة متعاقدة والأشخاص التي تتمتع بجنسية دولة غير متعاقدة، فهذه الطائفة الأخيرة تظل متمتعة بالحماية الدبلوماسية التي تعتبر حقا خالصا لها، كما أن ما يدعيه الرأي السابق من ضرورة استمرارية الجنسية الأولى قياسا على الحماية الدبلوماسية، هو رأي عار تماما من الصحة، إذ أن هذا المبدأ غير متفق عليه في نطاق الحماية الدبلوماسية ذاتها.

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 376.

والواقع أن القيد الذي وضعته اتفاقية واشنطن من ضرورة أن يتمتع الشخص الطبيعي بجنسية دولة متعاقدة في لحظة الاتفاق على التحكيم ولحظة تسجيل طلب التسوية لدى المركز، قيد لا يحتاج إلى المزيد من العراقيل التي تؤدي إلى التقليل من فرص تطبيق أحكام الاتفاقية، وهو ما يترتب على إضافة شرط استمرارية جنسية نفس الدولة في الفترة ما بين الاتفاق على التحكيم وتسجيل الطلب أمام المركز.

ولعل ذلك، هو ما دفع جانب من الفقه إلى القول بضرورة تفسير شرط الجنسية، على أساس أنه يتطلب أن يكون الشخص الطبيعي يحمل جنسية دولة متعاقدة لحظة الاتفاق على التحكيم، دون اقتضاء أن تكون الجنسية التي يتمتع بها الشخص هي جنسية نفس الدولة لحظة تسجيل الطلب لدى المركز.

ومثل ذلك التفسير، يسمح بمواجهة الحالات الاستثنائية التي تنجم عن قيام أحد الأشخاص التابعين لدولة متعاقدة بعد الاتفاق على التحكيم بتغيير جنسيته والحصول على جنسية دولة أخرى متعاقدة، إذ أن الفرض لا تغطيه أحكام الاتفاقية وفقا للتفسير المتشدد الذي يتمسك به الفقه القائل باستمرار رابطة الجنسية[1].

ولا تثور صعوبة، إذا كان المستثمر الأجنبي متعدد الجنسية، إذ يحق له التقدم بطلب التحكيم أمام المركز، ولكن الصعوبة تثور إذا كان الشخص الطبيعي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة وفي نفس الوقت يتمتع بجنسية دولة أخرى غير متعاقدة.

إلا أن اتفاقية واشنطن، قد قدمت حلا لهذه الصعوبة، إذ أشارت أنه يكفي لانعقاد اختصاص المركز أن يتمتع الشخص بجنسية أية دولة متعاقدة حتى ولو ثبتت له جنسية دولة أخرى غير متعاقدة[2].

أما بالنسبة للأشخاص عديمي الجنسية، فلا يجوز لهم الاشتراك في إجراءات التحكيم أمام المركز، لعدم تمتعهم بجنسية أية دولة على الإطلاق.

وإذا كان المستثمر يتمتع بجنسية دولتين متعاقدتين، أحداهما هي جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، فلا يجوز له التقدم بطلب التحكيم إلى المركز، نظرا لتمتعه بجنسية هذه الدولة، لأنه يعد من رعاياها، إذ لا تجيز الاتفاقية لمواطن الدولة المتعاقدة أن يقاضي دولته في نزاع ناشئ عن استثمار[3].

وتعد قضية شركة Champion Trading Company and Other ضد الحكومة المصرية مثال على عدم قدرة الشخص المتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة على رفع دعواه ضد دولته المتعاقدة والمضيفة لاستثماره.

1- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 166- 167.

2- المادة (25) الفقرة 2 من اتفاقية واشنطن.

3- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 30.

تقدمت شركة CTC المتمتعة بالجنسية الأمريكية وآخرون بطلب للسكرتير العام للمركز الدولي، للفصل في النزاع القائم بينها وبين الحكومة المصرية عن طريق محاكم المركز الدولي، وذلك في 2002/08/08.

وقد استندت الشركة المدعية، إلى الاتفاقية الثنائية المبرمة عام (1982) بين الولايات المتحدة الأمريكية "دولة جنسية الشركة" وجمهورية مصر العربية، والتي تتضمن الحماية والتشجيع المتبادل لمواطني الدولتين.

وقد أدعى المساهمين في CTC بصفتهم مساهمين في شركة مصرية لكبس وتجارة القطن، بعدم التزام الحكومة المصرية بما جاء من أحكام في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية، حيث قامت الحكومة المصرية ببعض الإجراءات الخاصة بصناعة القطن والتي كان من شأنها إحداث آثار مباشرة، نجم عنها خسائر مادية هائلة للاستثمارات الخاصة بهؤلاء المستثمرين.

وعند قيام السكرتير العام بإخطار الحكومة المصرية بهذا الطلب، تقدمت الحكومة المصرية بالاعتراض على انعقاد اختصاص محاكم المركز للنظر في النزاع[1].

1- واستندت في اعتراضها على:

أولا: إن المدعيين وإن كانوا يتمتعون بالجنسية الأمريكية، إلا أنهم من الأصل يتمتعون بالجنسية المصرية ولا يزالون يتمتعون بها، وبالتالي واستنادا إلى أحكام المادة (25) من اتفاقية واشنطن والتي تنص على عدم قدرة الشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية الدولة المضيفة لاستثماره أن يقاضي هذه الدولة أو أن يرفع طلبا للتحكيم ضد هذه الدولة "دول جنسيته"، وبالتالي لا يحق لهؤلاء الأشخاص المتمتعين بالجنسية المصرية أن يتقدموا للمركز لعرض النزاع القائم بينهم وبين دولة جنسيتهم للفصل فيه.

ثانيا: أن الشركة المدعية، وإن كان مقرها ولاية ديلاوير بالولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنها لا تتمتع بالجنسية الأمريكية وفقا لأحكام الاتفاقية الثنائية، والتي كانت تقتضي أنه لكي يعتبر الشخص الاعتباري ذو جنسية محددة لابد للأشخاص المهيمنين عليه أن يتمتعوا بذات الجنسية "معيار الرقابة"، ولما كان الأشخاص المهيمنين على الشخص الاعتباري يتمتعون بالجنسية المزدوجة الأمريكية والمصرية، فلا يمكن اعتبار هذا الشخص الاعتباري شخصا اعتباريا أمريكيا، بل شخصا اعتباريا مزدوجا للجنسية.

ثالثا: إن المدعين قاموا برفع النزاع إلى المركز الدولي للفصل فيه، وذلك على الرغم من أن المادة (7) فقرة (3) من الاتفاقية الثنائية تنص على أنه: "لا يحق للأطراف عرض النزاع على التحكيم تحت مظلة المركز إذا تم عرضها على القضاء الوطني للدول أطرف الاتفاقية"، وهو ما قام به المدعون به مما يحول على عرض النزاع على التحكيم الدولي.

وردا على هذه الاعتراضات، فقد قامت المحكمة بتقسيم الطلب المقدم إليها إلى قسمين، قسم خاص بالأشخاص الطبيعيين[1]، وقسم خاص بالشخص الاعتباري[2].

ويثور تساؤل، حول وضع الشخص الطبيعي متعدد الجنسيات، والذي تثبت له جنسية دولة أخرى غير الدولة المضيفة لاستثماره والطرف في النزاع، وفي نفس الوقت تثبت له جنسية الدولة المضيفة لاستثماره[3].

إلا أن المشروع التمهيدي للاتفاقية المنشئة للمركز، قد تضمن نصا مؤداه أنه طالما ثبت للشخص الطبيعي جنسية دولة أخرى بالإضافة إلى تمتعه بجنسية الدولة المضيفة والطرف في المنازعة، فإن شرط اختلاف الجنسية قد تحقق حتى ولو كان الشخص الطبيعي يتمتع في نفس الوقت بجنسية الدولة المضيفة.

ومع ذلك فقد استقر الرأي، على تطلب ألا يكون للشخص الطبيعي جنسية الدولة المضيفة سواء في تاريخ الرضا والموافقة على اللجوء للتحكيم بمحاكم المركز، أو تاريخ تقديم طلب اللجوء إلى التحكيم للسكرتير العام[4].

في ظل قواعد القانون الدولي، فإن قانون دولة الجنسية هو الذي يحدد ما إذا كان الشخص الطبيعي يتمتع بجنسية هذه الدولة من عدمه، ويكون لمحاكم التحكيم سلطة الفصل في موضوع الجنسية في الحالات التي يسكت فيها القانون الوطني عن ذلك.

وغالبا ما تأخذ المحاكم في هذا الخصوص، بما استقرت عليه محكمة العدل الدولية في قضية نوت بوم Nottebohm، من أن الجنسية عبارة عن رابطة قانونية أساسها الصلة الواقعية بمجتمع معين، أي أن المحاكم يمكن أن تأخذ بمعيار الصلة الفعلية لتقرير مسألة توافر جنسية الدولة للشخص الطبيعي[5].

1- أما بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، فقد رأت المحكمة عدم انعقاد اختصاصها بالنظر في الطلب المقدم منهم، وذلك لأن هؤلاء المدعين لا زالوا يتمتعون بالجنسية المصرية، وعلى الرغم من أن المدعين قد ادعوا تنازل والدهم عن الجنسية المصرية، إلا أنهم أخفقوا في تقديم المستندات الدالة على ذلك، وبالتالي اعتبرتهم المحكمة متمتعين بالجنسية المصرية، وبالتالي لا يحق لهم وفق أحكام المادة (25) من اتفاقية واشنطن، رفع دعواهم ضد دولة ينتمون إليها بجنسيتهم.

2- أما بالنسبة للشخص الاعتباري، فقد استقرت المحكمة على أن اتفاقية واشنطن أو الاتفاقية الثنائية، بعد دراستها من قبل المحكمة، لا تحول دون تقديم الشخص الاعتباري المملوك لأشخاص يتمتعون بالجنسية المزدوجة طلب رفع النزاع إلى المركز للتسوية وإن كان متمتعا بجنسية الدولة المضيفة لاستثماره، وبالتالي رأت المحكمة انعقاد اختصاصها في القسم الخاص بالشخص الاعتباري.

وبالنسبة للإجراءات المتخذة أمام الجهات القضائية المصرية، فقد رأت المحكمة أن ذلك لا يحول دون رفع المساهمين لنزاعهم للتحكيم الدولي، أنظر:

- Champion Trading Company and Others V. Egypt, Icsid Review, Foreign Investment Law Journal , vol 19, no.1, 2004 , case no,ARB/02/9.

3- وذلك إما في تاريخ الموافقة والرضا بالتسوية، أو في تاريخ تسجيل طلب لدى السكرتير العام للمركز.

4- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 31.

5- Vuylstek, "Foreign Investment Protection and Icsid Arbitration", Georgia Journal of International and Comparative Law, volume 342, 1974, p 352-353.

وتعد قضية Euddoro Armando Olgum ضد دولة البراغواي، مثالا على إمكانية أن يقدم طلب التحكيم للمركز شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة طرف في اتفاقية واشنطن.

تقدم Eudoro A. Olgum، وهو شخص طبيعي ينتمي بجنسيته إلى دولة بيرو، بطلب للسكرتير العام للمركز الدولي للفصل في النزاع القائم بينه وبين دولة باراجواي عن طريق محاكم المركز وذلك في 1997/10/27.

وترجع أحداث النزاع، إلى قيام المدعى بإنشاء شركة لإنتاج وتوزيع المواد الغذائية في بيرو، وقد قام هذا الشخص بشراء ودائع وشهادات تقدر قيمتها بما يقرب من مليون دولار في إحدى المؤسسات المالية في دولة بارجواي، ونتيجة لبعض القوانين واللوائح التي أقرتها حكومة باراجواي، فقد تسببت تلك القوانين في إشهار إفلاس تلك المؤسسة، مما نتج عنه خسائر جسيمة للاستثمارات الخاصة ب Eudoro.

وقد استند المدعي في طلبه إلى، حقه في اللجوء للتحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كبند من بنود الاتفاقية الثنائية المبرمة بين بيرو "دولة جنسية المدعي"، وبين باراجواي.

وقد تشكلت المحكمة في 1999/03/29، وقد قام Eudoro باختيار محكم أمريكي، إلا أن باراجواي اعترضت على ذلك لكون Eudoro شخصا طبيعيا مزدوج الجنسية، حيث أنه يتمتع بجنسية بيرو بالإضافة إلى تمتعه بالجنسية الأمريكية، مما أدى إلى تغيير المحكم الذي أختاره الشخص المدعي.

بالإضافة إلى هذا الاعتراض، فقد قامت باراجواي باعتراضها على انعقاد اختصاص محكمة المركز للنظر في النزاع، واستندت في ذالك على أن حكومة دولة باراجواي لم تقم بإبداء موافقتها على عرض النزاع على التحكيم بالمركز للتسوية.

إن الاتفاقية الثنائية المبرمة بين باراجواي وبيرو، لم تكن تتضمن طبيعة ونوعية الاستثمارات التي قام بها الشخص المدعي، كما أن ذلك الشخص قد قام باللجوء وعرض النزاع على القضاء الوطني لدولة باراجواي، مما يعني أنه تنازل ضمنيا عن حقه في رفع النزاع وعرضه على التحكيم بمحاكم المركز الدولي.

وردا على هذه الاعتراضات، فقد إدعى Eudoro أنه بموجب أحكام الاتفاقية المبرمة بين بيرو وباراجواي قد تم استيفاء شرط موافقة باراجواي على انعقاد اختصاص المركز، كما أن أحكام الاتفاقية المشار إليها تتضمن طبيعة الأعمال التي قام بها، وليس هناك ثمة دليل على أن Eudoro قد تنازل عن حقه في رفع النزاع إلى محكمة التحكيم بالمركز.

وردا على ذلك، فقد تقدمت حكومة باراجواي باعتراض مؤداه أنه ليس من حق الشخص المدعي أن يتمسك بأحكام الاتفاقية المبرمة بين بيرو وباراجواي، ذلك أن المدعي على الرغم من كونه متمتعا بجنسية دولة بيرو، إلا أنه شخص مزدوج الجنسية حيث أنه يتمتع بالجنسية الأمريكية أيضا، كما أن الحقائق تشير إلى أن الجنسية الفعلية للشخص المدعي والتي يجب التصرف معه من خلالها هي الجنسية الأمريكية،

وبالتالي لا يحق لهذا الشخص أن يتمسك بما جاء من أحكام في الاتفاقية المبرمة بين بيرو وباراجواي على اعتبار أنه يتمتع بجنسية الدولة الأولى.

وردا على ذلك، فقد أدعى Eudoro أن حكومة دولة باراجواي تتذرع بالاعتراض السابق نتيجة لإهمالها ولعدم إحكامها الرقابة على مؤسساتها المالية وتقصيرها في تقديم الحماية المتطلبة منها لمواطني دولة بيرو وفقا لأحكام الاتفاقية الثنائية المبرمة بينها وبين بيرو، كما أتهم Eudoro حكومة باراجواي بالقيام بإجراءات تتم عن عدم المساواة وإنكار العدالة.

وفي حكمها الصادر في 2001/07/27، قامت المحكمة برفض إدعاءات Eudoro، وأسست حكمها على أنه ليس هناك من دليل يثبت أن أحد بنوك باراجواي قد قام بضمان ودائع الشخص المدعي، وأنه على الرغم من جوانب القصور التي يعاني منها النظام القانوني لباراجواي وعدم إحكامها الرقابة على مؤسساتها المالية، فإن الإجراءات التي قامت بها حكومة باراجواي لم تصل إلى الحد الذي تعتبر فيه أنها قد تجاوزت أحكام الاتفاقية الثنائية.

كما أنه ليس هناك دليل واضح يدل على وجود التمييز وعدم المساواة و إنكار العدالة في تلك الإجراءات، وبالتالي لا تعد الإجراءات التي اتخذتها حكومة باراجواي في مجملها تجاوزا للحد الأدنى لحقوق الأجانب المعترف به دوليا[1].

ثانيا: الشخص الاعتباري.

بالنسبة إلى الشخص الاعتباري، نصت اتفاقية واشنطن على أنه لكي ينعقد اختصاص المركز للنظر 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 للتحكيم تحت مظلة المركز، ولا يؤثر في انعقاد اختصاص محاكم المركز للنظر في النزاع حدوث أي تغير لا حق في جنسية هذا الشخص الاعتباري[2].

وقد يكون الشخص الاعتباري شركة عادية أو مؤسسة تأسست وفقا لقوانين دولة معينة، وقام نزاع بينها وبين الدولة المضيفة لاستثماراتها كما هو الحال في قضية Société Général de Surveillance ضد حكومة جمهورية باكستان.

وقد يكون الشخص الاعتباري مكون من عدة مؤسسات في شكل اتحاد مالي يضم هذه المؤسسات، ويهدف إلى تمويل المشروعات الصغيرة التي تقوم بها مؤسساته والتي تحتاج إلى رؤوس أموال تفوق قدرتها

1- Eudoro Armando Olgum v.Republic of Paragway, Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, vol 18, no.1, 2003, Case no, ARB/98/5.
2- Vuylstek, op,cit, p p 94-95.

المالية وذلك لتنفيذ تلك المشروعات، وتعد القضية الخاصة بـ: Plama Consortium Limited ضد دولة بلغاريا مثالا على الطبيعة الاتحادية للشخص الاعتباري.

وأيضا قد يكون الشخص الاعتباري متمتعا بجنسية دولة معينة وتأسس وفقا لقوانينها، إلا أن الأشخاص الذين يمتلكون أسهمه كاملة ويهيمنون عليه ويسيطرون على قراراته هم أشخاص ينتمون بجنسيتهم إلى الدولة المضيفة، فهل يحق لهذا الشخص الاعتباري الأجنبي والذي يسيطر ويهيمن عليه أشخاص وطنيون أن يرفع دعواه ضد دولة جنسية الأشخاص المساهمين فيه؟

هذا ما سوف توضحه قضية Tokios Tokeles ضد دولة أوكرانيا، وفيما يلي تتعرض الدراسة لهذه القضايا الثلاث تباعا.

1- قضية شركة Société général de surveillance (SGS) ضد حكومة جمهورية باكستان:

تقدمت شركة Société Général de Surveillance (SGS)، وهي شركة تجارية تتمتع بالجنسية السويسرية، بطلب لعرض النزاع القائم بينها وبين حكومة جمهورية باكستان على التحكيم عن طريق محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وقد استندت الشركة السويسرية إلى الاتفاقية الثنائية المبرمة بين سويسرا "دولة جنسية الشركة" وجمهورية باكستان.

وتعود أحداث النزاع، إلى الاتفاق المبرم بين حكومة باكستان وشركة SGS بخصوص قيام الأخيرة بعمليات خاصة بالإفراجات الجمركية للبضائع المستوردة وعمليات الفحص التي تسبق الشحن والتصدير، والتي كانت تقوم بها الشركة السويسرية لصالح الحكومة الباكستانية، إلا أن الأخيرة قامت بإجراءات من شأنها الإخلال بأحكام الاتفاقية الثنائية المبرمة بين سويسرا و باكستان، لذلك قامت شركة SGS برفع النزاع إلى السكرتير العام للمركز الدولي، وذلك لرفضها عرض النزاع على القضاء الوطني الباكستاني، بينما رأت حكومة باكستان أن القضاء الوطني هو الأنسب لعرض النزاع عليه والفصل فيه، حيث أن طبيعة النزاع محل التسوية تنطوي على طبيعة تعاقدية خاصة ببنود العقد المبرم بين الحكومة الباكستانية والشركة السويسرية، وليست له أية علاقة بالاتفاقية الدولية، إلا أن الشركة السويسرية اعترضت على ذلك وادعت أن الإجراءات التي قامت بها حكومة باكستان تعد انتهاكا لأحكام الاتفاقية الثنائية.

وعلى الرغم من اقتناع المحكمة بأن الإجراءات التي قامت بها الحكومة الباكستانية، تعد انتهاكا لأحكام الاتفاقية الدولية، إلا أنها في قرارها الصادر في 2003/08/06، رأت المحكمة عدم انعقاد اختصاصها بالنظر في النزاع، وذلك لأن طبيعة الأعمال التي تقوم بها الشركة السويسرية لا تنطبق عليها الاشتراطات الخاصة بطبيعة الاستثمار، كما أن الاتفاقية الثنائية المبرمة بين باكستان وسويسرا لم تتضمن صراحة ضمن أحكامها ما يقتضي رفع النزاع في حالة قيامه بين أطراف الاتفاق المبرم بينهم إلى محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

2- قضية Plama Consortium Limited ضد دولة بلغاريا:

قام السكرتير العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بتسجيل الطلب المقدم من الكنسورتيوم القبرصي ضد حكومة بلغاريا في 2003/08/19 للفصل في النزاع القائم بين الطرفين، وذلك استنادا إلى المادة (26) من اتفاق ميثاق الطاقة Energy charter Agreement، والتي تقر بأحقية مواطني الدول الأطراف في الميثاق في رفع المنازعات التي تقوم بينهم وبين حكومات الدول الأطراف في الميثاق إلى محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للفصل في هذه المنازعات.

كما استندت الكونسورتيوم القبرصى إلى مبدأ الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين بلغاريا وقبرص والاتفاقية الثنائية المبرمة بين بلغاريا وفنلندا، والتي تجيز فيها الأولى لمواطني الأخيرة اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في حالة قيام النزاع.

وبناءا على وجود مبدأ الدولة بالرعاية في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين قبرص وبلغاريا، فقد استند الكونسورتيوم كشخص اعتباري قبرصي إلى وجوب تمتعه بكل الامتيازات الممنوحة لمواطني فنلندا.

وتعود أحداث النزاع، إلى قيام الكونسورتيوم القبرصي بشراء الأصول المادية والمعنوية لمشروع Nova palma، والذي يمتلك محطة لتكرير الزيوت، إلا أن الحكومة البلغارية نظرا للأهمية الإستراتيجية للمشروع قد قامت بإجراءات كان من شأنها إعاقة المشروع الذي تحولت ملكيته لجهة أجنبية عن مزاولة أعماله، مما جعل الكونسورتيوم القبرصي يتقدم بطلبه إلى المركز.

وقد تقدمت الحكومة البلغارية باعتراض على ذلك، مستندة إلى أن حكومة بلغاريا لم توافق على رفع النزاع إلى محاكم المركز للفصل فيه، حيث أدعت الحكومة البلغارية أن المادة (26) من اتفاق ميثاق الطاقة تختص بالمنازعات التي تتضمن خرق التزام ناشئ عن عدم التقيد بما ورد في الجزء الثالث من هذا الاتفاق "المادة العاشرة إلى المادة السابعة عشر".

وقد ادعت حكومة بلغاريا أنه بموجب هذا الجزء من الاتفاق، لا يحق للكونسورتيوم القبرصي أن يقدم طلب عرض النزاع على المركز، حيث أن بلغاريا من حقها أن تنكر ذلك الحق متى دعتها الحاجة لذلك.

وقد قامت بلغاريا بإنكارها حق الكونسورتيوم في التمتع بهذه المزايا، وذلك وفقا لأحكام المادة السابعة من اتفاق ميثاق الطاقة، والتي تنص على أن: "لكل دولة طرف في الميثاق الحق في أن تحتفظ بحقها في إنكار التمتع بمزايا الجزء الثالث من الميثاق لأي شخص اعتباري مملوك أو مسيطر عليه بواسطة مواطنين لدول ليست أطرافا في الميثاق وعندما لا يقوم ذلك الشخص الاعتباري بأية أنشطة تنم عن اندماجه الاقتصادي في اقتصاد دولة الجنسية".

وقد ادعت بلغاريا إنكارها حق الكونسورتيوم القبرصي في ذلك، لأنها اعتبرت أن هذا الأخير ما هو إلا صندوق بريد قبرصي لا يقوم بأعمال تنم عن اندماجه في الاقتصاد القبرصي، كما أن الأشخاص

المهيمنين عليه ينتمون بجنسيتهم إلى دولة ليست طرفا في الميثاق في تاريخ تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز، كما أدعت بلغاريا أن مبدأ الدولة الأولى بالرعاية لا يتضمن نطاق تسوية المنازعات.

وفي قرارها الصادر في 2005/02/08، قررت المحكمة انعقاد اختصاصها بالنظر في النزاع وذلك استنادا إلى المادة (26) من الميثاق، كما أن المحكمة استقرت على توافر الاشتراطات الخاصة بطبيعة الاستثمار في الاتفاق المبرم بين الطرفين، أيضا توصلت المحكمة إلى أن الإجراءات التي قامت بها الحكومة البلغارية تعد انتهاكا لما جاء من أحكام، سواء في العقد المبرم بين الطرفين أو في الاتفاقية الثنائية بين بلغاريا وقبرص.

وقد أسست المحكمة قرارها على أن المادة (26) في البند الأول من الفقرة الثالثة، تنص على أن الدول الموقعة على الميثاق قد منحت موافقتها غير المشروطة للجوء للتحكيم الدولي، وبالتالي فإن حق الدول الأطراف في الميثاق في حرمان الأشخاص الاعتبارية التي تنتمي بجنسيتها إلى دول أخرى من حقها في عرض النزاع على المركز الدولي كهيئة تحكيم دولية قد بات شرطا خاويا ليس ذي مضمون، وذلك وفقا للموافقة غير المشروطة التي وافقت عليها بلغاريا كدولة من الدول الأطراف في ميثاق الطاقة.

وقد أبدت المحكمة تحفظها على مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، والذي تم بموجبه استنتاج حق الشخص الاعتباري القبرصي في عرض النزاع على محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وبينت أنه لكي يستفيد ذلك الشخص من هذا المبدأ، لا بد وأن تكون الإشارة إلى اللجوء للمركز لتسوية منازعات الاستثمار واضحة وصريحة وليست ضمنية تستنبط من شروط أخرى مثل مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، إلا إذا نصت الاتفاقية الدولية المستند إليها على ذلك.

3- قضية Tokios Tokeles ضد دولة أوكرانيا:

تقدمت شركة Tokios Tokele، وهي دار النشر أنشئت وفق قوانين ليتوانيا، وبالتالي فهي شخص اعتباري يتمتع بالجنسية الليتوانية، بطلب إلى السكرتير العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك استنادا إلى الاتفاقية الثنائية المبرمة بين ليتوانيا (دولة جنسيتهم)، وبين أوكرانيا (الدولة المضيفة لاستثمارها) عام (1994)، بصدد توفير الحماية المتبادلة والتشجيع المتبادل لمواطني الدولتين والتي دخلت في دور التنفيذ عام 1995.

وتعود أحداث النزاع، إلى قيام حكومة أوكرانيا ببعض الإجراءات الخاصة بالتقديرات الجزافية المبالغ فيها للضرائب المستحقة على الشركة الليتوانية، مما تسبب في إلحاق أضرار جسيمة بالموقف المالي للشركة التي ادعت أن الحكومة الأوكرانية لم تقم بمثل هذه الإجراءات إلا انتقاما من الشركة الليتوانية، وذلك على إثر قيام هذه الشركة بدعم سياسي معارض للحكومة الأوكرانية.

وقد قام السكرتير العام للمركز، بتسجيل الطلب المقدم من الشركة الليتوانية في 2002/12/20، وعند إخطار الحكومة الأوكرانية بهذا الطلب، تقدمت باعتراضات على انعقاد اختصاص محكمة المركز للنظر في النزاع[1].

وردا على هذه الاعتراضات فقد أقرت المحكمة في حكمها الصادر في 2004/04/29 بانعقاد اختصاصها[2].

ويذكر في هذه القضية، مثال على إمكانية انشقاق أحد المحكمين برأيه عن قرار المحكمة، والذي يناقض فيه قرار المحكمة ما أعلنه المحكم Prosper Weil، من أن الحكم الذي توصلت إليه المحكمة يعد مناقضا للهدف الذي صيغت من أجله اتفاقية واشنطن، حيث أنه يمكن الأشخاص المنتمين بجنسياتهم إلى الدول الأطراف في الاتفاقية من مقاضاة دول جنسياتهم ومن نزع طابع الوطنية عن النزاعات القائمة بين هؤلاء ودول جنسياتهم، في حين أن هذه النزاعات لابد وأن تعرض على القضاء الوطني للفصل فيها[3].

---

1 – وأسست اعتراضها على:

أولا: إن الشخص الاعتباري الليتواني يمتلك 99% من أسهمه مملوكة لمواطنون يتمتعون بالجنسية الأوكرانية، وهؤلاء المساهمون على الرغم من تمتعهم بالجنسية الأوكرانية، إلا أنهم أرادوا أن ينزعوا الصفة الوطنية عن النزاع، وذلك بعرضه على التحكيم الدولي، وذلك على الرغم من أن القانون الوطني هو الأكثر ملائمة للفصل في النزاع، حيث أن المدعين والمدعي عليها ينتمون إلى نظام قانوني واحد هو النظام القانوني الأوكراني.

أيضا لا تخول أحكام اتفاقية واشنطن المواطنين الذين ينتمون بجنسيتهم إلى الدولة المتعاقدة برفع النزاع القائم بينهم وبين دولة جنسيتهم إلى التحكيم الدولي، لذلك يجب على المحكمة أن تزيل القناع الليتواني الذي يرتديه هؤلاء المواطنون الأوكرانيون.

ثانيا: إذا اعتبرنا أن من حق هذا الشخص الاعتباري الليتواني أن يرفع دعواه للمركز الدولي فإنه كان يجب على المساهمين في هذا الشخص أن يثبتوا أن رأس مال هذا الشخص الاعتباري قد أتى من خارج أوكرانيا، لذلك يجب على المحكمة أن تراعي أن الأشخاص المساهمين في هذا الشخص هم مواطنون أوكرانيون، كما أن رأس المال المستخدم فيه هو رأس مال أوكراني أيضا، هذا بالإضافة إلى أن النشاط الذي تقوم به هذه المؤسسة لا يعد وفقا للقوانين الأوكرانية نشاط استثماريا، لذلك يجب على المحكمة ألا تعاون مثل هؤلاء المواطنين في مقاضاة دولة جنسيتهم والتي عاونتهم في تكوين رؤوس أموالهم.

2 – وقد أسست حكمها على:

أولا: على الرغم من أن المساهمين الذين يمتلكون 99% من أسهم الشخص الليتواني يتمتعون بالجنسية الأوكرانية، إلا أن هذا الشخص قد تم تأسيسه وفقا لقوانين دولة ليتوانيا وتشريعاتها، الأمر الذي أدى بالمحكمة إلى منحه حق رفع النزاع إلى المركز للتسوية بصفته شخص اعتباري ينتمي بجنسيته إلى دولة أخرى بغض النظر عن جنسية الأطراف المساهمين فيه.

ثانيا: رأت المحكمة أن الشركة المدعية، قد أقامت استثمارات في أوكرانيا بموجب أحكام الاتفاقية الثنائية المبرمة بين أوكرانيا وليتوانيا، ولما كانت هذه الاتفاقية لا تقضي بشكل أو بآخر معرفة مصدر رأسمال الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسية الدول الأطراف، فلا محل هنا لإجبار المدعي على إثبات أن مصدر رأس المال ليس أوكرانيا، كما أن اتفاقية واشنطن لم تقرر في أي من أحكامها ما يقتضي النظر في مصادر رؤوس أموال الأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص الطبيعية.

3- Tokios Tokeles v.Ukraine, Icsid Review, Foreign Investment Law journal, vol,20 no.1,2005, case no.ARB/02/18.

ووسائل يتدخل فيها الغير دون أن يكون له الحق في حسم النزاع، كالمساعي الحميدة[1]، والوساطة[2] والتحقيق[3] والتوفيق، ووسائل يتدخل فيها الغير ويكون له الحق في حسم النزاع كالقضاء[4] والتحكيم[5].

ووسائل تسوية المنازعات بالطرق السلمية يمكن اللجوء إليها لتسوية كافة المنازعات، وذلك بشرط موافقة الأطراف على الوسيلة السلمية المستخدمة، وذلك تطبيقا لمبدأ المساواة بين الأطراف، على أن أي طرف ليس ملزما بإتباع وسيلة معينة لتسوية منازعاته، وإنما الأمر متروك لتقديره واختياره دونما تقيد بترتيب معين ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، كما أن بعض هذه الوسائل قد يتم اللجوء إليها بالتناوب وبعضها يتم اللجوء إليها في المراحل الأولى للنزاع كالمفاوضات، بينما قد يتم اللجوء إلى بعضها في المراحل الأخيرة للنزاع وبعد استنفاذ الطرق الأخرى، كالقضاء والتحكيم[6].

كذلك ليس ثمة ما يمنع من تعدد وسائل تسوية النزاعات وتزامنها في وقت واحد، على اعتبار أن الغرض من ذلك هو في النهاية الوصول إلى التسوية سلمية لهذه النزاعات، كأن يتم عرض النزاع على محكمة تحكيم في الوقت الذي يكون فيه النزاع حلا للتفاوض بين أطرافه، أو أن يكون النزاع محل وساطة أو توفيق.

ومن هنا نظمت الاتفاقية وسيلتين لتسوية المنازعات الاستثمارية أمام المركز الدولي هما التوفيق والتحكيم، حيث يمكن المركز أطراف النزاع من اختيار ما يلائمهم ويناسب طبيعة منازعتهم من الوسائل التي يتيحها المركز من وسائل التسوية السلمية.

1- تتمثل المساعي الحميدة في تدخل طرف ثالث تعرض عليه نوايا أطراف النزاع، وأحيانا مقترحاتهم لحله، وبحيث يقتصر دور الطرف المتدخل في تقديم أساس للتفاوض أو اقتراح أرضية مشتركة، يمكن أن يتم على أساسها النقاش بين الأطراف.

2- يلعب الطرف المتدخل في الوساطة دورا أكثر ايجابية من ذلك الذي يتم في إطار المساعي الحميدة، إذ أنه يملك تقديم حلول لاتفاق بين الأطراف تقدم إليهم لإبداء الرأي فيها.

وتتوقف فاعلية الوساطة والمساعي الحميدة على شخصية الطرف القائم بها، وكذلك مدى سلطته، أو قوته السياسية، وقدر الثقة الذي يوليه أطراف النزاع فيه.

3- يلجأ الأطراف عادة إلى التحقيق إذا كان هناك نزاع حول بعض الوقائع، وتتمثل وظيفة لجان التحقيق في إثبات الوقائع، وذلك بتقدير الأدلة التي يقدمها أطراف النزاع، وكذلك تقييم الوقائع ذاتها وتقديم تقرير تصوغ فيه نتائج ملاحظتها، على أن التقرير الذي تعده هذه اللجان ليس ملزما للأطراف، وإنما هي وسيلة تساعدهم في التوصل إلى تسوية له بما يقوم به من إثبات للوقائع والعمل على تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، والتحقق يتم إما باتفاق بين الأطراف المعنية، أو بقرار يصدر من سلطة مستقلة عنهم.

4- يختلف القضاء الدولي عن الوسائل السلمية الأخرى مثل التوفيق والتحكيم، في أن المحكمة القضائية مستقلة عن أطراف النزاع، من حيث تكوينها كما أنها تتميز بالاستمرارية والدوام، أيضا تسير المحكمة القضائية وفق قواعد إجرائية وموضوعية لا دخل للأطراف فيها.

وعلى الرغم من هذه الاختلافات، إلا أن القضاء يتشابه مع الوسائل السلمية الأخرى في أنه يفترض موافقة الدولة ورضاها بالخضوع لهذا القضاء، وتتخذ هذه الموافقة صورتين، إما عن طريق إبرام معاهدة، أو إبرام نص في معاهدة أو بإعلان انفرادي من الدولة، أو بمجرد الانضمام إلى معاهدة قائمة بالفعل تقضي بموافقة الدولة على خضوع المنازعات التي تكون هذه الدولة طرف فيها إلى القضاء الدولي.

5- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 565.

6- على صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص 727.

ولقد تضمنت اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قواعد إجرائية صريحة وواضحة بشأن الإجراءات الواجب إتباعها من طرف أطراف النزاع ومن قبل هيئات تحكيم المركز، كتشكيل لجنة التوفيق، أو محكمة التحكيم، والإجراءات الواجب إتباعها لإقامة الدعوى، والقانون الواجب التطبيق، وصدور حكم التحكيم.

وستكون هاتين الوسيلتين (التوفيق والتحكيم) محلا لدراستنا في هذا الفصل وذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: التوفيق كآلية لتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي.

المبحث الثاني: التحكيم كآلية لتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي.

المبحث الأول: التوفيق كآلية لتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي

يستخدم المركز الدولي لتسوية منازعات استثمار وسيلة التوفيق في تسوية المنازعات التي يرغب أطرافها في استخدام هذه الوسيلة لتسوية النزاع القائم بينهم، والتوفيق لا يضع تطبيقات مباشرة للقانون في المنازعات، بل إنه يراعي ظروف النزاع وظروف أطرافه، ومدى تأثيره على السلم والأمن الدوليين.

فالتوفيق وسيلة سياسية قانونية، تختلف وتتميز عن وسائل التسوية السلمية الأخرى وتظهر أهميته من عدة نواحي وخاصة النواحي الإنسانية[1]، القانونية[2] والسياسية[3].

وفيما يلي، سوف نسلط الضوء في هذا المبحث على وسيلة التوفيق من الوسائل السلمية التي يستخدمها المركز الدولي، والتي تتسم بالودية وتسمح بتدخل طرف ثالث بين طرفي النزاع دون أن يكون لهذا الطرف الثالث الحق في حسم النزاع، وذلك بتقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية التوفيق.

المطلب الثاني: إجراءات التسوية عبر وسيلة التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

نتناول هذين المطلبين على النحو التالي:

1- تظهر الأهمية الإنسانية عند النظر للتوفيق كوسيلة سلمية لتسوية المنازعات، وينطبق عليها ما ينطبق على الوسائل السلمية الأخرى، فالبديل للوسائل السلمية في تسوية المنازعات الدولية، هي استخدام القوة في حسم النزاع، بما لها من نتائج وآثار غير إنسانية عاني منها المجتمع الدولي في الحروب التي قامت بين شعوبه في مناطق مختلفة.

2- تظهر الأهمية القانونية للتوفيق فهو وسيلة سلمية تخضع لقواعد القانون الدولي في تسوية المنازعات الدولية، فيقوم وفقا لقواعد قانونية محددة بالتدخل في النزاع، وهذا يعطي ضمان للأطراف بأنه سيخضع لقواعد موضوعية قانونية وليس لاعتبارات شخصية أو أيديولوجية.

3- تظهر أهمية التوفيق السياسية في انفراده كوسيلة قانونية تستخدم الطرق السياسية لحل المنازعات، أي أن التوفيق يراعي ظروف كل طرف في النزاع، وكذلك تأثيره على الأطراف والمجتمع الدولي، كما أن التوفيق لا يجبر الأطراف على قبول نتائجه أو فرضها عليهم، فللأطراف مطلق الحرية في قبول توصياته أو رفضها، لذلك فإنه يشجعهم على الدخول فيه دون أدنى خوف من التورط في إلزام قانوني دولي، لأنهم لم يرضوا عن نتائجه فلهم الحق في رفضه وعدم الالتزام به.

المطلب الأول: ماهية التوفيق.

نتناول في المطلب الأول ماهية التوفيق، وذلك من خلال تعريفه في الفرع الأول وتحديد عناصره في الفرع الثاني، مرورا بخصائصه في الفرع الثالث، انتهاء بتمييزه عن الوساطة في الفرع الرابع، وهذا على النحو التالي بيانه:

الفرع الأول: تعريف التوفيق.

هناك معنيان للتوفيق معنى ضيق ومعنى واسع:

أولا: المعنى الواسع.

يقصد بعملية التوفيق أنها عملية تسوية للمنازعة وديا بتدخل طرف ثالث يقوم بهذه التسوية بين طرفي النزاع محاولا تقريب وجهات النظر بينهما.

ثانيا: المعنى الضيق.

يقصد به إحالة النزاع إلى لجنة تقدم اقتراحاتها لتسوية النزاع، ولا تكون هذه المقترحات ملزمة لأي من الطرفين، إلا إذا وافقا عليها، والتوفيق بالمعنى الضيق تحكمه قواعد القانون الدولي المستقرة[1].

فالتوفيق إذن، هو طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأغيار (الموفق)، وصولا إلى تسوية النزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة دون أن يمتد دوره إلى إصدار قرار ملزم لأطراف النزاع.

الفرع الثاني:عناصر التوفيق الأساسية

ويوضح التعريف السابق العناصر الأساسية التي تتضمنها وسيلة التوفيق والتي تتمثل في:

أولا: التوفيق طريق ودي لتسوية المنازعات.

تعد وسيلة التوفيق وسيلة ودية لتسوية ما يثور بين الأطراف من منازعات وما يعوق علاقاتهم من مشكلات، تحول دون تمام تنفيذها أو استمرارها، فالتوفيق لا يعد وسيلة قانونية أو قضائية يرتكن إليها لحسم ما يثور بين الأطراف من منازعات، وإنما أحد الوسائل التي يصنع فيها القرار من خلال اتفاق الأطراف ورضاهم، وإذا كان التوفيق يهدف شأنه شأن كافة الوسائل السلمية إلى تسوية المنازعات القائمة، فإنه يتميز أيضا بأنه طريقا وديا لفضها، ولعل هذه السمة هي التي تجعل من وسيلة التوفيق بمنأى عن رقابة القضاء، فما يقوم به الموفق من محاولات لا يخضع لرقابة القضاء بصفة عامة.

1- نبيل أحمد حلمي، المرجع السابق، ص07 – 08.

ثانيا: التوفيق طريق اختياري لتسوية المنازعات.

تعتمد وسيلة التوفيق بصورة أساسية على إرادة الأطراف، حتى ولو نتج عن هذا الرضاء في قبول هذا الطريق أو في المشاركة الجادة التنازل عن بعض الحقوق أملا في الوصول إلى حل يلبي رغبات الأطراف عند ظهور الخلاف موضوع النزاع.

فاختيار سبيل التوفيق ينبع من إرادة خالصة للأطراف، ومن ثم فلا يمكن فرضه عليهم، فاللجوء إليه يعتمد بصورة كبيرة على قبوله واتجاه إرادة الأطراف إليه.

ويستوي في ذلك الوقت الذي يختار فيه سواء كان قبل نشأة النزاع أو بعده، أو قبل اختيار الطرق القانونية كالتحكيم أو بعده، فاتفاق الأطراف على اللجوء إلى القضاء أو التحكيم وإدراجهم في العقد المبرم بينهم شرطا يوضح ذلك لا يحول ولا يعد عائقا أمام انتهاج هذا السبيل الودي لتسوية المنازعات[1].

والتوفيق ينشأ نتيجة لاتفاق الأطراف على تدخل شخص من الغير لتسوية النزاع، فعلى الرغم من تنظيم المشرع لقواعد التسوية الودية، إلا أن سلوك هذا الطريق يعتمد على رغبة الأطراف في بدايته.

فالتوفيق يبدأ بطلب من أحد الأطراف يخطر به الطرف الآخر لاستطلاع رأيه في قبول هذا الطريق من عدمه، وذلك عن طريق الهيئة أو المركز المقدم إليه طلب التسوية، وتبدو السمة الاختيارية بوضوح في الوقت الذي يمكن فيه الاتفاق على اللجوء إلى هذه الوسيلة[2].

والاتفاق على اللجوء إلى التوفيق، قد يكون سابق على تقديم طلب التسوية أو أثناء نظر النزاع عن طريق محكمة التحكيم، وإن كان البعض يفضل اللجوء إليه في المرحلة الثانية، إذ أن في هذه الأخيرة يكون من السهولة بمكان الوصول إلى حل يرتضيانه، فكلما تطور النزاع كلما بدا أمام الأطراف مما يمكنهم من تقدير الأمور بصورة محددة والمعرفة على وجه دقيق لمدى احتمالات تحقيقه للأهداف التي يريدون الوصول إليها من عدمه، وهو الأمر الذي يمنح الأطراف فرصا جيدة وملائمة لإجراء التوفيق.

إلا أن البعض يرى أن هذه الوسيلة لا تحقق الهدف الذي تصبو إليه، إلا بتحبيذ اللجوء إليها قبل نظر النزاع، ففي هذا الوقت فقط تتحقق النتائج التي ترمي إليها، طالما أنه يمكن للأطراف التوصل إلى حلول ملائمة لمنازعاتهم دون تأثير على علاقاتهم في المستقبل والذي يؤثر عليه بلا شك بدء المنازعة بينهم.

فإذا كان الأطراف ينظرون إلى الأمام عند اختيارهم للتوفيق فإنه من الضروري مساعدتهم على المحافظة على استمرار العلاقات بينهم بل وزيادتها، وهو الأمر الذي لن يتحقق إلا بسلوكه قبل نظر النزاع

1- محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ، من ص 23 إلى ص 27، وانظر كذلك في: محمد حسام لطفي، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية، 1997، ص 08.

2- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 21.

أمام المسارات الأخيرة، وذلك على عكس الحال عند اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، إذ يسلك الأطراف هذا الطريق أو ذاك وهم ينظرون إلى الوراء لما يؤدي إليه كلا من هذه الطرق من إنهاء للعلاقات وقطع لأواصر التعاون بينهم.

هذا بالإضافة أن عملية التوفيق لا تستغرق وقتا طويلا، وبالتالي فإن نجاحها يغني الأطراف عن اللجوء إلى السبل الأخرى وما تتصف به من بطء وتعقيدات ونفقات باهظة، فبدء عملية التوفيق قبل خوض سبيل المنازعة بما يحمله من نفقات ومشقة يعد أمرا ضروريا حتى ولو باءت عملية التسوية الودية بالفشل نظرا لاتفاق ذلك مع الفلسفة التي من أجلها شرع هذا السبيل، وهي التسوية الودية للنزاع وانسجامه مع الكيفية التي تتم من خلالها عملية التسوية بين الأطراف.

ثالثا: طريق قوامه تدخل أحد الأغيار (الطرف الثالث)

يوضح تعريف التوفيق العنصر الأساسي الذي تقوم هذه الوسيلة الودية، وهو تدخل شخص من الغير أو طرف ثالث، إما للتقريب بين وجهات النظر المتباينة وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات والوثائق من أجل الوصول بالأطراف إلى نقطة التقاء تتحقق فيها مطالبهم المختلفة، أو أن يتوسع عمله بعض الشيء فيمتد إلى إمكانية اقتراح بعض الحلول على الأطراف، والتي قد يسفر بعضها عن شيء يرتضيانه دون أن يملك إمكانية الإنفراد بتقرير الحل أو فرضه عليهم[1].

ولما كان ما يصدره الموفق من قرارات أو توصيات لا يمثل حكما تحكيميا أو حكما قضائيا أو قرارا ملزما، فإن نظام التوفيق لا يمكنه أن يستنفذ ولاية القضاء، وذلك على خلاف التحكيم الذي يستنفذ تلك الولاية دون أن يغني 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 لا يخضع مسلك الموفق لتقدير القضاء، وذلك للنظر في مدى صحة التوصية الصادرة من عدمه، وذلك على عكس القرار الصادر من المحكم، إذ يخضع لتقدير أخير للنظر في مدى صحة الحكم الصادر عندما يسلك الطرف الصادر ضده الحكم سبيل دعوى البطلان ضد الحكم الصادر[2].

رابعا: ما تصدره لجان التوفيق لا تمثل سوى توصيات غير ملزمة لأطراف النزاع.

يقتصر دور لجان التوفيق على إصدار قرارات وتوصيات، قد يلتزم بها أطراف النزاع إذا رأوا أن هذه التسوية تمثل نقطة التقاء يرتضونها، وذلك بهدف عدم اللجوء إلى الوسائل القانونية التي تنزع الودية من مسار التسوية، وقد لا يلتزم بها هؤلاء الأطراف إذا شعروا أن هذه التوصيات لا تحقق الحد الأدنى من مطالبهم أو ما يجدونه ملبيا لرغباتهم.

1- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، من ص 31 إلى ص 33، وانظر كذلك في: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم الدولي والداخلي، "تنظير وتطبيق مقارن"، بدون ناشر، 2003، ص 46.

2- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1988، ص 134.

فالغير الذي يقوم بالتوفيق هو شخص محايد يقتصر عمله على الوصول بالأطراف إلى تسوية وسطية دون أن تمتد إلى إصدار قرار أو حكم على الأطراف، فالموقف لا يقوم بعمل قضائي، ولهذا فإن ما يصدره من توصيات أو قرارات لا يرقى إلى مرتبة الأحكام أو القرارات الملزمة[1].

وعلى الرغم من أن التوفيق لا يختلف إلى حد كبير عن وسائل التسوية السلمية الأخرى كالوساطة والمساعي الحميدة والتحقيق، إلا أن التوفيق يختلف على سبيل المثال "عن التحقيق"، فالأساس في لجان التحقيق وفقا لقواعد القانون الدولي العام، أنها تعمل على التوصل إلى الحقائق والأسباب التي أدت إلى قيام النزاع، وهي في ذلك لا تلزم الأطراف بقبول ما وصل إليه التحقيق.

فلجان التحقيق لا تقدم أية مقترحات لتسوية النزاع، بل أنها تمهد الطريق للأطراف للتفاوض للوصول إلى تسوية للنزاع القائم بينهم، ولهذا تختلف لجان التحقيق عن لجان التوفيق، في أن لجان الأخير تقدم مقترحات وتوصيات لأطراف النزاع بعد التحقيق في النزاع بين الطرفين، على الرغم من أن توصيات لجان التوفيق غير ملزمة لأطراف النزاع[2].

وعلى هذا فإن العلاقة بين لجان التوفيق ولجان التحقيق هي علاقة خاصة، فهناك رابطة بينهما، بل يمكن القول بأن التوفيق تطور عملي ولازم في بعض المنازعات التي لا يكفي فيها مجرد التحقيق، ومن ناحية أخرى تعتبر لجان التحقيق في بعض حالاتها إحدى صور لجان التوفيق، حيث أنها قد توضح وتبين من دراسة الحقائق والأسباب المؤدية إلى قيام النزاع ما يخفي على الأطراف من وقائع قد تساعدهم على تفهم الوضع، مما يؤدي بهم إلى الوصول إلى تسوية وسطية يرتضيها أطراف ذلك النزاع، كما أن هناك اتجاه يرى أن التوفيق هو طريق وسط بين التحقيق والتحكيم[3].

الفرع الثالث: خصائص التوفيق (المزايا).

على الرغم من أن التوفيق كوسيلة من سوائل التسوية السلمية يتسم بما تتسم به هذه الوسائل من سمات وخصائص، إلا أن التوفيق يتمتع بخصوصية وذاتية تميزه عن هذه الوسائل وذلك نظرا لاستخدامه كوسيلة لتسوية المنازعات الاقتصادية والمنازعات المتعلقة بأمور التجارة الدولية.

ويتميز التوفيق في المجال الاقتصادي والتجاري بالعديد من المزايا التي جعلت الكثير من الأطراف يفضلون اللجوء إليه عن اللجوء إلى التحكيم وتتمثل هذه المزايا في:

أولا: الاقتصاد في الإجراءات.

إن الفلسفة التي تقوم عليها وسيلة التوفيق كوسيلة تسوية ودية للمنازعات، تستند إلى العديد من المبادئ التي يقوم عليها القانون الإجرائي أهمها "مبدأ الاقتصاد في الإجراءات"، وهذا المبدأ هو ما يسعى

1- هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 155.

2- محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدولي، المرجع السابق، ص 26.

3- نبيل أحمد حلمي، المرجع السابق، ص 27.

المشرع في كافة النظم القانونية إلى الوصول إليه وتحقيقه بشتى الطرق، سواء تمثلت هذه الأخيرة في قصر مدة التسوية، أو في إنشاء آلية جديدة لفض المنازعات بين الأطراف من شأنها تحقيق استقرار الأوضاع القانونية وتحقيق العدالة الناجزة.

ولا شك في مدى صعوبة الوصول إلى تحقيق هذه الأهداف من خلال المسار القضائي أو التحكيمي، في الوقت الذي يسهل الحصول عليها من خلال الوسائل الودية كالتوفيق، فهذا الطريق يحقق مبدأ الاقتصاد في الإجراءات 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، ولكن أيضا تلبي هذه الوسيلة رغبات الأطراف في الحصول على عدالة أقل تكلفة[1].

1- عدالة ناجزة:

تعد العدالة الناجزة أهم الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها والوصول إليها، فالتوفيق انتهجته الكثير من دول العالم، باعتبار ما يتسم به من ايجابيات تتمثل في تجنب تطويل إجراءات النزاع، وعدم الاستغراق في الشكليات، والوصول إلى حل ينهي النزاع، ولا يفتح طريقا للطعن عليه من خلال مشاركة الأطراف مباشرة في كل الإجراءات وتبادل وجهات النظر وتوصلهم معا إلى الحل الذي يتفق عليه.

فالتوفيق يلبي رغبات الأطراف في الحصول على عدالة قريبة منهم، وهو ما يتحقق من خلال الوصول إلى تسوية سريعة بإجراءات مبسطة ومشاركة فعالة من الأطراف[2].

والتوفيق إذن يؤدي إلى اختصار الوقت، حيث لا تستغرق عملية التوفيق وقتا طويلا، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى بساطة الإجراءات التي تتم بها تلك العملية، فالآلية التي تتم من خلالها هذه العملية تساعد إلى حد كبير على سرعة اقتضاء الحقوق والوصول بالأطراف إلى نقطة التقاء تتحقق عندها مطالبهم[3].

2- عدالة أقل تكلفة:

مما لاشك فيه أن الاقتصاد في الإجراءات والبعد عن الشكلية يؤدي إلى تحقيق عدالة أقل تكلفة، فإذا كان نظام التوفيق يقدم بين يدي الأطراف وسيلة سريعة وفعالة لتسوية المنازعات، فإنه حتما يؤدي 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، فإذا كان هذا الأخير يشترك مع التوفيق في قصر المدة التي يستغرقها الفصل في النزاع، وإن كان

1- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 55 – 56.

2- أحمد محمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوض للقضاء، بدون ناشر، 2001، ص 14.

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 415.

البعض يرى أن هذه السمة لا تلازم التحكيم على الدوام، إلا أن التوفيق ينفرد بأنه غير مرهق للأطراف المتنازعة.

فإذا كان التحكيم يتميز بسهولة إجراءات 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، فوفقا لوسيلة التوفيق تتم الاستعانة بشخص من الغير أهل لإزالة أسباب النزاع وإعادة روح الود، الأمر الذي لا يكلف الأطراف الكثير من النفقات[1].

ثانيا: المحافظة على العلاقات التعاقدية.

إن أطراف النزاع عند اختيارهم لوسيلة التوفيق لا ينظرون إلى تسوية النزاع بينهم ووقائعه في وقت النزاع، إنما يضعون نصب أعينهم علاقاتهم المستقبلية، فالتسوية التي يتم التوصل إليها تعبر عن رضاء الأطراف واقتناعهم بها، فالحل لا يفرض على هذه الأطراف، مما يمكن وسيلة التوفيق من المحافظة على العلاقات الودية بين أطراف النزاع.

وهذا ما بينته المذكرة المقدمة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن مشروع القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، حيث ذكرت أن الأونسيترال Uncitral قد أعدت هذا القانون لمساعدة الدول على صياغة إجراءات لحل المنازعات تستهدف تقليل 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 المنازعات[2].

ولا يهدف نظام التوفيق إلى إصلاح الضرر المترتب على خروج العلاقة عن حد المأمول عند إبرامها فقط، وإنما إلى دفعها نحو الطريق السليم، وذلك بتعديل العقد وإقامة نوع من التوازن في الالتزامات الناشئة عن هذه العلاقة.

1- إصلاح الأضرار المتولدة:

على غرار الأنظمة والمسارات القضائية والتحكيمية، فإن التوفيق يرمي إلى جبر الأضرار التي لحقت بأحد أطراف العلاقة من جراء عدم التنفيذ، فالحل الذي يهدف إليه المسار القضائي أو التحكيمي من

1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 3.

2- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 62، وانظر كذلك في: مصطفى المتولي قنديل، التوفيق والوساطة القضائية، "دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري"، باريس، 2001، ص 7.

حسم فاصل للنزاع عن طريق إصدار حكم التحكيم أو حكم القضاء، يتم تحقيقه عبر وسيلة التوفيق عن طريق إصلاح الضرر المترتب عند عدم تنفيذ العلاقة أو تنفيذها على خلاف المتفق عليه.

فالتوفيق يهدف في البداية إلى إصلاح الضرر الناشئ عن العلاقة من خلال حل ودي نابع من إرادة صادقة للأطراف في تجنب الوقوف موقف تنازعي يتم تسويته بطريقة تقليدية من خلال القضاء أو هيئات التحكيم.

وتبدو هذه الوظيفة الإصلاحية بوضوح في العلاقات التعاقدية قصيرة الأجل التي تنتهي بمجرد التعاقد، ويتحقق ذلك عندما لا يقوم أحد الأطراف بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه أو يخل بما عليه من التزامات فيثور النزاع بين الأطراف، وفي هذه الحال ينحصر دور الموفق في إصلاح الأضرار الناجمة من خلال الوصول بالأطراف إلى حل يقبلانه يمكن عن طريقه تعويض المتضرر أو إقناع الطرف الذي أخل بالتزاماته بمحاولة العدول عن هذا وتنفيذ واجباته على النحو المتفق عليه آنفا في التعاقد[1].

ولعل الواقع العملي، يساعد إلى حد كبير على قيام الموفق بهذا الدور، فإن كان الحل الذي يصل إليه ليس سوى توصية غير ملزمة للأطراف، إلا أن الضرورات التي تفرضها الحياة العملية قد ترقى بها في بعض الأحيان إلى مرتبة الإلزام، فالضغط الذي يمارسه الرأي العام أو الذي تقوم به بعض الجماعات، من شأنه حمل الأطراف على قبول الحل الذي اقترحه الموفق.

فعلى الرغم من الدور التوفيقي الذي يلعبه الموفق ومحاولته إصلاح الضرر الناجم على العلاقة، إلا أنه في أحوال كثيرة قد تساعد الظروف الخارجية على إلحاق طابع الإلزام بالتوصية الصادرة، ومن ثم يحقق الدور الإصلاحي الذي يقوم به الموفق، والذي من أجله شرعت هذه الوسيلة ويرتب النتيجة المأمولة من ورائه[2].

2- إقامة التوازن والتعادل بين الأطراف:

لا تهدف وسيلة التوفيق إلى إصلاح الأضرار التي قد تنجم عن العلاقات التعاقدية فقط، وإنما تهدف إلى العمل على إيجاد نوع من التوازن أو التكافؤ بين التزامات الأطراف، وتنبع هذه القدرة من أسلوب عمل الموفق، فهو يصل في نهاية عمله إلى حلول تعبر عن رضاء أطراف المنازعة، وتظهر في الجهود التي يبذلها في محاولة التقريب بين وجهات النظر المتباينة وصولا إلى التسوية النهائية لها، فنشاط الموفق ينصب على الواقع دون القانون، فهو يتعامل مع وقائع النزاع ولا يبحث في مسائل قانونية، ويزن ويقيم المواقف من خلال تلك الوقائع وصولا إلى حل توفيقي، ولا ينزل على حكم القانون فيها، والموفق لا يملك هنا أية سلطة في مواجهة المتنازعين.

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 416 – 417.

2- دافيد، رينيه، "التحكيم في مجال التجارة الدولية"، الاقتصادي، 1982، ص 12.

والمنطق الذي يقوم عليه التوفيق التجاري يساعد إلى حد كبير على استمرار العلاقات التعاقدية بين الأطراف والخروج بها من دائرة الخلاف إلى مجال التنفيذ أو استمراره، فعند التقاء وجهات النظر على نقطة اتفاق، فإن هذا من شأنه إقامة نوع من التوازن العقدي بين التزامات الأطراف، توازن يسمح إلى حد كبير باستمرارية العلاقة بينهم، فكأن الموفق يقوم بعمل نوع من التهيئة لالتزامات الأطراف، تهيئة تساعد بدورها على إعادة التوازن بين الالتزامات المتولدة عن العلاقة التعاقدية[1]، وهذا الدور ليس غريبا عن أطراف العلاقات التعاقدية، فغالبا ما يقوم هؤلاء بإجراء مراجعة دورية للعقود التي يبرمونها خاصة طويلة الأجل منها، مراجعة من شأنها إقامة التعادل بين ما يترتب لهم من حقوق وما يوضع على عاتقهم من التزامات، ولا شك أن الأطراف يملكون من الوسائل ما يمكنهم من إجراء هذه المراجعة وتحقيق هذا التعادل، وتزداد سهولة هذا الإجراء إذا ما تم بمعاونة شخص من الغير أهل لإقناع أطراف العلاقة بمثل هذه التهيئة وحتمية ذلك التوازن، فلا يقتصر دور الموفق على مجرد إصلاح الأضرار المتولدة عن العلاقة وإنما يمتد إلى تهيئة العقد مع المقتضيات التي تفرضها قواعد العدالة، فالأصل أنه إذا ما تحدد مضمون العقد فلا يمكن تعديله بالزيادة أو النقصان، باعتبار أن هذا تطبيقا للقوة الملزمة للعقد، إلا أن هذه الأخيرة لا تحول دون إمكانية تعديل العقد باتفاق الأطراف، فهؤلاء يملكون دائما تعديل العقد المبرم بينهم وفقا للمتغيرات التي تطرأ على هذا الأخير[2].

وقد يملك الموفق سلطة تعديل الالتزامات المتولدة عن العقد، إذا ما توافرت شروط معينة تجعل من التعديل أمر لا غنى عنه لتحقيق العدالة بين الأطراف، على الرغم مما يمثله ذلك من مساس بالقوة الملزمة للعقد، وعادة ما يلجأ الموفق في استعمال هذه الخصوصية عندما يبدو له وجود إذعان من طرف إلى آخر أو عندما تطرأ ظروف معينة تجعل من تنفيذ الالتزام أمر صعبا، مما يترتب على الاستمرار التسبب في خسائر كبيرة للطرف المتضرر[3].

ولاشك أن هذا الدور يمكن أن يلعبه الموفق من خلال تهيئة الأطراف إلى تقبل إجراء نوع من التعديل على الالتزامات المترتبة على العقد على نحو يقضي بتحقيق نوعا من العدالة العقدية التي يفترض أن تقوم عليها تلك المعاملات، كما أن أطراف العلاقة يساهمون بشكل واضح في وصول الموفق إلى إجراء هذا التعديل، فهو يعلم بمدى استحقاق كل منهم فيما يدعيه أو يطلب منه حيث يعلم كل طرف في قرارة نفسه حقيقة مركزه القانوني إزاء النزاع القائم بينهم.

ومما لاشك فيه أن حسم النزاع الذي يتم بعد تشاور وتراض بين الأطراف المتنازعة سوف يحقق العدالة التي يرتضونها، والتي تتوافق في غالب الأحوال مع العدالة الواقعية، والتي قد لا يحققها حكم قضائي صادر لصالح أحد هذه الأطراف.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 47.

2- محمد إبراهيم موسى، "التسوية القضائية للعقود الدولية"، روح القوانين، جامعة طنطا، كلية الحقوق، 2000، ص 04.

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 419 – 420، وأنظر في: عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم، "دراسة تحليلية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 12.

يبد أن هذا النظام يفقد تلك الميزة إذا باءت عملية التوفيق بالفشل، فلا يكون أمام الأطراف في هذه الحالة سوى اللجوء إلى الطرق التقليدية لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقة المبرمة بينهم.

ففي هذه الآونة فقط يثور تساؤل عن جدوى الوسائل الودية من طرق تسوية المنازعات، وما يمكن أن تؤدي إليه من إهدار وتضييع للوقت دون تحقيق أية فائدة.

إلا أنه يمكن الرد على ذلك بأن الأصل عند قبول اللجوء إلى محاولة التوفيق هو حسن النية، بمعنى وجود الرغبة الصادقة للأطراف للوصول إلى تسوية ودية من خلال حل يرتضيانه، أما إذا باءت محاولة التوفيق بالفشل، فلا يستند العيب هنا إلى وسيلة التوفيق، ولكن يرد إلى عدم مقدرة الأطراف على الوصول إلى نقطة التقاء تتحقق فيها مطالبهم.

فلا يتوقف نجاح عملية التوفيق على شخصية الموفق، وإنما تدعمه وسائل أخرى، فإذا كانت هذه الشخصية تلعب دورا محوريا في فاعلية هذا النظام، إذ يتوقف عليها نجاح أو فشل المحاولة، إلا أن هذه الشخصية تدعمها وسائل أخرى كالعلاقة بين طرفي النزاع، طبيعة المجال محل النزاع، ونية كل طرف من هذه الأطراف في ضرورة التوصل إلى تسوية ودية توفيقية للنزاع القائم[1].

وعلى الرغم من المزايا العديدة التي يوفرها التوفيق التجاري في المعاملات الاقتصادية، إلا أن ما يلازمه من حذر يدفع الأطراف إلى تجنب اللجوء إليه أو اتخاذه كوسيلة لتسوية ما ينشأ بينهم من منازعات، إلا أنه على خلاف القضاء والتحكيم وما يوجه إليهما من قصور ومثالب وعدم استجابتهما لما لحق بالمعاملات الاقتصادية الدولية من تطور وتغير، فإن التوفيق التجاري يتلافى هذه الأمور ويستجيب لهذه المتغيرات، بل إنه قد يفوق التحكيم التجاري أحيانا فيما يرمي إليه وما يحققه من نتائج، وهو الأمر الذي وجه أنظار الهيئات الدولية كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، خاصة مع زيادة التطور في نظم المعاملات الاقتصادية إلى الوسائل الودية "كالتوفيق"، لتلعب دورا معاونا للتحكيم التجاري.

ومن هذا بدأ التوفيق يأخذ طريقه ليصبح أهم الوسائل البديلة لحسم وتسوية المنازعات، إلا أنه بقي وسيلة نظرية لم تمارس دورها العملي المنشود في حسم تلك المنازعات، فكأن التطور وقف عند التحكيم ولم يسمح لهذه الوسيلة بتحقيق ما صيغت من أجله.

ويرجع ذلك إلى أن الأطراف يجلون التحكيم ولم يسلموا بسهولة هذه الوسائل كسبل بديلة لحسم المنازعات، فالأطراف في سبيل توفير أكثر الفرص تحقيقا لأهدافهم لا يبحثون عن السهل من الوسائل، وإنما يسلكون ما رسخ في عقولهم من أنه أنسب السبل للوصول إلى ما يأملون، حتى ولو كان محفوفا ببعض الصعاب أو مرهقا بعض الشيء[2].

1- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 70، وانظر في نبيل أنطاكي، عقود الوساطة التجارية ومحاولة لتغيير طبيعة المنازعات وإيجاد طرق بديلة لتسوية المنازعات، سآنت فوي، جامعة لافال، 1993، ص 16.

2- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، الجزء الثاني، 1998، ص 05 – 06.

بيد أن هذا الحذر في سبيله إلى الانحدار بعض الشيء بعد تقنين العقود النموذجية لهذه الوسيلة وتفضيل اللجوء إليها قبل سلوك مسار التحكيم، كما يزيد من انحدار هذا الحذر الكفاءة التي يتمتع بها الموفق، فغالبا ما يتم تعيين هذا الموفق من ذي الخبرة الفنية والعلمية في حل المشكلات الناجمة عن عقود التجارة الدولية، الأمر الذي يضاعف من الإقبال عليها ويحفز الأطراف على سلوكها واللجوء إليها[1].

فالحذر والمخاوف ستزول بالعلم الجيد وبالإطلاع على مميزات تلك الوسيلة ومدى ملائمتها للعقود الدولية خاصة طويلة الأمد أو الأجل، فالدور الهام والفعال وراء نجاح هذه الوسيلة يكمن أولا في قناعة الأطراف واعتقادهم الكامل بملائمة هذه الوسيلة وفاعليتها في تسوية ما يثور بينهم من منازعات، كما يكمن أيضا في الكيفية التي يتم من خلالها تسوية النزاع، ومدى قدرة الموفق على إزالة ما تبقى من تلك المخاوف في نفوس الأطراف، فإذا كان الموفق لا يفصل في النزاع كما يفعل المحكم، وإنما يساعد الأطراف على التوصل لتسوية بينهم، فإنه يتعين عليه إقناعهم بإيجابية تلك المحاولة وأهميتها في البعد عن فكرة الخصومة.

من العوامل التي ساعدت على تهميش الدور الذي يقوم به التوفيق في تسوية المنازعات الاقتصادية ما تسفر عنه تلك الوسائل من نتائج وقرارات، فما يميز هذا السبيل أن القرار الصادر عن لجانه ما هو إلا توصية يصدرها الموفق في النزاع المعروض عليه قد يرتضيها الطرفان أو يرفضان الأخذ بها.

فافتقاد القرار الصادر لحجية حكم القضاء أو حكم التحكيم هو ما يؤدي إلى عزوف الأطراف عن هذه الوسيلة واللجوء إلى المسارات القضائية، وطنية كانت أم دولية، فهؤلاء الأطراف يضعون نصب أعينهم ما قد تسفر عنه محاولة التوفيق من حلول لا يقبلونها، الأمر الذي يدفعهم إلى الإحجام عنها والبحث عن سبيل آخر يحقق لهم ما يأملون ويلقى ما يصدر عنه من قرارات الفاعلية والتأييد[2].

وطبيعة القرار الصادر تلعب دورا هاما في انحسار دور التوفيق في تسوية المنازعات، فأطراف هذه المنازعات لا يريدون إهدار الوقت والجهد وإنما يسعون للحصول على ما يأملون بأقل الأشياء وهو ما يتحقق في ظل التحكيم وما يصدره المحكم من قرارات إلزامية قابلة للتنفيذ الجبري وفقا للإجراءات المقررة في القواعد العامة بمجرد الحصول على أمر بتنفيذها[3].

إلا أن هذه النظرة من جانب الأطراف إلى طبيعة القرار الصادر ليست سوى نظرة قاصرة على عكس ما يجب أن يكون عليه الحال، فمن الضروري أن تكون تلك النظرة شاملة والتقييم كامل لكل ما ترمي إلى تحقيقه وسيلة التوفيق، فهذا التقدير القاصر والتقييم الناقص يضر بهذه الوسيلة.

1- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 101، وانظر في أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، بدون ناشر، 1993، ص 15.

2- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 422- 423، وانظر في أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، المرجع السابق، ص 12.

3- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 45.

والتوفيق وإن باء بالفشل في بعض الأحيان، إلا أنه في كثير من الحالات يؤتي ثماره ويحقق أهدافه، والتي يتمثل أهمها في المحافظة على استمرار العلاقة التعاقدية بين الأطراف، فلا بد إذن أن تحفز تلك الأهداف الأطراف وتدفعهم مرارا إلى التفكير قبل اللجوء إلى السبل الأخرى، أو رفض القرار الصادر عن الموفق مهما كانت طبيعته أو صفته غير الملزمة لهم، فافتقاد القرار للحجية أو عدم الإلزام لا يتعين أن يؤثر إذا توافر الوعي لدى الأطراف على دور هذه الوسيلة في تسوية المنازعات التجارية.

فإن كان القرار الصادر عنها ذو طابع غير ملزم، فإن هذا أولى على خوض هذا الطريق، لأنه يسمح للأطراف بأن يلعبون دورا ايجابيا في سبيل الوصل إليه، فما يتركه من مساحة للأطراف في الوصول إلى ترضية تحتم اللجوء إليه، نظرا لأن ما يصدر عن الموفق من قرارات هو في الحقيقة من صنع الأطراف ووليد اختيارهم فلا يتم التوصل إلى القرار النهائي بعيدا عنهم أو خارج توقعاتهم، وإنما

ينبع هذا الأخير مما تم من مفاوضات وما جرى من إبداء آراء وتقديم اعتراضات من جانبهم[1].

الفرع الرابع: تمييز التوفيق عن الوساطة.

يرى البعض، أنه إذا كان الطابع غير الملزم يعد من سمات الوسائل الودية كالتوفيق، إلا أنهم يرون أن انحسار دور التوفيق كوسيلة لتسوية المنازعات يرجع إلى تميز بعض الوسائل السلمية الأخرى كالوساطة عنه.

ويرى هؤلاء أن أهم ما يميز الوساطة[2] على اعتبار أنها الأساس الذي يقوم عليه نظام الوسائل البديلة لتسوية المنازعات Alternative Disputes Resolution، حيث أنها الوسيلة الأكثر شيوعا في بعض العقود التجارية الدولية الكبيرة عن التوفيق هو الدور الذي يلعبه الوسيط في حسم ما يتدخل في تسويته من منازعات.

1- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 106- 107.

1- تتخذ الوساطة أشكالا عديدة :

أ- الوساطة البسيطة "Simple Mediation": وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة.

ب- الوساطة تحت شكل قضاء صوري "Mediation in the form of Mock Proceedings": وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء عن أطراف النزاع، وذلك للوصول إلى تسوية مقبولة من الطرفين.

الوساطة الاستشارية "Mediation Consultation": وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من أحد الخبراء استشارته أولا في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لتسوية النزاع.

ج- وساطة التحكيم "Mediation–Arbitration": وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمة الوساطة.

د- وهناك أخيرا الوساطة القضائية "Judicial Mediation": وهنا تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع، بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة، حيث يقوم المحلف المدني قبل الجلسة الرسمية بشرح مختصر للأطراف عن الموقف في الدعوى ويتوصل معهم إلى إصدار حكم في شكل رأي يكون بمثابة الأساس الذي تقوم عليه المفاوضات في الوساطة.

فالمساحة التي يمكن للوسيط التحرك من خلالها تسمح له بلعب دور أكثر فاعلية وأكثر إيجابية، ولعل هذا الدور الذي يلعبه الوسيط هو ما مكن الوساطة كوسيلة ودية من الوصول إلى مصاف الوسائل الأساسية لتسوية منازعات التجارة الدولية.

وتتخذ الوساطة مجالا أوسع من التوفيق فهي أكثر عمومية وأكثر مرونة، فالوسيط قد يتدخل إذا فشلت مهمة التوفيق، ولذلك فهو يتمتع بمقومات تجعله قادرا على إيجاد الحلول المناسبة لحكم النزاع، وهو يظل في تشاور دائم مع الأطراف المتنازعة، حتى يتم التوصل إلى تسوية ودية ومقبولة، فإذا لم يجد جدوى من وساطته، كان له أن ينهى عملية الوساطة، وهو الأمر الذي يميز التحكيم في هذا الخصوص باعتبار أن المحكم يجب أن يحسم النزاع بقرار ملزم للأطراف[1].

وتتميز الوساطة عن التوفيق فيما يلي:

أولا: الإيجابية في احتواء الخلاف.

إذا كان دور الموفق يقتصر على مجرد التقريب بين وجهتي نظر متعارضتين، الأمر الذي قد يصل بالأطراف إلى تفهم نقاط الخلاف واحتواء النزاع والوصول إلى نقطة التقاء تصل بالعلاقة المبرمة إلى حيز التنفيذ أو دوام الاستمرارية.

فإن دور الوسيط يتعدى هذا التقريب بين وجهات النظر إلى اقتراح بعض الحلول على الأطراف، كتعديل بعض النقاط أو إلغاء بعض الشروط، الأمر الذي يزيل التباعد والاختلال في الالتزامات ويصل بالعلاقة إلى مرحلة التنفيذ، فالوسيط غالبا ما يعمل على تسحين الاتصال بين الأطراف ومساعدتهم على التعبير عن مصالحهم وتفهم مصالح الطرف الآخر، فضلا عن توضيح نقاط القوة والضعف في مراكزهم القانونية ومجالات الاتفاق وطرح البدائل أو الخيارات من أجل التوصل إلى الترضية المقبولة.

ثانيا: الإيجابية في صنع القرار.

لاشك أن المساحة المتروكة للوسيط للتحرك من خلالها تسمح له بالقيام بدور أكثر فاعلية في صنع القرار الذي يتوصل إليه الأطراف، فالموفق يقتصر عمله على مجرد التقريب بين وجهات نظر وآراء مختلفة ومتعارضة، دون أن يمتد إلى المشاركة في صنع القرار النهائي للنزاع حيث أن ما يصدره ما هو إلا مجرد توصية غير ملزمة للأطراف.

وذلك على خلاف الوسيط، الذي يتدخل في النزاع عن طريق اقتراح بعض الحلول التي قد يختار الأطراف أحدها أو يتوصلا عن طريقها إلى تسوية ودية للنزاع، فالمشاركة الفعالة في الوصول إلى تسوية ودية للنزاع تبدو في الدور الذي يقوم به الوسيط فالإيجابية واضحة في المهمة الموكولة إليه، وإن كان

1- أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 20.

نجاحها يعتمد بصورة كبيرة على رغبة الأطراف في الوصول إلى ترضية ودية تسمح لهم بالمحافظة على استمرارية العلاقات ودوامها.

وهكذا يبدو واضحا أن هناك اختلافا بين المهمة التي يقوم بها الموفق وتلك التي يمارسها الوسيط، فإن كان الأول يقتصر عمله على مجرد التقريب أو نقل وجهة نظر كل طرف إلى الآخر، فإن مهمة الوسيط تمتد إلى اقتراح حلول على الطرفين قد تصل بهما إلى تسوية يرتضيانها.

فعمل الوسيط يتضمن ما يقوم به الموفق من أعمال، فيقوم شأنه شأن الموفق بتسهيل الاتصال بين طرفي النزاع مع بيان نقاط الخلاف والتقريب بينهما، إلا أن دوره لا يتوقف عند هذا الحد، وإنما يمتد في حالة عدم الاتفاق على تسوية للنزاع إلى اقتراح بعض الحلول على الأطراف قد يقبلون بعضها الأمر الذي يعاونه على النجاح في مهمته، وبالتالي يتضح أن عمل الوسيط يبدو أكثر اتساعا وأكثر ايجابية من عمل الموفق[1].

على الرغم من أن البعض يرى أن بعض الوسائل السلمية الأخرى قد تفوق في آثارها الأثر المترتب على استخدام وسيلة التوفيق، وعلى الرغم من أن القرارات والتوصيات التي تصدرها لجانه غير ملزمة لأطرافها، إلا أن ما يتمتع به التوفيق كوسيلة للتسوية في المعاملات التجارية، والتي سبق الإشارة إليها مثل الاقتصاد في الإجراءات والعدالة الناجزة الأقل تكلفة والقدرة على إصلاح الأضرار المتولدة وإقامة التوازن والتعادل بين الأطراف، أضفي على هذه الوسيلة نوعا من القابلية والفاعلية مما جعل المركز الدولي كهيئة دولية لتسوية منازعات الاستثمار تنتهجها كوسيلة مفضلة لتسوية منازعات الاستثمار القائمة بين الدول الأعضاء فيها ومواطني الدول الأخرى.

ونظرا لكون المركز الدولي هيئة تسوية دولية تقوم على المؤسسية في إجراءاتها، فقد اتسمت إجراءات التسوية عن طريق استخدام وسيلة التوفيق بالطابع المؤسسي الذي يبدو جليا في مراحل التسوية عبر هذه الوسيلة وفي القواعد التي أقرها المجلس الإداري للمركز كقواعد ضابطة لحسن استخدام هذه الوسيلة والوصول إلى ترضية عادلة الأطراف النزاع.

المطلب الثاني: إجراءات التسوية عبر وسيلة التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

على غرار ما يجري عليه العمل وفقا لنظام التحكيم الدولي كمسار الفصل في المنازعات، فقد تبني المركز الدولي مسارا للتوفيق يسهل على أطراف النزاع ما يثور بينهم من منازعات، وإذا كان نظام التحكيم يعد النظام الأساسي في تسوية منازعات الاستثمار، فإن نظام التوفيق يعد نظاما مفضلا أيضا لمثل هذه المنازعات، لما يؤدي إليه من تسهيل لعملية التسوية بالتراضي بين أطراف المنازعة، لذا قام المركز الدولي بوضع نظام للتوفيق الاختياري من شأنه التيسير على الأطراف للوصول لهذه النتيجة.

1- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 50 – 51، وانظر في نبيل أنطاكي، المرجع السابق، ص 07.

ولكن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد يتعلق بكيفية سير عملية التوفيق وصولا إلى تلك النتيجة التي تهدف إليها؟

لاشك أن عملية التوفيق تتبع مراحل معينة، ابتداءا من الرغبة من إبداء الرغبة في التسوية الودية عبر وسيلة التوفيق، ثم اختيار الموفقين، وتشكيل لجان التوفيق، وضوابط اختيارها، ثم الكيفية التي تتم بها عملية التسوية للوصول إلى قرارات وتوصيات ينبغي على الأطراف إتباعها أو بالفشل في التوصل لمثل هذه القرارات والتوصيات[1].

وعليه، فقد قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: اللجوء إلى التوفيق وإبداء الرغبة في التسوية الودية.

لما كان التوفيق هو عبارة عن اتفاق بين الأطراف على اللجوء إليه لتسوية منازعتهم، فإن طابع الإلزام ينتفي عن نظام التوفيق، إلا إذا نص الاتفاق بين الأطراف على إلزامهم بعرض النزاع على لجنة التوفيق لتسويته، كما أن الإلزام يعد مخالف لمنطق نظام التوفيق، الذي يقوم على التقريب بين وجهات النظر المتباينة، فمن غير المنطقي أن تكون الطريقة غير مقبولة من أحد الأطراف أو كليهما ثم يتوقع بعد ذلك منهم المساهمة في إنجاحها لتسوية النزاع بينهما.

أيضا قد تؤثر فكرة إلزام التوفيق في وسيلة التوفيق ككل، فقد تؤدي إلى التردد في استخدامه كوسيلة لتسوية المنازعات، فعدم الإلزام هو أحد السمات الرئيسية في وسيلة التوفيق، فالأطراف تدخل فيه باختيارها وتوافق عليه ولا تخشاه لأنها تعلم مسبقا أنه لا إلزام عليها، حتى ولو توصلت لجان التوفيق إلى نتائج ليست في صالح هذه الأطراف أو لا تتفق مع وجهة نظرها في النزاع، ذلك لأن الأطراف في إتباعها للتوفيق فإنها تأخذ رأي تقرير الموفقين على أنه رأي استشاري قد تأخذ به أو لا تأخذ وفقا لإرادتها[2].

بالإضافة إلى ما سبق، وأنه إذا كان الأصل العام هو لجوء الطرف الواقع عليه الضرر عند نشأة النزاع بين الأطراف إلى القضاء أو التحكيم لتسوية المنازعات، فإن هذا الوضع يتغير عندما يرى هذا الأخير أن محاولة جادة للصلح أو التوفيق قد تكون أجدى من سلوك طريق التقاضي أو التحكيم، وفي هذا الوقت يبدي الطرف المتضرر رغبته الصادقة في اللجوء للتوفيق في صورة طلب يقدمه للطرف الآخر، إلا أن المركز الدولي قد وضع نظاما للتوفيق يستدعي تقديم هذا الطلب للسكرتير العام للمركز، ويعبر عن هذه الرغبة في التسوية الودية كتابة، وهو ما أقرته اتفاقية واشنطن حيث نصت على: "لأي دولة متعاقدة أو أي مواطن بدولة متعاقدة يرغب في إقامة إجراءات التوفيق تقديم طلب كتابي في هذا الخصوص إلى السكرتير العام، والذي يقوم بدوره بإرسال صورة من هذا الطلب إلى الطرف الآخر في النزاع[3]".

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، من ص 427 إلى ص 429.

2- أحمد نبيل حلمي، المرجع السابق، ص 30 - 31.

3- المادة (28) الفقرة (1) من اتفاقية واشنطن.

ولقد أتاح المركز بغية تسوية المنازعات، للأطراف عرض منازعاتهم على لجان للتوفيق يتم تكوينها وفق آليات ونظم واضحة وطبقا لاختصاصات محددة، مع كفالة الضمانات التي تؤمن للأطراف السرية والحياد.

وعلى ذلك يتفق نظام التوفيق مع نظام التحكيم في ضرورة إبداء الرغبة في إتباعه، فهو لا يختلف عن التحكيم في ضرورة قبول الطرف الآخر بإتباع هذه الوسيلة الودية (التوفيق)، وإلا فإن المحاولة التي أبداها الطرف الأول ستبوء بالفشل ولن تجد الطريق إلى الاستمرارية.

فلا يمكن سلوك هذا السبيل دون وجود اتفاق بين الأطراف وصحته وإبداء أحدهم الرغبة في إتباعه، ولقد نصت الاتفاقية للمركز على أنه يكفي لتسجيل طلب التوفيق، أن يتبين لسكرتير المركز دليل بسيط على رغبة الأطراف في اللجوء للمركز، ويعد من دلائل موافقة الأطراف إدراج هذه الرغبة في اتفاق الاستثمار المبرم بينهم أو النص على ذلك في قانون الاستثمار للدولة المضيفة[1].

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 دور في اختيار الموفق ذاته، على أساس يمكن الأطراف من حسن اختيار الأشخاص الذين يقومون بعملية التوفيق، والذين يمكن تكليفهم بالمهام الموكولة إليهم للقيام بعملية التسوية الودية هذه عبر وسيلة التوفيق، وتنص الاتفاقية في هذا الصدد على: "أنه ينبغي أن يتضمن الطلب كافة المعلومات الخاصة بعناصر النزاع، وشخصية الأطراف وموافقتها على التوفيق تطبيقا لقواعد إجراءات التوفيق أو إجراءات التحكيم، ثم بعد ذلك يقوم السكرتير العام بتسجيل الطلب والشروع في البدء في إجراءات التوفيق، ما لم يتبين له من المعلومات التي تضمنها طلب أحد الأطراف اللجوء إلى التوفيق أن النزاع يقع خارج اختصاص المركز، وعندئذ يتعين عليه إخطار طرفي النزاع بقبوله أو رفضه تسجيل الطلب"[2].

عند موافقة الأطراف على تسوية النزاع القائم بينهم عبر نظام التوفيق، يثور التساؤل عن الأثر الذي ترتبه تلك الموافقة، فهل يحدث الاتفاق على اللجوء للتوفيق نفس الأثر القانوني الذي يحدثه الاتفاق على اللجوء للتحكيم؟

إذا كان اتفاق التحكيم يرتب من حيث الموضوع أثران أحدهما سلبي، حيث أنه ينشئ التزاما سلبيا متبادلا على عاتق الأطراف، وذلك بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع المتفق على إحالته للتحكيم، بل إن اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز قد قررت في أحكامها أنه لا يجوز لدولة المستثمر أن تقوم بمساندته في دعواه ضد الدولة المضيفة له بعد قيام ذلك المستثمر بتقديم طلب اللجوء للتحكيم تحت

1- محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 158.

2- المادة (28) الفقرة (1) و (2) من اتفاقية واشنطن.

مظلة المركز إلى السكرتير العام للمركز، وبعد موافقة السكرتير على قبول الطلب وتسجيله لدى المركز بعد إخطاره بموافقة أطراف النزاع عليه.

ويتضح ذلك، حينما حظرت الاتفاقية على الدول المتعاقدة منح حمايتها الدبلوماسية أو إقامة دعوى دولية فيما يتعلق بنزاع يكون أحد مواطنيها قد اتفق مع دولة متعاقدة أخرى على تقديمه للتحكيم بمقتضى الاتفاقية، أو أن يكون قد قدمه بالفعل[1].

ويحدث اتفاق التحكيم أثرا ايجابيا، مؤداه إجازة اللجوء إلى هيئة التحكيم المتفق عليه للفصل في موضوع النزاع وفقا لما يقرره اتفاق التحكيم وأحكام القوانين والاتفاقيات الدولية المنظمة لهذه الوسيلة.

وعلى العكس من ذلك، فإن اتفاق التوفيق لا يحدث هذه الآثار، إذ لا يمثل أي التزام على عاتق الأطراف بالاستمرار في تلك المحاولة أو الالتزام بما يراه الموفق من احتمال لنجاحها، فإبداء الرغبة في اللجوء للتوفيق لا يمثل أي التزام على عاتق الطرف مقدم الطلب أو الذي أبدى موافقته على قبول هذه المحاولة.

فيجوز لأي منهما إنهاء إجراءاتها سواء قبل البدء فيها أو قبل انتهاؤها، واللجوء إلى المسارات الأخرى التحكيمية أو القضائية، فلأطراف النزاع الحق في الإعراض عن محاولة التسوية بعد إبداء الرغبة في سلوكها واللجوء إلى التحكيم أو القضاء دون قيد أو شرط[2].

الفرع الثاني: تكوين لجنة التوفيق وأحكام اختيارها.

تعد هيئة التوفيق عنصرا أساسيا في عملية التسوية الودية عند استخدام نظام التوفيق كنظام لتسوية منازعات الاستثمار، والقاعدة العامة هي قيام الأطراف باختيار أعضائها أو اللجوء عند عدم الاتفاق على ذلك إلى القواعد التي وضعها المركز الدولي لتسهيل عملية الاختيار.

وتتخذ لجنة التوفيق الشكل الوتري في تكوينها، كما يلعب الأطراف دورا بالغا في اختيار أعضاء هذه اللجنة (الموفقين)، والذين يتصفون بدورهم بصفات تؤهلهم للقيام بمهمة التوفيق بين الأطراف.

أولا: الشكل الوتر للجان التوفيق.

إذا كانت القاعدة العامة هي أن يتمتع أطراف النزاع بحرية كبيرة في اختيار هيئة التوفيق، إلا أن هذه الحرية يحدها قيد أساسي هو اشتراط وترية التشكيل عند اتفاق أطراف النزاع على تحديدها، وذلك تحسبا لاختلاف وجهات النظر بين الموفقين.

1- عصام بسيم، المرجع السابق، ص 232.

2- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 159 - 160.

وقد نصت اتفاقية واشنطن على: "أن تشكل لجنة التوفيق بعد تسجيل طلب التوفيق لدى السكرتير العام للمركز، كما تشكل اللجنة من محكم واحد أو أي عدد فردي من الموفقين يتم تعينهم بموافقة الأطراف المتنازعة"[1].

ولجان التوفيق قد تتكون من موقف واحد أو أكثر من موفق، إلا أنه في الغالب تتكون هذه اللجان من أكثر من موفق، 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 سيغلب عليه الطابع الحيادي وسيكون له من القوة ما يستطيع به مواجهة الاتجاهات والضغوط، كما أن لجان التوفيق إذا ضمت أشخاصا تم اختيارها 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 مكونة من شخص واحد[2].

إلا أن البعض يرى أن لجان التوفيق قد تتكون من عدد زوجي من الموفقين، وأن عدد الموفقين سواء كان زوجيا أو فرديا ليس له تأثير على تسوية النزاع، ما دام أن لكل طرف الحرية في اختيار الموفق الذي يرتضيه، وأن لكل طرف الحق في اختيار نفس عدد الموفقين الذين يختارهم الطرف الآخر.

فالهدف من السبل الودية هو إزالة الفرقة والخلاف بين الأطراف والوصول بالعلاقة إلى حيز التنفيذ، وهو ما يمكن تحقيقه بصرف النظر عن كون الهيئة تتكون من عدد زوجي أم فردي، طالما أن القرار لا يمكن فرضه على الأطراف أو إجبارهم على قبوله، وسوف تسعى هيئة التوفيق إلى العمل على تحقيق العدالة بين الأطراف بغض النظر عن كون هذا الطرف أو ذاك اختار أحد أعضائها.

ثانيا: دور الأطراف في اختيار أعضاء لجنة التوفيق.

تلعب أطراف النزاع دورا هاما في تشكيل لجنة التوفيق، فقيام الوسائل الودية على الثقة المتبادلة التي يوليها الأطراف في أعضاء لجنة التوفيق، يقتضي ترك الحرية كاملة لهذه الأطراف في اختيار أعضاء هذه اللجنة، وهذا ما نصت عليه اتفاقية واشنطن بصدد حرية الأطراف في اختيار الموفقين لتسوية النزاع، بيد أن هذه الحرية لا تتوقف عند حد اختيار لجنة التوفيق، وإنما يمتد ليشمل تحديد كيفية اختيارها أو تحديد وقت هذا الاختيار، وهذه القواعد التي يتم الاتفاق عليها بين الأطراف يتعين احترامها والالتزام بها كأحد الدعائم الأساسية التي تقوم عليها الوسائل الودية لتسوية المنازعات.

وحرية الأطراف في اختيار لجنة التوفيق ليست مطلقة بل مقيدة بضرورة المشاركة على قدم المساواة في هذا الاختيار، وبالتالي لا يحق لأحد الأطراف الاستئثار بهذه الحرية أو أن يكون له الحق في اختيار عدد يفوق ما يحق للطرف الآخر اختياره، وهذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الوسائل

1- المادة (29) الفقرة (2) من اتفاقية واشنطن.

2- نبيل حلمي، المرجع السابق، ص 36.

الحديثة في تسوية المنازعات فعادة ما يقيد حرية الأطراف في اختيار لجنة التوفيق مبدأ المساواة عند استخدامه، وهذا ما قررته صراحة كافة الأنظمة القانونية والاتفاقات الدولية، كما قضى ببطلان أي شرط يخول أحد الأطراف الإنفراد بالاختيار دون الآخر، أو عندما يعطيه القدرة على اختيار عدد من المحكمين يفوق العدد الذي يتولى الطرف الآخر تعينه، أو عندما ينص الاتفاق على استئثار أحد الأطراف باختيار الموفق في حالة تخلف أحد الأطراف عن اختيار موفقه[1].

أما في حالة تخلف الطرفين أو أحدهما عن اختيار الموفق الذي يرتضيه، يقوم المركز باختيار الموفقين وذلك بعد موافقة أطراف النزاع على هذا الاختيار، وقد قررت اتفاقية واشنطن ذلك حيث نصت على: "إذا لم تشكل اللجنة خلال تسعين يوما بعد إرسال إخطار بتسجيل الطلب من جانب السكرتير العام، أو بعد فترة أخرى يوافق عليها الطرفان، يقوم رئيس المجلس الإداري بناءا على طلب أي من الطرفين وبعد مشاورتهما كلما أمكن بتعيين الموفق أو الموفقين الذين لم يتم تعينهم بعد، إلا أنه لا يجوز لرئيس المجلس الإداري اختيار الموفقين من خارج قوائم المركز "[2].

ثالثا: الشروط الواجب توافرها في أعضاء لجنة التوفيق (الموفقين)

إذا كان أطراف النزاع يتمتعون بحرية واسعة في اختيار الموفقين الذين يرتضونهم، إلا أن هذه الحرية تحدوها بعض القيود، فالسلطة الواسعة التي يتمتع بها الأطراف ليست مطلقة، وإنما تخضع لبعض الضوابط والشروط التي تفرضها قواعد المركز المنظمة لعملية التسوية عبر وسيلة التوفيق والتي يتعين على هذه الأطراف مراعاتها عند هذا الاختيار.

وتتضح تلك الشروط فيما قررته اتفاقية واشنطن بصدد اختيار الموفقين والمحكمين، حيث نصت على: "أن يكون الأشخاص المعينون في قوائم المركز من ذوي الأخلاق العالية، وأن يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكما مستقلا، وتعد كفاءتهم في مجال القانون ذات أهمية بالغة في حالة اختيار الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم، وعندما يتم هذا الاختيار سواء عن طريق الأطراف أو عن طريق رئيس المجلس الإداري، فلا بد من التأكد أن التمثيل في الهيئة "هيئة التوفيق" يتفق مع المبادئ الأساسية والأشكال العامة للنشاط الاقتصادي في العالم"[3].

ويرى البعض، أنه بعيدا عن شرط كمال الأهلية الذي لا بد من توافره في الأشخاص الذين يتم اختيارهم للقيام بعملية التوفيق، فإنه يتعين انتفاء مصلحتهم في النزاع الذي يتدخلون لتسويته، فانتقاء المصلحة في النزاع يعد شرطا أساسيا في نجاح الموفق في المهمة المناط به تنفيذها.

1- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، من ص 165 إلى ص 169.

2- المادة (30) من اتفاقية واشنطن.

3- المادة (14) من اتفاقية واشنطن.

وهذه المصلحة قد تكون مباشرة عندما يكون الموفق طرفا في النزاع الذي يتدخل لتسويته، أو غير مباشرة عندما تتحقق له استفادة من النزاع المعروض على لجنة التوفيق، ولاشك أن تلك المصلحة 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، فكلما كان هناك رباط وثيق بين الموفق وأطراف النزاع كلما ساعده ذلك على أدائه لدوره وقيامه بمهمته خير قيام لما يعنيه هذا الرباط من توافر الثقة بينه وبين الأطراف[1].

الفرع الثالث: عملية التوفيق وكيفية التسوية الودية للمنازعة.

يقصد بعملية التسوية الودية للنزاع مجموع الأعمال الإجرائية المتتابعة التي ترمي إلى تسوية الخلاف وإزالة أسبابه للتوصل إلى ترضية عادلة لأطرافه، وتلعب حرية الأطراف وإرادتهم دورا هاما في تيسير عملية التسوية، إذ يتعين على هذه الأطراف بداية، تعيين موضوع النزاع القائم بينهم ثم تقوم لجنة التوفيق بعد ذلك بتعيين عناصره ومحاولة الوصول إلى تكييف يقبله الطرفان[2].

وفي هذه الحالة، يتعين على لجنة التوفيق تحديد المسائل التي يتعين عليها نظرها وتسوية الخلاف بشأنها، وعادة ما تقسم هذه المسائل إلى مجموعة من المطالب، ومجموعة من الدفوع التي يرد بها على تلك المطالب، والأصل أن تكون هذه المطالب موضوعية تتعلق بتقرير حق لمقدمها ومحاولة إلزام خصمه بها، إلا أنه عادة لا يتم التسليم من هذا الخصم بسهولة، وإنما يحاول الرد على هذه الطلبات لتنفيذها أو على الأقل التخفيف من حدتها، ثم يأتي من بعد ذلك دور الموفق، حيث يقوم بدور بالغ الأهمية في التقريب بين وجهات النظر المتباينة لأطراف النزاع وصولا بهم إلى نقطة التقاء تتحقق عندها مطالبهم.

وعادة ما تمر عملية التوفيق بمراحل متعددة حتى يمكن التوصل إلى تسوية ترضى جميع الأطراف، إذا تبدأ بعملية التحضير والإعداد، ثم يعقبها بعد ذلك التقديم والعرض وبيان النزاع وتوضيح عناصره، ثم بعد ذلك يتم طرح وتقديم البدائل التي يمكن الاختيار بينها، وأخيرا الاتفاق على التسوية والحل الذي يرتضيه الأطراف ويحقق مطالبهم، وعادة ما يلجأ الموفق إلى مبادئ العدالة والإنصاف لإمكانية اقتراح بعض الحلول التي تنأى بالأطراف عن جو المنازعة[3].

وسير عملية التسوية الودية بنجاح، يعتمد على روح الود والمحاولة الصادقة من الأطراف للوصول إلى حل ودي ينهي هذا الخلاف، ولهذا يمثل فقدان هذه الروح السبب الرئيسي في فشل المحاولة وتحجيم وتقليل الدور الذي تقوم به الوسائل الودية في تسوية المنازعات.

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 436 – 437.

2- المادة (24) من اتفاقية واشنطن.

3- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 177.

وعملية التسوية بالمركز عبر وسيلة التوفيق تنتهي إلى أحوال ثلاثة، وذلك بموجب تقرير تصدره اللجنة، والتقرير الذي تتقدم به لجنة التوفيق للأطراف المتنازعة ويحمل مقترحاتها لتسوية النزاع، يعتبر عنصرا أساسيا من عناصر عملية التوفيق وإجراءاتها، فلا يوجد لجنة توفيق للتدخل في نزاع بدون أن تقدم تقريرا للأطراف المتنازعة، ويمكن تعريف تقرير التوفيق بأنه الاسم الذي يطلق على الوثيقة التي تقدمها اللجنة إلى الأطراف المتنازعة، وبهدف أن تتمكن الأطراف من تكوين رأيها الخاص على

المقترحات التي قدمها أعضاء لجنة التوفيق[1].

وقد رأى جانب من الفقه، أنه يكفي أن يقتصر تقرير لجنة التوفيق على الاقتراحات التي ترى اللجنة أنها صالحة لتسوية النزاع، وأنه لا داعي لأن تعرض اللجنة حججها والأسباب التي دعت إلى تقديمها هذه المقترحات على الأطراف، وقد قصد بذلك معالجة ناحية السرية والمشكلات التي يمكن أن تحدث من ذلك، إلا أن هذا الرأي لم يلق نجاحا كثيرا، فالتوفيق مهمة في غاية الأهمية ولذلك فإن مقترحات لجنة التوفيق يجب أن يصاحبها مبرراتها، حيث أن اختلاف طرق نقل المقترحات عن طريق مندوبي الأطراف قد يؤدي إلى توضيح مختلف ومتباين لكل طرف من أطراف النزاع، مما يؤثر على فهم المقصود من المقترحات أو غير ذلك مما يثير اللبس في تسوية النزاع، أو في تجنب إثارة أية نزاعات أخرى في المستقبل، لهذا فإن أهمية إصدار التقرير متضمنا لمقترحات اللجنة بصدد تسوية النزاع وأسباب إصدار اللجنة لهذه المقترحات قد يكون له جوانب مفيدة في المساهمة في تسوية النزاع وإنهائه[2].

وتتمثل الأحوال الثلاثة التي تنتهي إليها عملية التوفيق وتصدر بصددها تقريرها عن النزاع في:

أولا: قبول الأطراف لتوصيات لجنة التوفيق.

عندما تتوصل لجنة التوفيق إلى مقترحات يشعر الأطراف أنها محققة لمطالبهم ومصالحهم المتباينة يتم توقيع اتفاق بين هذه الأطراف على قبول اقتراحات التسوية التي اقترحتها لجنة التوفيق، ويصبح هذا الاتفاق ملزمنا وواجب التنفيذ، وذلك ما أقرته الاتفاقية حينما نصت على أنه: "إذا توصل الطرفان إلى اتفاق فتقوم اللجنة بإعداد تقرير توضح فيه عناصر النزاع وتثبت فيه كذلك الاتفاق الذي توصل إليه الطرفان"[3].

والقرار أو التوصية التي يصدرها الموفق لا يكون لها طابع ملزم، إلا منذ اللحظة التي يبدي الأطراف قبولهم ورضائهم بها.

1- يتضح من هذا التعريف أن هناك عنصرين رئيسيين يجب أن يتضمنها تقرير التوفيق:

العنصر الأول: وهو مقترحات أعضاء اللجنة لتسوية النزاع القائم بين الأطراف.

العنصر الثاني: الأسباب التي دعت اللجنة إلى الاقتناع بأن هذه المقترحات هي السبيل لتسوية النزاع وإلى الاقتناع بأن الأطراف سيقبلون هذه المقترحات.

2- نبيل حلمي، المرجع السابق، من ص 72 إلى ص75.

3- المادة (34) الفقرة (2) من اتفاقية واشنطن.

ثانيا: الإقرار بفشل محاولة التوفيق.

عندما يتأكد للموفق أنه من الصعب التوصل إلى تسوية ودية للنزاع المثار بين الأطراف، فإنه من الضروري عدم الاستمرار في تلك المحاولة وإضاعة الوقت، طالما أن نتيجة عملية التوفيق أضحت معروفة ومؤكدة، وتصدر اللجنة تقريرا بهذه النتيجة، ويتضح ذلك فيما أقرته اتفاقية واشنطن حيث نصت على أنه: "إذا تبين للجنة التوفيق في أية مرحلة من مراحل الإجراءات، أنه ليس هناك احتمال للاتفاق بين الأطراف تقوم اللجنة بإنهاء الإجراءات، وتعد تقريرا تبين فيه موضوع النزاع وتسجل فشل الطرفين في التوصل إلى اتفاق[1]".

وهذه النتيجة أو القرار بفشل المحاولة لا يصدرها الموفق من تلقاء نفسه، بل إن هناك كثير من الشواهد التي تدفعه إلى إصدار مثل هذا القرار، ويبرز من تلك الشواهد على سبيل المثال، عدم تعاون الأطراف وإبداء الرغبة الصادقة في التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، فالتعاون بين الأطراف للتوصل إلى هذه التسوية يعد من أهم العوامل التي تساعد على نجاح محاولة التوفيق، إذ تبرز رغبة كل طرف في مدى التوصل إلى تسوية من عدمه، ويبرز هذا الالتزام بوضوح عندما يقوم كل طرف بتحديد أغراضه وأهدافه من تلك المحاولة، ومن عوامل فشل سير عملية التوفيق، هو عدم حضور أحد الطرفين أو عدم اشتراكه في الإجراءات، مما يجبر اللجنة على إنهاء إجراءاتها، وإصدار تقرير بعدم حضور هذا الطرف وعدم رغبته في المشاركة في التوصل إلى التسوية الودية المطلوبة، ويتضح ذلك فيما نصت عليه اتفاقية واشنطن على أنه: "إذا لم يحضر أحد الطرفين أو لم يشترك في الإجراءات تقوم اللجنة بإنهاء هذه الإجراءات، وتعد تقريرا تبين فيه عدم حضوره وعدم تعاونه مع اللجنة في عملية التوفيق"[2].

ثالثا: عدم مواصلة محاولة التسوية عبر وسيلة التوفيق.

قد يخبر أحد الأطراف لجنة التوفيق في أية مرحلة من مراحل التسوية برغبته في عدم استكمال إجراءات التوفيق، ويبرز أسباب هذه الرغبة، التي قد تتمثل في دفعه بعدم صلاحية أحد أعضاء اللجنة استنادا إلى وقائع توضح بجلاء وجود نقص في الصفات المتطلبة لإدراج اسم العضو في لجنة التوفيق، أو أحد أعضاء اللجنة غير صالح للتعين في لجنة التوفيق، لوجود ثمة علاقة بينه وبين الطرف الآخر في النزاع.

وتختص اللجنة بالنظر في هذه الدفوع، بشرط ألا يشترك العضو المدعي بعدم صلاحيته في إصدار قرار الفصل في الدفوع، وفي حالة ما إذا كان عدد الأعضاء الآخرين غير المطعون في صلاحيتهم والمنوط بهم اتخاذ القرار، زوجيا أو إذا كان الطعن موجها إلى موفق فرد وذلك في حالة تشكيل اللجنة من موفق

1- المادة (34) الفقرة (2) من اتفاقية واشنطن.

2- المادة (34) الفقرة (2) من اتفاقية واشنطن.

واحد، يختص رئيس المجلس الإداري باتخاذ قرار الفصل في الطعن، وإذا صدر القرار بعدم صلاحية العضو المطعون في صلاحيته يستبدل هذا العضو بآخر وفقا للأحكام الخاصة بتعيين الموفقين[1].

وعلى الرغم من أن اتفاقية واشنطن تجيز للأطراف إبداء رغبتهم في عدم استكمال عملية التوفيق، إلا أن إعلام الموفق بهذه الرغبة من قبل أي طرف من الأطراف يقضي على الأمل في إزالة أسباب الخلاف وإعادة العلاقات بين الأطراف إلى مسارها الطبيعي.

وأيا ما كانت الأسباب المؤدية إلى فشل محاولات التسوية الودية عبر وسيلة التوفيق، فإنه يتعين على الأطراف الالتزام بالمحافظة على الأسرار التي تم الإطلاع عليها أثناء العملية، حيث أنه غالبا ما تقتضي عملية التسوية من إفضاء أحد الأطراف ببعض أسراره الهامة للجنة التوفيق، كما لا يجوز لأي من الأطراف الاعتماد أو الاستناد إلى قرارات صدرت عن اللجنة لتسوية النزاع عند اللجوء إلى إجراء آخر أو إلى تحكيم آخر أو إلى محكمة قانونية أخرى[2].

وتتشابه أحكام الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بصدد عملية التوفيق مع أحكام قواعد التوفيق الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على: "أن المعلومات التي صرح الأطراف للموفق خلال عملية التوفيق تعتبر سرية كما لا يحق للأطراف الاعتماد عليها كدليل في أي تحكيم أو أية دعوى قضائية أمام محكمة وطنية كانت أو دولية أو أي إجراء أخر"[3].

وعلى الرغم من الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات من قبل الأطراف، وعدم الاعتماد عليها عند الانتقال إلى وسيلة أخرى لتسوية النزاع، إلا أنه يمكن للأطراف الخروج على هذا الالتزام عند اتفاقهم على ذلك، فإذا كان هذا الالتزام قد شرع لمصلحة الأطراف فمن حق هؤلاء التنازل عنه والاتفاق على خلافه، ومن قبيل التنازل عن هذا الحق أيضا الاتفاق على الاستناد إلى الآراء التي تم إبداؤها أثناء إجراءات التوفيق أو الأسرار التي تم إفشاؤها عند اللجوء إلى التحكيم أو المحاكم القانونية[4].

مما تقدم يتبين، أن وسيلة التوفيق على الرغم مما تتمتع به من إيجابيات كوسيلة ودية تحاول الخروج بأطراف النزاع من إطار جو الخلاف والنزاع إلى إطار الود والوفاق، إلا أنه يمكن أنها تصلح كوسيلة من وسائل التسوية السلمية في العلاقات السياسية أكثر منها في العلاقات الاقتصادية والقانونية، فالعلاقات الاقتصادية تقوم أساسا على المصالح المادية المتبادلة بين أطراف هذه العلاقات، كما تقوم العلاقات القانونية على حقوق هذه الأطراف، وعندما تتداخل المصالح المادية والحقوق المتنازع عليها بين الأطراف فنادرا ما يحدث الوفاق بين هذه الأطراف، إلا عن طريق حكم قضائي أو تحكيمي حاسم للفصل بين هؤلاء الأطراف، وهو ما لا تستطيع وسيلة التوفيق كوسيلة ودية القيام به.

1- المادة (58) من اتفاقية واشنطن.

2- المادة (34) الفقرة (3) من اتفاقية واشنطن.

3- المادة (14) من قواعد التوفيق الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

4- أحمد سلامة، قانون التحكيم الدولي والداخلي، "تنظير وتطبيق مقارن"، المرجع السابق، ص 48.

بالإضافة إلى ذلك، فإن قرارات لجان التوفيق ما هي إلا اقتراحات وتوصيات، لا تحمل طابع الإلزام، فلأطراف النزاع أن يقبلوها أو يرفضوها دون أدنى مسؤولية عليهم، ولما انتفى عنصري الإلزام والالتزام هنا أضحت توصيات لجان التوفيق عبارة عن آراء قانونية استشارية خالصة، يمكن للأطراف أم يعملوا بها إذا كانت ذات أهمية لهم أو يتغاضوا عنها إن لم تكن كذلك.

على الرغم مما سبق ذكره عن وسيلة التوفيق وعدم قدرتها في معظم الأحيان على التوصل إلى تسوية للنزاعات القائمة بين أطرافها، إلا أن اختيار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لوسيلة التوفيق كان اختيارا صائبا، ذلك أن هذا المركز وكونه هيئة دولية هدفها الأسمى هو تهيئة مناخ من الثقة بين الدول ومواطني الدول أخرى، أو بين الدول بعضها البعض، ليس هدفه فقط تسوية المنازعات عن طريق حكم تحكيمي حاسم للفصل في النزاع بين أطرافه، إنما يهدف إلى خلق جو من الودية والوفاق بين أطراف المعاملات الاقتصادية، والذي لاشك ينعكس بشكل إيجابي كبير على مسار العلاقات الدولية.

ولا ريب أن سبيل المركز إلى ذلك هو استخدام الوسائل الودية كالتوفيق، كي تمهد الطريق لإشاعة جو من الثقة المتبادلة والوفاق بين الأطراف، فالتوفيق لا يصدر قرارا حاسما فاصلا في النزاع، ولكن يعمل على التقريب بين وجهات النظر المتباينة للأطراف في جو يملئه الود والوفاق، هذا التقريب من شأنه الوصول بالأطراف إلى نقطة التقاء بين مطالبهم، والخروج بهم من دائرة الخلاف والخصومة إلى دائرة الاتفاق والودية.

المبحث الثاني: التحكيم كآلية لتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي

إن اتفاقية المركز وانسجاما مع ما تهدف إليه من تشجيع للاستثمارات الأجنبية الخاصة من خلال العمل على حمايتها، تضمنت النص على التوفيق كوسيلة لتسوية النزاع بين الطرفين وبما يضمن حقوقهما ويحافظ على استمرار العلاقة الاستثمارية بينهما.

وعلى الرغم مما يتسم به التوفيق كإجراء ودي، فإنه يمكن القول بأن هذه الوسيلة لم تكن ذات جدوى للاعتقاد السائد في الأوساط الاستثمارية، وذلك أن الطرف الضيف هو فقط من يبادر إلى محاولة تسوية النزاع بالتوفيق، وهو الامر الذي يفسر لنا كثرة عدد المنازعات التي عرضت على التحكيم.

ويستخدم المركز الدولي هذه وسيلة (التحكيم)، كوسيلة تلعب دورا هاما في تسوية منازعات الاستثمار، والتحكيم كوسيلة من وسائل التسوية السلمية، تتمتع بكثير من المزايا التي تضفي عليها الفاعلية المتطلبة للوصول إلى تسوية عادلة للنزاع القائم بين الأطراف.

المطلب الأول: ماهية التحكيم.

يكون من الضروري لاستيعاب فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، أن نعرج على تعريف التحكيم في الفرع الأول، ثم نعرض لمبررات اللجوء إليه في الفرع الثاني، والخصائص المميزة له في الفرع الثالث، وتمييزه عن التوفيق في الفرع الرابع، مرورا بطبيعته القانونية في الفرع الخامس.

ونتناول هذه الفروع كالآتي:

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

ليس هناك تعريف جامع مانع للتحكيم، بل تعددت وتنوعت التعريفات التي حاول أصحابها الوصول إلى تعريف جامع يتضمن جميع ما تتمتع به وسيلة التحكيم من سمات، ومانع يمنع ما تشابه معها من الوسائل من الاندراج تحت مظلة التحكيم.

أولا: على الصعيد الفقهي.

1- تعريف الدكتور شحاتة:

عرف الدكتور إبراهيم شحاتة التحكيم بأنه: "إجراء اختياري لتسوية المنازعات بحكم ملزم يتأسس على القبول المسبق من جانب الأطراف في النزاع"[1].

2- تعريف الدكتور أنطوان قسيس:

يعرف الدكتور أنطوان قسيس التحكيم بأنه: " الاتفاق على حل النزاعات من قبل شخص أو أشخاص معينين يفصلون فيها بدلا من يفصل فيها من قبل المحكمة القضائية المختصة"[2].

3- تعريف الدكتورة حفيظة السيد الحداد:

تعرف الدكتورة حفيظة السيد الحداد التحكيم بأنه: "نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي"[3].

4- يعرف بعض من الفقهاء التحكيم:

بأنه: "نظام قضائي خاص، يقوم فيه الأطراف باختيار المحكمين ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بينهم بالفعل، بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي، والتي يجوز تسويتها بطرق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها وإصدار قرار قضائي ملزم لهم"[4].

1- د. إبراهيم شحاتة، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي، "مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، مجلة مصر المعاصرة،السنة الثمانون،العددان 417 – 418، 1989، ص387.

2- د. أنطوان قسيس، الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم وقواعد الاختصاص القضائي في المنازعات على عقود شركات القطاع العام في سورية، مطبعة الداودي، دمشق بدون تاريخ، ص76.

3- د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004، ص44.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 511.

5- تعريف الأستاذ أحمد مخلوف:

يعرف الأستاذ أحمد مخلوف التحكيم بأنه: "نظام قضائي خاص، مؤداه تسوية المنازعات التي تثور بين المتعاملين في التجارة الدولية بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك"[1].

6- تعريف البعض الآخر:

بأنه: "إجراء اختياري لتسوية المنازعات بحكم ملزم على القبول المسبق من جانب أطراف النزاع".

7- وعرفه جانب آخر من الفقهاء:

بأنه: "رغبة الطرفين في عدم عرض نزاعهم على القضاء الوطني للدولة، ورغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها بأنفسهم، ويحددون لها موضوع النزاع والقانون الذي يرغبون في تطبيقه فيما بينهم"[2].

ثانيا: على الصعيد القضائي.

1- أما القضاء فيرى أن التحكيم هو طريق استثنائي لفحص الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وبالتالي فهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة الأطراف[3].

2- قد عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها التحكيم بأنه: "...عرض نزاع بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية...."[4].

وبهذه التعريفات يتميز التحكيم عن التوفيق، حيث يقوم الموفق أو لجنة التوفيق بعد مناقشة النزاع مع الأطراف بصياغة واقتراح اتفاق يحقق من وجهة نظرهما تسوية عادلة للنزاع، فالتوفيق ليس قضاءا، بل هو كوسيلة يسعى إلى التأكد من تفهم كل من الجانبين لوجهة نظر الجانب الآخر وإلى إيجاد التقارب بين الجانبين، مما يتيح لهما التوصل إلى تسوية للنزاع.

أما التحكيم فأساسه وجوهره تصرف إرادي، وعلى انطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في عداد العمل القضائي، وفي نفس الوقت، فإنه بالنظر إلى المحصلة النهائية التي يستهدفها التصرف القانوني فإن الإرادة إنما تتجه أساسا إلى تحقيق نوع من النشاط

1- أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 11.

2- محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، الإسكندرية، 1986، ص 7-8.

3- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 1997، ص 14.

4- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 11.

ذات الطابع القضائي الذي يسفر عنه حسم المنازعة بين الأطراف بواسطة قضاء خاص، وبعبارة أخرى فإنه من زاوية النتيجة النهائية المرجوة يكون الطابع المميز للتحكيم في مجموعة هو الحكم[1].

وعليه يمكننا القول بأن التحكيم هو قضاء خاص لا ينافس قضاء الدولة بل هو مكمل له، يترك للفرقاء المتنازعين حرية اللجوء إليه عوضا عن القضاء العادي، ويتفق طرفا النزاع على أن طرفا ثالثا يتم اختياره إراديا للتحكيم بينهما وفقا للنظام الذي تتوافق إرادتهما عليه[2].

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار، إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من العقود[3] وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال[4].

حيث يفضل الأطراف في عقود الاستثمار اللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار، كما يتعلق بعضها بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة للاستثمار، وبعضها الآخر يتعلق بكون التحكيم ضمانة إجرائية لكونه إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضماناته غير التجارية، وهذا ما سوف نعالجه في النقاط التالية:

أولا: مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار.

تتسم عقود الاستثمار كما سبق القول، بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة أطراف هذه العقود، الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية، والعملية محل العقد، حيث يتعلق العقد بمشروع ضخم يستغرق عدة سنوات لتنفيذه ويتكلف مئات الملايين من الدولارات وتتشابك العلاقات الناشئة عنه ويتطلب خبرات فنية عالية.

ومع تلك الخصوصية، فإن التحكيم بما يتمتع به من مزايا يمثل القضاء الطبيعي لفض منازعات هذه العقود، وتتمثل هذه المزايا في ما يلي:

1- سامية راشد، التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 70.

2- حسان نوفل، المرجع السابق، ص 17.

3- د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص3.

4- د. عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي- الأوربي في بيروت من 13 إلى 15 فيفري 2001، ومنشور ضمن مؤلف بعنوان "آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية"، إعداد مركز الدراسات العربي – الأوروبي، الطبعة الأولى، 2001، ص59.

1- السرعة في الإجراءات:

حيث يتميز التحكيم بسرعة الإجراءات اللازمة للفصل في النزاع في أقل وقت، إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت[1].

تلك السرعة التي تتوافر عادة في النظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية المعوقة للفصل السريع في النزاع، وهو ما يحتاجه الفصل في منازعات عقود الاستثمار، حيث تكون هناك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة ومجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، ومن ثم تكون هناك خسارة محققة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاعات بشأنها، فالأطراف في عقود الاستثمار تفضل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة.

والعدالة السريعة التي يقدمه التحكيم ترجع إلى عاملين:

أ- العامل الأول:

هو إلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن محدد يعينه الأطراف كأصل عام، فقوانين التحكيم ولوائحه ومواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم عند إصدار قراره، بل وتسمح للأطراف بالتعديل في هذه المدة عند اتفاقهم على التحكيم، فيفقد المحكم صفة إنهائها[2].

ب- العامل الثاني:

يتعلق بأن التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه وللأسباب الواردة حصرا في القانون مع مراعاة أن الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام.

2- سرية التحكيم:

يعتبر الحفاظ على السرية في الإجراءات مبدأ أساسيا من مبادئ التحكيم، وإحدى المزايا التي من أجلها يلجأ المتنازعون إلى التحكيم في حسم منازعاتهم، فميزة السرية التي تغلف التحكيم تعد أحد العناصر الطبيعية المكونة لهذا النظام والذي لا تقوم له قائمة بدونها، وهذه الميزة هي التي تدفع الأفراد إلى اختياره كوسيلة لحل المنازعات بينهم، فالتحكيم ليس مجرد قضاء خاص، ولكنه علاوة على ذلك قضاء يتم في سرية[3].

وتزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار عن أهميتها بالنسبة لإجراءات التحكيم في ما عداها من منازعات، وذلك لما يترتب على هذه العقود من أثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر

1- Paulsson, J, Arbitration Without Privity, ICSID Review-F.I.L.J, Vol 10, N 2,1995, p 4.

2- إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، يوليو 2001، ص 124.

3- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، من ص 18 إلى ص 21.

في مصالح الدول، وكذلك الشركات الكبرى القائمة بالاستثمار، نظرا لحساسية المعلومات والوثائق والأسرار المرتبطة بإبرام هذه العقود.

لذلك لا تحبذ الأطراف في عقود الاستثمار أن تكون النزاعات فيما بينها متاحا للكافة الإطلاع عليها، إذ تكون العلانية ضارة بالنسبة لها، فإذا كنا بصدد عقد من عقود البترول مثلا، فإن حساسية المعلومات التي لا يحتفظ بسريتها والتي تتعلق بمستوى إنتاج حقل أو تدفق إنتاجيته قد تؤدي إلى أزمات أو اضطرابات سياسية أو اقتصادية، أو تؤدي إلى اضطراب أسعار البترول في الأسواق العالمية، أو بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي، فإن عدم مراعاة السرية قد تؤدي إلى تسرب الأسرار التكنولوجية المستخدمة في هذه العقود إلى الغير.

ويرى البعض أن الالتزام بالسرية يقوم على طبيعة التحكيم باعتباره وسيلة خاصة لحسم المنازعات، وأنه يكون التزاما ضمنيا بين الأطراف، وأنه في ضوء القبول العام له يمكن النظر إليه على أنه قاعدة عرفية في قضايا التحكيم[1]، حيث تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية[2].

3- حرية الأطراف في ظل التحكيم:

فمرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم، لأنه ينفر من القوالب الجامدة[3]، حيث يملك الأطراف أولا اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا إما أن يكو ن التحكيم خاصا Ad hoc أو تحكيما مؤسسيا، كما أن لهم أن يختاروا سواء كان التحكيم خاصا أو مؤسسيا أن يكون هذا التحكيم بالقانون أو بالصلح.

كما يفصح التحكيم المجال أمام إرادة الأطراف في اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم.

4- التحكيم قضاء متخصص:

فهو يكفل المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار التي يتطلب فض منازعتها معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلائم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، حيث يكون المحكمون في الأغلب الأعم على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم، فضلا عن تمتعهم غالبا بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها، وما يمتازون به من الإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف.

1- Sanders, P, Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, A Comparative Study, kluwer Law International, 1999, p p 04 – 06.

2- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 43.

3- إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 121.

ومما لاشك فيه أن وجود قضاء متخصص من شأنه أن يحقق رغبات الأطراف، ولعله مما يساعد على ذلك أن الأطراف عموما هم الذين يختارون المحكمين، وهم بالتأكيد سيعمدون إلى اختيار أنسب المحكمين الذين تحتاجهم خصوصية القضية محل النزاع[1].

ثانيا: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم.

نظرا لأن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة ذات السيادة من ناحية والمستثمر الأجنبي الخاص من ناحية أخرى، فإن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليها، ولعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النزاع[2].

لذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفا من استعمال الدول لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم، فضلا عن عدم ثقته بعدالة محاكم الدولة المضيفة.

حيث أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة، يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها أمام القضاء الوطني لدولة أخرى، وعلى الرغم من أن الاتجاه الحديث يميل إلى الأخذ بالحصانة المقيدة للدولة، ومفادها عدم استفادة الدولة من حصانتها إلا بصدد أعمالها السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارستها لأنشطتها التجارية وأعمال الإدارة العادية، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام.

إذ يظل الأصل هو التمتع بها، وهنا تظهر صعوبة الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول أخرى بحل المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، ما قد يؤدي إلى إهدار الحقوق الخاصة للمستثمر الأجنبي.

أما في حالة أن تنظر النزاع محاكم الدولة المضيفة فإن المستثمر الأجنبي الطرف في النزاع قد يتعرض لقرارات مفاجئة أو تعسفية يمكن أن تصدرها الدولة بما لها من سيادة لتحقيق اعتبارات سياسية أو اقتصادية.

كما يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقته بنزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، لعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو النزاع.

1 -Boisard, M.A, Settling Foreign Investment Disputes, Unitary Training Programmes on Foreign Economic Relations, UNITAR, Document N.4, Module 53-Revised, 2001, p 7.

2- Bouchez, L.J, The Prospect for International Arbitration Disputes Between States and Private Enterprises, J.I.A, Vol 8, 1991, p 82.

فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة أيا كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها، فإنه في نهاية الأمر قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية وبسيادة الدولة.

لكل ما تقدم نجد المستثمرين الأجانب حريصين على أن يتم إدراج شرط التحكيم في عقودهم مع الدولة المضيفة، ولو على حساب عدم إتمام العقد[1].

ثالثا: التحكيم ضمان إجرائية لتشجيع الاستثمار.

من الثابت أنه لكي يتحقق الجذب الأكبر للاستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، فإنه لا بد من توفير الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي الخاص[2]، فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان، والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأنته، فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق عن نفسه.

ومن أهم هذه الضمانات، توفر ضمانات قضائية لحماية استثماراته، وعاد ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال، خصوصا وأن التحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي، الذي قل ما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب، ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال وتنوعها[3].

فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر الغير التجارية، حيث تمكن التحكيم عبر آلية فض النزاعات وضمانة العدالة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات.

1- وكمثال على ذلك: "عقد ديزني وولد" الحاصل بين شركة أمريكية وفرنسا، فلقد اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة على الاستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار الذي يجري في ضواحي باريس إلى التحكيم.

غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس شورى الدولة الفرنسي، وعلى عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها، نزولا في ذلك على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية، وكانت قيمة العقد مليارات الدولارات وترددت فرنسا فكيف تتخلى عن مجلس الشورى الفرنسي الذي وضع القوانين الإدارية لفرنسا والعالم؟ وتأخر توقيع العقد، وأصبح أن يكون المشروع أو لا يكون متوقفا على الشرط التحكيمي، وأخيرا قبلت فرنسا بالشرط التحكيمي، أنظر في ذلك، عبد الحميد الأحدب، آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي– الأوربي في بيروت من 13 إلى 15 فيفري 2001، ومنشور ضمن مؤلف بعنوان "آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية"، إعداد مركز الدراسات العربي – الأوروبي، الطبعة الأولى، 2001، ص73.

2- Bernardi, P, The Renegotiation of the Investment Contracts, ICSID, Rev. F.I.L.J, Vol.13, No 2, 1998, p 411.

3- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 59.

وأصبح التحدي الذي تواجهه الاستثمارات الدولية من نوع "أن تكون أولا تكون"، ففي حالة استحالة اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات، فإن الشركات الكبرى العائدة للبلدان الصناعية والتي هي وحدها القادرة على تقديم المشاريع والمعرفة الفنية العلمية الراقية لبلدان العالم النامي، سوف تتخلى في الغالب عن القيام بتلك الاستثمارات التي تحتاجها البلدان النامية، وحرصا من الدول لا سيما النامية منها على جذب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار[1].

الفرع الثالث: خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

على الرغم من أن إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار تتفق بوجه عام مع غيرها من إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى، حيث تخضع لنفس القواعد الخاصة ببدء الإجراءات والإخطار بها وتعيين المحكمين وردهم وإبداء الخصوم لطلباتهم واتخاذ هيئات التحكيم للقرارات الخاصة بتعيين الخبراء وسماع المرافعات والشهود وتقديم المذكرات وإصدار الأحكام وتنفيذها كما سنرى لاحقا.

إلا أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى، نتيجة لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها، والتي تنبع أساسا من حقيقة أن أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة، مما يجعل منازعات هذه العقود لا تخلو من خلفية سياسية واقتصادية دولية، الأمر الذي يترتب عليه أن يكون لأحكام التحكيم الصادرة في هذه المنازعات آثارا بعيدة المدى تؤثر على حياة الملايين من البشر.

لذلك فإنه يتعين في تحكيم منازعات عقود الاستثمار اختيار نوع التحكيم الملائم لخصوصية منازعاتها، وكذلك وجوب اختيار محكمين يتوافر لهم التكوين الملائم والخبرة الخاصة للتصدي لمثل هذه المنازعات، وهذا ما سوف نتناوله في النقاط الآتية:

أولا: الاختيار بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي.

يعتبر التحكيم وسيلة خاصة لحسم المنازعات تعتمد على اتفاق الأطراف، وأمام هذا الطابع التعاقدي للتحكيم، فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه لتسوية منازعتهم الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية، وهو ما يطلق عليه (التحكيم الخاص)، أو الإشارة إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة لتتولى إدارة هذه العملية، وهو ما يطلق عليه (التحكيم المؤسسي).

وأمام خصوصية منازعات الاستثمار، فإن التساؤل يثور عما إذا كان من الأجدى اللجوء لتسوية هذه المنازعات إلى التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسسي؟

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 24.

ولقد رأينا أن الإجابة على هذا التساؤل تفرض أن نعرض على تعريف كل من التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي، قبل أن نبين أكثرهما ملائمة لتسوية منازعات عقود الاستثمار.

1- تعريف التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

أحاول فيما يلي تحديد المقصود بكل من التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي:

أ- التحكيم الخاص: Ad hoc Arbitration

التحكيم الخاص[1] أو تحكيم الحالات الخاصة[2] أو التحكيم الحر[3] أو التحكيم الذاتي[4]، هو الذي يتولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم، خارج إطار أي مؤسسة أو مراكز من مراكز التحكيم، حيث يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل فيه، فيقومون بتشكيل هيئة التحكيم، وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم، أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض[5].

وبعبارة أخرى، فإن التحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها، سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه، وهو ما حدا بالبعض إلى أن يصف هذا التحكيم بأنه: "نفذ لتحيكم بنفسك"، لذلك فهو يحتاج ممن يختاره من الأطراف عناية كبيرة في تحديد كافة القواعد التي تنظمه في كافة مراحله.

ويتميز التحكيم الخاص بأنه يغلب أن يكون أقل تكلفة، وأكثر مرونة وسرعة، ويسود اللجوء إليه في بعض المنازعات، كما هو الحال في المنازعات البحرية الدولية ومنازعات إعادة التأمين.

ب- التحكيم المؤسسي: Institutional Arbitrtion

التحكيم المؤسسي أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة أو التحكيم النظامي، هو أن يختار الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدتها، ويرى البعض بأننا سوف نكون أمام تحكيم مؤسسي "متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحتها وقواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها

1- انظر في استخدام هذا المصطلح، كريستوفر إمهوس وهيرمان فيربست، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات "كيفية حسم منازعات التجارة الدولية"، ترجمة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ص 42.

2- انظر في استخدام هذا المصطلح، د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي "دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصلة به"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 49.

3- انظر في استخدام هذا المصطلح، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولي، بدون دار نشر، 1998، ص 126.

4- انظر في استخدام هذا المصطلح، د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية "اتفاقية فيينا 1980"، مكتبة الجلاء، المنصورة، الطبعة الثانية، 1995، ص 112.

5- كما هو الأمر في شأن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976.

وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحتها المذكورة، ولا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه"[1].

ويجب على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها، ويكون ذلك غالبا في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما أو في مشارطة التحكيم التي يوقعها الأطراف بشكل مستقل عن العقد.

وقد ازداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة[2]، بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار، ومن أهمها يمكن أن نشير إلى محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس(ICC)، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID)، والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي (AAA)، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA).

وتجدر الإشارة إلى أن بعض مؤسسات التحكيم الدائمة قد تنشأ للاختصاص بنوع معين من المنازعات دون غيرها، مثل المركز الدولي لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمار، وكذلك مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، وأيضا مركز الإسكندرية للتحكيم البحري الدولي[3].

2- المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي بشأن منازعات عقود الاستثمار:

الواقع أنه على الأقل حتى أواخر السبعينيات من القرن الماضي، كان الأغلب الأعم من اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار يعكس اختيار الطرفين للتحكيم الخاص، والذي يمثل الصورة المعروفة أصلا للتحكيم.

إلا أنه في أواخر السبعينيات وخلال الثمانينيات من القرن الماضي، أمام التطورات الكبيرة في عمليات التجارة الدولية والاستثمار وزيادة وتنوع المنازعات التي تثيرها، فقد اتجهت العديد من المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها حتى تتمكن من مواكبة هذه التطورات[4].

لذلك كان من الطبيعي أن يتغير المسار الذي كانت تتبعه أغلب اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار، حيث زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي مما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية، والتي

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، من ص30 إلى ص 32.

2- هناك حوالي 100 مؤسسة تحكيمية مختلفة في حوالي 50 دولة، أنظر في ذلك: كريستوفر إمهوس وهيرمان فيربست، المرجع السابق، ص 294.

3- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 33 – 34.

4- د. محمد أبو العينين، الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات البترول والغاز، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للطاقة (البترول والغاز) ووسائل حسم المنازعات الناتجة عنها، 9 و 10 مارس 2002، شرم الشيخ، ص 03.

تجعله الأكفأ في إدارة تحكيمات المنازعات الكبيرة القيمة وذات الطبيعة الفنية المعقدة[1].

ثانيا: العوامل التي يجب الاعتداد بها في اختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار.

تتسم منازعات عقود الاستثمار بخصوصية معينة ناجمة عن الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود الدولية والعملية محل هذا العقد كما سبق وأن أشرنا، إذ تثير هذه العقود خليطا من المشاكل المعقدة والمركبة، حيث يختلط فيها بشكل كبير عدد من المشاكل القانونية الخاصة والمتعددة الأوجه والتي لا نلحظها في غيرها من العقود، بالإضافة إلى ما تثيره هذه العقود من مشاكل فنية بالغة التعقيد ومختلفة التخصص، لذلك فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم الذي يفصل منازعات هذا النوع من العقود يجب أن تتلائم مع هذه الخصوصية.

فقد تتعلق هذه المشاكل بأحكام القانون الدولي العام، كما لو كانت المنازعة تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري والتعويض عنه، كما قد تتعلق بأحكام القانون العام، كما لو كانت المنازعة تتعلق بطلب إعادة شروط العقد إلى التوازن في الحالات الطارئة التي تخل بالتوازن بين التزامات المتعاقدين أو بتجميد بعض القوانين التي يؤثر تعديلها على الاستثمار، وقد تتعلق بأحكام القانون الدولي الخاص لكون هذه العقود دولية بطبيعتها، كما قد تتعلق المنازعة في مشكلة من مشاكل البيئة في جانب منها، أو فيما يتعلق بنقل تكنولوجيا متقدمة.

لذلك يجب أن تضم هيئة التحكيم محام أو رجل قانون على دراية بأحكام القانون الدولي العام أو القانون الدولي الخاص أو القانون العام أو أحكام قوانين البيئة أو أحكام العقود الخاصة بنقل التكنولوجيا حسب طبيعة المنازعة، حيث كثيرا ما يجد المحكم نفسه مطالبا بالبحث في فروع مختلفة للقانون لتشعب المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار.

1- تتمثل هذه المزايا في ما يلي:

أ- إن مؤسسات التحكيم الدائمة لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات، يستطيع المحتكمون اختيار محكميهم منهم، وهذا ما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب، خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة لا تتوفر على نطاق واسع.

ب- إن التحكيم المؤسسي يضمن الالتجاء إلى مجموعة من القواعد المعدة سلفا والمختبرة من قبل.

ج- إن التحكيم المؤسسي يضمن صلاحيات مناسبة للمحكمين تعينهم على ممارسة اختصاصهم، ومن أبرز القواعد التي حفلت بها المؤسسات التحكيمية الحديثة مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" الذي يتيح لهيئة التحكيم الفصل في الدفوع الخاصة باختصاصها، ومبدأ "استقلال شرط التحكيم عن باقي شروط العقد".

د- إن التحكيم المؤسسي يعتبر الأكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ عامة معروفة مسبقا.

هـ- إن المؤسسات التحكيمية الدائمة توفر المساعدة التي قد يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه.

بالإضافة إلى ما تقدم فإن منازعات عقود الاستثمار قد تتعلق بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة لحسمها، كأن تتعلق بالنواحي الفنية لاستغلال الحقل أو معدل الإنتاج في عقود البترول، أو بمشاكل هندسية بحتة تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال، أو بمشاكل في المحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في إنشاء مصنع ما في عقود التعاون الصناعي.

ومن ثم يكون من الأوفق أن تضم الهيئة بقدر الإمكان التخصصات المطلوبة لتتعدد فيها الخبرات اللازمة لحسم النزاع، فقد تدعو الحاجة إلى أن تضم هيئة التحكيم خبراء ومهندسين[1].

الفرع الرابع: تمييز التحكيم عن التوفيق

يستخدم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وسيلة التحكيم، لما تتمتع هذه الوسيلة من حسم وفاعلية في مجال تسوية منازعات الاستثمار، ولما تتمتع به أحكام محاكمها من قوة وإلزام يلقي التبعة والمسؤولية على الطرف الصادر ضده الحكم إزاء الطرف الصادر لصالحه هذا الحكم.

وإذا كان التحكيم يشترك مع التوفيق في بعض النقاط، إذ يتميزا بالطابع الاختياري فضلا عن وحدة الهدف، فالغرض الأساسي الذي يرميان إلى تحقيقه هو الوصول بالأطراف إلى نقطة التقاء أو الفصل في المسائل المثارة، كما أن المسائل التي يرد عليها التحكيم هي التي يمكن الاتفاق على إجراء التوفيق بشأنها[2].

وعلى الرغم من ذلك فإن التحكيم يختلف عن التوفيق في بعض النقاط التي تبرز خصوصية هذه الوسيلة، ويتجسد هذا الاختلاف في النقاط الآتية:

أولا: الإلزام

تختلف السبل الودية عن التحكيم في صفتها غير الملزمة، فالتحكيم هو طريق ملزم، فعندما يتفق الأطراف على إتباع هذه الوسيلة معه بدء أولى خطواتها، تعين عليهم السير فيها حتى نهايتها، ومن ثم لا يمكن لأي من الطرفين التراجع عن هذا الطريق قبل انتهائه بصدور حكم فيه، وذلك على خلاف التوفيق حيث يمكن للأطراف العدول عنه واللجوء إلى التحكيم بعد اللجوء إليه دون تحمل أية تبعة حتى بعد قيام الموفق بعمله أو انتهائه منه، فقيام الموفق بعمله لا يسلب الأطراف حقهم في العدول عن التوفيق واللجوء إلى التحكيم أو القضاء.

وإذا كان التحكيم قوامه إرادة الأطراف، فإنه يقوم أيضا على إقرار المشرع لهذه الإرادة، فمنح الأخير للأطراف حق اللجوء إلى التحكيم ومنحهم سلطة اختيار المحكمين، فإن هذا يمثل اعتراف من جانبه بحق هؤلاء المحكمين في الفصل فيما يعرض عليهم من منازعات، وإقراره أيضا بحلولهم محل القضاء ولأحكامهم

1- د. محمد أبو العينين، الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر 2002، ص 135.

2- إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، مجلة المحاماة، العدد الأول، 2001، ص 567.

محل ما يصدره الأخير من أحكام، وعليه يكون لحكم المحكمين بشروط معينة ما لأحكام القضاء من قوة تنفيذية[1].

ثانيا: القرار الصادر

ويختلف التحكيم عن التوفيق أيضا فيما يتعلق بالقرار الصادر، فبينما يتميز المحكم بطابعه القضائي وصفته الملزمة وعدم قابليته للطعن إلا لأسباب محددة، فإن قرار الموفق غير ملزم للأطراف فيحق لأيهما رفضه أو عدم التقيد به، فما يصدره الموفق هو مجرد توصية أو اقتراح يخضع لتقدير أخير من جانب الأطراف، إن أرادوا وضعوه موضع التنفيذ أو على العكس اتجهوا إلى إجراءات قانونية أخرى يتخذه أي منهما.

فأهم ما يميز التحكيم ويحدد ذاتيته باعتباره مفهوما من المفاهيم القانونية التي يشرعها النظام القانوني المعاصر هو اجتماع أمرين في:

1- الأمر الأول: هو كونه أحد المسارات التي يطرحها النظام القانوني للفصل في النزاع فصلا لا رجعة فيه لأي من طرفيه.

2- الأمر الثاني: هو كونه مسارا اتفاقيا خاصا بالنزاع القائم بين الطرفين اللذين اختارا هذا الطريق للتسوية[2].

وعلى العكس من ذلك، فإن التوفيق وإن بدأ بعمل من الطرفين يتمثل في اختيار طرف محايد يعهدان إليه بمهمة التقريب بين وجهات النظر المتباينة، أو المساعدة في الوصول إلى ترضية ودية، إلا أنه قد ينتهي دون التوصل إلى تسوية للنزاع بينهما، فالتوفيق لا يمكن اعتباره مسارا حاسما للفصل في النزاع، وإنما فقط وسيلة للتقريب بين وجهتي نظر متعارضتين أو التوفيق بينهما، دون التزام على الأطراف بالنزول على ما يراه الموفق، لذلك إذا فشلت جهود التوفيق كان حق على أي من الطرفين اللجوء إلى القضاء أو التحكيم.

ثالثا: المساهمة في صنع القرار

إذا كانت الوسائل الودية تشترك فيما بينها في تدخل طرف ثالث، عدا المفاوضة التي تتم مباشرة بين الأطراف في صنع القرار الذي يتم من خلاله تسوية النزاع، فإنها تختلف في إمكانية مساهمة الأطراف في صنعه، فالمحكم يقوم بعمل قضائي خاص يهدف إلى تسوية ما يعرض عليه من منازعات، وعليه فإن ما يصدره من قرارات تفرض على الأطراف مع منحهم فقط حق الطعن عليها وفقا لأسباب يحددها المشرع على سبيل الحصر، فلا يتدخل الأطراف إذن في إعداد القرار الذي يصدره المحكم، فهذا الأخير وإن كان يستمد

1- أبو العلا على أبو العلا، الاتجاهات الحديثة في التحكيم، بحث منشور ضمن فعاليات المؤتمر السنوي الخامس، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2000، ص 08.

2- أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 27.

سلطانه وسلطاته من اتفاق الأطراف، إلا أنه يستقل تماما عنهم عند ممارسته للمهمة المعهودة إليه، فلا يخضع إلا لسلطان القانون الذي يراه أنسب من غيره لحكم النزاع.

وذلك على خلاف مساهمة الأطراف في إعداد القرار الذي يصدره الموفق، فعمل هؤلاء يعتمد بصورة أساسية على الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في الوصول إلى تسوية للنزاع، أيضا على خلاف المحكم لا يعمل الموفق بصورة منفردة أو مستقلة عن أطراف النزاع، وإنما يظل لهؤلاء السيطرة الكاملة على العملية وما يسفر عنها من نتائج وتوصيات، فالتسوية النهائية للنزاع تعتمد على الحلول التي يتوصل إليها الأطراف بمساعدة الطرف الثالث[1].

رابعا: النيل من حق التقاضي.

يختلف التحكيم عن التوفيق في أنه نظام ينال من حق التقاضي فهو يغني عن اللجوء القضاء، وذلك على عكس التوفيق إذ لا ينال من هذا الحق، فنشاط لجان التوفيق لا يمس بحق التقاضي في محتواه أو مقاصده، لأن الالتجاء إلى التوفيق قد يغني عن الخصومة القضائية، وإن كان لا يحول دونها فاللجوء إلى لجان التوفيق لا يسلب حق المخصوم في الالتجاء إلى القضاء، وذلك لأن اختصاص تلك اللجان لا يتضمن تعديلا لاختصاص جهات القضاء ولا ينحيها عن مباشرة وظائفها[2].

أما التحكيم وعلى خلاف التوفيق، فهو قضاء خاص يهدف إلى سرعة الفصل فيما يعرض عليه من منازعات بين الأطراف، وترتيبا على ذلك فإن القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم فيما يعرض عليها من منازعات تستنفذ ولاية القضاء في النظر فيها مرة أخرى ما لم يتم الطعن على ما أصدرته من أحكام بالبطلان، فالتحكيم هو مسار للفصل في الإدعاءات المتباينة التي يتمسك بها أطراف النزاع، يطرحه النظام القانوني إلى جانب المسار العادي، وهو من ثم يوصل إلى حكم حاسم للنزاع حائز لقوة الأمر المقضي، واجب التنفيذ بواسطة السلطة العامة، مثله في ذلك مثل الحكم الذي يوصل إليه المسار القضائي ولا يغير من هذه الحقيقة اختلاف المسار التحكيمي عن المسار القضائي في مدى الالتزام بأحكام القانون، فإن الأصل في هذا الشأن هو أن حكم المحكم يحسم النزاع وأن التحكيم يؤدي من ثم الوظيفة ذاتها التي يؤديها القضاء[3].

1- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، المرجع السابق، ص 34.

2- محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 47.

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 448 - 449.

الفرع الخامس: طبيعة التحكيم

تعددت آراء الفقهاء التي تبحث في طبيعة التحكيم، ويرجع هذا التعدد إلى الأساس الاتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم، والنتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها المحكم وهي الحكم التحكيمي، فالتحكيم يتكون من عمليتين[1].

ومن هنا تعددت النظريات التي تبحث في طبيعة التحكيم، مثل النظرية العقدية والنظرية القضائية والنظرية المختلطة، هذا ما سنتناوله في النقاط التالية:

أولا: النظرية العقدية.

ومؤدي النظرية العقدية أن التحكيم هو نظام ذو طبيعة تعاقدية، حيث أنه يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة، كما أن مصدر سلطة هيئة التحكيم هو إرادة الخصوم ورضائهم عن التحكيم، وما يصدر عنه من أحكام.

وجوهر النظرية العقدية لطبيعة التحكيم، يتأسس على أن التحكيم هو من عمل الأطراف، فهو تراضي أو اتفاق أو عقد ينشأ عنه نظام التحكيم، وهذا هو دور الإرادة الفردية، وعمل صادر من المحكم إلا أنه يرتد إلى الاتفاق ويقوم عليه ويلتزم بمضمونه[2].

واتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم كلها، وبناءا عليه يتم إخراج النزاع من ولاية القضاء وإسناده إلى المحكم، كما أن الاتفاق يشمل تعيين المحكم وتحديد ولايته وتحديد الإجراءات الواجبة التطبيق أمامه والقانون واجب التطبيق على النزاع، وقرار المحكم يكون هو المحصلة النهائية لاتفاق التحكيم، وبالتالي تتدخل عملية التحكيم في نطاق العقد.

وقد تعرضت النظرية العقدية لطبيعة التحكيم لبعض الانتقادات منها، أن هذه النظرية أبرزت دور الإرادة في الاتفاق على التحكيم وأهملت الوظيفة القضائية للمحكم[3].

ثانيا: النظرية القضائية.

تقوم هذه النظرية على أساس مستمد من أن أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، وبالتالي فإن عمله يكون عملا قضائيا، ويتم نظر النزاع أمامه على نفس المراحل التي تتم أمام القضاء، وكون اتفاق التحكيم هو الأداة المنشأة لهذا النظام، فإن ذلك لا يؤثر على أصل وظيفة المحكم وكونها وظيفة قضائية، كما أنه لا يغير من طبيعتها، والإرادة يمكن لها أن تلعب أدوارا متعددة أمام القضاء دون أن يؤدي ذلك إلى نفي الطابع القضائي لعملية التحكيم[4].

1- الأول هو اتفاق يبرمه طرفا النزاع، والثاني هو الحكم الصادر عن هيئة التحكيم.

2- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 38- 39.

3- علي بركات، خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 26.

4- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 27.

ويستجمع التحكيم كل عناصر العمل القضائي، وهو الإدعاء والمنازعة والعضو الذي له ولاية القضاء ويخوله القانون سلطة حسم المنازعات، وبالتالي تكون له الطبيعة القضائية، كما أن حكم المحكم يتشابه مع حكم القضاء من حيث الشكل والمضمون والآثار، ويتشابه المركز القانوني للمحكم مع المركز القانوني للقاضي، كما تجيز الكثير من التشريعات الطعن في حكم المحكم بالطرق الجائزة الاستعمال بالنسبة للأحكام الصادرة من القضاء[1].

ثالثا: النظرية المختلطة.

جوهر هذه النظرية يتلخص في أن نظام التحكيم تتعاقب عليه صفتان:

1- الصفة التعاقدية: ويدخل فيها كافة مظاهر الإرادة في تكوينه وترتيب آثاره.

2- الصفة القضائية: وتبتدئ من اللحظة التي تبدأ فيها إجراءات التحكيم وصولا إلى حكم المحكم، فالتحكيم هو في الواقع حقيقة ممتدة في الزمن وتتتابع فيه الصفتين العقدية والقضائية.

وهذه الطبيعة المختلطة هي التي تفسر الأحكام التي تبدو متعارضة في داخل نظام التحكيم، مثل احترام مبدأ المواجهة والالتزام بتوضيح أسباب الحكم، إمكانية رده، سلطة محكمة التحكيم في إدارة القضية والبحث عن أدلة الإثبات، وهذا لا يفسره إلا الطبيعة القضائية.

أما جواز الطعن على حكم المحكم بدعوى بطلان وقدرة الخصوم على تحديد إجراءات التحكيم واختيار القانون واجب التطبيق، فلا يفسره إلا التأثير التعاقدي على طبيعة هذا النظام، والاختلاف داخل هذه النظرية يدور حول تحديد اللحظة التي يتحول فيها التحكيم من الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة القضائية[2].

ولتسوية هذا الخلاف، فقد ذهب البعض إلى القول بأن قرار المحكم وإن اعتبر عقدا قبل صدور أمر التحكيم، إلا أنه يصبح بهذا الأمر حكما قضائيا.

كما يرى البعض الآخر بأن اتفاق التحكيم، وإن كان يبدأ باتفاق فإن هذا الأخير يعتبر بعيدا عن الطابع القضائي لأن موضوعه هو إقامة كيان عضوي هو المحكم للفصل في النزاع وصولا إلى الحكم الذي لا يعتبر منفصلا عن الاتفاق على التحكيم، وبالتالي يصبح دون معنى البحث عن الحد الفاصل بين تحول العمل العقدي إلى عمل قضائي[3].

وينظر البعض إلى التحكيم على أن ليس اتفاقا محضا ولا قضاءا محضا، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة، يلبس كل منهما لباسا خاصا ويتخذ طابعا مختلفا، فهو في أوله اتفاق ووسطه إجراء وفي آخره حكم.

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 452.

2- محسن شفيق، التحكيم التجاري، جامعة القاهرة، القاهرة، 1974، ص 73 – 74.

3- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 23.

واتفاق التحكيم هو قالب قانوني يحتوي على عمليتين الفاعل فيهما مختلف، الأولى هي اتفاق التحكيم ويفعله أطراف النزاع، والثانية هي قضاء التحكيم ويفعله المحكم، كما أن اتفاق التحكيم يتميز بموضوعه وهدفه، فموضوعه ليس الرضي بتسوية نهائية للنزاع بل إقامة كيان عضوي "فرد أو هيئة"، ترفع إليها الإدعاءات وتفصل فيها، كما أن هدفه ليس إقامة علاقة مالية أو شخصية بين الطرفين، وإنما تسوية المنازعات الناشئة عن علاقة سابقة.

وبناءا على ذلك، فاتفاق التحكيم وقضاء التحكيم هما عنصران متلازمان في كل مراحل عملية التحكيم، والمحكم عليه تطبيق شروط الاتفاق على التحكيم[1].

وأيا كانت طبيعة التحكيم (تعاقدية أو قضائية أو مختلطة) فالأمر الذي تتعدى أهميته أهمية النقاش المثار حول طبيعة التحكيم، هو الأمر الذي يتناول، من أين يستمد التحكيم شرعيته كنظام لتسوية المنازعات؟

وقد اختلف الفقهاء في الأساس الذي يمكن إسناد شرعية التحكيم إليه، فذهب البعض إلى إسناد شرعية التحكيم إلى فكرة الصلح بين الخصوم، أي النزول المتبادل عن جزء من الحقوق، ومع ذلك رأى البعض الآخر، أن التحكيم أشد خطرا من الصلح، لأنه وفقا لهذا النظام الأخير يكون التنازل عن الحقوق معلوما مسبقا، أما في التحكيم فقد يفقد الشخص المحكم حقه تماما عند الحكم عليه، لأن الإرادة الفردية لا سيطرة لها على التحكيم ما لم يكن تحكيما بالصلح[2].

ويذهب رأى آخر إلى القول بأن التحكيم من جنس القضاء والصلح من جنس العقد، وأن إرادة الأطراف لا تنصرف إلى فكرة النزول عن الحق، بل تنصرف إلى فكرة طرح الإدعاء على المحكم لحسمه، والواقع أن مضمون الاتفاق على التحكيم يختلف عن العقود في أنه يقيم كيانا عضويا هو هيئة التحكيم يعترف له القانون بسلطة حسم النزاع، ومن هنا يستمد التحكيم شرعيته.

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 453 – 454.

2- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، المرجع السابق، ص 20، أنظر عن التحكيم والصلح في، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 10- 11.

"يتشابه التحكيم والصلح في أنهما ينشئان عن عقد بينما، يختلفان في أن محل العقد في التحكيم هو عدم عرض النزاع على القضاء التابع للدولة، وهو التزام بعمل سلبي في معنى الامتناع واختيار محكمين للفصل في النزاع، أما في الصلح فمحل العقد هو تسوية مباشرة لنزاع قائم بين الأطراف بواسطة الأطراف أنفسهم أي أنه في الصلح لا يوجد محكم، ومن ناحية أخرى، فإن التحكيم ينهي النزاع في الغالب بحكم ملزم للأطراف قابل للتنفيذ الجبري إذا توافرت شروطه ووفقا لإجراءات محددة، أما في الصلح فينتهي فيه النزاع بمجرد التنازل المتبادل ويكون الاتفاق قابلا بذاته للتنفيذ كما تنفذ العقود ولا يتولد عن الصلح حكم، إلا إذا طعن في عقد الصلح وصدر حكم في دعوى بطلان أو فسخ العقد من قضاء الدولة.

ويتمثل الحد الفاصل بين التحكيم والصلح في بعض الحالات، وفي مثل هذه الحالات يكون المعيار هو: هل الحل الذي انتهى إليه النزاع نشأ عن صميم عمل الخصوم أنفسهم، أم أنه من صميم عمل الغير؟ ويكون العمل صلحا في الحالة الأولى وتحكيما في الثانية، كما يتمثل المعيار الثاني في مصدر الإلزام، فإذا كان الإلزام يستمد من اتفاق الأطراف كان الوضع صلحا، أما إذا كان الإلزام يستمد من قرار الغير فإن الأمر يتعلق بتحكيم".

كما أن التحكيم يستمد شرعيته من غياب السلطة القضائية في المجتمع الدولي كأصل عام، وذلك نظرا لازدهار المعاملات التجارية، التي تقتضي التحرر من القوانين التي تحددها قواعد الإسناد في القانون الداخلي ووجوب الخضوع لقواعد أخرى يحددها القانون التجاري، العقود النموذجية أو العادات السائدة والمبادئ العامة في التجارة الدولية، مما أدى إلى ضرورة وجود نظام قضائي متفهم لحقيقة العلاقات التجارية الدولية وعلى دراية بالأعراف الحاكمة مما لا يتوافر في القضاء الوطني[1].

ويستند التحكيم في شرعيته أيضا، على غياب فكرة الدولة العالمية في النطاق الدولي وغياب فكرة القانون الدولي الموضوعي، ولذلك استمد التحكيم شرعيته من أنه النظام القضائي الوحيد في هذا المضمار، كما أن التحكيم في المعاملات الدولية صار أقرب إلى نظام دائم وملزم وليس عارض ومؤقت[2].

ومنه نخلص إلى أنه هناك شرعية واقعية للتحكيم تستمد من واقع القضاء، فواقع القضاء أدى إلى العزوف عن اللجوء للمحاكم لفض المنازعات وتفضيل التحكيم عليه[3]، بالإضافة إلى طبيعة المنازعات ذاتها[4].

يتبين مما سبق، أن شرعية التحكيم وانتشاره ابتداءا من النصف الثاني من القرن العشرين، ترجع إلى استقلال العديد من الدول الراغبة في النمو ودخولها في العديد من المشروعات الاقتصادية مع الدول المتقدمة، التي تنظر بعين الريبة إلى تشريعات الدول الراغبة في النمو ونظمها القضائية المعقدة، مما أدى إلى لجوء الدول المتقدمة إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن مثل هذه المشروعات[5].

1- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 52.

2- محمود محسوب، نظرية قانون التجار الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 417.

3- وذلك لعدة أسباب منها: طول أمد التقاضي أمام المحاكم، نقص خبرة القضاة وعدم التخصيص وقوانين بعض الدول الراغبة في النمو المستمدة من أصول دينية أو عرفية تجعل كثير من الدول المتقدمة تحجم عن طرح منازعاتها أمام محاكم هذه الدول، وأحيانا حين يعمل القاضي الوطني قواعد الإسناد التي تحيل إلى قانون أجنبي فهو لا يحيط بملابسات هذه القوانين وظروفها ونطاق إعمالها، كما أنه يميل إلى الحلول والتفسيرات الوطنية، وكل ذلك يتنافى مع المرونة الواجب الأخذ بها في العلاقات الدولية.

بالإضافة إلى أن العلاقات الدولية صارت خاضعة لقواعد موضوعية مستقلة عن القواعد الوطنية تجسدها العقود النموذجية المعمول بها في هذه العلاقات والعادات والأعراف والممارسات على نحو يقتضي وجود قاضي أكثر تخصصا توفره قوائم المحكمين في هيئات التحكيم.

4- ويتضح ذلك فيما يلي:

أ- الطابع الفني للمنازعات الذي يثير مسائل فنية وعلمية وتجارية، إلى غير ذلك من الأمور الخاصة بتلك المنازعات.

ب- العقود المستخدمة في المعاملات التجارية بالغة التعقيد والتطور، وبخاصة عقود الاستثمار والتنمية.

ج- عقود الاستثمار والتنمية تعد عقود طويلة الأجل يتطلب تنفيذها وقتا طويلا، قد تتغير فيه الظروف الاقتصادية، كما أن هذه العقود قد يكون بها شروط تسمح بتطويع العقد حسب اقتصاديات التطور ويحتاج إعمالها إلى خبرة خاصة.

د- واقع المعاملات التجارية، حيث أن انتقال رؤوس الأموال عبر الدول ينشأ بين الأطراف معاملات مستمرة حتى وإن نشأ عنها منازعات، فالتحكيم يهدف إلى حسم المنازعات مع الحفاظ على استمرار هذه المعاملات، كما أن معاملات التجارة الدولية تهدف إلى الحفاظ على سرية المعاملات واستمرار التعاون بين أطراف هذه المعاملات، وهذا ما يوفره التحكيم.

5- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، من ص 35 إلى ص 37.

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

نظرا لكون التحكيم بالمركز تحكيما مؤسسيا، فإن إجراءات التحكيم تحت مظلة المركز محكومة بما يعرف بقواعد المؤسسة، والتي تم إقرارها بمعرفة المجلس الإداري، وهذه القواعد لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها، فهي قواعد واجبة الإتباع من جانب كل من المركز ذاته والأطراف على حد سواء، إلا في الحدود التي أجازت الاتفاقية فيها صراحة للأطراف مخالفتها[1].

وتتبع المنظومة القانونية الإجرائية الخاصة بإجراءات عرض المنازعات على التحكيم أمام محكمة المركز ثلاثة مراحل رئيسية، تتمثل أولا في تقدم أحد أطراف النزاع بطلب عرض النزاع على المركز إلى السكرتير العام للفصل فيه عن طريق محكمة التحكيم بالمركز، ثانيا اختيار هيئة المحكمين والقانون واجب التطبيق على النزاع، ثالثا، الحكم التحكيمي.

ومنه، نتناول دراسة كل إجراء من هذه الإجراءات وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: تقديم طلب التحكيم للسكرتير العام.

نتناول هذا الفرع، من خلال تطرقنا للعناصر التالية:

أولا: شكل الطلب والبيانات الواجب توافرها فيه.

1- شكل الطلب:

يلزم على الطرف المتقدم للتحكيم أمام محاكم المركز، 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، كما يجب أن يكون هذا الطلب كتابيا[2].

2- البيانات الواجب توافرها في الطلب:

ويجب أن يشتمل طلب التحكيم، على معلومات عن طبيعة النزاع، والتعيين بدقة لكل طرف من أطراف النزاع وعنوان كل منهم، والإشارة إلى كون أحد الأطراف مؤسسة أو هيئة تابعة للدولة المتعاقدة، وأن الطرف الآخر يتمتع بجنسية دولة متعاقدة أخرى.

كما يجب على وجه الخصوص تحديد الجنسية في تاريخ الرضا بالتحكيم، وإذا كان الطرف في إجراءات التحكيم شخصا طبيعيا، فيجب عليه بيان جنسيته في تاريخ تقديم طلب التحكيم، وأنه لا يحمل جنسية الدولة الأولى الطرف في النزاع، سواء عند تاريخ الموافقة على التحكيم أو عند تقديم الطلب إلى المركز.

1- Broches, Aron, The Experience of the International Centre of Investment Disputes, Icsid Review, Holtzman, Wise & Shepard of New York, 1985, p 88.

2- المادة (36) من اتفاقية واشنطن.

ويتعين أن يتضمن الطلب المقدم إلى المركز للتحكيم رضاء الأطراف والوثيقة التي سجل فيها هذا الرضاء، مثل اتفاق الاستثمار المبرم بين أطرافه مشتملا على رضاء هذين الطرفين باللجوء إلى المركز لتسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو الاتفاقية الثنائية التي تمت بين الدولة المضيفة للاستثمار والدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي بصدد عرض المنازعات التي تنشأ بين الدول المضيفة ومواطني الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية إلى محاكم المركز للفصل في النزاع القائم بينهم، أو قانون الدولة المضيفة الذي يشير إلى عرض المنازعات التي تثور بينها وبين المستثمرين الأجانب إلى محاكم المركز للتسوية عن طريق وسيلة التحكيم، ورضاء الأطراف بإخضاع النزاع القائم بينهم لمحاكم المركز لتسويته يعد شرطا ضروريا لانعقاد اختصاص المركز للنظر في النزاع بهدف الفصل فيه وتسويته.

كما يجب على الطرف مقدم الطلب أن يوقع على طلبه، وان يقدم منه خمس نسخ إلى المركز مع الرسوم المقررة[1].

ثانيا: ماهية اتفاق التحكيم.

1- تعريف اتفاق التحكيم وتمييزه عن عقد التحكيم:

يتخذ اللجوء إلى وسيلة التحكيم صورة اتفاق بين الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقات قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية، ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد[2].

لما كان اتفاق التحكيم اتفاق بين أطراف العلاقة القانونية على اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم، فهو بالتالي يختلف في مفهومه عن مفهوم عقد التحكيم، فالثاني هو عمل إجرائي يقصد به اختيار أو تعيين المحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع وقبولهم لتلك المهمة، إذن فقعد التحكيم هو عقد يتم بين أطراف النزاع والمحكمين الذين يقومون بالفصل في النزاع، وهو عقد لا يتم إلا إذا حدث النزاع وبموجبه تبدأ إجراءات التحكيم[3].

ويجد عقد التحكيم مجاله الأكثر تطبيقا في التحكيم الحر(Ad Hoc)، حيث يتولى الأطراف أنفسهم تحديد القواعد التي تنظم إجراءات التحكيم، فيأتي إبرام العقد مفيدا في بيان القواعد التي يسير عليها المحكم ويلتزم بها أطراف النزاع، ويعتبر توقيع المحكم على عقد التحكيم بمثابة قبول صريح منه بمهمة الفصل في النزاع.

1- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 53.

2- المادة (7) الفقرة (1) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، يونيو، 1985.

3- أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 53.

ولا يعد عقد التحكيم من العقود الشكلية، فالكتابة فيه ليست شرطا لانعقاده، وإنما هي وسيلة للإثبات فحسب، وهو ما يعني أن المحكم يستطيع أن يقبل مهمته شفاهة، أو باتخاذ أي موقف يدل على قبوله لهذه المهمة، كما لو بدأ في اتخاذ إجراءات الفصل في النزاع، وهو ما يتطابق مع رضائية العقود، أي صحة عقد التحكيم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون حاجة لإتباع شكل معين[1].

أما في التحكيم المؤسسي "النوع من التحكيم المتبع في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، فإن القواعد التي تنظم إجراءات التحكيم يتم تطبيقها مباشرة من قبل المركز دون تدخل من جانب الأطراف، أما عن اختيار المحكمين فيقوم الأطراف باختيارهم إما من داخل القوائم المعدة مسبقا من قبل المركز وبالتالي يتم الحصول على رضاء هؤلاء المحكمين بالفصل في النزاع سلفا.

وأما إذا كان اختيار المحكمين من خارج قوائم المركز، فقبول هؤلاء المحكمين اختيار أطراف النزاع لهم فهذا يعني موافقتهم على الفصل في النزاع، ويتشابه المركز الدولي مع هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس في أن كليهما يمنح الأطراف حق اختيار المحكمين دون التقيد بمسألة القوائم، إلا أن الأخيرة تقوم بتنظيم ذلك من خلال عقد تحكيم صادر عنها تطلب من الأطراف والمحكمين التوقيع عليها بعد استيفاء البيانات الواردة به، وهو العقد الذي اصطلح على تسميته بوثيقة التفويض، وهذه الوثيقة يمكن الاستغناء عنها إذا كانت ستؤدي إلى عرقلة إجراءات التحكيم، إذ تستطيع محكمة التحكيم التابعة للغرفة عند امتناع أحد الأطراف عن اختيار محكمه أو رفض التوقيع على الوثيقة، أن تقوم مباشرة بتعيين المحكم والتصديق عليها والبدء في اتخاذ إجراءات الفصل في النزاع.

وعلى الرغم من أهمية عقد التحكيم في تحديد بعض المسائل الهامة، إلا أنه يعتبر عقد غير لازم وخاصة في التحكيم المؤسسي، فهو ليس الأساس الذي يستند إليه المحكم في تسوية النزاع، كما يفقد كل قيمة قانونية له إذا لم يوجد اتفاق التحكيم أو جاء الأخير غير صحيح، فاتفاق التحكيم هو الأساس الذي يستند إليه المحكم في تسوية النزاع، بل هو أساس عملية التحكيم بأكملها، أما الثاني فهو تابع لاتفاق التحكيم، ولا يظهر إلا في مرحلة الإجراءات بقصد تعيين المحكم وتحديد مهمته، بالإضافة إلى تنظيم بعض المسائل الإجرائية الأخرى.

2- الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم:

لبيان الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، يجمع الفقه على أنه اتفاق من نوع خاص، فهو لا يمكن إدراجه تحت أية طائفة من طوائف العقود التي ينظمها القانون الخاص، بما في ذلك عقد الصلح والذي يمكن أن يقترب منه على اعتبار أنه يقوم على حسم نزاع قائم بين طرفين، ذلك أن عقد الصلح تتجه فيه نية الأطراف إلى تسوية النزاع بطريقة ودية، وذلك بأن ينزل كل طرف على وجه التقابل عن جزء من حقوقه، وهذا التنازل المتبادل هو الأساس الجوهري الذي يتم به الفصل في النزاع.

1- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 593.

أما اتفاق التحكيم فلا يهدف إلى تسوية النزاع بشكل ودي، وإنما يهدف إلى حسمه في شكل قضائي خاص، وبإعمال القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، الأمر الذي لا يحدث معه تنازل من أي نوع، سواء عن الحق في الدعوى أو عن الحق محل النزاع[1].

ولا يدخل اتفاق التحكيم في عداد الأعمال الإجرائية، ذلك أن هذا الاتفاق يبرم قبل بدء النزاع، فلا يمكن اعتباره عنصرا من عناصرها، ويشهد على انتفاء صفة العمل الإجرائي عن اتفاق التحكيم الحقائق التالية:

أ- إن القانون الذي يحكم صحة اتفاق التحكيم سواء من الناحية الموضوعية أو الناحية الشكلية ليس هو القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

ب- إن المحكم المنوط به سلطة الفصل في النزاع لا يشارك في صنع هذا الاتفاق ولا يؤثر قبوله أو رفضه لمهمة الفصل في النزاع على صحة أو بطلان اتفاق التحكيم.

ج- عدم خضوع اتفاق التحكيم لشكلية العمل الإجرائي، كقيام موظف عام بالتوقيع أو التصديق عليه[2].

ومتى انتفى عن اتفاق التحكيم وصف العمل الإجرائي، فإنه يصبح من عداد التصرفات القانونية، ذلك أن هذه التصرفات ينتفي عنها وصف العمل الإجرائي، والواقع أن الهدف من نفي صفة العمل الإجرائي عن اتفاق التحكيم هو إقرار حقيقة واقعة، وهي أن هذا الاتفاق لا يقف دوره عند مجرد طرح النزاع على التحكيم، وإنما يؤثر بشكل مباشر وفعال في إيجاد الحل القانوني المناسب لتسوية النزاع.

وبالتالي فإن لاتفاق التحكيم طبيعة خاصة ومستقلة عن أي اتفاق قانوني آخر، فهو إذا كان في عمومه وشموله أحد التصرفات القانونية التي تصدر عن إرادتين أو أكثر، إلا أنه في خصوصيته وذاتيته يعد الدعامة الأساسية في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية.

3- خصائص اتفاق التحكيم:

يتميز اتفاق التحكيم ببعض الخصائص باعتباره تصرفا قانونيا وتتمثل فيما يلي:

أ- اتفاق التحكيم من التصرفات الملزمة للجانبين:

من أولى الخصائص التي يتميز بها اتفاق التحكيم، هو أنه تصرف يلتزم به أطرافه، بمعنى أن الالتزامات التي ينشئها تثقل كلا من طرفيه، ولا عجب في ذلك فهو تصرف يقوم على الإرادة، فهي التي تنشئه حتى ولو تتطلب القانون أن تفرغ في شكل معين (الكتابة)، وتتجه إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم إلى إحداث أثر قانوني معين، يتمثل في استبعاد قضاء الدولة من الاختصاص بنظر المنازعات التي نشأت أو

1- أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 54 – 55.

2- فتحي والي، الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 900.

يمكن أن تنشأ عن العقد التجاري الدولي المبرم بينهم ليتم الفصل فيها من محكم أو عدة محكمين، ويظل الطابع الملزم لاتفاق التحكيم قائما حتى ولو انتهت المدة التي حددها الأطراف لصدور حكم التحكيم، هذا ويترتب على كون اتفاق التحكيم تصرفا ملزما للجانبين، أنه لا يجوز لأحد الأطراف الانسحاب منه بإرادته المنفردة[1].

والالتزام الذي يفرضه اتفاق التحكيم هو التزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أن كل طرف يلتزم من ناحية باتخاذ إجراءات التحكيم، وأن يشارك في استكمال هذه الإجراءات، ومن ناحية أخرى يمتنع على كل طرف أن يعرض هذا النزاع أمام قضاء دولته أو قضاء دولة الطرف الآخر أو قضاء أية دولة أخرى، وبتنفيذ كل طرف لهذين الالتزامين معا، (إيجابا وسلبا)، يكون قد حقق النتيجة التي يفرضها عليه هذا الالتزام، فإذا لم يف أحد الأطراف بهذه الالتزامات يكون ذلك مخالفا للمبادئ التي باتت راسخة في قانون التجارة الدولية[2].

ب- اتفاق التحكيم يكتسب وصف كل من الالتزام المنجز والالتزام المعلق:

يتميز اتفاق التحكيم باعتباره تصرفا قانونيا، بأنه يجمع بين وصف كل من الالتزام المنجز والالتزام المعلق، فهو التزام منجز إذا تم الاتفاق عليه بعد نشأة النزاع (المشارطة)، حيث يتم تنفيذ الاتفاق مباشرة باتخاذ إجراءات التحكيم.

وهو التزام معلق إذا تم الاتفاق عليه قبل نشأة النزاع (شرط التحكيم)، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الالتزام معلقا على شرط واقف، هو حدوث النزاع وهو أمر قد يقع أو لا يقع، هذا ولا يسوغ لأحد طرفي الاتفاق المعلق على شرط واقف أن يستقل بنقضه دون إرادة الطرف الآخر[3].

4- أشكال شرط التحكيم:

وتتمتع المنظومة الإجرائية التي ينتهجها المركز بمرونة كبيرة، حيث تسمح بأن يتم التعبير عن الرضاء باللجوء للتحكيم بالمركز في أشكال متعددة يتخذها اتفاق التحكيم مثل شرط التحكيم، مشارطة التحكيم، أو شرط التحكيم بالإحالة.

واتفاق التحكيم يمكن أن يأتي قبل نشأة النزاع (شرط التحكيم)، أو بعده (مشارطة التحكيم)، أو أن يأتي الاتفاق من خلال الإحالة إلى عقد أو مستند يشتمل على شرط التحكيم (شرط التحكيم بالإحالة).

1- محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 104.

2- مثل مبدأ "التعهدات ملزمة" و مبدأ "حسن النية في تنفيذ الاتفاقات الدولية".

3- عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام، جامعة القاهرة، القاهرة، 1991، ص 144.

أ- شرط التحكيم:

*** تعريفه:**

يقصد به أن يتفق الأطراف على شرط بمقتضاه يلتزم الأطراف بإخضاع منازعاتهم التي قد تنشأ بينهم مستقبلا عن العقد المبرم بينهم إلى التحكيم.

ويتبين من ذلك، أن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه بين الأطراف قبل حدوث النزاع، وهو يأتي كشرط من شروط العقد، إلا أن هذا لا يمنع من أن يرد شرط التحكيم مستقلا عن العقد، وذلك كأن يبرم العقد أصلا خلوا منه ثم يتفق الأطراف عليه بعد ذلك من غير أن يكون هناك ثمة نزاع نشأ بينهم[1].

والعبرة هنا إذن بلحظة الاتفاق على شرط التحكيم، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل ميلاد النزاع، فذلك بما يعرف بشرط التحكيم، ويستوي بعد ذلك أن يأتي في العقد نفسه أو مستقلا عنه.

وقد أقرت الكثير من القوانين الوطنية استقلالية شرط التحكيم، كما ذهبت بعض الدول إلى الاعتراف بهذا المبدأ فحسب في مجال التحكيمات الدولية، وهذه الاستقلالية تعني من ناحية إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، كما يعني من ناحية أخرى عدم تأثر التحكيم بأي بطلان أو فسخ يتعرض له العقد الأصلي.

وقد أكد القضاء التحكيمي هذه الاستقلالية في العديد من منازعات الاستثمار، فعلى سبيل المثال في قضية Losinger ضد الحكومة اليوغوسلافية، دفعت الحكومة اليوغسلافية أمام هيئة التحكيم بأن شرط التحكيم لم يعد له وجود على إثر إنهاء مجلس الوزراء اليوغسلافي للعقد الأصلي، وقد رفض هذا الدفع على أساس وجود قضاء مستقر يجعل من فسخ العقد بالإرادة المنفردة مجردا من كل أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، والذي يتعين الإبقاء عليه لحين الفصل في بواعث هذا الإنهاء المبستر للعقد[2].

ويستوي أيضا بالنسبة لإجراءات تحكيم المركز، أن يتخذ الشرط صورة الشرط النموذجي التي تصدر عن مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، كأن توضع صيغة معينة للشرط ينتهجها الأطراف في صياغة شروطهم التحكيمية، أو شروط يتولى الأطراف أنفسهم صياغتها دون التقيد بالصياغة النموذجية الصادرة عن مراكز التحكيم، وهذه الشروط سواء كانت نموذجية أومن صنع الأطراف قد تحدد المراكز التي يمكن اللجوء إليها في حالة قيام النزاع، أو تجعله تحكيما حرا أو خاصا حيث يقوم الأطراف أنفسهم بتنظيم إجراءات التحكيم.

1- سامية راشد، المرجع السابق، ص 75.

2- عصام القصبي، المرجع السابق، ص 169 - 170.

*** أنواع شرط التحكيم:**

يتنوع شرط التحكيم بحسب مجال ما يتناوله التحكيم في العقد، وكذلك من حيث تنظيمه للتحكيم عند وقوع نزاع مسبق بين أطراف العقد الأصلي:

✓ **شرط التحكيم من حيث المجال:**

وينقسم إلى شرط تحكيم عام وشرط تحكيم خاص.

- **شرط التحكيم الخاص**

وهو الشرط الذي يقضي بتعهد الأطراف المتعاقدة على إحالة ما قد يثور من منازعات مستقبلية بخصوص مسألة أو مسائل محددة إلى التحكيم، وغالبا ما يوضع شرط التحكيم مقترنا ومستعينا بوسائل لتسوية المنازعات، كالمفاوضات أو التوفيق أو غير ذلك من الوسائل الدبلوماسية التي يتوسم الأطراف أنها تعاونهم على التوسل إلى تسوية عادلة للنزاع القائم ومرضية لأطراف هذا النزاع.

- **شرط التحكيم العام**

وهو الشرط الذي يقضي يتعهد الأطراف المتعاقدة بإحالة ما يتوقع أن يثور بينهم من خلافات بشأن أية مسألة من مسائل الاتفاق المبرم بينهم دون استثناء أو مع وجود استثناءات محددة صراحة إلى التحكيم، و ذلك بمعنى أن قاعدة التعهد هي خضوع كل الخلافات للتحكيم[1].

✓ **شرط التحكيم من حيث تنظيمه لعملية التحكيم:**

كما ينقسم شرط التحكيم من حيث تنظيمه للتحكيم، إلى مجرد تعهد تحضيري أو أن يكون تعهدا منظما للتحكيم:

- **شرط التحكيم التحضيري (الفارغ)**

يطلق البعض على شرط التحكيم التحضيري بشرط التحكيم الفارغ أو التعهد التمهيدي، ذلك أن شرط التحكيم في هذه الحالة يعد مجرد تعهد تحضيري يقضي بأن يعرض على محاكم التحكيم ما قد يثور بين الأطراف من منازعات، دون أن يتضمن أية قاعدة بشأن تنظيم التحكيم.

وتبرز الصفة التحضيرية لهذا الشرط في أن الأطراف المتفقين عليه لا يستطيعون الانتقال مباشرة إلى التحكيم، بل يجب أولا على تحديد موضوع النزاع وتشكيل المحكمة.

1- إبراهيم محمد العناني، المرجع السابق، من ص 137 إلى ص 139.

- **شرط التحكيم التنظيمي**

وهنا لا يقتصر شرط التحكيم على أن يكون ذا دور تحضيري، بل يتضمن إلى جانب التعهد باللجوء إلى التحكيم نصوصا بشأن تنظيم التحكيم، وبخاصة تشكيل المحكمة وعدد المحكمين وكيفية اختيار رئيس المحكمة إلى غير ذلك من الأمور الإجرائية والموضوعية الخاصة بالعملية التحكيمية[1].

ب- مشارطة التحكيم:

مشارطة التحكيم هي اتفاق يتم بين الأطراف على تسوية نزاع قد نشأ بينهم بالفعل، وذلك عن طريق التحكيم، وتختلف مشارطة التحكيم بهذا المعنى عن شرط التحكيم، فإذا كان هذا الأخير يتم الاتفاق عليه قبل قيام النزاع ويأتي في الغالب كشرط من شروط العقد، أو قد يأتي أحيانا مستقلا عنه، فإن المشارطة يتم الاتفاق عليها بعد قيام النزاع، وفي اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، ولا يتم اللجوء إلى مشارطة التحكيم، إلا إذا خلا العقد الذي تم إبرامه بين الأطراف من شرط التحكيم، فإذا وجد هذا الأخير فإنه يعني عن تحرير تلك المشارطة.

ج- شرط التحكيم بالإحالة:

يقصد بهذا الشرط إشارة المتعاقدين في عقد من عقود الاستثمار أو في الاتفاق المبرم بينهم إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد، ويقتضي شرط التحكيم بالإحالة أن العقد الأساسي الذي أبرم بين المتعاقدين قد جاء خلوا من شرط التحكيم العادي، وتتجه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بالشروط العامة أو العقود النموذجية لتنظيم وتكملة ما ورد بالعقد من أحكام سواء جاءت بالإحالة إلى الشروط العامة أو العقود النموذجية أو آية وثيقة أخرى، ويشترط في شرط التحكيم بالإحالة وجود صلة أو ارتباط بين العقد المتضمن للإحالة والوثيقة المحال إليها[2].

د- قوانين الاستثمار الوطنية:

وقد توافق الدول المضيفة للاستثمار على اللجوء إلى التحكيم تحت مظلة المركز الدولي عن طريق إبراز هذه الرغبة في قوانينها، حيث تنص تلك الدول في أحد القوانين الصادرة عنها على إحالة المنازعات الناشئة عن الاستثمار للتحكيم، فإذا نشأت منازعة بين الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة وبينها وكانت تخضع لهذه القوانين، فإن الرضاء بالخضوع لأحكام اتفاقية المركز يتحقق بمجرد قبول هذا الطرف الأجنبي الإيجاب السابق الصادر عن الدولة في صورة هذه النصوص القانونية[3].

وعلى سبيل المثال، تنص المادة الثامنة من القانون المصري لاستثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة بالقانون رقم (43) لسنة 1974 معدلا بالقانون (31) لسنة 1977 على ما يلي: "تتم تسوية

1- أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 23 – 24.

2- أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 43 – 44.

3- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 263.

منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون، أولا بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، ثانيا في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إلى جمهورية مصر العربية في الأحوال التي تسري فيها[1].

وتأتي قضية هضبة الأهرام كنموذج واضح على أن نص اللجوء إلى التحكيم في حالة قيام المنازعات، قد يأتي متضمنا في القوانين التي تصدرها الدولة والخاصة بتشجيع الاستثمارات، وقد قامت الحكومة المصرية بالاعتراض على انعقاد اختصاص المركز بالنظر في النزاع القائم بينها وبين شركة (SPP) لعدم موافقة الحكومة المصرية ورضاءها عن اللجوء إلى التحكيم بالمركز للتسوية، إلا أن السكرتير العام للمركز قد أعلن عن انعقاد اختصاص المركز، على الرغم من اعتراض الحكومة المصرية على انعقاد هذا الاختصاص، معللا ذلك بتوافر جميع اشتراطات انعقاد اختصاص المركز للنظر في النزاع، وذلك من حيث أن النزاع قانوني ناشئ عن استثمار، وأن جمهورية مصر العربية دولة طرف في اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز، كما أن شركة (SPP) تنتمي بجنسيتها إلى إحدى الدول الطرف في الاتفاقية أيضا، وأنه قد صدر رضاء صحيح من الأطراف عن اللجوء إلى التحكيم بالمركز.

والحقيقة أن الرضاء باختصاص محاكم تحكيم المركز بالنظر في النزاع كان محلا لخلاف وجدل قانوني بين الطرفين، حيث تمسكت (SPP) بأن نص المادة (8) من قانون الاستثمار المصري رقم (43) لسنة 1974، يعد بمثابة رضاء من جهة الحكومة المصرية عن التحكيم أمام محاكم المركز، بينما احتجت الحكومة المصرية بأن هذا النص يشير فقط إلى إمكانية تقديم النزاع وفقا لأحكام الاتفاقية كإحدى الوسائل المتعددة المذكورة، وأن اختيار التحكيم أمام محاكم المركز كوسيلة لتسوية النزاع كان يتطلب خطوة إضافية أخرى وهي الاتفاق عليه بين الطرفين، ولقد اتخذت محكمة التحكيم موقفا من هذه المسألة مقررة أن نص المادة (8) من قانون الاستثمار المصري يقضي صراحة بأن منازعات الاستثمار يتم تسويتها بأحد السبل الثلاثة المنصوص عليها، وهي إما شرط صريح يقضي باللجوء إلى التحكيم، أو اتفاقية ثنائية، أو اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول أطراف الاتفاقية ومواطني الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية، ولما كان السبيل الأخير هو القائم فيعتبر إلزاميا لما يمثل من رضاء الأطراف على اختياره[2].

وعلى الرغم من اختلاف أشكال السابقة للاتفاق على اللجوء إلى وسيلة التحكيم، إلا أنه لا بد وأن يتسلم السكرتير العام للمركز طلبا كتابيا من أحد طرفي النزاع، وأن يتضمن هذا الطلب الرضاء كتابة، ويسمى هذا الطلب أو وثيقة الرضاء هذه "بوثيقة التفويض"، حيث يفوض أطراف النزاع المركز ومحاكمه بتسوية النزاع القائم بينهم[3].

1- أحمد عشوش، المرجع السابق، ص 13.

2- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 79 - 80.

3- أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 38.

ويكون للسكرتير العام للمركز القدرة على قبول أو رفض تسجيل التحكيم، إذا رأى أن هذا الطلب يقع أو لا يقع بطريقة واضحة داخل دائرة اختصاص المركز، فإذا تأكد لدى السكرتير العام توافر شروط انعقاد اختصاص المركز للنظر في النزاع، فإنه يقوم بتسجيل الطلب وإعلان الأطراف بقبول المركز بتسجيل طلب اللجوء إلى التحكيم[1].

الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم واختصاصاتها.

نتولى دراسة هذا الفرع، من خلال عنصرين اثنين، نتناول في العنصر الأول تشكيل هيئة التحكيم التي تتولى مهمة الفصل في النزاع، وفي العنصر الثاني نقوم بتحديد اختصاصاتها، وهذا على النحو التالي:

أولا: قواعد تشكيل هيئة التحكيم.

سنتولى بيان هذا التشكيل، من خلال البحث في تأليف محكمة التحكيم، والقواعد الخاصة باستبدال المحكمين وتنحيتهم.

تتميز القواعد المنظمة لإجراءات المركز، بقدر كبير من المرونة، بمعنى أن للأطراف الاتفاق على خلافها، ومن ذلك القواعد الخاصة بتشكيل محكمة التحكيم.

وبموجب المادة (37) من الاتفاقية، تشكل محكمة التحكيم بعد تسجيل الطلب من محكم واحد أو عدد من المحكمين، يجب أن يكون فرديا في جميع الأحوال[2].

والأصل أن يقوم الأطراف بتعيين هيئة التحكيم، أما في حالة تعذر اتفاق الأطراف على عدد المحكمين أو طريقة تعيينهم، فتشكل المحكمة من ثلاثة محكمين، يعين كل طرف محكما، وأما المحكم الثالث، فيتم تعيينه باتفاق بين الطرفين، تسند إليه رئاسة المحكمة[3].

ويجب أن يتم تشكيل المحكمة، خلال المدة التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود ا تفاق بينهما على مدة يجب خلالها تشكيل المحكمة، فإنه يتوجب أن تشكل قبل مرور 90 يوما من الإخطار الذي يرسله السكرتير العام إلى الأطراف بتسجيل طلب التحكيم[4].

وإذا ما انفضت هذه المدة، أو المدة المتفق عليها بين الأطراف، ولم يتم تشكيل المحكمة، فيقوم رئيس المجلس الإداري بناءا على طلب صاحب المصلحة في التعجيل وبالتشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد، شريطة ألا يكونوا من رعايا الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، أو الدولة المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع.

1- المادة (39) الفقرة (1) و (2) و (3) من اتفاقية واشنطن.

2- المادة (37) الفقرة (02) البند (أ) من اتفاقية واشنطن.

3- المادة (37) الفقرة (02) البند (ب) من اتفاقية واشنطن.

4- المادة (38) من اتفاقية واشنطن.

وعلى خلاف الحال بالنسبة للتوفيق، تشترط الاتفاقية ألا تكون الأغلبية في محكمة لتحكيم لمحكمين من جنسية طرفي النزاع، إلا أنه استثناء يجوز ذلك في حالة اتفاق الأطراف على محكم وحيد، أو اتفاقهم على كامل أعضاء المحكمة[1].

وانسجاما مع المرونة التي تتميز بها الاتفاقية، أجازت المادة (40) منها للأطراف اختيار المحكمين من خارج القوائم، شريطة توافر ذات الشروط والمؤهلات المطلوب توافرها في المحكمين الواردة أسماؤهم في القوائم[2].

ولقد حددت الاتفاقية، ما يجب أن يتوافر في المحكمين عندما نصت على أنه: "يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبي رفيع ومن المشهود لهم بتخصصهم وكفايتهم 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"[3].

ويلاحظ مما تقدم، أن النصوص الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، هي تلك التي تقضي بأن يكون عدد المحكمين فرديا في جميع الأحوال، وأن يكون المحكمون من ذوي الأخلاق، وممن يعترف بكفاءتهم وقدرتهم في المجالات ذات الصلة، وأن يكون الأغلبية في هيئة التحكيم من مواطني دولة غير الدولة المتعاقدة، والطرف في النزاع أو الدولة التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع، مع ملاحظة عدم انطباق هذا النص في حالة ما إذا كان الحكم الوحيد أو المحكمين في حالة تعددهم قد تم تعيينهم باتفاق الطرفين.

ثانيا: اختصاصات هيئة التحكيم.

إعمالا للقاعدة العامة، التي تقضي باختصاص الهيئة القضائية الدولية بتحديد اختصاصها، وتماشيا مع الاتجاه الذي أخذت به الاتفاقية بالنسبة للجنة التوفيق، نصت الاتفاقية على اختصاص محكمة التحكيم بتحديد اختصاصها، أي أن الاتفاقية جعلت من محكمة التحكيم قاضية بنفسها في شأن مدى اختصاصها بنظر النزاع المطروح أمامها[4].

وعلى ذلك، يجوز لها أن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص والذي يثار من قبل أحد الأطراف، والمتضمن خروج لنزاع من اختصاص المركز، أو أنه لا يدخل لأسباب أخرى في اختصاص اللجنة، أما باعتبارها مسألة أولية قبل الفصل في الموضوع أو ضم مثل هذا الدفع إلى الموضوع والفصل فيهما معا في وقت واحد[5].

1- المادة (39) من اتفاقية واشنطن.

2- المادة (40) الفقرة (02) من اتفاقية واشنطن.

3- المادة (14) الفقرة (01) من اتفاقية واشنطن.

4- المادة (41) الفقرة (01) من اتفاقية واشنطن.

5- المادة (41) الفقرة (02) من اتفاقية واشنطن.

ويجوز إبداء الدفع بعدم الاختصاص وفقا للاتفاقية في أي مرحلة من مراحل الخصومة، الأمر الذي يعني إيقاف خصومة التحكيم في كل مرة يثار فيها هذا الدفع.

وكان من الأفضل، لو أن الاتفاقية حددت ميعادا معينا للدفع بعدم الاختصاص[1]، وتأسيسا على ذلك، أوقف المركز النظر في نصف المنازعات التي عرضت عليه خلال مسيرة عمله، بناء على اعتراضات الدول الأعضاء[2].

وتختص محكمة التحكيم أيضا بالفصل في كافة الطلبات العارضة والإضافية والمقابلة التي ترتبط بشكل مباشر بموضوع النزاع، إذا ما توافر الشرطان التاليان:

1- اتفاق الأطراف على ذلك:

بمعنى، أن تكون داخلة في نطاق اتفاق الطرفين على التحكيم ولم يسبق لهما وأن اتفقا على استبعادها، وهذا يعين أن للأطراف الاتفاق على عدم اختصاص المحكمة بذلك، وهو الأمر الذي يستفاد من نص المادة (46) من الاتفاقية.

2- أن تكون هذه الطلبات داخلة في اختصاص المركز:

وتختص محكمة التحكيم بالتوجه باتخاذ ما تراه مناسبا من التدابير التحفظية، والتي تستهدف فقط المحافظة على حقوق الأطراف[3]، وذلك بتوافر شرطين، هما اتفاق الأطراف على ذلك، والشرط الثاني، إذا تطلبت الظروف المحيطة بالنزاع اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

وللمحكمة، سلطة تحديد الوثائق المطلوبة والأدلة[4]، كما وأن لها الانتقال إلى الأماكن المرتبطة بالنزاع للمعاينة، وللقيام بالتحريات التي ترى المحكمة لزومها[5]، واختصاص المحكمة في هذا الشأن هو اختصاص مانع.

ومن الأمثلة على ذلك، ما ذهبت إليه محكمة استئناف "الرين" الفرنسية عام 1984، في قضية جمهورية غينيا الشعبية الثورية ضد ترايتون الأطلنطي.

<u>الفرع الثالث</u>: حضور الخصوم وغيابهم.

تتطلب الاتفاقية مثول الخصوم أمام محكمة التحكيم[6]، إلا أنه على خلاف الحال بالنسبة للتوفيق، فإن غياب أحد الخصوم أو امتناعه عن تقديم أوجه دفاعه لا يؤدي إلى وقف الإجراءات، وإنما لمحكمة

1- مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص187.

2- وذلك بناء على نص المادة (42) الفقرة (02) من اتفاقية واشنطن.

3- هذين الشرطين، تم النص عليهما في المادة (06) من اتفاقية واشنطن.

4- المادة (43) الفقرة (أ) من اتفاقية واشنطن.

5- المادة (43) الفقرة (ب) من اتفاقية واشنطن.

6- المادة (45) من اتفاقية واشنطن.

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 ممتنع عن تقديم أوجه دفاعه مهلة للمثول أمامها أو تقديم أوجه دفاعه.

إلا أنه في الحالة التي يثبت فيها للمحكمة عدم توافر النية لديه بالحضور أو السير في الخصومة، فإن لها أن تتابع السير في الإجراءات وتصدر حكمها غيابيا.

ويؤخذ على الاتفاقية في هذا الشأن، عدم إتاحتها للخصم المتغيب الطعن في الحكم بالمعارضة نتيجة لفشله في المثول أمامها، وهو الأمر الذي يدفع إلى القول بأنه كان من الأنسب لو أن الاتفاقية جاءت على بعض الضمانات التي تكفل حضور الطرف الذي يخفق في الظهور أمام المحكمة ودون تقصير منه، إذ لا يكفي عدم ظهور هذا الطرف أمام المحكمة في المهلة المحددة كقرينة على عدم رغبته في متابعة الدعوى أمام المحكمة.

ومع ذلك، فإن الاتفاقية لم تجعل من غياب أحد الأطراف خطأ يستوجب توقيع جزاء عليه أو حرمانه من الضمانات المعتادة[1]، لذلك تنص الاتفاقية على أن غياب الخصم أو عدم تقديمه مذكرة بأوجه دفاعه لا يعتبر تسليما بادعاءات الطرف الآخر، بل يبقى الفصل في الخصومة خاضعا للقواعد الإجرائية المطبقة، سواء من حيث عبئ الإثبات أو من حيث تكوين المحكمة لعقيدتها أو من حيث تسبب الحكم[2].

<u>الفرع الرابع</u>: اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع.

تنص أحكام اتفاقية واشنطن على:

"أ- تفصل محكمة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفقا لقواعد القانون التي قام أطراف النزاع باختيارها، أما في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فإن المحكمة تقوم بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالنزاع المعروض عليها،

ب- لا يمكن للمحكمة أن ترفض الفصل في المنازعة بحجة سكوت القانون عن التعرض للمسألة محل النزاع أو غموضه،

ج- لا تنال نصوص الفقرتين السابقتين من سلطة محكمة التحكيم في أن تفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف إذا اتفق الأطراف على ذلك"[3].

1- مصطفى خالد مصطفى النظامي، المرجع السابق، ص 189.

2- المادة (45) الفقرة (01) من اتفاقية واشنطن.

3- المادة (42) من اتفاقية واشنطن.

ويتضح من نصوص هذه المادة، أن هناك فرضين يتم من خلالهما إعمال نصوص القانون واجب التطبيق على النزاع، وهما الاختيار الصريح بين الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، و غياب الاتفاق بين الأطراف على ذلك وهذا ما سوف نعالجه في النقاط التالية:

أولا: اتفاق الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع:

تستند اتفاقية واشنطن في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع على النظرية الموضوعية التي سبق أن أشرنا إليها في هذه الدراسة، حيث تجعل أحكام اتفاقية واشنطن، بصدد اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، من إرادة الأطراف المبدأ الأساسي الذي يحكم تعيين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه، وغالبا ما تقوم هذه الإرادة باختيار القانون الذي تراه ملائما لطبيعة النزاع القائم.

وتظهر لمسات النظرية الموضوعية هنا في ضرورة تواجد نظام قانوني حاكم للعقد، وذلك للرجوع إلى أحكامه لتنظيم العلاقة بين طرفي العقد، وكذلك الاحتكام إلى موارده في حالة قيام النزاع بين هذه الأطراف، وعلى الرغم من أن الأساس هنا هو ضرورة وجود هذا النظام القانوني، إلا أن الإرادة تلعب دورا هاما وحاسما في اختيار هذا النظام القانوني، فالإرادة تقوم بدو ضابط الإسناد الذي يحدد النظام القانوني واجب التطبيق على النزاع.

واختيار 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 عدم 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 النزاع[1].

ويجوز للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل يتم إعماله على النزاع القائم، كما يجوز لهم اختيار طائفة معينة من القواعد القانونية التي تراها الأطراف ملائمة للفصل في النزاع القائم بينهم، فعلى سبيل المثال يجوز للأطراف اختيار قانون الدولة الطرف في النزاع، قانون الدولة التي ينتمي إليها الطرف الأجنبي الخاص بجنسيته، قانون دولة ثالثة، قواعد النظام القانوني الدولي الملائمة للفصل في النزاع أو المبادئ العامة للقانون[2].

ويثور تساؤل هنا عن كيفية التعبير عن اختيار القانون الواجب إعماله على النزاع محل التسوية، بمعنى هل يشترط أن يكون التعبير عن هذا الاختيار صريحا، أم أنه يمكن استنتاجه من دلائل تفيد التركيز الموضوعي للعقد في قانون معين، وذلك على الرغم من أن إرادة الأطراف لم تقم بالاختيار الصريح لهذا القانون، بمعنى أن يكون التعبير عن هذا الاختيار ضمنيا؟

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 512.

2- جلال وفاء محمدين، المرجع سابق، ص 59.

يذهب اتجاه من الفقه، إلى أنه يتعين على الأطراف من أجل الإفادة من الحق الذي تخوله لهم اتفاقية واشنطن، أن يقوموا بتعيين القانون واجب التطبيق على العقد من خلال تبني مجموعة من الشروط لا تخضع لشكل خاص، ولكنها يجب أن تكون واضحة ومعبرة عن هذا الاختيار، وذلك بغض النظر عن الوقت الذي يتم فيه هذا الاختيار أثناء إبرام العقد، أو أثناء الاتفاق على شرط التحكيم، أو أثناء سير عملية التحكيم.

إلا أن ثمة انتقاد وجه إلى هذا الاتجاه، ومؤداه أن التعبير الصريح عن القانون الواجب تطبيقه على النزاع قد يؤدي وفقا إلى ما يذهب إليه البعض، إلى انصراف الأطراف المعنية عن عرض المنازعات الناشئة بينهم على المركز.

إلا أنه ردا على هذا الانتقاد، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القبول بفكرة الاختيار الضمني قد يؤدي في بعض الأحوال إلى عدم لجوء الدول المضيفة للاستثمار لعرض منازعاتها على المركز، وذلك خشية أن يتم استبعاد إعمال قانونها على المنازعة تحت ستار الإرادة الضمنية من قبل هيئة التحكيم من خلال معايير شخصية خاصة بالمحكمين ويغلب عليها طابع الظن لا اليقين، كما أن مصلحة المستثمر تظل في ضوء هذا الاختيار الصريح مصونة، لا تمس من خلال إعمال مبادئ وقواعد القانون الدولي، التي لا يتم استبعادها في الاختيار الصريح للأطراف ويقوم المحكم بإعمالها[1].

ويذهب اتجاه آخر من الفقه، إلى القول بأن التفسير الحرفي لأحكام الاتفاقية بصدد اختيار القانون الواجب التطبيق يؤدي إلى عدم اشتراط أن يكون الاختيار صريحا، حيث أنه وفقا لنظرية سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص، فإن مثل هذا الاختيار يمكن استخلاصه من الظروف الكلية المحيطة بالعقد أو من بعض الشروط المدرجة فيه والتي لا تتصل على نحو مباشر ببعض القوانين واجبة التطبيق، وهو ما يعضد فكرة أن يكون اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق اختيارا ضمنيا[2].

ثانيا: غياب الاتفاق بين الأطراف على القانون واجب التطبيق.

عند غياب الاتفاق بين الأطراف على اختيار القانون الذي يجب إعماله من قبل المحكمين على النزاع المعروض على المحكمة، فإن أحكام الاتفاقية تلزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة

1- Khan, Phillippe, "The Law Applicable to Foreign Investments, the Contribution of the World Bank Convention On The Settlement of Investment Disputes", Indian Law Journal, vol, 44, 1968, p p15-16.
2- Goldman, B, "Le Droit Applicable Selon la convention De la B.I.R.D, Du 18 Mars 1965, pour le Règlement des Différends Relatifs Aux Investissent Entre Etas et Ressortissants" Investment Etrangers, Paris, Pedon,1969, p 142.

للاستثمار شاملا القواعد الخاصة بتنازع القوانين[1]، والاستعانة بمبادئ القانون الدولي الملائمة لطبيعة النزاع، وبناءا على ذلك يمتنع في هذه الحالة تطبيق أي قانون وطني آخر، إلا من خلال قواعد تنازع القوانين في الدولة المضيفة للاستثمار[2].

ويرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، إلى رؤية البعض أن القيام باستثمار في دولة معينة يشتمل ضمنيا على الرضا بتطبيق قانون هذه الدولة، حيث أنه القانون الأوثق علاقة بالعقد، وذلك إعمالا بنظرية التركيز التي سبق الإشارة إليها مسبقا في هذه الدراسة، والتي مؤداها أن القانون واجب التطبيق على العقد، هو القانون الذي يتركز فيه العقد، حيث أن نظرية التركيز تقوم على مكان تنفيذ العقد، وهو إقليم الدولة المتعاقدة، وعلى ارتباط هذا العقد بالمصالح الأساسية للدولة المتعاقدة[3].

والواقع أن تطبيق هذه القاعدة يسبب صعوبات كثيرة عندما يكون هناك فجوة أو فراغ في قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وفي هذه الحالة تقوم هيئة التحكيم بالبحث عن القواعد المناسبة والمبادئ الملائمة في القانون الدولي لسد هذه الفجوة وملء هذا الفراغ، فمبادئ القانون الدولي يتم إضافتها إلى قانون الدولة من أجل تكملة ما يعتري هذا القانون من نقص، أو من أجل تفسير بعض مواد القانون التي يشوبها شيء من الغموض، أو تتدخل من أجل إبعاده إذا تبين للمحكمة أن هذا القانون أو بعض مواده يتعارض مع مبادئ القانون الدولي الواجب حمايتها[4].

فكأن المبادئ العامة للقانون الدولي في علاقتها مع القانون الوطني للدولة المتعاقدة، تؤدي دورا تكميليا ودورا تعضيديا ودورا تصحيحيا لما يعتري قانون الأخيرة من نقص[5].

وتكاد تكون اتفاقية واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، هي المعاهدة الدولية التي تشير إلى إعمال القانون الدولي العام، ويرجع ذلك إلى أنه من الناحية الفقهية، لا يوجد ما يحول دون خضوع العقد المبرم بين الدولة وشخص خاص أجنبي للقانون الدولي، فهذا القانون لا ترد على إعمال

1- أنظر في هشام صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 5.

المقصود بتنازع القوانين: هو وجود أكثر من قانون يدعي أنه صاحب سند شرعي في حكم النزاع، وحل مشكلة تنازع القوانين يتم عادة بواسطة إعمال قواعد معينة، تسمى بقواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد.

وقواعد الإسناد هذه هي القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الذي يجب إعماله على المراكز ذات العنصر الأجنبي، فهي قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلة فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية.

وقواعد الإسناد على هذا النحو، هي قواعد يضعها المشرع لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا، أو أكثرها وفاءا لمقتضيات العدالة من وجهة نظره، فقواعد الإسناد تهدف إذن إلى وضع أكثر الحلول مناسبة من وجهة نظر المشرع أو المحكم.

2- المادة (42) من اتفاقية واشنطن.

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 484.

4- Goldman, op.cit, p 151.

5- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 536.

أحكامه أية قيود غير تلك التي تقوم الدول بوضعها، فوفقا لرأي الفقهاء في القانون الدولي، فإن جميع المسائل تصلح لأن تكون محلا للتنظيم الدولي وإعمال قواعد القانون الدولي العام.

وإذا كان لا يمكن قبول ما يزعمه البعض من أن طبيعة القانون الدولي العام تحول دون أن تخضع عقود الدولة لقواعده، نظرا لأن أحد أطراف هذه العقود شخص خاص، فإن مسألة الجزم بمدى صلاحية إعمال قواعد القانون الدولي العام على عقود الدولة في الوقت الراهن تتوقف على مدى تكريس مصادر القانون الدولي لفكر التدويل، فإمكانية تدويل العقد نظريا وفقهيا مسألة منفصلة تماما عن حالة القانون الدولي الوضعي في الوقت الراهن[1].

وإذا كانت المادة (42) من اتفاقية واشنطن تشير إلى إعمال قواعد القانون الدولي العام، فهل يعني هذا تكريس إعمال أحكام القانون الدولي العام على عقود الدولة (عقود الاستثمار بصفة عامة)، كما يذهب جانب من الفقه، وتتضمن في حد ذاتها بذور التدويل بشكل عام على نحو لا يمكن تجنيه؟[2]

على الرغم من أنه لا توجد إجابة قاطعة على هذا التساؤل، لعدم الوضوح في المادة (42)، إلا أن الثابت أن هذه المادة لا تشير إلى إعمال قواعد القانون الدولي العام صراحة، إلا في حالة عدم وجود إرادة صريحة من الأطراف بشأن اختيار القانون واجب التطبيق، ومع ذلك فإن جانبا من الفقه يذهب إلى أن معاهدة واشنطن لا تحول دون إعمال قواعد القانون الدولي العام، إذا كانت إرادة الأطراف قد عينت هذا القانون ليسري على العقد، كما أن المحاكم المنشئة للفصل في النزاع لابد لها وأن تطبق وفقا لأحكام الاتفاق، القواعد القانونية التي اختارها الأطراف ولا تملك استبعادها[3].

وهناك تساؤل يثور وهو المتعلق بمخالفة القانون الوطني للدولة المتعاقدة، والذي تمت الإشارة إلى إعمال قواعده في العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي لقواعد القانون الدولي العام، فهل يتم ترجيح قواعد القانون الدولي أم قواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة؟

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى ترجيح إعمال قواعد القانون الدولي في هذا الفرض، بينما يرفضه البعض الآخر، ومن ثم فإنه لا يمكن إعطاء الأولوية لقواعد القانون الدولي العام على القانون الوطني للدولة المتعاقدة، إلا إذا كانت الدولة المعنية من الدول التي تدين بمبدأ وحدة القانون مع إعطاء الأولوية للقانون الدولي، وذلك على اعتبار أن المحاكم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تعد محاكم دولية والقانون الذي يحدد اختصاصها هو القانون الدولي[4].

لا تختلف اتفاقية واشنطن عن الاتفاقيات الدولية الأخرى المبرمة بصدد أحكام التحكيم التجاري الدولي، وبخاصة اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي، في أن المبدأ الأساسي في اختيار القانون واجب

1- Bettems, Denis, op.cit, p 73 – 74.
2- Bockstiegel, Karl, op.cit., p 160.
3- Broches, Aron, op.cit, p 331.
4- Bettems, Denis, op.cit, p 76.

التطبيق على النزاع هو إرادة الأطراف، حيث أن للأطراف مطلق الحرية في اختيار النظام القانوني الذي يحكم النزاع وإجراءاته للوصول إلى حكم التحكيم.

إلا أن محور الاختلاف بين الاتفاقيتين يتمثل في أن اتفاقية واشنطن تقرر في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف على القانون واجب التطبيق على النزاع، يطبق قانون الدولة المتعاقدة (الطرف في النزاع) بما يشمل من قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي العام.

بينما تقرر اتفاقية جنيف أنه في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف، يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قواعد تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد، ويأخذ المحكمون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية، دون إعمال لأي من قوانين الدول التي يتبعها أطراف الاتفاقية أو الرجوع إلى قواعد ومبادئ القانون الدولي العام[1].

وتختلف أيضا اتفاقية واشنطن عن اتفاقية نيويورك والخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، في أن الأولى لا تولى أية أهمية لقانون مكان صدور الحكم، والمكان التي أجريت فيه عملية التحكيم، أو بمعنى آخر قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

بينما الثانية تولى أهمية كبرى لقانون دولة صدور الحكم، ويتضح ذلك فيما نصت عليه أحكام اتفاقية نيويورك في الحالات التي يمكن لمحاكم الدولة الطرف الاستناد إليها من تلقاء نفسها دون حاجة إلى تقديم طلب من قبل الطرف المعترض على تنفيذ حكم التحكيم، وهي أن يكون موضوع النزاع مما لا يجوز فيه التحكيم طبقا لقانون هذه الدولة "دولة صدور الحكم"، وبناءا عليه يكون النزاع غير قابل للتحكيم طبقا لقانون مكان صدور حكم التحكيم، ذلك أنه لو اتفق الأطراف على التحكيم في موضوع محدد فيجوز للطرف الصادر في غير صالحه الحكم أن يتمسك برفض تنفيذ الحكم، إذا ما ثبت عدم قابلية النزاع للتحكيم وفقا لقانون دولة صدور الحكم إذ يعتبر اتفاق التحكيم في هذه الحالة غير صحيح[2].

وأخيرا تخول الاتفاقية هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المعروضة عليها طبقا لقواعد العدل والإنصاف، والواقع 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 واجبة التطبيق في ضوء اعتبارات العدالة، بل إنها يمكنها أن تفصل في النزاع عندما يقتضي الأمر تغليب قواعد واعتبارات العدالة[3].

إلا أن ثمة انتقاد يمكن توجيه إلى تعبير (اعتبارات العدالة)، هل اعتبارات العدالة هنا اعتبارات شخصية خاصة بالمحكمين، أم أن هناك مبادئ عامة للعدالة يمكن الارتكان عليها للفصل في النزاع، والواقع

1- المادة (7) من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي 1961.

2- منى محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 104 – 105.

3- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 62.

أنه لا يوجد معيار مطلق للعدالة، فمفهوم العدالة نسبي متغير يختلف من شخص إلى آخر، وبالتالي يثور تساؤل هنا عن أي معايير العدالة تقصدها وتعينها أحكام الاتفاقية؟

إن الاتفاق الصريح بين الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع القائم بينهم، هو خير وسيلة للوصول إلى تسوية عادلة للنزاع وحكم منصف لأطرافه، فالتعيين الصريح للقانون واجب التطبيق على النزاع، يجعل الأطراف على ثقة تامة من أن القواعد التي ستطبق على سير العملية التحكيمية بهدف تسوية النزاع منذ البدء فيها وصولا إلى حكم التحكيم، سوف يتم وفق آلية محددة ومنظومة إجرائية دقيقة ومعلومة لطرفي النزاع قامت من الأساس على إرادتهم الحرة واختيارهم الصريح، وبالتالي فالحكم الذي سيتم التوصل إليه من قبل هيئة التحكيم سيكون ناجما ونابعا من التقاء إرادة هذه الأطراف، مما يؤدي إلى إمكانية الانصياع مع الحكم الصادر دون أدنى محاولة من أي طرف لعرقلة تنفيذ هذه الأحكام[1].

الفرع الخامس: الحكم التحكيمي The Award

يعتبر حكم التحكيم الصادر عن محكمة المركز، من أهم الجوانب في العملية التحكيمية والمحصلة النهائية والطبيعية لعمل هيئة التحكيم، وعلى هذا الأساس ستتم دراسة حكم التحكيم وفق العناصر التالية:

أولا: صدور حكم التحكيم.

الحكم التحكيمي هو القرار الذي يفصل في تسوية النزاع، أو في نقطة من نقاطه، أو مطلب من مطالبه فصلا نهائيا ملزما لجميع أطراف النزاع[2].

والمحكم ملزم بتحقيق غاية هي إصدار حكم تحكيمي يفصل نهائيا في النزاع بحكم إلزامي، ويصدر حكم التحكيم كتابة خلال تسعين يوما من انتهاء الإجراءات، بأغلبية أعضاء اللجنة[3]، 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[4].

ويجب أن يكون الحكم شاملا لجميع المسائل التي أثير بشأنها النزاع، ومتضمنا للأسباب التي بني عليها[5]، ويلزم السكرتير العام للمركز بإرسال صورة من الحكم إلى الخصوم فور صدوره، ويعتبر تاريخ إرسال النسخ تاريخا لصدور الحكم[6].

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 487 – 488.

2- عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 300.

3- المادة (48) الفقرة (01) من اتفاقية واشنطن.

4- المادة (48) الفقرة (04) من اتفاقية واشنطن.

5- المادة (48) الفقرة (03) من اتفاقية واشنطن.

6- المادة (49) الفقرة (01) من اتفاقية واشنطن.

ولا يجوز للمركز نشر الحكم، إلا بموافقة طرفي النزاع، وذلك حفاظا على السرية[1]، والتي هي أحد الأسباب الدافعة إلى التحكيم.

ولم تحدد الاتفاقية ميعادا معينا لصدور الحكم، ويستغرق نظر القضية في الغالب أمام المركز مدة عامين ونصف، وفي سبيل تحقيق السرعة في الفصل في مثل هذه القضايا، استحدث المركز نظاما يساعد على ذلك، من خلال عقد اجتماع تمهيدي للأطراف مع هيئة التحكيم، بحيث يتم فيه استعراض المسائل التي لا خلاف عليها، وبحيث تقتصر الإجراءات بعد ذلك على ما هو محل خلاف بينهم.

فالحكم التحكيمي يجب أن يراعي ذلك، فيجب على المحكم أن يبذل أقصى عنايته للخروج بحكم تحكيمي غير معرض لأن يفقد أثره بإبطاله لوجود خلل به، والمحكم يجب أن يبذل عناية خاصة لكي يأتي الحكم 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 للإبطال[2].

ثانيا: الإجراءات الجائز اتخاذها بعد صدور حكم التحكيم من قبل طرفي النزاع.

وعلى الرغم من أن الحكم الصادر من محاكم التحكيم بالمركز يعد حكما نهائيا لا يجوز الطعن عليه من قبل الأطراف، إلا أن أحكام اتفاقية واشنطن أتاحت لأطراف النزاع طلب مراجعة الحكم وتفسيره، بل وإمكانية الدعوى ببطلان حكم التحكيم الصادر.

1- طلب مراجعة الحكم:

تجيز الاتفاقية للأطراف أنه في حالة وجود اختلاف بين الطرفين بالنسبة لمعنى الحكم أو نطاقه، فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب مراجعة الحكم بطلب كتابي يوجه السكرتير العام، على أساس اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر تأثيرا حاسما في الحكم الصادر، وذلك بشرط أن تكون هذه الواقعة مجهولة للمحكمة وللطرف المتقدم بطلب مراجعة الحكم وقت صدور الحكم، على ألا يكون جهل الطالب بها ليس راجعا إلى تقصيره.

ويجب أن يقدم الطلب في خلال تسعين يوما من تاريخ اكتشاف هذه الواقعة، أو في خلال ثلاث سنوات من يوم صدور الحكم، ثم يجوز للمحكمة بعد ذلك إذا رأت أن الظروف تتطلب ذلك أن توقف تنفيذ الحكم إلى أن تصدر قرارها، ويجوز للطرف الذي طلب مراجعة الحكم أن يطلب من المحكمة إصدار قرار مؤقت بوقف تنفيذ الحكم وتستجيب المحكمة لهذا الطلب إلى أن تفصل المحكمة فيه[3].

1- المادة (48) الفقرة (05) من اتفاقية واشنطن.

2- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 490.

3- المادة (51) من اتفاقية واشنطن.

2- طلب تفسير الحكم:

تجيز اتفاقية واشنطن لأي طرف من الأطراف أن يطلب تفسير الحكم أو مضمونه أو نطاقه، على أن يكون هذا الطلب كتابيا ويتم إيداعه لدى السكرتير العام للمركز، ويتم الفصل فيه عن طريق المحكمة التي أصدرت الحكم، وإذا لم يمكن ذلك تؤلف محكمة جديدة للنظر في الطلب، ويجوز لهذه المحكمة أن تصدر قرارا بإيقاف الحكم إيقافا مؤقتا إلى أن تفصل المحكمة في هذا الطلب[1].

3- طلب إبطال الحكم التحكيمي:

تمنح اتفاقية واشنطن أطراف النزاع الحق في طلب إبطال الحكم التحكيمي الصادر من محاكم المركز بصدد تسوية النزاع القائم بينهم، وذلك عن طريق تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام للمركز يستند إلى إحدى مقومات الإبطال التي أجازتها الاتفاقية للأطراف، ويجب تحرير طلب الإبطال في خلال مائة وعشرين يوما من تاريخ صدور الحكم، أما في حالة الغش فيكون تقديم الطلب في خلال مائة وعشرين يوما من تاريخ اكتشافه[2].

وتؤسس الاتفاقية طلب الإبطال على مقومات عدة تتمثل في:

إذا لم يتم تشكيل المحكمة تشكيلا صحيحا.

إذا تجاوزت المحكمة بوضوح حدود سلطتها.

أن تأثيرا غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكم، (كواقعة الرشوة).

إذا لم تراع المحكمة أحد القواعد الإجرائية الأساسية.

إذا لم يذكر الحكم الأسباب التي استند إليها.

وتجيز الاتفاقية للمحكمة المقدم إليها طلب الإبطال، إذا تتضمن الطلب أحد مقومات الإبطال السابقة، أن توقف تنفيذ الحكم مؤقتا إلى أن تصدر قرارا بالفصل في الطلب المقدم إليها[3].

وتتشابه اتفاقية واشنطن مع اتفاقية جنيف في ضرورة اتخاذ الشكل الإجرائي الصحيح لتشكيل محاكم التحكيم، كما أنه يجب أن لا يشمل التحكيم موضوعا أو موضوعات لم يتضمنها اتفاق التحكيم، وبذلك تكون المحكمة قد تجاوزت سلطتها، إلا أن الأولى تختلف عن الأخيرة في أن الأولى لا تطرح إمكانية حكم القانون واجب التطبيق على النزاع على أهلية أو عدم أهلية أطراف النزاع، أو كون اتفاق التحكيم صحيحا، أو غير صحيح بموجب هذا القانون.

بينما الأخيرة تمكن الأطراف مع الدفع ببطلان الحكم التحكيمي، إذا لم تتوافر شروط الأهلية للأطراف طبقا لهذا القانون واجب التطبيق على النزاع، أو أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحا من حيث الشكل

1- المادة (50) من اتفاقية واشنطن.

2- المادة (52) من اتفاقية واشنطن.

3- المادة (52) من اتفاقية واشنطن.

والمضمون طبقا لهذا القانون، ويتضح ذلك في مقومات إبطال الحكم التحكيمي الصادر عن محاكم اتفاقية جنيف[1].

وقد تعددت دعوي الإبطال المقدمة إلى المركز الدولي، والتي أبدت اللجان المؤقتة المختصة رأيها فيه ومن أمثلة هذه الدعاوى، نجد دعوى Klockner ضد حكومة الكاميرون، وهي القضية التي سبق أن أشرنا إليها، وفيها أصدرت محكمة تحكيم المركز حكما لصالح دولة الكاميرون بتعويضها عن الخسائر التي تكبدتها، نظرا لعدم قيام شركة Klockner بإخبار وإعلام حكومة الكاميرون بالمعلومات المتطلبة، حتى يتسنى لحكومة الكاميرون أن تتخذ القرار الصائب بصدد تنفيذ واستكمال الاتفاقات المبرمة بينها وبين الشركة المذكورة.

ولما لم تقم الشركة المذكورة بالإخبار والإعلام المنصوص عليهما في اتفاق الاستثمار المبرم بين الشركة وحكومة الكاميرون، فقد أدى ذلك إلى وقوع خسائر جسيمة تكبدتها دولة الكاميرون، وعلى الرغم من ذلك، فقد أقامت الشركة دعوى إبطال للحكم الصادر لمصلحة دولة الكاميرون أمام اللجنة المؤقتة والتي قامت بدورها بإبطال الحكم التحكيمي.

وقد استندت في ذلك، على أن المحكمة قد تجاوزت سلطاتها في الحكم في القضية، باستنادها إلى مبدأ العدالة بدلا من القضاء طبقا للقانون الفرنسي، والذي كان القانون الذي يحكم موضوع النزاع طبقا لاتفاق الاستثمار، ذلك أن المحكمة لم تقم بالرجوع إلى التقنين الفرنسي في مسألة هامة في القضية، وهي المتعلقة بتنفيذ العقد، ومدى احتجاج أحد الأطراف بعدم تنفيذ التزاماته، لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل، وإنما افترضت أن القانون الفرنسي يقرر نفس الحل كغيره من القوانين الأخرى، حيث أن المبدأ الواجب إعماله هو أحد المبادئ العامة في كل القوانين طبقا لقواعد الإنصاف والعدالة، وقد أفادت هذه العبارة أن المحكمة لم تلتزم بالرجوع إلى نصوص القانون الفرنسي لإعمالها وإنزالها على وقائع النزاع، وإنما لجأت إلى مبادئ العدالة والإنصاف على فرضية أن القانون الفرنسي يأخذ بها، وكان قرار اللجنة هو إلغاء حكم التحكيم كاملا، وذلك على أساس أن هذا الحكم يشكل وحدة واحدة ولا يمكن تجزئته.

1- تتمثل هذه المقومات في:

أ- إذا كان أطراف اتفاق التحكيم وفقا للقانون واجب التطبيق عديمي الأهلية، أو إذا كان اتفاق التحكيم غير صحيح بموجب هذا القانون، أو في حالة إغفال الإشارة إلى ذلك بموجب قانون الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي.

ب- إذا كان الطرف الذي يطالب بإبطال الحكم لم يتم تبليغه أصوليا بتعيين المحكم وبالإجراءات التحكيمية، أو إذا كان قد تعذر عليه أن يقدم أدلته لأي سبب من الأسباب.

ج- إذا كان الحكم التحكيمي يتضمن موضوعا لم يشر إليه الاتفاق التحكيمي، أو أنه يشتمل على قرارات تتجاوز أحكام الاتفاق التحكيمي أو شرط التحكيم.

د- إذا كان تشكيل المحكمة أو القواعد الإجرائية غير مطابقة لاتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، انظر في ذلك: المادة (9) من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي.

وترتب على ذلك إعادة إجراءات التحكيم مرة أخرى، لافتقاد الحكم الأول حجية الشيء المقضي فيه، وفي التحكيم الثاني صدر الحكم لمصلحة الشركة وإن لم تجبها المحكمة لجميع مطالبها، ولقد رفضت اللجنة طلب الإبطال المقدم من حكومة الكاميرون بعد صدور الحكم التحكيمي الثاني[1].

ودعوى شركة Amco الأمريكية ضد جمهورية اندونيسيا، عند انتهاء شركة Amco الأمريكية من أعمال الإنشاء لفندق في مدينة جاكرتا الإندونيسية، قامت الحكومة الإندونيسية بمساعدة قوات الجيش بالاستيلاء على الفندق، وعلى الرغم من أن محكمة التحكيم بالمركز قد أصدرت حكمها في القضية طبقا للقانون الإندونيسي، وهو القانون واجب التطبيق على النزاع وقتئذ، طبقا للاتفاق المبرم بين الأطراف، إلا أن اللجنة المؤقتة رأت المحكمة قد أخطأت في اختيار نصوص القانون الإندونيسي الواجب إعمالها على موضوع النزاع، وأشارت إلى قواعد القانون الدولي العام، واستهدفت بذلك فقط تأكيد وتدعيم الحلول القائمة في القانون الإندونيسي بشأن المسؤولية التعاقدية، وذلك في الوقت الذي كان فيه القانون الإندونيسي هو القانون واجب التطبيق على العقد، ومن ثم تجاوزت المحكمة سلطتها في الفصل في النزاع مما عرض الحكم لإبطال جزء منه[2].

وقد ذهبت المحكمة الثانية، إلى أنه لا يتعين إعمال مبادئ القانون الدولي العام، إلا في حالة عدم وجود نصوص في قانون الدولة المضيفة، أو في حالة تعارض هذا القانون الوطني مع القانون الدولي، بينما اقتصرت محكمة التحكيم الأولى التي عرض عليها النزاع على مجرد الإشارة إلى قانون الدولة المضيفة وإلى قواعد القانون الدولي التي قررت أنها واجبة التطبيق، مقررة بذلك الدور التقريري لمبادئ القانون الدولي[3].

ودعوى شركة Maritime International Nominees Establishment (MINE) ضد حكومة غينيا، اشتمل موضوع اتفاق الاستثمار بين شركة Mine وحكومة غينيا، على قيام الشركة بنشاط النقل لصالح حكومة غينيا، وقد قامت حكومة غينيا بخرق الاتفاق، وإبرام اتفاق آخر سرا لنفس النشاط مع شركة أخرى، مما نتج عنه عدم تنفيذ حكومة غينيا الاتفاق الاستثمار المبرم بينها وبين شركة (MINE).

وقد تقدمت الشركة بطلب عرض النزاع على المركز، حيث أصدرت المحكمة قرارها في 1988/01/06، وقررت فيه المحكمة مسؤولية حكومة غينيا عن تعويض الشركة المذكورة، خاصة وأن سوء النية قد بدا واضحا في إبرام اتفاق السري مع الشركة الأخرى.

وقد صدر الحكم بإلزام حكومة غينيا بأداء تعويض لشركة (MINE) قدره اثني عشر مليونا وأربعمائة وتسعة وخمسون دولار لصالح الشركة، وقد قامت حكومة غينيا بإجراءات إبطال الحكم التحكيمي، بناءا على المادة (52) الفقرة (1)، والمبنية على إخفاق المحكمة في ذكر الأسباب التي استند إليها الحكم، وبناءا على

1- Broches, Observation on The Finalities of ICSID Awards, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol.6, 1999, p 321.

2- Amco V. Republic of Indonesia, Decision of the Award Ad hoc Committee, International Legal Materials, ICSID Case, No Arb /81/1/1886, p 1441.

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 500 – 501.

المادة (48) الفقرة (3)، التي تقضي أنه يتعين على المحكم أن يعالج كل مسألة قدمت إلى المحكمة، وأن يضع الأسباب التي بنى عليها حكمه، وكذلك نص المادة (47) الفقرة (1) من قواعد التحكيم لدى المركز.

وفي قرارها النهائي، ذكرت اللجنة المؤقتة المقدم إليها الطلب، أن المسألة لا تتعلق باستئناف الحكم، إذ لا يمكن مراجعة الحكم من حيث الموضوع وفقا لأحكام الاتفاقية، ولا يكون الإبطال تلقائيا، لأنه ليس جزءا في مواجهة حكم أو قرار تحكيمي غير صحيح، ولكنه علاج في مواجهة العدالة الإجرائية، كما أرست اللجنة مبدأ هاما، من حيث أنه يتعين على محكمة تحكيم المركز أن تعالج كل مسألة قدمت إليها، وإلا كان ذلك مدعاة للإبطال.

ويتعين إبطال الحكم لإخفاق المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها الحكم صراحة، وبالذات تلك التي تؤثر على نتيجته، كما يتعين الإبطال إذا بني الحكم على أسباب تبدو متناقصة أو متعارضة، ولا تقتصر التزام المحكمة على ذكر الأسباب التي تدعوها لرفض أي حجج قدمت إليها. حتى ولو كانت هذه الحجج لا تشكل الأساس المباشر لقرارها.

وبعبارة أخرى، فإن قرار اللجنة يؤكد أن الإبطال لا يكون فقط لعدم ذكر الأسباب، كما جاء في صريح نص المادة (52) الفقرة (1) من الاتفاقية، ولكن أيضا على الأحوال التي لا تكون فيها الأسباب واضحة وكافية[1].

كذلك دعوى شركة Southern Pacific Properties (SPP) ضد الحكومة المصرية، قدمت جمهورية مصر العربية طلبا لإبطال القرار الصادر بتسجيل القضية للتحكيم أمام المركز، وقرر السكرتير العام أنه في إطار إجراءات تحكيم المركز، فإنه يتعين تأجيل البت في مسألة إبطال الاختصاص، إلى حين صدور حكم من محكمة تحكيم المركز باعتبارها صاحبة الاختصاص.

وقد ثارت مسألة هامة كان يمكن أن يترتب عليها إبطال الحكم الصادر من المركز ضد الحكومة المصرية، إذ أنه قد يكون من الجائز الاحتجاج بأن محكمة تحكيم المركز قد تجاوزت سلطاتها استنادا إلى نص المادة (52) الفقرة (1) من الاتفاقية، وذلك بصدد قيام هذه المحكمة بالبت في أحد المسائل الهامة في النزاع، والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق، فوفقا لأحكام الاتفاقية يتم الفصل في النزاع طبقا للقانون الذي يختاره الأطراف ويتفقون عليه، وإن لم يكن هناك اتفاق فيكون ذلك وفقا لقانون الدولة المضيفة للاستثمار، بما فيها قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي.

ولقد تمسكت مصر بأن الأطراف في اتفاق الاستثمار، قد اتفقوا ضمنيا على اختيار القانون المصري باعتباره القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ لا يشترط وفقا للمادة (42) الفقرة (1) من الاتفاقية، أن يكون الاتفاق على اختيار القانون صريحا، بل يمكن أن يكون الاتفاق ضمنيا، ويستدل على ذلك من

1- Sturzenegger, Marc, "ICSID Arbitration and Annulement for Failure to State Reasons, The Decision of The Ad hoc Committee in Maritime International Nominee Establishment v. Republic of Guinea", Journal of International Arbitration, 1998, p p 173 - 198.

العبارة التي وردت في مقدمة الاتفاق الأساسي، والذي تمت فيه الإشارة إلى القانونين رقمي (1) و (2) لسنة 1973 والقانون (43) لسنة 1974|، مع الأخذ في الاعتبار أن هذا القانون الأخير يقضي بأن الأمور غير المنصوص عليها فيه تكون خاضعة للقوانين الأخرى واللوائح.

ومعنى ذلك أن المادة (42) الفقرة (2) من الاتفاقية لا تنطبق، إلا في حالة تخلف الاتفاق بين الأطراف على القانون واجب التطبيق، ومن ثم فإن دور القانون الدولي باعتباره جزءا من القانون الوطني طبقا للمادة (42) الفقرة (2) المذكورة هو دور محدود للغاية، إذ لا يمكن إعماله إلا بطريقة غير مباشرة، ومن خلال القواعد والمبادئ التي يعتنقها القانون المصري كنصوص المعاهدات الدولية التي صدقت عليها الحكومة المصرية.

أما شركة (SPP) من جهتها، فلقد رفضت حجة الاتفاق الضمني على تطبيق القانون المصري، والتي تؤدي إلى التطبيق الاستشاري له، وزعمت هذه الشركة أنه يتعين تطبيق المادة (42) الفقرة (2) من الاتفاقية، وبما يفضي إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، وهي في هذا الفرض مصر بما فيه من قواعد القانون الدولي.

وقد يقال إنه لا يوجد أي أثر عملي أو قانوني من حيث النتيجة، سواء تم الأخذ بحجة مصر التي أصرت على تطبيق القانون المصري، باعتباره القانون الذي تم الاتفاق عليه ضمنيا، أو بحجة شركة (SPP) من ضرورة تطبيق القانون المصري باعتباره قانون الدولة المضيفة للاستثمار، ففي كلا الحالتين سينطبق القانون المصري.

ومع ذلك تكمن أهمية التفرقة في أنه في الحالة الأولى، أي حالة ما إذا كان هناك اتفاق ضمني على تطبيق القانون المصري، فإن هذا القانون هو الذي يتعين تطبيقه دون سواء فيتم اللجوء إلى قانون الاستثمار المشار إليه، وإذا وجدت فيه ثغرة أو مسألة لا يعالجها يتعين عندئذ على المحكمة الرجوع إلى قواعد القانون المصري، بما فيها قواعد القانونيين المدني والتجاري.

أما في الحالة الثانية، والتي تتعلق بقبول تطبيق القانون المصري باعتباره قانون الدولة المضيفة للاستثمار، فمؤداها القول بأن النزاع يكون محكوما بقانون الاستثمار رقم (43) لسنة 1974، باعتباره قانون الدولة المضيفة، وإذا وجد فيه فراغ فإنه يتعين سده بقواعد القانون الدولي، وليس بقواعد القانون المصري عامة.

وعلى الرغم من أهمية هذه التفرقة، فقد ذكرت محكمة المركز في عرضها لحكمها، أن الخلاف بين الأطراف حول القانون الواجب التطبيق، هو خلاف ضيق وليس له أية قيمة علمية كبيرة، متجاهلة الآثار التي قد تترتب على إعمال نص المادة (42) الفقرة (2) من الاتفاقية، حيث ذكرت أنه على افتراض تطبيق القانون المصري، فإن هذا القانون كغيره من القوانين الداخلية لا يمكن أن يتوافر له التكامل، ولا بد أن تكون فيه ثغرات يتعين رأمها بقواعد القانون الدولي.

والحقيقة أن هذا الجزء من الحكم كان يمكن أن يكون سببا للإبطال، حيث تجاوزت المحكمة سلطتها في تقرير أن جميع القوانين الوطنية توجد بها ثغرات، لأن تبني مثل هذه الفكرة من شأنه إهدار أية قيمة عملية وقانونية لنص المادة (42) الفقرة (1) من الاتفاقية، والتي تقضي بجواز أن يتفق الأطراف على القانون الذي يتعين تطبيقه على النزاع، ذلك أنه حتى ولو وجد اتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون معين، فمعنى ذلك ووفقا لرأى المحكمة، أنه يتعين في جميع الأحوال تطبيق القانون الدولي، لرأم الثغرات في القوانين الوطنية لافتراض حتمية وجود هذه الثغرات فيها.

ولقد انعكس رأي المحكمة في إعمال القانون الواجب تطبيقه على النزاع، على طريقة حساب التعويض الواجب أداؤه لشركة (SPP)، ولقد اتبعت المحكمة في حساب التعويض قاعدة من قواعد القانون الاقتصادي الدولي، وهي قاعدة "القيمة الحالية للتدفقات المالية" "Discounted Cash Flow"، وقررت تعويضا قدره سبعة وعشرين مليون وستمائة وستة وستون ألف دولار أمريكي.

كما قررت المحكمة ضرورة إضافة فائدة على هذا المبلغ، على أساس سعرا 12.6% في السنة، وكفائدة مركبة تحتسب من يوم حدوث الخطأ، أي ابتداء من يوم 1978/05/28، وإلى حين صدور الحكم في 1992/85/20، أما الحكومة المصرية فلقد تمسكت بضرورة احتساب الفائدة طبقا للقانون المصري، على افتراض تطبيق المحكمة للمادة (42) الفقرة (1) من الاتفاقية، والتي من شأنها سريان الفائدة من يوم صدور الحكم، ولم تأخذ المحكمة بنص القانون المصري الذي يحدد سعر الفائدة في الأمور التجارية بنسبة 5%، على أساس أن هذا السعر أقل كثيرا من السعر السائد في سوق الفائدة في لندن، وأن هذا السعر المقرر في القانون المصري منخفض للغاية، ولا يعتبر في جوهرها سعرا تجاريا، ذلك أن سعر الفائدة السائد في السوق العالمي في لندن منذ عام 1978 كان أكثر من 12%، كما قررت المحكمة أن هذه الفائدة يتعين احتسابها من يوم بداية النزاع في 1978/05/28 وحتى يوم الأداء، بل قد ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك، من حيث إعادة تقييم مبلغ التعويض بسبب معدلات الانخفاض في قيمة الدولار الأمريكي في السوق الأمريكية منذ عام 1978 وإلى تاريخ صدور الحكم في عام 1992، وهو ما يعرف بعامل التضخم.

ولعل هذا الجزء من الحكم هو أكثرها مدعاة للإبطال، لما فيه من تجاوز واضح لسلطات المحكمة، من حيث تبني معيار دولي لإعادة احتساب مبلغ التعويض بسبب انخفاض العملة الأمريكية، إذ لم يظهر مطلقا أن طلبات شركة (SPP) كانت تتضمن مثل هذا الطلب، ومن ثم تكون المحكمة قد حكمت بأكثر مما طلبته الشركة وهو أمر لا يجوز، إذ لا يجوز لمحكمة تحكيم المركز أن تقضي في النزاع بقواعد العدل والإنصاف، إلا إذا قام الأطراف في النزاع بتخويلها هذه السلطة، وهو لم يحدث في هذه القضية.

ولم تستمر الحكومة المصرية في إجراءات الإبطال أمام اللجنة المؤقتة، وذلك على إثر توصل الأطراف المتنازعة إلى تسوية للخلاف، بقيام مصر بقبول أداء تعويض مقداره سبعة عشر ونصف مليون دولار للشركة.

ليس معنى أن تجيز اتفاقية واشنطن للدول الأطراف فيها، حق إقامة الدعاوي لإبطال الحكم التحكيمي الصادر من محاكم المركز، أن الحكم لا يتمتع بقوة ملزمة إلى أن تصدر المحكمة المنشئة بهدف النظر في دعوى الإبطال حكمها في هذا الصدد، بل إن الحكم يتمتع بثلاثة أنواع من القوى، الأولى القوة التنفيذية[1]، الثانية القوة الملزمة[2]، والثالثة القوة الرسمية[3].

على الرغم مما يتمتع به حكم التحكيم، من قوة تنفيذية، وقوة ملزمة، وقوة شكلية، أو رسمية فضلا عن نهائيته، وعدم قدرة أطراف النزاع على الطعن فيه، إلا أن مكمن قوة حكم التحكيم الإلزامية، تنبع من رغبة الدول المضيفة للاستثمار في إضفاء نوع من الشرعية على الأحكام الصادرة من محاكم المركز بقبولها وانصياعها معها، ورغبة الدول في ذلك، إنما تنبع من حرصها على اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية كمصدر هام وأولى من مصادر التمويل الخارجي، الذي يعاون بدرجة كبيرة في التنمية بكافة جوانبها في تلك الدول.

وهذه الدول حرصا منها على تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى أقاليمها، تعمل جاهدة على إزكاء روح الثقة في نفوس المستثمرين الأجانب، للقدوم برؤوس أموالهم إليها للمساهمة في عملية التنمية، ولا تتأتى هذه الثقة، إلا عندما تمنح حكومات تلك الدول الأحكام الصادرة من محاكم المركز الشرعية الواجبة لها، والقوة التنفيذية انطلاقا من حاجتها الماسة لتلك الاستثمارات.

ثالثا: تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يعتبر تنفيذ حكم التحكيم الإجراء الذي انتظره الطرف المتضرر طويلا، وهو آخر إجراء يقوم به هذا الطرف لاستيفاء حقه، ونتناول التنفيذ من خلال العناصر التالية:

1- التنفيذ الفوري:

ويعد الحكم الصادر من محاكم تحكيم المركز الدولي حكما نهائيا لا يجوز الطعن فيه، وتلزم الاتفاقية الدول الأطراف الانصياع مع الحكم التحكيمي وتنفيذه كما لو كان صادرا عن محكمة مختصة في الدولة التي يطلب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه في إقليمها.

1- المقصود بالقوة التنفيذية: هي ما لأحكام التحكيم من قوة بالنسبة لوضعه موضوع التنفيذ، والمقصود بها قوته بالنسبة للتنفيذ الجبري وهي بهذا أثره التنفيذي، ويبدو ذلك في التزام الدول أطراف الاتفاقية بتنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المركز، على اعتبار أنها أحكام صادرة من المحاكم الوطنية لهذه الدول.

2- القوة الملزمة: فهي تتمثل فيما للحكم من قوة إلزامية باعتباره عملا إجرائيا قانونيا، وهذا العمل باعتباره عمل إجرائي فله القوة الملزمة بمعناها الإجرائي وبالأخص معنى الحجية، وحجية حكم التحكيم هي تطبيق خاص من تطبيقات مبدأ حجية الحكم الإجرائي منذ صدوره، لذا يكون لحكم التحكيم حجيته منذ صدوره، مما يعني أن هذه الحجية لا تتوقف على إيداع الحكم، ولا على استصدار أمر بتنفيذه، بل تبقى هذه الحجية طالما بقي حكم التحكيم قائما.

3- وتتضح القوة الرسمية للحكم: في الإثبات لحكم التحكيم الصادر من محاكم المركز باعتباره حكما إجرائيا، فهو بمعناه الشكلي ورقة مرافعات وهذه الورقة شأنها شأن أوراق المرافعات تتميز بخاصيتين تقليديتين هما الشكلية والرسمية، أنظر في ذلك: أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، من ص 29 إلى ص 35.

فالحكم الصادر من محاكم المركز يمكن تنفيذه تلقائيا دون اللجوء إلى أية إجراءات أخرى، إذ يجب على كل دولة متعاقدة الاعتراف بأن الحكم الصادر من محاكم المركز ملزما لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم مصدقا عليها من السكرتير العام للمركز، كما يجب على كل دولة متعاقدة تنفيذ الالتزامات المالية التي فرضها الحكم التحكيمي[1].

ويأتي هذا على خلاف ما أقرته أحكام اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على: "أن إلغاء حكم تحكيمي خاضع لهذه الاتفاقية في دولة ما طرفي في الاتفاقية، لا يشكل سببا لرفض الاعتراف أو التنفيذ في دولة أخرى متعاقدة، إلا إذا كان هذا الإلغاء قد تم في الدولة التي صدر فيها الحكم ألتحكيمي أو وفقا للقانون الذي صدر في نطاقه"[2].

ويعني ذلك أن اتفاقية جنيف تجيز لأية دولة طرف فيها، أن تعترف أو لا تعترف بالحكم ألتحكيمي من المحاكم المنشئة بموجب هذه الاتفاقية، وبناءا عليه تمنحها الحق في قبول أو رفض تنفيذه، إلا أن هذا لا يعني صيرورة الحكم لاغيا، وإنما يتم إلغاء الحكم إذا تم إلغاؤه في الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي أو وفقا للقانون الذي صدر في نطاقه.

وهكذا يتضح الخلاف بين اتفاقية واشنطن واتفاقية جنيف بصدد الحكم الصادر من محاكم التحكيم المنشئة بموجب هاتين الاتفاقيتين، حيث أن الحكم التحكيمي الصادر من محاكم الأولى يعتبر بمجرد صدوره وتوقيع السكرتير العام عليه قابلا للتنفيذ في كل الدول الأطراف في اتفاقية، أي أن الحكم يتصف بأنه ذو طبيعة عالمية[3].

وتختلف اتفاقية واشنطن عن اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية، حيث أن الثانية تتطلب ضرورة الحصول على الصيغة التنفيذية في الدولة التي يطلب التنفيذ فيها فقط دون الدولة التي صدر فيها الحكم، غير أن اتفاقية واشنطن ذهبت في أحكامها إلى حد أبعد، فهذه الاتفاقية تفرض على الطرف الصادر في غير صالحه الحكم التزاما صارما بضرورة الانصياع مع حكم المحكم، حيث أقرت بأن حكم التحكيم يكون ملزما للأطراف ولا يمكن استئنافه أو استبعاده لأي سبب، إلا ما نصت عليه أحكام الاتفاقية في هذا الصدد[4]، فكل طرف يلزم بتنفيذ الحكم، عدا في الحالات التي تنص فيها أحكام الاتفاقية على عدم التنفيذ[5].

1- Comment, United States Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, Implications of The ICSID Convention, Havard International Law Journal, Vol.17, 1976, p p 402 – 413.

2- المادة (9) الفقرة (1) من اتفاقية جنيف.

3- Buckley, Now We Have Come to The ICSID Party, Are Its Awards Final and Enforcable? Sydney Law Review, Vol. 14, Sept 1992, p p 359 – 372.

4- المادة (53) من اتفاقية واشنطن.

5- Delaumi, Enforcement of State Contracts Awards, Juridicial Pitfalls and Remidies, ICSID Review, Vol.8, 1993, p p 29 – 52.

كما تفرض اتفاقية واشنطن على كل دولة طرف في الاتفاقية الاعتراف بحكم التحكيم الصادر وفقا لأحكامها باعتباره ملزما، كما يجب على الدولة الطرف في النزاع الانصياع مع الحكم ومع كل ما يتضمنه من أمور كما لو كان هذا الحكم حكما نهائيا صادرا من المحاكم الداخلية للدولة الطرف في الاتفاقية والطرف في النزاع[1].

ويعني ذلك أنه يتعين على محاكم الدول الأطراف في الاتفاقية اعتبار الحكم التحكيمي الصادر عن المركز نهائيا، وذلك دون الالتجاء إلى أي إجراء إضافي وبصفة خاصة يمكن تنفيذه دون الحصول على الأمر التنفيذي أو الصيغة التنفيذية Exequatur، والتي كانت تتطلبها اتفاقية نيويورك[2].

ولا يجوز الاعتراض على الاعتراف بالحكم الصادر من محكمة تحكيم المركز، أو رفض تنفيذه على أساس الدفع المتعلق بالنظام العام، فأثناء المشاورات التي أدت إلى إقرار الاتفاقية كان هناك رأي ينادي بإتاحة الفرصة لعدم تنفيذ الحكم الصادر من محكمة المركز 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 التحكيم الصادر في منازعات الاستثمار بين الدول الأطراف في الاتفاقية والمستثمرين الأجانب، ولذلك ظهرت الصيغة النهائية للاتفاقية خالية من النص على الدفع بالنظام العام[3].

وتختلف بذلك اتفاقية واشنطن عن اتفاقية جنيف، حيث تنص الأخيرة على أن القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد تعد ملزمة، إلا أنه طرح أي قانون أجنبي مطلوب تطبيقه إذا ما تبين تعارضه مع النظام العام لدولة العقد[4].

وقد يأخذ الحكم التحكيمي شكلا مغايرا عن صورة قرار تتخذه المحكمة، حيث يتخذ الحكم التحكيم صورة تسوية ودية للنزاع توصل إليها أطرافه ثم تقدموا بطلبهم إلى المحكمة لإخراج التسوية الودية التي توصلوا إليها في النزاع القائم بينهم على شكل حكم تحكيمي صادر من محاكم المركز.

وقد تجسد ذلك في ثلاث منازعات على المركز للتسوية وهي قضيةGuadalupe Gas Products ضد دولة نيجيريا، وقضية Grenada Private Power Limited ضد دولة أوكرانيا وقضية Antoni Goetz ضد حكومة جمهورية بوروندي.

وسوف نتعرض إلى قضية Antoni Goetz ضد حكومة جمهورية بوروندي كمثال على ذلك.

تقدم Antoni Goetz وآخرون بطلب إلى السكرتير العام للمركز الدولي في 1995/01/29، وذلك طلبا لانعقاد اختصاص المركز للنظر في النزاع القائم بينهم وبين حكومة جمهورية بوروندي.

1- المادة (45) من اتفاقية واشنطن.

2- Buckley, op.cit, p 372.

3- Mohamadein wafaie, The Arbitration Clausein Transnational Commercial Ventures and the Problem of Sovereign Immunity, USA, Tulane University, 1986, p p 253-254.

4- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 493.

وترجع أحداث النزاع إلى قيام حكومة بوروندي بعقد اتفاق بينها وبين المدعين، والذي بمقتضاه تمنح الأولى الأخيرين حق امتياز 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.

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 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 (45) من اتفاقية واشنطن، 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 يعد انتهاكا لحقوق هؤلاء المدعين، ويعد تجريدا لصاحب الحق من حقه وذلك وفقا للمادة (4) من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين 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 يحمل الطرفان نفقات إجراءات التحكيم مناصفة فيما بينهم[1].

2- العقبات التي تعترض تنفيذ حكم التحكيم:

وعلى الرغم من نهائية الأحكام الصادرة من محاكم المركز وإلزامها، إلا أن بعض الدول الأطراف في الاتفاقية تستطيع أن تبطل فاعلية تلك الأحكام، أو تعمل على تعطيل تنفيذها، وأن تضع من العراقيل والعقبات التي تحول دون تنفيذ تلك الأحكام، ولا تبطل هذه العقبات فاعلية الأحكام فقط، بل إنها تؤثر بشكل مباشر على فاعلية المركز الدولي ذاته، وتحول بينه وبين أداء رسالته على الوجه الأكمل، مما يؤدي إلى

1- Antoni Goetz and Others v.Republic of Burundi, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol.15, no2, 2000, case no, ARB/95/3.

عدم اكتمال الدور الذي يقوم به المركز في إقامة مناخ من الثقة بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب ودول جنسياتهم.

فعندما تقوم الدول الأطراف في المنازعات بعدم الانصياع مع أحكام التحكيم، فهي بذلك إنما تعمل على تفريغ هذه الأحكام من محتواها، فالحكم التحكيمي ما هو إلا وسيلة تمكن الطرف الواقع به الضرر من الحصول على حقوقه، فعندما تقوم الدول بوضع عقبات تحول دون تحقيق هذه الوسيلة لهدفها، فهي بذلك تكون قد أفرغت الحكم من محتواه وهدفه، والذي يتمثل في وصول الحق لأصحابه.

وتتمثل هذه العقبات فيما يلي:

أ- تمسك الدولة الطرف في النزاع بمبدأ الحصانة القضائية.

إن أولى العقبات التي تحول دون تحقيق الفاعلية المتطلبة لأحكام التحكيم الصادرة عن محاكم المركز، هي تمسك الدولة الطرف في النزاع، والصادر في غير صالحها الحكم التحكيمي بحصانتها القضائية في مواجهة تنفيذ هذا الحكم.

والدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، وبصفتها صاحبة سيادة تتمتع بالحصانة القضائية[1]، وتعني الحصانة القضائية للدولة، عدم إمكانية مقاضاة الدولة أمام قضاء أجنبي خاضع لدولة

1- والحصانة القضائية نوعان:

أ- **النوع الأول:** هذا النوع من الحصانة الذي يهدف إلى الحيلولة، دون مثول المستفيد منها أمام القضاء الوطني لدولة أجنبية، لما في هذا المثول من انتهاك لاستقلال الدولة وسيادتها وفقا للرأي السائد في القضاء والفقه، وينقسم الفقه بصدد تحديده لطبيعة الدفع بالحصانة القضائية، وهل هي دفع بعدم الاختصاص أم دفع بعدم القبول إلى فريقين، يرى الفريق الأول أن الدفع بالحصانة هو دفع بعدم الاختصاص، ويؤسس هذا الاتجاه الحديث رأيه على أساس أن الحصانة القضائية، لم تعد حصانة مطلقة يتمتع بها الشخص لصفته ودون أي اعتبار آخر، بل أصبحت حصانة نسبية ومقيدة لا يستفيد منها الشخص المتمسك بها والمقررة لصالحه، إلا إذا كان التصرف محل المنازعة المرفوع عنها الدعوى أمام القضاء الوطني تصرفا صدر بصدد القيام بعمل من أعمال السلطة العامة، وعلى هذا النحو فإن صفة الشخص المتمتع بالحصانة لا تأتي في المرتبة الأولى، بحيث يمكن أن يقال أن الوضع بصدد دفع بعدم قبول الدعوى بالنظر لصفة المدعي عليه، والأخذ بعين الاعتبار لهذه الحقيقة التي أظهرها القانون الوضعي يجعل فكرة الحصانة القضائية تعالج من زاوية الاختصاص، وبحيث تتسع هذه الفكرة الأخيرة لتشمل كافة القواعد التي تعطي أو تنكر سلطة الفصل في النزاع على أي نظام قضائي محدد بالنظر للعناصر التي يتكون منها النزاع.

ويذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن الدفع المستمد من الحصانة القضائية ليس دفعا بعدم اختصاص المحاكم الوطنية، وإنما هو دفع بعدم خضوع الشخص المتمتع بالحصانة القضائية للقضاء الوطني من الأصل، ومن ثم يكون الدفع بالحصانة دفعا بعدم قبول الدعوى بالنظر إلى صفة المدعي عليه (الدولة)، وذلك نظرا لأن امتناع القاضي عن الفصل في النزاع المطروح أمامه في حالة ما إذا كان أحد طرفيه متمتعا بالحصانة القضائية أمر يفرضه غياب سلطة القاضي في التعرض للنزاع المعروض عليه، وهو أمر يحتمه عليه مبدأ احترام سيادة الدولة الأجنبية، والذي قد يتعارض في بعض الأحيان مع مصالح الأفراد الخاصة.

ب- **النوع الثاني:** فهو النوع من الحصانة الذي يسعى إلى عرقلة إجراءات التنفيذ، والتي يقوم الطرف المستفيد من الحصانة في اتخاذها ضد الطرف الصادر لصالحه الحكم، وذلك بوضع العقبات التي تحول دون تنفيذ الأحكام، مما ينتج عنه تهديدا لاستقرار الحياة الدولية، لاسيما إذا كان المستفيد منها، كما هو الحال في الموضوع الدراسة الدولة ذاتها.

أجنبية أخرى، أو اتخاذ أية إجراءات تنفيذية من شأنها المساس بهذه الحصانة، كما أن الحصانة القضائية تشمل عدم مثول الدولة كسلطة عامة، للتقاضي أمام أي طرف أمام محاكمها الوطنية وقضائها الوطني[1].

وقد أشارت أحكام اتفاقية واشنطن، إلى أن الأحكام الصادرة عن محاكم المركز، يجب أن لا تمس بأي شكل من الأشكال حصانة الدولة ذات السيادة، وعلى الرغم من أن الاتفاقية ألزمت الدول الأطراف فيها، بمعاملة حكم المركز على اعتباره حكما نهائيا صادرا من محاكمها الوطنية، إلا أنها مع ذلك لم تلزم الدول الأطراف باتخاذ إجراءات التنفيذ لوضع الحكم موضع التنفيذ، ولا شك أن من شأن هذا الاستثناء تقويض ما حاولت الاتفاقية من خلقه من حكم تحكيمي، يتمتع بالصفة النهائية والإلزامية الدولية، إذ أنها تجيز للدول الأطراف إمكانية التنصل من مسؤوليتها، ومن الانصياع مع الحكم التحكيمي بموجب ما تتمتع به من حصانة قضائية[2].

ويرى جانب من الفقه، أنه إذا كان المساس بسيادة الدولة لا يمكن قبوله في حالة إذا ما تعلق الأمر بخضوعها لقضاء أجنبي تابع لدولة أخرى، فإن المساس بسيادة الدولة لا يمكن قبوله، من باب أولى إذا تعلق الأمر بخضوع الدولة للقضاء الصادر عن شخص عادي وهو المحكم[3].

ولما كانت الحصانة القضائية ميزة أو حق يتمتع به المستفيد منه، فإنه يجوز للمستفيد منه أن يتنازل عنه، إلا أنه يلزم في التنازل لكي يكون منتجا لأثره عدة شروط[4].

وفي هذا الموقف يمكن أن نطرح تساؤل هنا عن أثر شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة عند التمسك بها في مواجهة الحكم التحكيمي الصادر من محاكم المركز، وبعبارة أخرى هل قبول الدولة شرط التحكيم يعني تنازلها عن حصانتها القضائية؟

اختلفت آراء الفقهاء 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 التمسك بحصانتها أمام المحكم، الذي قبلت الخضوع الاختياري لقضائه.

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 236.

2- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 92.

3- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 509.

4- من أهم هذه الشروط:

أن يكون هذا التنازل واضحا وصريحا لا غموض فيه، ومن ثم فإن التنازل لا يفترض بل يجب أن يكون واضحا لا يترك مجالا لأدنى شك، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التنازل عن الحصانة تنازلا ضمنيا، ولذلك يجب على القضاء الوطني أن يتحرى الدقة عند البحث في دلائل هذا التنازل الضمني.

ولأن القول بعكس ذلك، أي بإمكانية تمسك الدولة بحصانتها القضائية في مواجهة الحكم يتعارض مع مبدأ حسن النية المتطلب بصدد تنفيذ الالتزامات التعاقدية، إلا أنه يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن الحصانة القضائية ميزة لا تتمتع بها الدولة، إلا في مواجهة قضاء دولة أخرى تتساوى معها في السيادة.

ولما كان التحكيم لا يعد قضاءا خاضعا لسيادة أية دولة من الدول، بل هو نوعا من القضاء الخاص، فإن فكرة الحصانة القضائية لا يمكن إعمالها أمام هذا القضاء الخاص فهي فكرة غريبة عنه، فالدولة لا تتمتع في مواجهة هذا القضاء غير العادي بأي حق أو ميزة حتى يتسنى لها أن تتمسك بها، فمسألة سيادة الدولة أو استقلالها وهي أساس الدفع بالحصانة وفقا للرأي السائد في الفقه، لا محل لإعمالها أمام قضاء التحكيم، حيث لا يخشى على الدولة من أي مساس يتعلق بسيادتها أمامه، فطبيعة التحكيم وكونه لا يتصل بنظام وطني يحول دون إمكانية التمسك بالحصانة القضائية القائمة على فكرتي المساواة والسيادة بين الدول[1].

كذلك لعله أيضا من الأمور التي تحمل في طياتها التناقض الكامل أن يؤدي التمسك بالحصانة القضائية في حالة الاعتراف بها إلى حرمان المحكم من الفصل في المنازعة المعروضة عليه، في حين أن هذا المحكم قد استمد كل سلطاته من إرادة الأطراف التي قامت بتعينه للفصل في المنازعة الناشئة بينهم.

ويتضح من ذلك أن للدولة حرية كبيرة، تبدأ من الموافقة على اللجوء إلى التحكيم وتنتهي باختيار النظام القانوني واجب التطبيق على النزاع، وبالتالي فإن العملية التحكيمية وإجراءاتها تسير وفق إرادة الدولة الطرف في النزاع، بكونها أحد طرفيه.

وهنا يبدو التناقض واضحا، وهو كيف يتسنى للدول، وهي التي لجأت للتحكيم بإرادتها وقامت باختيار المجالات التي يتم عرض أي نزاع بشأنها على التحكيم، واستثنت البعض الآخر من ذلك، وقامت باختيار المحكمين الذين يقومون بالفصل في النزاع، وقامت باختيار النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع، أن تتذرع بالحصانة القضائية أمام أحكام تحكيمية صدرت بموجب موافقتها عن العملية التحكيمية الناجم عنها الحكم؟

ولا يعد تنازل الدولة عن حصانتها القضائية تنازلا عن حصانتها في مواجهة إجراءات التنفيذ، وهذا هو الحل الذي تبنته اتفاقية فيينا في المادة (32)، حيث 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 لذاتية واستقلال كل من فكرتي الحصانة القضائية والحصانة ضد إجراءات التنفيذ.

وتبدو خطورة الحصانة ضد إجراءات التنفيذ في كونها حصانة مطلقة، بمعنى أن الدولة المستفيدة من هذه الحصانة تستطيع أن تتمسك بها أيا كان نوع التصرف الذي صدر بصدده الحكم التحكيمي المطلوب

1- حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 201.

اتخاذ إجراءات التنفيذ بموجبه، ولو كان تصرفا تجاريا محضا، وتلك الطبيعة أكدتها الكثير من الأحكام القضائية[1].

ويرى جانب من الفقه ضرورة التفرقة بين أمرين، الاعتراف بحكم التحكيم الصادر عن محاكم المركز وقوته الملزمة Recognition of Enforcement من ناحية، وبين إجراءات تنفيذه Measures of Execution.

فالاتفاقية تجعل الاعتراف وإعطاء القوة الملزمة لحكم المركز هو الوجه النهائي لعملية التحكيم، وبحيث لا يمكن للدولة المتعاقدة بحال من الأحوال التدخل في آلية التحكيم لدى المركز، وبصفة خاصة لا يجوز لأية دولة أن تدفع بحصانتها السيادية عند إقامة الدعوى ضدها أمام قضاء دولة متعاقدة أخرى، وعليه لا توجد حصانة سيادية متعلقة بالاختصاص في ظل الاتفاقية.

فقواعد الاعتراف بحكم المحكم ونهائيته، هي قواعد مستقلة عن القواعد الأخرى المتعلقة بإجراءات التنفيذ والدفع بالحصانة السيادية، التي قد يمكن اللجوء إليها من جانب الدولة المتعاقدة الطرف في التحكيم بعد الاعتراف بالحكم، فالإجراءات التنفيذية ليست جزءا من العملية التحكيمية، إذ يفترض أن الدولة المتعاقدة قد أوفت بالتزاماتها وفقا للاتفاقية بمجرد الاعتراف بحكم المركز على إقليمها، حتى ولو امتنعت عن اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الدولة الطرف في العملية التحكيمية.

وتعتبر قضية Beneventi & Bofant (B&B) ضد حكومة دولة الكونغو، أهم سابقة قضائية أظهرت التفرقة بين إجراءات الاعتراف بحكم التحكيم وإجراءات تنفيذه.

وتتلخص وقائع القضية، في أنه كان قد تم الاتفاق بين حكومة دولة الكونغو وشركة (B&B) الإيطالية في 1973/04/16، على إنشاء مصنع لتصنيع الزجاجات البلاستيكية، وتضمن الاتفاق شرط تحكيم يلزم أطراف الاتفاق بتقديم المنازعات التي تنشأ بين الطرفين إلى محكمة تحكيم المركز عند قيام أية منازعة بين أطراف الاتفاق، وعندما قام النزاع بين طرفي الاتفاق حول بنود اتفاق الاستثمار المبرم بينهما، تقدمت الشركة الإيطالية بطلبها للتحكيم تحت مظلة المركز.

وعندما صدر حكم التحكيم من محكمة تحكيم المركز لصالح الشركة الإيطالية، تقدمت هذه الشركة إلى محكمة باريس وذلك للاعتراف بالحكم في فرنسا، وعندئذ أعلنت هذه المحكمة عن ضرورة الحصول على إذن خاص من أجل تنفيذ حكم المركز، فتقدمت الشركة الإيطالية إلى محكمة باريس الإستئنافية على أساس أن إجراء طلب الإذن الخاص إجراء غير لازم لتنفيذ حكم المركز، حيث أن أحكام اتفاقية واشنطن لا تتطلب صدور هذا الإذن لوضع الأحكام الصادرة من المركز موضوع التنفيذ في الدول الأطراف في هذه الاتفاقية.

إلا أن المحكمة الإستئنافية فرقت بين الاعتراف بالإلزام وبين إجراءات التنفيذ، حيث أن أحكام الاتفاقية تستهدف تسهيل الاعتراف بحكم التحكيم في الدول الأطراف في الاتفاقية، وأن موقف الدولة التي

1- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 512 – 513.

تتولى الاعتراف بالحكم التحكيمي يجب ألا يتعدى فحص الحكم وكونه مصدقا عليه من السكرتير العام للمركز، ومن ثم فإنه لا يجوز لأية محكمة وطنية في إحدى الدول المتعاقدة مناقشة مسألة التنفيذ على أموال وأملاك الدولة الطرف في التحكيم، إذ أن هذه المسألة خارجة عن نطاق مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم.

وبعبارة أخرى فإن الدولة المتعاقدة الطرف في الاتفاقية المنشئة للمركز تكون قد أوفت بالتزامها حتى ولو امتنعت محاكمها عن التعرض لمسألة التنفيذ، وبالتالي فإن مسألة تنفيذ الأحكام الصادرة من المركز تخضع للقوانين الداخلية والمحاكم الوطنية للدول المتعاقدة[1].

وعلى الرغم من أن تمسك الدولة الطرف في النزاع بحصانتها القضائية في مواجهة أحكام الصادرة من المركز يمثل العقبة الأساسية أمام تنفيذ أحكام المركز، إلا أنه لا يعد العقبة الوحيدة التي تحول دون تنفيذ هذه الأحكام، حيث أن هناك عقبات أخرى تعوق تحقيق هذا الغرض.

ب- توقف تنفيذ الحكم على إجراءات المحاكم الوطنية للدول المتعاقدة:

تقوم المحاكم الوطنية بدور هام في دعم أحكام التحكيم الصادرة عن محاكم المركز، فالدور المخول للمحاكم الوطنية بموجب أحكام اتفاقية واشنطن، لا ينحصر فقط في المساعدة القضائية لتسهيل الاعتراف بهذه الأحكام، بل تمتد لتشمل المعاونة في إجراءات تنفيذ هذه الأحكام.

وبهذا يختلف دور المحاكم الوطنية وفقا لأحكام اتفاقية واشنطن عنه وفقا لأحكام اتفاقية نيويورك، حيث تجيز الأخيرة للمحاكم الوطنية أن ترفض الاعتراف بالأحكام التحكيمية الصادرة عن محاكم أجنبية وفقا لشروط وأحكام هذه اتفاقية، وبالتالي القيام بإجراءات تنفيذها.

ولما كان لا يمكن استخدام أحكام اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز، فلا بد لهذه المحاكم الوطنية أن تعمل على تنفيذ هذه الأحكام وكأنها صادرة منها.

إلا أن حكم التحكيم الصادر عن محاكم المركز، يمكن أن يلقي معاملة مختلفة من محاكم دولة متعاقدة إلى محاكم دولة متعاقدة أخرى، وذلك وفقا لمرونة أو عدم مرونة القوانين والإجراءات المتبعة في تلك المحاكم.

وقد يصادف تنفيذ أحكام المركز 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 نظرا 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 الإجراءات الخاصة بها.

1- Delaume, "Icsid Arbitration and The Courts", American Journal of International Law, 1983, p p 797 - 802.

ج- العقبة المتعلقة بتنفيذ الأحكام في الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية.

يعد الحكم الصادر من محاكم المركز حكما نهائيا وملزما لجميع الدول الأطراف في الاتفاقية المنشئة للمركز، كما انه يجب على هذه الدول أن تعامل الأحكام الصادرة من محاكم المركز، وكأنها أحكام صادرة من محاكمها الوطنية.

إلا أن هناك تحفظ هام يجب وضعه في الاعتبار، وهو اعتبار المصلحة القومية للدول، حيث يلعب مفهوم المصلحة القومية دورا محوريا في توجيه سياسات الدول نحو ما يحقق لها هدفها الذي ترمي إليه.

وتتطلب المصلحة القومية للدول، منع أي تأثير سلبي على مسار العلاقات الدولية، لذلك تنظر الدول المطلوب تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم المركز فيها من خلال مفهومها لهذه المصلحة القومية، فإذا اعتقدت الدول أن تنفيذ هذه الأحكام في إقليمها ضد دول أخرى سوف يكون له تأثير سلبي على علاقتها الدولية، فإنها سوف تمتنع عن تنفيذ هذه الأحكام.

والواقع أن فكرة المصلحة القومية تنطوي على أفكار واعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية هامة، لا يمكن للدول أن تتجاهلها في إطار علاقاتها بالدول الأخرى لما قد يكون له من أثر سلبي على هذا المسار، مما يضر بشكل واضح طبيعة العلاقات التي تربط الدول ببعضها البعض[1].

وبالتالي لا يمثل تحفظ الدول في تنفيذ الأحكام الصادرة عن المركز عقبة في طريق تنفيذ هذه الأحكام فقط، بل يمثل عقبة في طريق تحقيق الفاعلية المتطلبة للدور الذي يقوم به المركز في تسوية المنازعات.

3- الضمانات المقررة عند عدم تنفيذ حكم التحكيم:

إن الحكم الصادر ضد المستثمر، فإنه لا توجد أي عقبة تحول دون تنفيذ الحكم، وذلك لأن أموال المستثمر تقع في إقليم الدولة التي صدر الحم لصالحها، ولكنه إذا ما صدر حكم التحكيم لصالح المستثمر وامتنعت الدولة المضيفة عن تنفيذ الحكم، فإن المستثمر يجد نفسه في موضع صعب، وذلك لأن السبل التي يملكها المستثمر لحمل الدولة على التنفيذ هي جميعها سبل ضعيفة، فهو لا يستطيع أن يلاحق الدولة أمام محاكميها، لأن هذه الدعاوى تخضع لشروط والقيود التي تفرضها القوانين الوطنية في هذه الدولة، كما لا يجوز الحجز على أموالها في دول أخرى، لأن الدول تتمتع بالحصانة القضائية والتنفيذية، وهو ما سيتم بحثه في العنصر الموالي، مما يجعل مثل هذه الدعاوى غير ذات قيمة[2].

ومن أجل ذلك، فقد تضمنت الاتفاقية بعض الضمانات المفروضة في حالة عدم الانصياع لحكم التحكيم، لكي تضمن فاعلية الأحكام الصادرة عن محكمة تحكيم المركز، وذلك بطريقتين:

1- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 99.

2- د. محمد يوسف علوان، تسوية منازعات الاستثمار العربية، مجلة الوحدة الاقتصادية العربية، الصادرة عن الأمانة العامة لمجلس الوحدة الاقتصادية العربية، السنة الثالثة، العدد السابع، جويلية 1977، ص 60.

أ- الحماية الدبلوماسية:

إذا كانت الاتفاقية، قد أتاحت للمستثمر الأجنبي الوقوف أمام جهة اختصاص دولي جنبا 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 للتحكيم، إلا في حالة رفض الدولة الأخرى حكم المحكمة الصادر في النزاع أو عدم تنفيذها له.

ويبدو من نص المادة (27) الفقرة (01) من الاتفاقية، أن الفشل في الخضوع لقرار 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، يبعث مرة أخرى حق المستثمر في الحماية الدبلوماسية حتى لا يعدم أية وسيلة لحمايته.

ويشترط لسريان التنازل عن الحماية الدبلوماسية من جانب الدولة المتعاقدة أمران:

*** الأمر الأول:**

أن تكون الموافقة النهائية على إحالة النزاع إلى المركز قد صدرت من الجانبين المتنازعين، أو قد تم عرض النزاع فعلا على المركز.

*** الأمر الثاني:**

وهو أن تقبل الدولة المحكوم عليها تنفيذ الحكم، وإلا فلدولة 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، واستنادا إلى ذلك، تستطيع دولة المستثمر أن ترفع دعوى ضد الدولة المضيفة أمام محكمة العدل الدولية.

كما يلاحظ، أن المادة (27) الفقرة (02) لم تعتبر المساعي الدبلوماسية البسيطة بين الدولتين من قبيل الحماية الدبلوماسية المنصوص عليها في الفقرة الأولى، بشرط أن تتم هذه المساعي لغرض وحيد وهو تسهيل تسوية النزاع[1].

ب- الضمانة القضائية (اللجوء إلى محكمة العدل الدولية):

يتضح مما تقدم، أن نهائية الأحكام الصادرة عن محاكم المركز لا تتوقف على اعتراف الدول الأطراف في الاتفاقية المنشئة للمركز، بل تمتد لتشمل إجراءات تنفيذ هذه الأحكام.

ولما كان في مقدور الدول الأطراف في المنازعات، أن تضع ما يروق لها من عقبات في مواجهة تنفيذ هذه الأحكام، وذلك لما تتمتع به من حصانة قضائية منحها لها القانون الدولي العام بصفتها شخص

1- عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 226- 227.

من أشخاصه القانونين، الأمر الذي قد يؤدي إلى تحول هذه الأحكام إلى مجرد آراء قانونية لا قيمة لها، كذلك كان لزاما على واضعي أحكام الاتفاقية المنشئة للمركز، أن يصوغوا من الأحكام ما قد يواجه ما يضعه الدول من عراقيل تحول دون تنفيذ هذه الأحكام.

وقد بدا ذلك واضحا فيما أقرته الاتفاقية من أحكام توسم واضعوها أنها تعالج أمر تلك العقبات، حيث نصت على: "أن كل نزاع ناشئ بين الدول المتعاقدة يتعلق بتفسير أو تطبيق الاتفاقية ذاتها، ولا يمكن حله عن طريق المفاوضات، فإنه يمكن إحالته إلى محكمة العدل الدولية، بناء على طلب أي طرف في النزاع، إلا إذا اتفق الأطراف على طريقة أخرى للتسوية[1].

ومحكمة العدل الدولية هي أحد الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة بمقتضى الميثاق، والمحكمة هي الجهاز القضائي للأمم المتحدة ونظامها الأساسي جزء لا يتجزأ من ميثاق الأمم المتحدة.

وللمحكمة اختصاصان، اختصاص إفتائي واختصاص قضائي، والاختصاص الإفتائي هو السلطة المخولة للمحكمة بموجب الميثاق، في تقديم فتاوي وآراء استشارية غير ملزمة في المسائل القانونية التي تطلب الجمعية العامة أو مجلس الأمن الرأي فيها.

وأما الاختصاص القضائي فهو حق المحكمة في نظر المنازعات التي تنشأ بين الدول، وحق التقاضي أمام محكمة مقصور على الدول فقط ،ويشترط في الدول الراغبة في رفع النزاع إلى المحكمة أن تنتمي على الأقل إلى فئة من ثلاث فئات:

الأولى: الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، إذ أنها تصبح تلقائيا أطرافا في النظام الأساسي للمحكمة بمجرد انضمامها للعضوية بالأمم المتحدة.

الثانية: الدول المنضمة إلى النظام الأساسي للمحكمة، دون أن تكون عضوا في الأمم المتحدة.

الثالثة: الدول التي ترغب في التقاضي أمام المحكمة، دون أن تكون عضوا في الأمم المتحدة أو طرفا في النظام الأساسي للمحكمة، وذلك وفقا للشروط التي يحددها مجلس الأمن، ومن بين هذه الشروط ضرورة إخطار مسجل المحكمة بقبول هذه الدولة اختصاص المحكمة، ولائحة إجراءاتها وتعهدها بتنفيذ حكم المحكمة بحسن نية.

وللمحكمة ولاية اختيارية وولاية إجبارية [2]، والولاية الاختيارية للمحكمة تنبع من ضرورة رضاء الدول الأطراف في النزاع، وموافقتها على رفع النزاع إلى المحكمة للنظر فيه.

وتتحقق الولاية الاختيارية للمحكمة هنا، حيث أن الدول أطراف الاتفاقية (الدولة المضيفة للاستثمار ودولة جنسية المستثمر)، قد ارتضوا منذ البداية على إحالة أي نزاع ينشأ بينهم، بصدد أي خلاف يحدث

1- المادة (64) من اتفاقية واشنطن.

2- قاموس العلاقات الدولية، المرجع السابق، ص ص 436 - 437.

بينهم بصدد تفسير الاتفاقية أو تنفيذ أحكامها على محكمة العدل الدولية، وذلك وفقا للمادة (64) من أحكام الاتفاقية، فبتوقيع الأطراف على الاتفاقية وموافقتهم على أحكامها، فيعد هذا موافقة واختيار تأسسا منذ البداية على رضاء الأطراف.

إلا أن تحقق شرط الولاية الاختيارية هنا، لا ينفي وجود الولاية الإجبارية للمحكمة للنظر في المنازعات التي تقع بين الدول الأطراف في اتفاقية واشنطن، بل هو يعد مرحلة تمهيدية ضرورية ولازمة لتفعيل حق الولاية الجبرية للمحكمة، إذا أنه بدون موافقة أطراف النزاع على عرض النزاع على محكمة العدل الدولية، فلا يحق لهذه المحكمة النظر فيه.

ويتحقق شرط الولاية الإجبارية للمحكمة، بما نص عليه النظام الأساسي للمحكمة، على أن لهذه المحكمة الحق في النظر في المنازعات التي تتعلق بالمنازعات القانونية، التي تقوم بينها وبين دول أخرى، متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق بالمسائل الآتية:

أ- تفسير معاهدة من المعاهدات.

ب- أية مسألة من مسائل القانون الدولي.

ج- تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقا لالتزام دولي.

د- نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولة ومدى هذا التعويض[1].

ويتحقق شرط الولاية الإجبارية للمحكمة، حيث أن النزاع المرفوع إلى المحكمة من المركز يتعلق بتفسير وتنفيذ أحكام معاهدة دولية، اتفاقية واشنطن الدولية لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وبالتالي يحق للمحكمة النظر في النزاعات المرفوعة إليها من المركز.

وتفصل المحكمة في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن، مصادر القانون الدولي العام والتي تتمثل في:

أ- الاتفاقات الدولية العامة والخاصة، التي تصنع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب- العادات الدولية المرعية، المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

ج- مبادئ القانون الهامة التي أقرتها الأمم المتمدنة

د- أحكام القضاء وآراء الفقهاء[2].

وتصدر المحكمة حكما نهائيا ملزما لأطراف النزاع، وغير قابل للاستئناف، وعند تفسير النزاع في معناه أو في مدلوله، تقوم المحكمة بتفسيره بناء على طلب أي طرف من أطرافه، ولا يقبل إعادة النظر في

1- المادة (36) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

2- المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

الحكم، إلا بسبب تكشف واقعة حاسمة في الدعوى كان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة والطرف الذي يلتمس إعادة النظر، على ألا يكون جهل الطرف المذكور لهذه الواقعة ناشئا عن إهمال منه، وتفتتح إجراءات إعادة النظر بحكم من المحكمة تثبت فيه صراحة وجود الواقعة الجديدة، وتبين فيها مبررات إعادة النظر، وتعلن به أن الالتماس بناءا على ذلك حائز للقبول[1].

وفي حالة عدم انصياع أحد الأطراف للحكم الصادر من المحكمة، يرفع الحكم إلى مجلس الأمن الذي له أن يقدم توصياته وقراره بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ الحكم.

وعلى الرغم من أن واضعوا الاتفاقية قد توسموا أن المادة (64) من الاتفاقية، والتي تحيل النزاع الناشئ بين الأطراف إلى محكمة العدل الدولية، تعد علاجا حاسما وسياجا من الحماية القانونية للأحكام الصادرة عن محاكم المركز، إلا أن الرأي الراجح لا يميل إلى هذا الرأي، وذلك لأنه يشترط في الطرف الذي يرغب في رفع النزاع إلى محكمة العدل الدولية أن يكون شخص من أشخاص القانون الدولي العام ويعني ذلك أن يكون هذا الطرف دولة (ذلك أن المنظمات الدولية والتي تمثل الشخص الآخر من أشخاص ذلك القانون لا يحق لها أن ترفع أية منازعات تكون هي طرف فيها إلى محكمة العدل الدولية).

ولما كان لا بد للطرف الذي يرفع النزاع إلى المحكمة أن يكون دولة فإن ذلك يعيدنا إلى الدائرة المفرغة لنظرية الحماية الدبلوماسية والتي هي حق خاص وحصري للدولة في أن تقوم بمنحه لرعاياها وهي تتتع بحرية مطلقة في تفعيله أو عدم تفعيله، كما أنه لاعتبارات سياسية قد تمتنع الدول عن استخدام هذا الحق لما قد ينجم عنه من آثار سلبية في نطاق علاقاتها الدولية، وآخرا وليس أخيرا فإنه قد تنتفي مصلحة الدولة أصلا في التصدي لحماية مشروعات استثمارية يمتلكها مستثمرون لا ينتمون بجنسياتهم الفعلية بها.

وبذلك يتضح أن المادة (64) من أحكام اتفاقية واشنطن لا تقدم علاجا ناجعا للقضاء على العقبات التي تحول دون انصياع الدول الأطراف في المنازعات الاستثمارية مع الأحكام الصادرة عن محاكم المركز، الأمر الذي يدعو إلى البحث عن وسيلة فعالة تلزم الدول بالالتزام بهذه الأحكام والعمل على تسهيل إجراءات تنفيذها مما يساعد المركز الدولي على التوصل إلى الهدف الذي يرمي إليه من إيجاد مناخ من الثقة بين الدول المضيفة للاستثمار وبين المستثمرين الأجانب ودول جنسياتهم.

1- المادتين (60) و (61) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

خلاصة الباب الثاني:

يتضح مما سبق، ما يبذله المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من جهود، وذلك بهدف التوصل إلى تسوية عادلة ومرضية لأطراف النزاعات المعروضة على لجان التوفيق ومحاكم التحكيم التابعة له، إلى الحد الذي أدى إلى إضافة وسيلة تقصى الحقائق، وذلك بهدف التعرف بدقة على الأحداث والوقائع التي تزامنت مع وقوع النزاع وأدت إلى قيامه وذلك للتوصل إلى توصيات وأحكام نابعة من دراسة متفحصة لهذه الوقائع والأحداث.

إلا أنه يمكن القول، أن وسيلة التحكيم على غرار الوسائل الأخرى المتبعة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هي الوسيلة من الوسائل الودية، التي يستخدمها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تسوية المنازعات المعروضة عليه من قبل الأطراف الراغبين في تسويتها عن طريق محاكم المركز المنشئة، من أجل تحقيق هذا الغرض تتمتع بآلية إجرائية ذات كفاءة عالية وذلك لعدة أسباب منها، أن أطراف النزاع يتمتعون بكامل الحرية في عرض منازعاتهم على هذا النوع من التحكيم لتسويتها، سوف يطمئن أطراف النزاع إلى أن منازعاتهم سوف تسويتها بواسطة محكمين تم اختيارهم بمعرفة هؤلاء الأطراف، تحرص إجراءات التحكيم لدى المركز أن تتسم محاكم التحكيم بالشكل الوتري في تكوينها لضمان الحسم في الفصل في النزاع، كما أنه عادة لا يكون المحكمون من نفس جنسية أي من أطراف النزاع، وعلى ذلك فإن نظام التحكيم يزيل الشكوك حول قيام أي نوع من الانحياز لأحد أطراف المنازعة، كما أن أطراف النزاع أنفسهم يقومون باختيار النظام القانوني والقواعد القانونية التي يرون أنها مناسبة وملائمة لتسوية النزاع القائم بينهم.

ومن ناحية أخرى يضمن التحكيم لدى المركز ميزة السرية لأطراف النزاع، فغالبا ما تتم إجراءات التحكيم في سرية تامة وذلك من أجل الحفاظ على الثقة التي تقوم عليها العلاقات والتي يسعى الأطراف إلى الاحتفاظ بسرية جوانبها المختلفة نظرا للحساسية والحرص اللذين يصاحبا العقود الدولية على وجه الخصوص.

وينتج أيضا عن عمليات التحكيم أحكاما نهائية ملزمة لأطراف النزاع، بل وتذهب منظومة إجراءات التحكيم لدى المركز إلى الحد الذي تلزم فيه هذه المنظومة أطراف الاتفاقية المنشئة للمركز جميعهم، وليس فقط أطراف النزاع المعروض على محاكم المركز، بالاعتراف بالأحكام الصادرة من محاكم المركز بصفتها أحكام نهائية وملزمة لهم كما لو كانت صادرة من المحاكم الوطنية للدول أطراف هذه الاتفاقية، كما أنه إذا حدث نزاع أو خلاف على تنفيذ هذه الأحكام فتقوم دولة جنسية المستثمر، نيابة عن مواطنها وهو الطرف الأخر في النزاع، برفع الأمر إلى محكمة العدل الدولية للفصل في هذا النزاع، وعلى هذا فالمركز الدولي مستخدما وسيلة التحكيم يضمن للأطراف التوصل إلى تسوية عادلة للنزاع القائم بينهم وذلك شريطة انصياع هذه الأطراف مع ما يصدر عن أحكام محاكمه.

ولذلك فإن أي تعطيل لهذه الأحكام إنما ينتج من الأطراف أنفسهم، على سبيل المثال تمسك الدولة بحصانتها القضائية في مواجهة الأحكام الصادرة عن محاكم المركز كذلك وضع العقبات التي تحول دون تنفيذ هذه الأحكام.

وبالتالي فوسيلة التحكيم كغيرها من الوسائل السلمية تقوم على أساس رغبة الأطراف الصادقة في التوصل إلى تسوية سلمية للمنازعات القائمة بينهم، وبالتالي فإن أي فشل في التوصل لهذه التسوية إنما ينبع أساسا من رغبة هؤلاء الأطراف أنفسهم، فهؤلاء الأطراف هو الذين يتوقف عليهم نجاح عملية تسوية النزاع أو إخفاقها.

الخـاتـمة

الخاتمـة:

تركزت إشكالية هذه الدراسة حول ماهية منازعات عقود الاستثمار، وما مدى فعالية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تسويتها، ومن كل ما تقدم وعلى مدى هذه الدراسة، يمكننا أن نركز في هذه الخاتمة على أهم ما توصلنا إليه من نتائج وملاحظات، والتي تعتبر إجابة عن الأسئلة التي سبق وأن طرحناها في المقدمة العامة، والتي على ضوئها نقدم بعض المقترحات والتوصيات.

أولا: أهم النتائج

1- من خلال دراستنا لعقود الاستثمار المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب، تبين لنا أنها تثير العديد من المشاكل القانونية التي تتسم بصعوبتها وتعقيدها، وتنجم هذه الصعوبة عن التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود، فهي تبرم بين طرفين غير متكافئين (الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة)، هذا الأمر يضفي على هذه العقود ذاتية وخصوصية، تؤدي إلى إلى تميزها عن العقود الأخرى المعتادة، وكذلك بالنظر إلى محل هذه العقود، فإنها تتسم بكثرتها وتنوعها، إذ تشمل إلى جانب عقود امتياز البترول العديد من عقود نقل التكنولوجيا وعقود التشييد والبناء....إلخ.

أما بالنظر إلى الشروط المنصوص عليها في هذه العقود، فإن غالبيتها يدرج فيها شرط التحكيم الذي لا يكاد يخلو من أي اتفاق للاستثمار، ولا سيما أن التحكيم تحت مظلة المركز الدولي يعد أكثر الأشكال التحكيمية ملائمة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، وبنسبة كبيرة شرط الثبات التشريعي، وشرط عدم المساس بالعقد أو شرط الضمان، وشرط إعادة التفاوض.

2- إن عقود الاستثمار تمنح حقوقا إلى أطرافها، كما أنها في ذات الوقت تلزمهم بالتزامات يجب تنفيذها على إبرام عقد الاستثمار بمنح حقوق والتزامات على أطرافه:

أ- بالنسبة لحقوق والتزامات الدولة المضيفة: الحق في الإشراف والرقابة، حق الدولة في إلغاء عقد الاستثمار، التزام طرف الدولة المضيفة المتعاقدة مساعدة المستثمر الأجنبي في تنفيذ مشروعه، التزام الدولة المضيفة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي.

ب- بالنسبة للمستثمر الأجنبي: تخول عقود الاستثمار للمستثمر الأجنبي من الاستعانة بالفنيين والخبراء والإداريين غير الحاملين لجنسية الدولة المضيفة، حق المستثمر في التمتع بالإعفاءات الجمركية، التزام المستثمر الأجنبي بالتنمية البشرية وتدريب العمالة المحلية، التزام المستثمر باحترام القواعد الفنية في مجال محل عقد الاستثمار، التزام المستثمر بنقل عناصر المعرفة الفنية، التزام المستثمر الأجنبي بالإعلام والإخبار ومكاشفة الدولة المضيفة بكافة الظروف المحيطة بموضوع محل عقد الاستثمار.

3- تبين لنا التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتزداد أهميته في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة، وإن هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بفعل التغيرات في الظروف التي عاصرت إبرام العقد، نظرا لطبيعة عقود الاستثمار أنها تستغرق وقتا طويلا لتنفيذها، فتلك

الظروف قد تعرض هذا التوازن للانهيار أو تصبه ببعض الخلل، ويترتب على هذا الخلل في كثير من الأحيان إثارة الكثير من المنازعات التي تتنوع وتعدد أسبابها، فقد ترجع قيام الدولة المضيفة باتخاذ إجراء أو تصرف يخل بالتزاماتها مع المستثمر الأجنبي وفقا لما هو منصوص عليه بعقد الاستثمار، فقد تقوم بتأميم أو مصادرة أو الاستيلاء أو تغيير القانون ...إلخ.

وقد ترجع أسباب منازعات الاستثمار إلى فعل المستثمر بأن يخل بأحد الالتزامات المنصوص عليها بعقد الاستثمار، كقيامه بعدم تدريب العمالة المحلية، أو الإخبار بمعلومات معينة، أو رفض دخول جهات الرقابة إلى مشروعه ...إلخ

4- واستنتجنا أنه على الرغم من تعدد الاتجاهات وتنوعها بصدد تعيين النظام القانوني واجب التطبيق على عقود الاستثمار، إلا أنه يمكن القول، أن إرادة الأطراف تعد العنصر الحاسم في اختيار النظام القانوني الذي يجب أن تسري قواعده وأحكامه على رابطة الاستثمار.

فرضاء الأطراف واتفاقهم على ذلك، هو فقط الذي يحدد هذا النظام القانوني، فلا يجب أن يفرض على الأطراف الذين يتمتعون بحرية كاملة في هذا الصدد، وانطلاقا من احتياجاتهم المتبادلة أي نظام قانوني، ولو كان هذا النظام يتسم بالعدل المطلق.

5- إن نظام التحكيم هو الأفضل في نظر المستثمر لتسوية النزاعات التي تقوم بينه وبين الطرف المضيف، وبصفة خاصة فإن التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، هو أكثر الأشكال التحكيمية مناسبة لتسوية المشكلات والمنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب من الأفراد والشركات الخاصة، لكونه يمثل عدالة خاصة ذات صبغة دولية، ولا ينتمي إلى أية دولة، مقارنة بعدالة الدولة التي التي لها منطقها الخاص، القائم على مبدأ حماية المصالح الوطنية العليا، والدفاع عن النظام العام الوطني هذا من جانب.

كما أن الوسائل الأخرى سواء القضائية (الوطني، الحماية الديبلوماسية، محكمة العدل الدولية)، أو الزسائل البديلة للتحكيم (التوفيق، المفاوضات، المساعي الحميدة، الوساطة)، على الرغم أنها قد تنجح في تسوية بعض المنازعات، إلا أن التحكيم أصبح هو القضاء المتخصص في تسوية المنازعات، ويعتبر أكثر الوسائل الإجرائية على حماية الاستثمارات الأجنبية، حيث نجده لا يخلو تشريع داخلي أو اتفاقية دولية ثنائية أو جماعية، إلا وتنص على أن التحكيم هو الوسيلة المختصة بتسوية النزاعات، فعلى الرغم من أنها تتضمن الوسائل الأخرى القضائية أو البديلة بجوار التحكيم، إلا أنه التحكيم هو الوسيلة المثلى لتسوية منازعات الاستثمار.

6- إن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والذي أنشئ بموجب اتفاقية واشنطن الدولية لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، يضطلع بدور هام وفعال في مجال تسوية هذا النوع من المنازعات (منازعات عقود الاستثمار)، والتي تتميز بطبيعة خاصة ومعقدة.

وعملية تسوية المنازعات التي تتم تحت رعاية المركز الدولي، تكفل ميزات عديدة لجميع أطراف تلك المنازعات، (الدول المضيفة للاستثمار والأطراف الأجنبية الخاصة سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو أشخاصا اعتبارية)، وتتمثل هذه المزايا فيما يلي:

أ- يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الصرح الدولي الذي يمنح المستثمرين الأجانب الحق في الوقوف على قدم المساواة مع الدول المضيفة لاستثماراتهم، إذ أنه يمكن هؤلاء المستثمرين من اتخاذ الإجراءات بصفتهم الشخصية، ورفع دعواهم إلى المركز في مواجهة الدولة التي ألحقت بهم الضرر، دونما حاجة إلى مساندة دول جنسياتهم، أو الانتظار حتى تمنحهم تلك الدول حق الحماية الدبلوماسية.

وبالتالي تكون اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي، قد ساهمت في تنمية الاعتراف بالفرد كأحد أشخاص القانون الدولي، أو بمعنى أدق أن هذه الاتفاقات قد اعترفت للمستثمر الأجنبي الخاص بشخصية قانونية دولية لمدى محدود.

ونتيجة لاعتراف الاتفاقية للمستثمر بحق اللجوء المباشر إلى محكمة دولية، على خلاف الأصل المقرر في القانون الدولي التقليدي، لم تعد هناك حاجة ماسة إلى دعوى الحماية الدبلوماسية التي تلجأ إليها الدولة لحماية رعاياها، وذلك بتبني مطالبهم أمام المحاكم الدولية لعدم قدرة هؤلاء الرعايا على الظهور أمام هذه المحاكم بصفتهم الشخصية.

ب- وعلى مستوى الدول، يمنح المركز الثقة والضمان للدول المضيفة للاستثمار، من أن دول جنسيات المستثمرين لن تستطيع بحال من الأحوال التقدم نيابة من مواطنها برفع دعوى النزاع المعروضة أمام محاكمة أمام المحاكم الدولية، وذلك أثناء إجراءات العملية التحكيمية، وبالتالي فهناك ضمان بعدم تدخل دول جنسية المستثمرين بطريقة أو بأخرى في المنازعة، أو التأثير على طريقة تسويتها.

ج- لا يعد المركز الدولي لتسوية المنازعات مركزا تحكيميا، الهدف منه فقط الفصل في المنازعات، وكأنه جهاز قضائي يرمي إلى إصدار حكم نهائي ملزم لأطراف النزاع، وإنما يعد المركز مؤسسة دولية تهدف إلى إشاعة جو من الثقة ليس فقط على مستوى طرفي عملية الاستثمار الأجنبي، ولكن أيضا على مسار العلاقات الدولية بين الدول المضيفة ودول جنسية المستثمرين، مما يدعم الجهود المبذولة عالميا في إقامة الأمن والسلام الدوليين.

د- على الرغم من أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد أنشئ كجهاز لتسوية المنازعات القانونية، التي تنشأ عن استثمار معين بين المستثمر أجنبي والدولة المضيفة لاستثماره في إطار تحقيق توازنا دقيقا بين مصالح ومتطلبات الطرفين، إلا أنه يحاول بصفة خاصة أن ينزع الطابع السياسي عن منازعات الاستثمار، فعلى سبيل المثال المنازعات الخاصة بإجراء التأميم، فإذا كان إجراء التأميم يتضمن جانبين يمكن أن يدور حولهما النزاع، وهما شرعية الإجراء والتعويض المناسب، فإن اختصاص المركز يتحدد بالنظر في الجانب الثاني وحده، فالمنازعة حول التعويض هي منازعة ذات طابع قانوني، حيث تتصل بمدى

الإصلاح الواجب والمترتب على نقض التزام قانوني، فالإجراء قد يكون سياسيا بالنظر إلى بواعثه، في حين أن المنازعة الناجمة عنه يغلب عليها الطابع القانوني، فمحور هذه المنازعات هو مدى شرعية التأميم دون تعويض، ولا تدور المنازعة حول مدى حق الدولة في اتخاذ الإجراءات أو مدى صحة البواعث التي دفعتها إليها.

ومع ذلك فهناك مجال لوجود منازعات ذات طابع سياسي في إطار روابط الاستثمار، ويقصد بها تلك المنازعات التي تتعلق بتعارض المصالح بين الطرفين، كالمنازعة بإعادة التفاوض، أو مراجعة عقد الاستثمار، من أجل إعادة التوازن الاقتصادي إليه، وحتى هذه المنازعات من المتصور أن ينعقد عليها اختصاص المركز خاصة، وأن تسوية هذه المنازعات لا يكون باللجوء إلى قانون معين، وإنما يتلائم معها لجوء المحكم لقواعد العدالة والإنصاف التي اعترفت بها المادة (42) من اتفاقية واشنطن صراحة بإمكانية لجوء محكمة التحكيم إليها لتسوية المنازعات التي ارتضى الأطراف الإحتكام إليها في شأنها.

هـ- إن اتفاقية واشنطن قد استعانت بمجموعة من الوسائل السلمية لتسوية المنازعات، دون أن تجبر أي طرف من أطراف المنازعة على اللجوء إلى المركز، فليس معنى أن توقيع الدولة وتصديقها على الاتفاقية المنشئة للمركز، أن تجبر الدولة على إخضاع منازعتها مع المستثمر الأجنبي للتسوية تحت مظلة المركز، إذ يشترط لانعقاد اختصاص المركز للنظر في المنازعات المعروضة عليه واستخدام أي من وسائل التسوية المستخدمة فيه (التوفيق والتحكيم) أن يرتضي أطراف النزاع ذلك، وأن يتم التعبير عن هذا الرضا كتابة، ولا يؤثر قبولها أو رفضها لإخضاع منازعتها على المركز على علاقتها بالمؤسسة الأم، البنك الدولي للإنشاء والتعمير.

ولا يتوقف هذه الاختيارية عند هذا الحد، بل تمتد هذه الصفة إلى اختيار نوعية المنازعات التي يمكن رفعها إلى المركز للتسوية، واستثناء المنازعات التي ترى الدولة أنها غير قابلة للتسوية أمام أية هيئة قضائية داخلية كانت أو دولية، نظرا لأنها تمس مصالحها القومية، أو لأنها تمس سيادة الدولة على إقليمها وثراوتها الطبيعية.

كما تخول الاتفاقية الأطراف حرية اختيار المحكمين، الذين يقومون بالفصل في النزاع، وحرية اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع محل التسوية وصولا إلى الحكم التحكيمي.

و- إن الإجراءات المتبعة لدى المركز تتميز بقدر كبير من المرونة، ذلك أطراف النزاع ليسوا مجبرين على التقيد بكثير من القواعد الإجرائية المتبعة بالمركز، كما يمكنهم استبعادها أو استعاضتها بما قد يخالفها، وذلك وفقا لما تقتضيه ظروف وطبيعة المنازعة، كما أنه في نفس الوقت، فإن القواعد المعتمدة لدى المركز محددة بطريقة لا تمكن أيا من الأطراف من غل حركة الإجراءات.

ز- تتميز المنظومة الإجرائية للمركز بالفاعلية المتفردة، فأحكام الاتفاقية تقتضي أنه بمجرد موافقة الأطراف على التقدم بطلب التسوية للمركز، عن طريق الموافقة الكتابية، فلا يحق لأي طرف أن يتصل من

هذه الموافقة أو فسخها بإرادته المنفرة، وتتضاعف فاعلية المركز انطلاقا من قاعدة أخرى تتعلق بالصلاحية الحصرية فيما يخص المنازعات التي يتفق الأطراف على عرضها عليه، فالاتفاقية تعتبر أن قبول الأطراف لتحكيم المركز، يعني وجوب الامتناع عن اللجوء إلى أية محكمة أخرى، أو إلى أية هيئة أخرى لتسوية النزاع القائم بينهم، والذي تم رفعه إلى محاكم المركز للفصل فيهن إلا إذا حدد الاتفاق التحكيمي ما يخالف ذلك، ولهذه القاعدة نتائج متعددة :

- ✓ إن الإجراءات التحكيمية لدى المركز تقوم وتستمر بمعزل عن آية مداخلة أو أية رقابة قضائية.
- ✓ تضمن اتفاقية المركز فاعلية الأحكام التحكيمية الصادر عن محاكمه، إذ أنها تنص على نهائية وإلزامية هذه الأحكام بالنسبة لجميع أطراف الاتفاقية، وليس فقط بالنسبة لطرفي النزاع، وأنه يمكن لأطراف النزاع الحصول على اعتراف بالحكم بمجرد إبراز نسخة طبق الأصل منه، وموقعة من السكرتير العام، إلى المحكمة ذات الصلاحية، أو إلى أي مرجع صالح لهذه الغاية لدى أية دولة طرف في هذه الاتفاقية، ويمثل هذا الإجراء المبسط نتيجة هي التوصل إلى تسوية للنزاع المطروح انطلاقا من الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية، ولا تجيز اتفاقية المركز استثناء الصفة الإلزامية لتلك القرارات، وكذلك فإنها تحدد دور محاكم الدول الأطراف في الاتفاقية فقط في الاعتراف بتلك القرارات.
- ✓ إن إقرار دولة ما لاتفاقية المركز، وإحالتها للمنازعات إلى محاكم تحكيم الإتفاقية يعنى أمرين، أن الدولة تعتبر متنازلة عن حصانتها القضائية بموجب تلك الإحالة، ولا يمكن لها بالتالي التذرع بتلك الحصانة للتنصل من الخضوع للأحكام التحكيمية الصادرة عن محاكم المركز، إلا أن هذا لا يمنع الدولة من وضع عقبات لتنفيذ أحكام المركز، كما لا يحق للمستثمر الأجنبي مطالبة دولته بحق الحماية الدبلوماسية فيما يخص النزاع المعروض على المركز، والأمر ذاته يسرى بالنسبة للدولة الطرف التي تصبح مجردة من إمكانية تأمين هذه التغطية الدبلوماسية إليه، إلا أن هذا المنع يصبح رفوعا بعد صدور الحكم التحكيمي، إذا لم يتم تنفيذه لاحقا، حيث يمكن لدولة جنسية المستثمر أن ترفع دعواها، نيابة عن مستثمرها إلى محكمة العدل الدولية، للفصل في عدم انصياع الدولة المضيفة للحكم الصادر من محاكم المركز وذلك بعرقلة تنفيذه.

ك- إيجاد التوازن بين المصالح الخاصة للأطراف، فبالإضافة إلى طوعية ومرونة وفعالية المنظومة الإجرائية التي يستخدمها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإن إيجابية المركز تكمن في قدرته على إيجاد التوازن الدقيق بين مصالح واحتياجات أطراف هذه المنازعات، ويتضح ذلك في تشكيل المجلس إداري للمركز، والذي يتكون من ممثلي الدول الأطراف في الاتفاقية، ويكون لكل دولة حق التصويت على القرارات الصادرة من المجلس الإداري بموجب صوت لكل دولة، وكما أن لكل دولة طرف في الاتفاقية هذا الحق، فإن المركز يكفل أيضا لرعايا الدول الأطراف في الاتفاقية (المستثمرين) حق الاتصال المباشر بالمركز، واتخاذ الإجراءات بصفتهم الشخصية اتجاه الدولة المضيفة لاستثماراتهم، والتي ألحقت الضرر بهم وبمشروعاتهم

الاستثمارية، وبالتالي فإن منظومة المركز تتسم بالتوازن لأنها، تمنح كل طرف من أطراف النزاع (الدولة المضيفة للاستثمار أو المستثمر الأجنبي الخاص) الحق في عرض النزاع من وجهة نظره، وذلك للفصل بين وجهات النظر المختلفة والمتعارضة لهذه الأطراف، كما أنها تقوم بعملية فحص محايدة لهذه الآراء، دون التحيز لوجهة نظر طرف من الأطراف، وذلك بهدف التوصل إلى حكم نهائي وملزم للأطراف يقوم أساسا على مبدأ العدل والإنصاف.

ثانيا: التوصيات والمقترحات

على ضوء النتائج والملاحظات المتوصل إليها، نقدم الاقتراحات والتوصيات التالية:

1- يجب على الدولة عند تحرير عقد الاستثمار بينها وبين الطرف الأجنبي الخاص، وخاصة عند كتابة بند أو الشرط الخاص بالتحكيم أن يتم كتابته وصياغته بعناية، وذلك من خلال الاستعانة بالمختصين.

2- نفضل أن تلحق بعقود الاستثمار، بعض المبادئ الإرشادية، التي يمكن أن تكون موضعا لالتزام أدبي من قبل المستثمرين أثناء مزاولتهم للنشاط التجاري في الدولة، كالعمل على المساهمة في تحقيق الأهداف الوطنية والاستعمال الأمثل للموارد المحلية، وزيادة نسبة المكونات المحلية من مستلزمات الإنتاج، كلما كان ذلك ممكنا، بالإضافة إلى نهج سياسة سعرية مناسبة، سواء للمنتجات التي تنتج من أجل الإستهلاك المحلي أو من أجل التصدير إلى الأسواق الدولية.

3- تلقي الطلبات من المستثمرين وفحصها، والبحث عن مدى توافر الشروط القانونية فيها والموافقة عليها أو رفضها.

4- تشكيل لجان دائمة، لمتابعة الإشكاليات التي يواجهها المستثمرون، وتقديم الحلول اللازمة لها، بالإضافة إلى اقتراح الإجراءات المناسبة لتدعيم استقرار المناخ الاستثماري وتطويره

5 – تدريب الكوادر المتخصصة في مجال التحكيم، وعقد المؤتمرات والندوات.

6- ضرورة اللجوء المباشر والفوري إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

7- تفعيل دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

8- ضرورة التزام الدول بتنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الملحق

اتفاقية البنك الدولي

بشأن تسوية منازعات الاستثمار

بين الدول ومواطني الدول الأخرى

– تمهيـد–

الدول المتعاقدة

تقديرا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية، ولأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال.

ونظرا إلى أنه من الممكن أن تنشب منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدول الأخرى المتعاقدة.

ومع التسليم بأنه بينما تخضع مثل هذه المنازعات عادة للإجراءات القانونية الوطنية، إلا أن الطرق الدولية لتسويتها قد تكون مناسبة في بعض الأحوال.

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

ورغبة في إنشاء مثل هذه الأداة تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء 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 موضوع 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 يعرض أي نزاع معين للتوفيق أو التحكيم.

اتفقوا على ما يأتي:

الباب الأول: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

القسم الأول: الإنشاء والتنظيم

المادة (1):

(1) ينشأ بموجب هذه الاتفاقية مركز دولي لتسوية منازعات الاستثمار (يسمى فيما يلي المركز).

(2) يكون الغرض من المركز تهيئة الوسائل لتسوية منازعات الاستثمار، بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة، عن طريق التوفيق والتحكيم وفقا لأحكام هذه الاتفاقية.

المادة (2):

يكون مقر المركز بالمكاتب الرئيسية للبنك الدولي للإنشاء والتعمير (ويسمى فيما يلي البنك) ويجوز نقل مقر المركز إلى مكان آخر بقرار من المجلس الإداري بأغلبية ثلثي الأعضاء.

المادة (3):

وسيكون للمركز مجلس إداري وسكرتارية وسيحتفظ بقوائم بأسماء أعضاء لجان التوفيق ومحاكم التحكيم.

القسم 2: المجلس الإداري

المادة (4):

(1) يتألف المجلس الإداري من ممثلين للدول المتعاقدة، واحد عن كل دولة، ويجوز أن ينوب عن الممثل الأصلي، في حالة غيابه عن حضور إحدى الجلسات أو عدم قدرته، ممثل مناوب.

(2) ويكون كل محافظ للبنك معين من قبل دولة متعاقدة، ممثلا لها. وكل محافظ مناوب ممثلا مناوبا– وذلك لحكم الوظيفة، إلا إذا وجد تعيين بخلاف ذلك.

المادة (5):

ويكون رئيس البنك بحكم وظيفته، رئيسا للمجلس الإداري (ويسمى فيما يلي الرئيس)، ولكن لا يكون له حق التصويت، وفي حالة غيابه أو عدم قدرته أو في حالة ما إذا كانت وظيفة رئيس البنك شاغرة، يقوم الشخص القائم مؤقتا بإعمال الرئيس بإعمال رئيس مجلس الإدارة.

المادة (6):

(1) وبغير مساس بالسلطات والوظائف المخولة للمجلس بموجب أحكام الاتفاقية الأخرى يكون للمجلس أن:

(أ) يعتمد أنظمة المركز المالية والإدارية.

(ب) يعتمد القواعد الخاصة باتخاذ إجراءات التوفيق والتحكيم.

(ج) يعتمد الإجراءات التي تتبع أمام لجان التوفيق والتحكيم (وتسمى فيما يلي إجراءات التوفيق وإجراءات التحكيم).

(د) يقر ترتيبات مع البنك لاستعمال تسهيلاته وخدماته الإدارية.

(هـ) يحدد شروط عمل السكرتير العام ونائب السكرتير العام.

(و) يعتمد ميزانية إيرادات ومصروفات المركز السنوية.

(ز) يقر التقرير السنوي عن أعمال المركز.

وتتخذ القرارات المشار إليها في الفقرات (أ) و (ب) و (ج) و (و) بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري.

(2) ويعين المجلس الإداري من اللجان ما يراه ضروريا.

(3) ويمارس المجلس الإداري أيضا من السلطات الأخرى، وكذلك يباشر من الوظائف الأخرى ما يراه ضروريا لتنفيذ أحكام هذه الاتفاقية.

المادة (7):

(1) يعقد المجلس الإداري اجتماعا سنويا وكذلك اجتماعات أخرى، يحددها المجلس أو يدعوا إليها الرئيس أو السكرتير العام بناء على طلب خمسة أعضاء على الأقل.

(2) يكون لكل عضو من أعضاء المجلس الإداري صوتا واحدا، ويتم البت في جميع المسائل المعروضة على المجلس بأغلبية الأصوات التي يدلي بها، ما لم تنص أحكام الاتفاقية على خلاف ذلك.

(3) ويكون أغلبية أعضاء المجلس الإداري النصاب اللازم لعقد أي اجتماع.

(4) ويجوز للمجلس الإداري أن يضع بموافقة أغلبية ثلثي أعضائه، نظاما يمكن للرئيس بمقتضاه أن يحصل على تصويت المجلس بدون أن يدعو إلى عقد جلسة، ويكون التصويت في هذه الحالة صحيحا فقط إذ أبدى أغلبية أعضاء المجلس أصواتهم خلال المدة المحددة لإبداء الأصوات في النظام الموضوع.

المادة (8):

لا يتقاضى أعضاء المجلس ولا الرئيس من المجلس مقابلا من عملهم.

القسم الثالث: السكرتارية

المادة (9):

تتكون السكرتارية من السكرتير العام ونائب أو أكثر للسكرتير العام وهيئة موظفين.

المادة (10):

(1) يتم انتخاب السكرتير العام أو أي نائب له أغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري بناءا على ترشيح الرئيس، وذلك لمدة لا تزيد عن ست سنوات، ويجوز إعادة انتخابه وسيقترح الرئيس اسم مرشح أو أكثر لكل من هذه المناصب بعد مشاورة أعضاء المجلس الإداري.

(2) ومنصب السكرتير العام ونائب السكرتير العام يتعارض مع مزاولة أي عمل سياسي، ولا يجوز للسكرتير العام أو أي نائب له أن يشغل وظيفة أو أن يمارس مهنة أخرى، إلا بموافقة المجلس الإداري.

(3) ويقوم نائب السكرتير العام بأعمال السكرتير العام في أثناء غيابه أو عدم قدرته أو خلو منصبه، وإذا كان هناك أكثر من نائب سكرتير عام يحدد المجلس الإداري مقدما ترتيبهم في القيام بأعمال السكرتير العام.

المادة (11):

وسيكون السكرتير العام هو الممثل القانوني للمركز والموظف الرئيسي به، وسيكون مسؤولا عن إرادته بما في ذلك تعيين موظفيه وفقا لأحكام هذه الاتفاقية والقواعد التي يعتمدها المجلس الإداري، وسيباشر مهمة التسجيل وستكون له سلطة إعطاء الصفة الرسمية لأحكام المحكمين التي تصدر وفقا لهذه الاتفاقية وتسليم صورا رسمية منها.

القسم 4: القوائم

المادة (12):

تعد قائمة بأسماء من يعهد إليهم بالتوفيق وقائمة بأسماء من يعهد إليهم بالتحكيم، وتتكون كل قائمة من الأشخاص المؤهلين الذين يقبلون تولي هذه المهمة ويعينون بالطريقة المنصوص عليها فيما بعد.

المادة (13):

(1) ويجوز لكل دولة من الدول المتعاقدة أن تعين بكل قائمة أربعة أشخاص، ويجوز أن يكونوا من مواطنيها ولكن ليس من المحتم ذلك.

(2) ويجوز للرئيس أن يعين بكل قائمة عشرة أشخاص، وتكون جنسية كل شخص يعينه الرئيس مختلفة عن جنسية الآخرين.

المادة (14):

(1) والأشخاص الذين يعينون بالقوائم يجب أن يكونوا من ذوي الأخلاق العالية ويكون مسلم بمقدرتهم في ميادين القانون أو التجارة أو الصناعة أو المال، ويمكن الاعتماد على استقلالهم في الرأي، وستكون للمقدرة القانونية أهمية خاصة بالنسبة للأشخاص الذين يعينون بقائمة المحكمين.

(2) وسيراعي الرئيس فضلا عن ذلك في اختيار من يعينهم بالقوائم أهمية ضمان تمثيل النظم القانونية الرئيسية في العالم في تلك القوائم وكذلك الأشكال الهامة المختلفة للنشاط الاقتصادي.

المادة (15):

(1) تكون مدة عمل الأشخاص الذين يعينون بالقوائم ست سنوات قابلة للتجديد.

(2) في حالة وفاة أو استقالة شخص من المعينين بالقوائم، يجوز للجهة التي عينته أن تعين شخصا آخر يشغل مكانه حتى نهاية مدته.

(3) يستمر الأشخاص المعينين بالقوائم في وظيفتهم إلى أن يتم تعيين من يخلفهم.

المادة (16):

(1) يجوز أن يعين الشخص بالقائمتين معا:

(2) إذا عين أحد الأشخاص بقائمة من قبل أكثر من دولة من الدول المتعاقدة أو من قبل دولة أو أكثر من الدول المتعاقدة ومن قبل الرئيس فإنه يعتبر معينا من قبل الجهة التي عينته أولا، إلا إذا كانت إحدى الجهات التي عينته هي الدولة التابع لها فإنه يعتبر معينا من قبلها.

(3) يخطر السكرتير العام بجميع التعيينات وتعتبر نافذة من تاريخ استلام الإخطار.

القسم 5: تمويل المركز

المادة (17):

إذا لم تغط رسوم استخدام تسهيلات المركز وموارده الأخرى مصاريفه، تتحمل الزيادة الدول المتعاقدة والأعضاء في البنك كل بنسبة اكتتابها في رأس مال البنك، وأيضا الدول الأخرى المتعاقدة ولكن غير أعضاء في البنك طبقا للقواعد التي يعتمدها المجلس الإداري.

القسم 6: أهلية المركز والحصانات والامتيازات

المادة (18):

تكون للمركز شخصية قانونية دولية كاملة، وتشمل صلاحيات المركز القانونية الصلاحيات التالية:

(أ) التعاقد.

(ب) اكتساب ملكية المنقولات والعقارات والتصرف فيها.

(ج) اتخاذ الإجراءات القانونية.

المادة (19):

تمكينا للمركز من القيام بوظائفه، ستكون له في أقاليم كل من الدول المتعاقدة الحصانات والامتيازات المذكورة في هذا القسم.

المادة (20):

يتمتع المركز وممتلكاته وأصوله بالحصانة من جميع الإجراءات القانونية، إلا إذا ما تنازل المركز عن هذه الحصانة.

المادة (21):

يتمتع الرئيس وأعضاء المجلس الإداري، والأشخاص الذين يعينون كأعضاء في لجنة توفيق أو محكمة تحكيم، طبقا للفقرة (3) من المادة (52) وأعضاء وموظفو السكرتارية بالحصانات والامتيازات الآتية:

(أ) الحصانة من الإجراءات القانونية بالنسبة لما يقومون به من أعمال تأدية لوظائفهم، إلا إذا تنازل المركز عن هذه الحصانة.

(ب) وفي حالة ما إذا لم يكونوا من مواطني الدولة التي يعملون بها فإنهم يتمتعون بالحصانات من قيود الهجرة وشروط قيد الأجانب والتزامات الخدمة الوطنية، وبالتسهيلات بالنسبة لقيود العملة وبنفس المعاملة،بالنسبة لتسهيلات السفر، كتلك الممنوحة من الدول المتعاقدة لممثلي وموظفي ورجال الدول الأخرى المتعاقدة الرسميين الذين في درجات مقابلة.

المادة (22):

تنطبق أحكام المادة (21) على الأشخاص الذين يحضرون الإجراءات التي تتخذ بناءا على هذه الاتفاقية كأطراف أو

ممثلين لهم أو محامين أو شهود أو خبراء، على أن الفقرة (ب) من المادة (21) لا تنطبق إلا بالنسبة لسفر هؤلاء من وإلى البلد التي تتخذ بها الإجراءات وبالنسبة لإقامتهم بها.

المادة (23):

(1) محفوظات المركز لا يجوز انتهاك حرمتها أينما وجدت.

(2) وستعامل وسائل المركز الرسمية من جانب كل دولة متعاقدة معاملة لا تقل عن تلك التي تتمتع بها الهيئات الدولية الأخرى.

المادة (24):

(1) سيكون المركز وأصوله وممتلكاته وإيراداته وعملياته ومعاملاته المصرح بها طبقا لهذه الاتفاقية، معفيا من جميع الضرائب والرسوم الجمركية، وسيكون المركز أيضا معفيا من مسؤولية تحصيل أو سداد أية ضرائب أو رسوم جمركية.

(2) وفيما عدا بالنسبة للمواطنين لا تفرض ضريبة عن البدلات التي يصرفها المركز للرئيس أو الأعضاء المجلس الإداري، أو عن المرتبات أو البدلات أو الأجور الأخرى التي يدفعها المركز لرجال السكرتارية الرسميين أو موظفيها.

(3) لا تفرض ضريبة عن أو بالنسبة إلى الأتعاب أو البدلات التي تدفع للأشخاص المعينين للتوفيق أو للمحكمين أو لأعضاء اللجنة التي تعين طبقا للفقرة (3) من المادة (52) في إجراءات تتخذ بناءا على هذه الاتفاقية، وذلك إذا كان الأساس الوحيد لمثل هذه الضريبة هو المكان الذي به مقر المركز أو مكان مباشرة الإجراءات، أو مكان دفع تلك الأتعاب أو البدلات.

الباب الثاني: اختصاص المركز

المادة (25):

(1) يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة، (أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز، أو إحدى وكالاتها التي تعينها)، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز، وعندما يعطي الطرفان موافقتها لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة.

(2) وعبارة "مواطن الدول الأخرى المتعاقدة" تعني:

(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 الثالثة 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 معنوي 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 معنوي كانت له في ذلك التاريخ جنسية الدولة

المتعاقدة الطرف في النزاع، ولكن اتفق الطرفان على أن يعامل لأغراض هذه الاتفاقية كما لو كانت له جنسية دولة متعاقدة أخرى، وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة به.

(3) موافقة أحد الأقسام المكونة للدولة المتعاقدة أو إحدى وكالاتها على اختصاص المركز تقتضي إقرار الدولة المتعاقدة، إلا إذا كانت تلك الدولة قد أخطرت المركز بأنه لا حاجة لمثل هذا الإقرار.

(4) يجوز لأي دولة متعاقدة في وقت التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو إقرارها أو في أي وقت لا حق، أن تخطر المركز بطائفة المنازعات، أو طوائف المنازعات التي يجوز أو لا يجوز إخضاعها لاختصاص المركز، ويقوم السكرتير العام بإبلاغ هذا الإخطار إلى جميع الدول المتعاقدة، على أن مثل هذا الإخطار لا يعتبر مكونا للموافقة التي تتطلبها الفقرة (1).

المادة (26):

موافقة الطرفين على التحكيم طبقا لهذه الاتفاقية تعني اتفاقهما على استبعاد سائر سبل حل النزاع الأخرى، إلا إذا نص على غير ذلك، ويجوز للدولة المتعاقدة أن تتطلب استنفاد سبل حل النزاع المحلية الإدارية أو القضائية كشرط لموافقتها على التحكيم طبقا لهذه الاتفاقية.

المادة (27):

(1) لا يجوز لدولة متعاقدة أن تمنح حماية دبلوماسية، أو أن تقوم بمطالبة دولية، بالنسبة لنزاع اتفق احد مواطنيها مع دولة متعاقدة أخرى على أن يطرح على التحكيم، أو طرح فعلا على التحكيم طبقا لهذه الاتفاقية، إلا في حالة ما إذا لم تحترم الدولة الأخرى المتعاقدة حكم المحكمين الصادر في النزاع أو لم تنفذه.

(2) ولا يعتبر من باب الحماية الدبلوماسية في مفهوم الفقرة (1) تبادل وجهات النظر بالطرق الدبلوماسية غير الرسمية بقصد تسهيل تسوية النزاع فقط لا غير.

الباب الثالث: التوفيق

القسم 1: طلب التوفيق

المادة (28):

(1) أي دولة متعاقدة أو أي مواطن لدولة متعاقدة يرغب في تحريك إجراءات التوفيق، يوجه طلبا كتابيا بذلك إلى السكرتير العام الذي يرسل صورة من الطلب إلى الطرف الآخر.

(2) يجب أن يشمل الطلب على معلومات عن المسائل موضع النزاع، وعلى تعريف بشخصية أطرافه، وعلى موافقتهم على الالتجاء للتوفيق طبقا لقواعد تحريك إجراءات التوفيق والتحكيم.

(3) يقوم السكرتير العام بتسجيل الطلب، إلا إذا تبين له على أساس المعلومات التي يتضمنها الطلب أن النزاع يخرج عن اختصاص المركز بشكل ظاهر، ويقوم بإخطار الطرفين بإتمام التسجيل أو برفضه.

القسم 2: تكوين لجنة التوفيق

المادة (29):

(1) يجري تكوين لجنة التوفيق (وتسمى فيما يلي اللجنة) في أقرب وقت ممكن عقب تسجيل الطلب وفقا للمادة (28).

(2) (أ) تتكون اللجنة من شخص واحد، أو من أي عدد فردي من الموفقين الذين يعينون حسب اتفاق الطرفين.

(ب) وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد الموفقين وطريقة تعينهم، تتكون اللجنة من ثلاثة موفقين يعين كل طرف واحد منهم والثالث الذي يكون رئيسا للجنة يعين باتفاق الطرفين.

المادة (30):

إذا لم يتم تكوين اللجنة في ظرف 90 يوما من إرسال السكرتير العام إخطارا بتسجيل الطلب طبقا للفقرة (3) من المادة (28) أو في خلال أي مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بتعيين الموفق أو الموفقين الذين لم يتم تعيينهم بعد، بناء على طلب أي من الطرفين وبعد مشاورتهما قدر المستطاع.

المادة (31):

(1) يجوز تعيين الموفقين من خارج القوائم، إلا في حالة تعينهم بمعرفة الرئيس طبقا للمادة (30).

(2) يجب أن تتوفر في الموفقين الذين يعينون من خارج القوائم الشروط المنصوص عليها في الفقرة (1) من المادة (14).

القسم 3: إجراءات التوفيق

المادة (32):

(1) تكون اللجنة هي الحكم في اختصاصها.

(2) أي اعتراض أو دفع بيديه أحد الطرفين بأن النزاع لا يدخل في اختصاص المركز أو اللجنة، تنظر فيه اللجنة التي تقرر ما إذا كانت تبث فيه باعتباره مسألة أولية، أو تضمه إلى موضوع النزاع.

المادة (33):

تجري إجراءات التوفيق وفقا لأحكام هذا القسم ووفقا لقواعد التوفيق السارية في تاريخ اتفاق الطرفين على التوفيق، إلا إذا اتفقا على غير ذلك، وإذا ثارت مسألة من مسائل الإجراءات التي تشملها أحكام هذا القسم أو قواعد التوفيق أو أي قواعد متفق عليها بين الطرفين تقوم اللجنة بالبث في المسألة.

المادة (34):

(1) يكون من واجب اللجنة أن توضح المسائل المتنازع عليها بين الطرفين وأن تسعى جهدها للوصول إلى اتفاق بينهما بشروط مقبولة للجانبين، ويجوز للجنة في سبيل ذلك أن تقترح من وقت لآخر على الطرفين وفي أي مرحلة من الإجراءات شروطا للتسوية، ويجب أن يتعاون الطرفان بحسن نية مع اللجنة، وذلك لتمكينها من أداء مهمتها أن يعطوا توصياتها كل تقدير.

(2) إذا وصل الطرفان إلى اتفاق تقوم اللجنة بوضع تقرير مبينة المسائل المتنازع عليها ومسجلة أن الطرفين قد وصلا إلى اتفاق، وإذا تبين للجنة في أي مرحلة من الإجراءات أنه لا يحتمل وصول الطرفين إلى اتفاق تقوم بقفل باب الإجراءات، ووضع تقرير مبينة عرض النزاع عليها، ومسجلة إخفاق الطرفين في الوصول إلى اتفاق، وإذا تخلف أحد الطرفين عن الحضور أو لم يشارك في الإجراءات تقوم اللجنة بقفل باب الإجراءات، ووضع تقرير مثبتة تخلف ذلك الطرف عن الحضور أو عدم مشاركته في الإجراءات.

المادة (35):

ما لم يتفق طرفا النزاع على غير ذلك، لا يحق لأي طرف في إجراءات التوفيق أن يحتج أو يستند إلى أي وجهة نظر أو تقريرات أو اعترافات أو عروض تسوية أبداها الطرف الآخر أثناء إجراءات التوفيق، أو تقرير اللجنة، أو توصياتها وذلك سواء أمام المحكمين أو في المحاكم أو غير ذلك.

الباب الرابع: التحكيم

القسم 1: طلب التحكيم

المادة (36):

(1) أي دولة متعاقدة أو أي مواطن لدولة متعاقدة يرغب في تحريك إجراءات التحكيم بوجه طلبا كتابيا بذلك إلى السكرتير العام الذي يرسل صورة من الطلب إلى الطرف الآخر.

(2) يجب أن يشمل الطلب معلومات عن المسائل موضع النزاع، وعلى تعريف بشخصية أطرافه، وعلى موافقتهم على الالتجاء للتحكيم طبقا لقواعد تحريك إجراءات التوفيق والتحكيم.

(3) يقوم السكرتير العام بتسجيل الطلب، إلا إذا تبين له على أساس المعلومات التي يتضمنها الطلب، أن النزاع يخرج عن اختصاص المركز بشكل ظاهر، ويقوم بإخطار الطرفين بالإتمام التسجيل أو برفضه.

القسم 2: تكوين المحكمة

المادة (37):

(1) يجري تكوين محكمة التحكيم (وتسمى فيما يلي المحكمة) في أقرب وقت ممكن عقب تسجيل الطلب طبقا للمادة (36).

(2) (أ) تتكون المحكمة من شخص واحد، أو من أي عدد فردي من المحكمين الذين يعينون حسب اتفاق الطرفين.

(ب) وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد المحكمين، وطريقة تعينهم تتكون المحكمة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف واحد منهم والثالث الذي يكون رئيسا للمحكمة يعين باتفاق الطرفين.

المادة (38):

إذا لم يتم تكوين المحكمة في ظرف 10 أيام من إرسال السكرتير العام إخطارا بتسجيل الطلب طبقا للفقرة (2) من المادة (36)، أو في خلال أي مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بتعيين المحكم أو المحكمين اللذين يتم تعينهم بعد، بناءا على طلب أي من الطرفين وبعد مشاورتهما قدر المستطاع، ولا يجوز أن يكون المحكمون الذين

يعينهم الرئيس طبقا لهذه المادة من مواطني الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، أو من مواطني الدولة المتعاقد التي أحد مواطنيها طرف في النزاع.

المادة (39):

يجب أن يكون أغلبية المحكمين من دول غير الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، والدولة المتعاقدة التي أحد مواطنيها طرف في النزاع، على أن هذا لا ينطبق في حالة ما إذا كان المحكم الوحيد، أو كل محكم من أعضاء المحكمة قد تم تعيينه باتفاق الطرفين.

المادة (40):

(1) يجوز تعيين المحكمين من خارج قوائم المحكمين، إلا في حالة تعيينهم بمعرفة الرئيس طبقا للمادة (38).

(2) يجب أن تتوفر في المحكمين الذين يعينون من خارج قوائم المحكمين الشروط المنصوص عليها في الفقرة (1) من المادة (14).

القسم 3: سلطات ووظائف المحكمة

المادة (41):

(1) تكون المحكمة هي الحكم في اختصاصها.

(2) أي اعتراض أو دفع بيديه أحد الطرفين بأن النزاع لا يدخل في اختصاص المركز أو المحكمة، تنظر فيه المحكمة التي تقرر ما إذا كانت تبث فيه باعتباره مسألة أولية أو تضمه إلى موضوع النزاع.

المادة (42):

(1) تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها)، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي.

(2) لا يجوز للمحكمة أن تصدر حكما لا يصفي النزاع على أساس سكوت القانون أو غموضه.

(3) لا تمنع أحكام الفقرتين (1) و (2) المحكمة من الفصل في النزاع بما هو أصلح ودون التقيد بأحكام القانون، إذا اتفق الطرفان على غير ذلك.

المادة (43):

إذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز للمحكمة إذا رأت ذلك ضروريا في أي مرحلة من مراحل الإجراءات:

(أ) أن تطلب إلى الطرفين تقديم مستندات أو أدلة أخرى.

(ب) أن تزور المكان المتصل بالنزاع، وتجري ما تراه لازما من تحقيقات.

المادة (44):

تجري إجراءات التحكيم وفقا لأحكام هذا القسم، ووفقا لقواعد التحكيم السارية في تاريخ اتفاق الطرفين على التحكيم، إلا إذا اتفقا على غير ذلك، وإذا أثيرت أي مسألة من مسائل الإجراءات لا تشملها أحكام هذا القسم أو قواعد التحكيم أو أي قواعد متفق عليها بين الطرفين تقوم المحكمة بالبث في المسألة.

المادة (45):

(1) عدم حضور أحد الطرفين، أو عدم إبداء دفاعه لا يعتبر تسليما منه بإدعاءات الطرف الآخر.

(2) إذا لم يحضر أحد الطرفين ولم يبد دفاعه في أي مرحلة من مراحل الإجراءات، يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة أن تفصل في المسائل المطروحة عليها وأن تصدر حكما، ويجب على المحكمة قبل أن تصدر حكما أن تخطر الطرف الذي لم يحضر أو لم يبد دفاعه وأن تعطيه مهلة، إلا إذا كانت مقتنعة إلا إذا كانت مقتنعة أن ذلك الطرف ليس في نيته أن يقوم بهذا.

المادة (46):

يجب على المحكمة –إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك– أن تفصل في أي طلبات عارضة أو إضافية مضادة متفرعة مباشرة من موضوع النزاع –إذا طلب إليها أحد الطرفين ذلك– بشرط أن تكون تلك الطلبات داخلة في نطاق اتفاق الطرفين على التحكيم، وأن تكون من ناحية أخرى داخلة في اختصاص المركز.

المادة (47):

يجوز للمحكمة –إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك– في حالة ما إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن توصى بأي إجراءات مؤقتة يجب اتخاذها للمحافظة على حقوق أي من الطرفين.

القسم 4: الحكم

المادة (48):

(1) تفصل المحكمة في المسائل بأغلبية أصوات جميع أعضائها.

(2) يجب أن يكون حكم المحكمة كتابة، وأن يوقعه أعضاء المحكمة الذين صوتوا في صالحه.

(3) يجب أن يتناول الحكم كل مسألة طرحت على المحكمة، وأن يبين الأسباب التي بني عليها.

(4) يجوز لأي عضو في المحكمة أن يلحق بالحكم رأيه الفردي، سواء كان يعارض رأي الأغلبية أم لا، أو بيانا بمعارضته.

(5) لا يجوز للمركز أن ينشر الحكم بغير موافقة طرفي النزاع.

المادة (49):

(1) يجب أن يقوم السكرتير العام بدون تأخير بإرسال صورة رسمية من الحكم إلى الطرفين، ويعتبر الحكم قد صدر في التاريخ الذي تم فيه إرسال الصور الرسمية.

(2) يجوز للمحكمة بناءا على طلب يقدمه أحد الطرفين في خلال 45 يوما من تاريخ صدور الحكم، أن تقوم –بعد إخطار الطرف الآخر– بالفصل في أي مسألة أغفلت الفصل فيها في الحكم، وبتصحيح أي خطأ كتابي أو حسابي أو ما أشبه في الحكم، ويعتبر قرارها جزءا من الحكم ويخطر به الطرفان بنفس الطريقة كالحكم، والمدة المنصوص عليها في الفقرة (3) من المادة (51) والفقرة (2) من المادة (52) تبدأ في السريان من تاريخ صدور الحكم.

القسم 5: تفسير الحكم وإعادة النظر فيه وإبطاله

المادة (50):

(1) إذا نشأ نزاع بين الطرفين بالنسبة لمعنى الحكم أو نطاقه، يجوز لأي من الطرفين أن يطلب تفسيره بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام.

(2) يعرض الطلب على المحكمة التي أصدرت الحكم إذا كان ذلك ممكنا، وإذا لم يمكن ذلك تؤلف محكمة جديدة وفقا للقسم 2 من هذا الباب، ويجوز للمحكمة، إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن توقف تنفيذ الحكم إلى أن تصدر قرارها.

المادة (51):

(1) يجوز لأي من الطرفين أن يطلب إعادة النظر في الحكم، بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام على أساس اكتشاف واقعة من طبيعتها أن تؤثر في الحكم تأثيرا حاسما، بشرط أن تكون تلك الواقعة مجهولة للمحكمة وللطالب في وقت صدور الحكم، وأن لا يكون جهل الطالب بها ليس راجعا إلى تقصيره.

(2) يجب أن يقدم الطلب في ظرف 90 يوما من تاريخ اكتشاف مثل هذه الواقعة، وعلى أي حال في خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

(3) يعرض الطلب على المحكمة التي أصدرت الحكم، إذا كان ذلك ممكنا، وإذا لم يكن ذلك تؤلف محكمة جديدة وفقا للقسم 2 من هذا الباب.

(4) يجوز للمحكمة إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن توقف تنفيذ الحكم إلى أن تصدر قرارها، وإذا طلب الطالب إيقاف تنفيذ الحكم في طلبه، يوقف التنفيذ مؤقتا إلى أن تفصل المحكمة في هذا الطلب.

المادة (52):

(1) يجوز لأي من الطرفين أن يطلب إبطال الحكم بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام، ويبني على واحد أو أكثر من الأسس التالية:

(أ) أن المحكمة لم تكن مكونة تكوينا سليما.

(ب) أن المحكمة قد تجاوزت سلطاتها بشكل ظاهر.

(ج) أن تأثيرا غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة.

(د) أنه قد وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات.

(هـ) أن الحكم قد اخفق في بيان الأسباب التي بني عليها.

(2) يجب أن يقدم الطلب في ظرف 120 يوما من تاريخ إصدار الحكم، غير أنه إذا كان الإبطال مبني على أساس التأثير غير المشروع فإنه يجب تقديمه في ظرف 120 يوما من تاريخ اكتشاف ذلك التأثير، وعلى أي حال في خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

(3) يقوم الرئيس بمجرد استلام الطلب بتعيين لجنة في كل حالة على حدى من ثلاثة أشخاص من قائمة المحكمين، ولا يجوز أن يكون أحد أعضاء اللجنة ممن كانوا أعضاء بالمحكمة التي أصدرت الحكم، أو من نفس جنسية أحد هؤلاء، أو أن يكون منتميا لجنسية الدولة الطرف في النزاع، أو الدولة التي أحد مواطنيها طرف في النزاع، أو أن يكون قد عين في قائمة المحكمين بواسطة أحدى هاتين الدولتين، أو أن يكون قد عمل للتوفيق بين الطرفين في نفس النزاع، ويكون من سلطة اللجنة أن تبطل الحكم أو أي جزء من أجزائه، على أساس أي من الأسباب المنصوص عليها في الفقرة (1).

(4) أحكام المواد من (41) إلى (45) و (48) و (49) و (53) و (54) ومواد البابين السادس والسابع، تطبق كما هي على الإجراءات أمام اللجنة.

(5) يجوز للجنة إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن توقف تنفيذ الحكم إلى أن تصدر قرارها، وإذا طلب الطالب إيقاف تنفيذ الحكم في طلبه، يوقف التنفيذ مؤقتا إلى أن تفصل اللجنة في هذا الطلب.

(6) إذا أبطل الحكم يعرض النزاع، بناءا على طلب أي من الطرفين، على محكمة جديدة مكونة وفقا للقسم (2) من هذا الباب.

القسم 6: احترام الحكم وتنفيذه

المادة (53):

(1) يكون الحكم ملزما للطرفين، ولا يكون قابلا للاستئناف أو لأي طعن آخر، فيما عدا ما نص عليه في هذه الاتفاقية، ويجب على كل طرف أن يحترم الحكم وينفذه، إلا إذا أوقف تنفيذه لأحكام هذه الاتفاقية.

(2) فيما يتعلق بهذا القسم يشمل لفظ (الحكم)، أي قرار بتفسير أو بتصحيح أو بإبطال حكم طبقا للمواد (50) و (51) و (52).

المادة (54):

(1) تعتبر كل دولة متعاقدة حكم الحكمين الصادر طبقا لهذه الاتفاقية ملزما، وتنفذ الالتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيها كما لو كان حكما نهائيا صادرا من إحدى محاكم تلك الدولة، ويجوز للدولة المتعاقدة ذات النظام الاتحادي أن تنفذ حكم المحكمين في محاكمها الاتحادية أو بواسطتها، وأن تقرر أن مثل هذه المحاكم تعتبر الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا من محاكم إحدى الولايات.

(2) يجب على الطرف الذي يسعى للاعتراف بالحكم أو لتنفيذه أن يقدم للمحكمة المختصة أو اللجنة الأخرى، التي قد تكون الدولة قد عينتها لهذا الغرض، صورة من الحكم مصادقا عليها من السكرتير العام، ويجب على كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بتعيين محكمة مختصة أو جهة أخرى لهذا الغرض، وبكل تغيير لاحق في مثل هذا التعيين.

(3) يخضع تنفيذ الحكم للقوانين المتعلقة بتنفيذ الأحكام القابلة للنفاذ، في الدولة المطلوب تنفيذه في أراضيها.

المادة (55):

لا يجوز تفسير المادة (54) على أنها تتضمن إي استثناء من أحكام القانون المعمول به في أي دولة من الدول المتعاقدة والمتعلق بحصانة تلك الدولة أو أي دولة أجنبية أخرى ضد التنفيذ.

الباب الخامس: تغير وتنحية أعضاء لجان التوفيق والمحكمين

المادة (56):

(1) بعد تمام تكوين لجان التوفيق ومحاكم التحكيم وبدء السير في الإجراءات، يبقى تكوينها بدون تغيير على أنه إذا توفي أحد أعضاء لجان التوفيق أو أحد المحكمين أو أصبح غير قادر على العمل أو استقال فإنه يتم ملء مكانه الشاغر طبقا لأحكام القسم 2 من الباب 3 أو القسم 2 من الباب 4.

(2) يبقي عضو لجنة التوفيق أو المحكم في عمله بهذه الصفة حتى ولو لم يعد عضوا بالقائمة الخاصة بأعضاء لجان التوفيق وبالمحكمين.

(3) إذا استقال أحد أعضاء لجان التوفيق أو أحد المحكمين المعينين من قبل أحد الأطراف بغير موافقة اللجنة أو المحكمة التي كان بها عضوا، يقوم الرئيس بتعيين عضو من القائمة المناسبة لملء الفراغ الذي ينشأ عن ذلك.

المادة (57):

يجوز لأي من الطرفين أن يعرض على لجنة التوفيق أو المحكمة تنحية أي من أعضائها على أساس أي واقعة تفيد بشكل ظاهر عدم توفر إحدى الصفات المطلوبة في الفقرة (1) من المادة (14) فيه، ويجوز لأي من طرفي إجراءات التحكيم فضلا عن ذلك أن يعرض تنحية أي محكم على أساس أنه لم يكن صالحا لأن يعين بالمحكمة طبقا للقسم 2 من الباب الرابع.

المادة (58):

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 هؤلاء الأعضاء منقسمين بالتساوي، أو في حالة ما إذا كان المطلوب تنحيته هو الشخص الوحيد المعين للتوفيق أو التحكيم، أو كان المطلوب تنحيتهم هم أغلبية المحكمين، يفصل الرئيس في الطلب، وإذا تقرر أن الطلب مبني على أساس سليم يستبدل بعضو لجنة التوفيق أو بالمحكم الذي يتعلق به القرار شخص آخر، طبقا لأحكام القسم 1 من الباب الثالث أو القسم 2 من الباب الرابع.

الباب السادس: مصاريف الإجراءات

المادة (59):

يحدد السكرتير العام الرسوم التي يجب أن يدفعها الطرفان نظير استخدام تسهيلات المركز، وذلك وفقا للنظم التي يقررها المجلس الإداري.

المادة (60):

(1) تحدد كل لجنة توفيق وكل محكمة بعد المشاورة مع السكرتير العام أتعاب ومصاريف أعضائها في نطاق حدود يضعها المجلس الإداري من وقت لآخر.

(2) وليس في الفقرة (1) ما يمنع الطرفين من أن ينفقا مقدما مع اللجنة أو المحكمة على أتعاب ومصاريف أعضائها.

المادة (61):

(1) في حالة إجراءات التوفيق يتحمل الطرفان بالتساوي أتعاب ومصاريف أعضاء لجنة التوفيق وكذلك رسوم استخدام تسهيلات المركز، ويتحمل كل طرف أي مصاريف أخرى ينفقها تتعلق بالإجراءات.

(2) في حالة إجراءات التحكيم تقوم المحكمة، إذا لم يتفق الطرفان على غير ذلك –بتقدير المصاريف المتعلقة بالإجراءات التي أنفقها الطرفان– وتقرر كيف يتم دفعها ومن يقوم بدفعها، وكذلك بالنسبة لمصاريف وأتعاب أعضاء المحكمة ورسوم استخدام تسهيلات المركز، ويعتبر مثل هذا القرار جزء من الحكم.

الباب السابع: مكان الإجراءات

المادة (62):

تجري إجراءات التوفيق والتحكيم في مقر المركز، فيما عدا الأحوال المنصوص عليها فيما يلي:

المادة (63):

يجوز – إذا اتفق الطرفان على ذلك – أن تجري إجراءات التوفيق والتحكيم:

(أ) في مقر محكمة التحكيم الدائمة أو أي مؤسسة أخرى مناسبة سواء أكانت خاصة أو عامة، يجوز أن يتفق معها المركز على ترتيبات لهذا الغرض.

(ب) أو في أي مكان آخر توافق عليه لجنة التوفيق أو المحكمة بعد مشاورة السكرتير العام.

الباب الثامن: المنازعات بين الدول المتعاقدة

المادة (64):

أي نزاع بين الدول المتعاقدة يتعلق بتفسير هذه الاتفاقية أو بتطبيقها ولم تتم تسويته بالمفاوضة، يحال إلى محكمة العدل الدولية، بناءا على طلب أي من أطراف مثل هذا النزاع، إلا إذا اتفقت الدول المعنية على طريقة أخرى لتسويته.

الباب التاسع: تعديل الاتفاقية

المادة (65):

يجوز لأي دولة متعاقدة أن تقترح تعديل هذه الاتفاقية، ويجب أن يرسل نص التعديل المقترح إلى السكرتير العام في ظرف 90 يوما على الأقل، قبل انعقاد جلسة المجلس الإداري التي ينظر فيها هذا التعديل، ويقوم السكرتير العام بإرساله فورا إلى جميع أعضاء المجلس الإداري.

المادة (66):

(1) إذا قرر المجلس الإداري ذلك أغلبية ثلثي الأعضاء، يتم توزيع التعديل المقترح على جميع الدول المتعاقدة للتصديق أو القبول أو الموافقة، ويعتبر التعديل نافذا بعد 30 يوما من تاريخ إرسال الجهة المودع لديها الاتفاقية إخطارا إلى الدول المتعاقدة، بأن جميع الدول المتعاقدة قد صدقت على التعديل أو قبلته أو وافقت عليه.

(2) لا يمس أي تعديل الحقوق والالتزامات المقررة بناءا على هذه الاتفاقية لأي دولة متعاقدة، أو أي قسم من الأقسام المكونة لها ،أو أي وكالة من وكالاتها، وأي مواطن من مواطنيها، والناشئة عن إعطاء موافقة على اختصاص المركز في تاريخ سابق على تاريخ نفاذ التعديل.

الباب العاشر: أحكام ختامية

المادة (67):

تكون هذه الاتفاقية مفتوحة للتوقيع من جانب الدول الأعضاء بالبنك، وتكون أيضا مفتوحة للتوقيع من جانب أي دولة أخرى، تكون عضوا في نظام العدل الدولية، ويقرر المجلس الإداري بأغلبية ثلثي أعضائه دعوتها لتوقيع الاتفاقية.

المادة (68):

(1) يجري التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو الموافقة عليها من الدول الموقعة طبقا للإجراءات الدستورية الخاصة بكل منها.

(2) وتعتبر هذه الاتفاقية نافذة بعد ثلاثين يوما من تاريخ إيداع وثائق التصديق أو القبول أو الموافقة المكملة للعشرين، وبالنسبة لكل دولة تودع وثائق تصديقها أو قبولها أو موافقتها بعد ذلك، تعتبر الاتفاقية نافذة بعد ثلاثين يوما من هذا الإيداع.

المادة (69):

تقوم كل دولة متعاقدة باتخاذ ما يلزم من إجراءات تشريعية أو إجراءات أخرى لجعل أحكام هذه الاتفاقية نافذة في أراضيها.

المادة (70):

تطبق هذه الاتفاقية على جميع الأراضي التي تكون إحدى الدول المتعاقدة مسؤولة عن علاقاتها الدولية، إلا ما تخربها تلك الدولة من نطاق تطبيق الاتفاقية بإخطار كتابي إلى الجهة المودعة بها، إما في وقت التصديق أو القبول أو الموافقة أو بعد ذلك.

المادة (71):

يجوز لأي دولة متعاقدة أن تخرج عن هذه الاتفاقية بإخطار كتابي إلى الجهة المودعة بها، ويعتبر الخروج عن الاتفاقية نافذا بعد ستة أشهر من وصول مثل هذا الإخطار.

المادة (72):

الإخطار الذي توجهه إحدى الدول المتعاقدة طبقا للمادة (70) أو (71) لا يؤثر في الحقوق والالتزامات المقررة بناءا على هذه الاتفاقية لتلك الدولة، أو لأي الأقسام المكونة لها أو وكالاتها ولأي من مواطنيها، والناشئة عن أعضاء موافقة على اختصاص المركز في تاريخ سابق على وصول مثل هذا الإخطار للجهة المودعة بها الاتفاقية.

المادة (73):

تودع وثائق التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو الموافقة عليها، وكذلك التعديلات التي قد تدخل عليها، بالبنك الذي يعمل باعتباره الجهة المودعة لديها هذه الاتفاقية، ويقوم المودع لديه بإرسال نسخ مصادق عليها من هذه الاتفاقية إلى الدول الأعضاء بالبنك، وإلى أي دولة أخرى تدعى للتوقيع على الاتفاقية.

المادة (74):

يقوم المودع لديه بتسجيل هذه الاتفاقية لدى السكرتارية الأمم المتحدة طبقا للمادة (102) من ميثاق الأمم المتحدة والنظم المقررة في ظلله، والتي وافقت عليها الجمعية العامة.

المادة (75):

يقوم المودع لديه بإخطار جميع الدول الموقعة بما يلي:

(أ) التوقيعات التي تتم طبقا للمادة (67).

(ب) إيداع وثائق التصديق أو القبول أو الموافقة طبقا للمادة (73).

(ج) تاريخ نفاذ هذه الاتفاقية طبقا للمادة للمادة (68).

(د) إخراج أراض من نطاق تطبيق الاتفاقية طبقا للمادة (70).

(هـ) تاريخ نفاذ أي تعديل لهذه الاتفاقية طبقا للمادة (66).

(و) الخروج من الاتفاقية طبقا للمادة (71).

حررت في واشنطن بالإنجليزية والفرنسية والإسبانية، وتعتبر النصوص الثلاثة أصلية على قدم المساواة، من نسخة واحدة ستبقى مودعة بين وثائق البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الذي قبل بتوقيعه أدناه أن يقوم بالوظائف المنوطة به في هذه الاتفاقية.

قائمة القضايا

قائمة القضايا

الرقم	اسـم القضية	الصفحة
01	قضية الشركة الأسيوية للمنتجات الزراعية AAPL ضد سيريلانكا	33
02	قضية Servicio Nationali de trigor ضد Bacuss	47
03	قضية Saphire International Petroleum ضد NICO	76
04	قضية الشركة الوطنية الليبية للبترول ضد الشركة الأمريكية Sun Oil	92
05	قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول	113
06	قضية الشركات الفرنسية الثلاث Framatome, Alsthom-Atlantique, et SPIE Batigno ضد المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية	114
07	قضية شركة S.O.A.B.I ضد الحكومة السنغالية.	115
08	قضية Klockner ضد حكومة الكاميرون	116
09	قضية شركة Southern pacific properties (SPP) ضد الحكومة المصرية	201
10	قضية مؤسسة Metaclad ضد جمهورية المكسيك	203
11	قضية المؤسسة الأمريكية للتجارة والتصنيع American Manufacturing & trading (AMT) ضد حكومة الكونغو الديمقراطية (زائير)	206
12	قضية Lucchetti & Lucchetti Peru ضد جمهورية البيرو	207
13	قضية Joy Minning Machinary (JMM) ضد حكومة جمهورية مصر العربية	213
14	قضية الشركة الأمريكية ألكو (Alco) ضد حكومة جمايكا	215
15	قضية الشركة الأمريكية Holiday Inns ضد الحكومة المغربية	217
16	قضية شركة Champion Trading Company and Other ضد الحكومة المصرية	221
17	قضية Euddoro Armando Olgum ضد دولة البراغواي	224
18	قضية شركة Société général de surveillance (SGS) ضد حكومة جمهورية باكستان	226
19	قضية Plama Consortium Limited ضد دولة بلغاريا	227
20	قضية Tokios Tokeles ضد دولة أوكرانيا	228
21	قضية Letco ضد الحكومة الليبيرية	230
22	قضية Robert Azinianand others ضد حكومة المكسيك	233
23	قضية Losinger ضد الحكومة اليوغوسلافية	284
24	قضية Antoni Goetz ضد حكومة جمهورية بوروندي	307
25	قضية Beneventi & Bofant (B&B) ضد حكومة دولة الكونغو	312

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1- المصادر الدينية:

1- القرآن الكريم.

2- الأحاديث النبوية الشريفة.

2- الكتب

أ- كتب اللغة

م	اسم المؤلف		الموضوع والناشر
3	ابن منظور	:	لسان العرب ج 447/4، مادة صدر- تهذيب اللغة للأزهري ج 189/4، مادة صدر.
4	محمد مرتضي الزبيدي	:	تاج العروس من جواهر القاموس، مادة صدر، ح3، مكتبة الحياة، بيروت.

ب- الكتب العامة

م	اسم المؤلف		الموضوع والناشر
5	إبراهيم أحمد إبراهيم	:	التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
6	إبراهيم أحمد خليفة	:	النظرية العامة للمنظمات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
7	إبراهيم محمد العناني	:	اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1973.
8	أبو العلا النمر	:	دراسات في القانون الدولي الخاص، "الموطن في العلاقات الخاصة الدولية ومركز الأشخاص الاعتبارية الأجنبية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
9	أبو زيد رضوان	:	الأسس العامة في التحكيم التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
10	أحمد أبو الوفاء	:	التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
11	أحمد حسان الغندور	:	التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
12	أحمد سلامة	:	المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، "نظرية القاعدة القانونية"، دار الحمامي للطباعة والنشر، 1974.
13	أحمد شرف الدين	:	دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، بدون ناشر، 1993.
14	أحمد عبد الكريم سلامة	:	نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، "دراسة تأصيلية انتقاديه"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
15	أحمد عبد الكريم سلامة	:	قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
16	أحمد عبد الكريم سلامة	:	قانون التحكيم الدولي والداخلي، "تنظير وتطبيق مقارن"، بدون ناشر، 2003.
17	أحمد عبد الونيس شتا	:	الحدود الدولية، "ماهيتها وتطور وظائفها"، في أحمد عبد الونيس (محرر) حدود مصر الدولية، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، 1993.
18	أحمد محمد حشيش	:	القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

19 أحمد محمد حشيش : نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوض للقضاء، بدون ناشر، 2001.

20 أنطوان قسيس : الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم وقواعد الاختصاص القضائي في المنازعات على عقود شركات القطاع العام في سورية، مطبعة الداودي، دمشق بدون تاريخ.

21 إدريس الضحاك : الوجيز في حوادث السير، "التأمين الإجباري على السيارات"، بدون دار النشر، الرباط، 1981.

22 ثروت حبيب : دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية "اتفاقية فيينا 1980"، مكتبة الجلاء، المنصورة، الطبعة الثانية، 1995.

23 حازم حسن جمعه : القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

24 حامد سلطان : عائشة راتب، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

25 حسن عطية الله : سيادة الدولة النامية على موارد الأرض الطبيعية "دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية"، بدون دار النشر، القاهرة، 1978.

26 حسن عطية الله : سيادة الدول النامية على مواردها الأرض الطبيعية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1978.

27 حفيظة السيد الحداد : القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1990.

28 حفيظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

29 حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004.

30 دافيد، رينيه : "التحكيم في مجال التجارة الدولية"، الاقتصادي، 1982.

31 سامية راشد : التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

32 سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

33 شمس الدين الوكيل : الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968.

34 سهيل حسين الفتلاوي وغالب عواد حوامدة : القانون الدولي العام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

35 عادل سيد فهيم : نظرية التأميم –الأصول الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للتأميم، الطبيعة القانونية للإجراء التأميمي، مدى التزام المشروعات المؤممة بأداء ديونها–، دار القومية، القاهرة، 1966.

36 عاشور مبروك : نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم، "دراسة تحليلية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

37 عبد الفتاح عبد الباقي : أحكام الالتزام، جامعة القاهرة، القاهرة، 1991.

38 عبد المعز عبد الغفار : الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الهيئة المصرية العامة

نجم للكتاب، 1986.

39 عبد المنعم درويش : ماهية الأجنبي، "دراسة في فلسفة الجنسية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

40 علي إبراهيم : الأشخاص الدولية مفهومها وأركانها و نظامها القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

41 علي بركات : خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

42 علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.

43 عماد حبيب : القانون الاقتصادي الدولي، نينوى للدراسات والنشر والتوزيع، 2001.

44 محسن شفيق : التحكيم التجاري، جامعة القاهرة، القاهرة، 1974.

45 محمد إبراهيم موسى : التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

46 محمد سامي عبد الحميد، محمد السعيد الدقاق : إبراهيم أحمد خليفة، التنظيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

47 محمد سامي عبد المجيد : أصول القانون الدولي العام "القاعدة الدولية"، بدون دار النشر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1977.

48 محمد طلعت الغنيمي : الوسيط في قانون السلام، "قانون الأمم في زمن السلم"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.

49 محمد طلعت الغنيمي : الوجيز في التنظيم الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، 1977.

50 محمد عبد اللطيف : نزع الملكية للمنفعة العامة "دراسة تأصيلية مقارنة"، دار النهضة العربية، 1988.

51 محمد محسوب عبد المجيد : نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، "دراسة تاريخية"، جامعة القاهرة، القاهرة، 1995.

52 محمود حلمي : العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.

53 محمود محسوب : نظرية قانون التجار الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

54 محي الدين إسماعيل علم الدين : منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، مطابع الطناني، القاهرة، 1986.

55 محي الدين إسماعيل علم الدين : منصة التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، الإسكندرية، 1986.

56 مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1988.

57 مصطفى المتولي قنديل : التوفيق والوساطة القضائية، "دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري"، باريس، 2001.

58 مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولي، بدون دار نشر، 1998.

عبد العال

59 معوض عبد التواب : المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 1997.

60 فتحي والي : الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

61 فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد : الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

62 فيليب جيسوب : قانون عبر الدول، "القانون الدولي في أبعاده الجديدة"، ترجمة إبراهيم شحاتة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1966.

63 كريستوفر إمهوس وهيرمان فيربست : التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات "كيفية حسم منازعات التجارة الدولية"، ترجمة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

64 نادر محمد إبراهيم : مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي "دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصلة به"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

65 نبيل إسماعيل عمر : التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

66 نبيل أنطاكي : عقود الوساطة التجارية ومحاولة لتغيير طبيعة المنازعات وإيجاد طرق بديلة لتسوية المنازعات، سآنت فوي، جامعة لافال، 1993.

67 نبيل بشر : المسؤولية الدولية في عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

68 نصيرة بوجمعة مهدى : عقود نقل التكنولوجيا في المجال التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.

69 هشام خالد : أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

70 هشام صادق : تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

ج- الكتب المتخصصة

م	اسم المؤلف		الموضوع والناشر
71	أحمد حسان مطاوع	:	التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، 2007.
72	أحمد عشوش	:	النظام القانوني للاتفاقات في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة 1975.
73	أحمد عشوش	:	التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار "دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 1990.
74	أحمد مخلوف	:	اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005.
75	أحمد مخلوف	:	اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية "دراسة تحليلية تأصيلية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
76	بشار محمد الأسعد	:	الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، "دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2009.

77 حسان نوفل : التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2010.

78 حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، "تحديد ماهيتها والقانون الحاكم لها"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

79 حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007.

80 جلال وفاء محمدين : التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القاهرة، 1995.

81 جلال وفاء محمدين : التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، "القواعد – الإجراءات – الاتجاهات الحديثة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

82 دريد محمود السامرائي : الاستثمار الأجنبي، "المعوقات والضمانات القانونية"، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.

83 رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر : الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2011.

84 سراج حسين أبو زيد : التحكيم في عقود البترول، درا النهضة العربية، القاهرة، 2000.

85 صفوت عبد الحفيظ : دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2000.

86 صلاح الدين جمال الدين : دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، "دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

87 طه أحمد علي قاسم : تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008.

88 عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن : المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

89 عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن : عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، "دراسة انتقاديه"، مكتبة النصر، القاهرة، 1991.

90 عبد السلام أبو قحف : اقتصاديات الأعمال والاستثمار الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

91 عبد الواحد محمد الفار : الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتب، بدون تاريخ نشر.

92 عصام الدين بسيم : النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

93 عصام القصبي : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، جامعة المنصورة، كلية الحقوق،

1991.

94 علي عبد الوهاب نجا : الاستثمار الأجنبي المباشر وأثره على التنمية الاقتصادية في مصر خلال الفترة (1975-1990)، "دراسة تطبيقية"، كلية التجارة، الإسكندرية، 1995.

95 عمر هاشم محمد صدقة : ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.

96 عيبوط محند وعلي : الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

97 قادري عبد العزيز : الاستثمارات الدولية "التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات" دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

98 مصطفى خالد مصطفى النظامي : الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، "دراسة مقارنة"، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى الإصدار الأول، 2002.

99 منى محمود مصطفى : الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

100 هشام خالد : عقد ضمان الاستثمار، "القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007.

101 هشام صادق : عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 2007.

102 هشام علي صادق : النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.

103 هشام علي صادق : عقود التجارة الدولية، دار المعارف الإسكندرية، 2002.

104 هشام علي صادق : الحماية الدولية للمال الأجنبي، "مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

105 هشام علي صادق : القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

106 يوسف الإكيابي : النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، 1989.

3- الموسوعات:

م	المؤلف		الموضوع والناشر
107	خالد محمد القاضي	:	موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002.
108	عبد الحميد الأحدب	:	موسوعة التحكيم، "التحكيم الدولي"، دار المعارف، الإسكندرية،1997.
109	عبد الحميد الأحدب	:	موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، الجزء الثاني، 1998.

4- المحاضرات:

م	المحاضر		عنوان المحاضرة
110	فؤاد رياض	:	المشروع العام والمشروع نصف العام في القانون الدولي، محاضرات في لاهاي.

5- الرسائل:

م	إسم المؤلف		الموضوع
111	عشوش أحمد عبد الحميد	:	النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975.
112	علي حسين ملحم	:	دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.

6- المجلات:

م	اسم المؤلف		الموضوع والعدد
113	إبراهيم أحمد إبراهيم	:	اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، يوليو 2001.
114	إبراهيم أحمد إبراهيم	:	اختيار طريق التحكيم ومفهومه، مجلة المحاماة، العدد الأول، 2001.
115	إبراهيم شحاتة	:	نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي، "مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، مجلة مصر المعاصرة،السنة الثمانون،العددان 417 – 418، 1989.
116	أحمد الرشيدي		التطورات الراهنة ومفهوم السيادة الوطنية، سلسة بحوث سياسية، عدد 85، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، 1994.
117	أحمد عبد الكريم سلامة	:	الحماية الدبلوماسية ومشكلة تعدد الجنسية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، العدد التاسع، الرياض، 1992.
118	القشيري أحمد صادق	:	التأميم في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 11، العدد 01، جانفي 1969.
119	القشيري أحمد صادق	:	التأميم في الدول النامية "السياسة الدولية"، السنة 3، العدد 10، 1967.
120	عبد الله الأشعل	:	تطور مركز الفرد في القانون الدولي خلال العقود الأربع الأخيرة – السياسة الدولية– ، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، عدد 161، 2005.
121	محمد إبراهيم موسى		"التسوية القضائية للعقود الدولية"، روح القوانين، جامعة طنطا، كلية الحقوق، 2000.
122	محمد أبو العينين	:	الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر 2002.

123 محمد فتحي حمودة : أضواء على التأميم ومسؤولية الدولة المؤممة، مجلة المحاماة، سبتمبر و أكتوبر 1976، العدد 07- 08.

124 محمد يوسف علوان : تسوية منازعات الاستثمار العربية، مجلة الوحدة الاقتصادية العربية، الصادرة عن الأمانة العامة لمجلس الوحدة الاقتصادية العربية، السنة الثالثة، العدد السابع، جويلية 1977.

125 محمود خليل العولمة والسيادة "إعادة صياغة وظائف الدولة"، كراسات إستراتيجية، الأهرام، 2004.

126 مفيد شهاب : "ضمانات الاستثمار في التشريعات العربية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 39، 1983.

7- الأبحاث:

م	اسم الباحث		الموضوع

127 أبو العلا علي أبو العلا : الاتجاهات الحديثة في التحكيم، بحث منشور ضمن فعاليات المؤتمر السنوي الخامس، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2000.

128 عبد الحميد الأحدب : آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي- الأوربي في بيروت من 13 إلى 15 فيفري 2001، ومنشور ضمن مؤلف بعنوان "آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية"، إعداد مركز الدراسات العربي – الأوروبي، الطبعة الأولى، 2001.

129 عكاشة محمد عبد العال : الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي- الأوربي في بيروت من 13 إلى 15 فيفري 2001، ومنشور ضمن مؤلف بعنوان "آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية"، إعداد مركز الدراسات العربي – الأوروبي، الطبعة الأولى، 2001.

130 محمد أبو العينين : التحكيم أمام المركز الدولي لحسم منازعات الاستثمار "إلى أين المصير؟"، بحث مقدم في مؤتمر تسوية المنازعات في براغ، بتاريخ 22 يونيو 2002.

131 محمد أبو العينين : الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات البترول والغاز، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للطاقة (البترول والغاز) ووسائل حسم المنازعات الناتجة عنها، 9 و 10 مارس 2002، شرم الشيخ.

8- المنشورات:

م	اسم المؤلف		موضوع المنشور

132 محمد حسام لطفي : تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية، 1997.

9- القرارات:

133 قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2158) في فبراير عام (1966)، والمتعلق بفرض رقابة حكومية على الاستثمارات الأجنبية في إقليمها.

134 قرار الجمعية العامة رقم (1803) الصادر بتاريخ 1962/12/14، والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية.

135 قرار الجمعية العامة رقم (3201) الصادر بتاريخ 1974/05/01، والمتعلق بإنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد.

136 قرار الجمعية العامة رقم (3281)، الصادر بتاريخ 1974/12/12، والخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

137 القرار الصادر من الغرفة الإدارية رقم 162، جلسة 03 أوت 1979، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع 13- 14، 1983.

10- التقارير:

138 التقرير السنوي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار 25/مايو/2005

11- النصوص القانونية:

139 المرسوم التشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 1993/10/05، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 64، الصادرة بتاريخ 1993/10/10.

140 المرسوم الرئاسي رقم 94- 328، مؤرخ في 17 جمادي الأول عام 1415 الموافق لـ 22 أكتوبر 1994، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر في 28 يونيو سنة 1994، المتعلق بتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج.ر.ج.ج، العدد 69، الصادرة بتاريخ 21 جمادي الأول عام 1415هـ، ص 188.

141 المرسوم الرئاسي رقم 95- 88 المؤرخ في 24 شوال عام 1415، الموافق لـ 25 مارس 1995، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية، والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1994، ج.ر.ج.ج، العدد 23، الصادرة بتاريخ 26 ذي القعدة عام 1415هـ، ص 193.

142 الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 19 شعبان 1415هـ، الموافق لـ 21 يناير سنة 1995، المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

143 الأمر رقم 03/01 مؤرخ في 2001/08/20، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 47، الصادرة بتاريخ 2001/08/22، المعدل المتمم بموجب الأمر رقم 08/06، المؤرخ في 2006/07/15، ج،ر.ج.ج، عدد47، الصادرة بتاريخ 2006/07/19. الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج، عدد 44، الصادرة بتاريخ 2009/07/26. الأمر رقم 01/10 المؤرخ في 2010/08/26 المتضمن القانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج، عدد 49، الصادر بتاريخ 2010/08/29. القانون رقم 16/11 المؤرخ في 2011/12/28، المتضمن قانون المالية لسنة 2012،

ج.ر.ج.ج، عدد 72، الصادرة بتاريخ 2011/12/29.

12- الوثائق:

144 اتفاقية إنشاء البنك الدولي للإنشاء والتعمير (1944)، التعديل في (1989/02/16).

145 اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ والاعتراف بالأحكام الأجنبية (1958).

146 اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي (1961).

147 اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات بين الدول ومواطني الدول الأخرى (1965).

اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، قواعد التسهيلات الإضافية (1978).

148 اتفاقية الاستثمار المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيلكوم القابضة المتصرفة باسم ولحساب أوراسكوم تيلكوم الجزائر في 05 أوت 2001.

149 اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، والشركة الجزائرية للإسمنت "Algerian Cement Company"، بتاريخ 2003/10/30.

150 القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، يونيو، (1985).

151 قواعد التوفيق الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1979).

152 قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976.

153 النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية (1945).

154 نظام التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية والنظام الجديد للتوفيق والتحكيم المعدل والساريان اعتبارا من (1988/01/01).

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

1- Documents :

155 Abs showcross Draft Convention on Investments Abroad , April, 1959.

156 O.E.C.D. Draft Convention on the Protection of Foreign Property , October , 1967.

2- Books :

157 **Bernardi, P** : The Renegotiation of the Investment Contracts, ICSID, Rev. F.I.L.J, Vol.13, No 2, 1998.

158 **Bettems, Denis** : "The Contracts Between States and Foreign Enterprises", International Perspective, Lausanne, Meta Editions, 1988.

159 **Biggs, Gonzalo** : Settlement of International Trade and Investment Disputes, International Roster of Arbitrators of the American Arbitration Association, 2001.

160 **Bocktstiegel, Karl** : "The State As Partner in Contract With Private Enterprise", Frankfurt, 1971.

161 **Boisard, M.A** : Settling Foreign Investment Disputes, Unitary Training Programmes on Foreign Economic Relations, UNITAR, Document N.4, Module 53-Revised, 2001.

162 **Higgins, B** : Economic Development, "princple problems and policieskk", India, Central Book Dep. Allahabad, 1966.

163 **Ibrahim , Shehata** The Role of ICSID and the projected Multilateral Investment

Gurantee Agency (MIGA) , Aussen Wirlshaft Helt ,Rugger ,1996.

164 Imad Mosa : Foreign Direct Investment, "Theory, Evidence", p1 and practice, palgrave macmillan, 2002.

165 Ketcham : Arbitration Between A state and A Foreign Private Party, South Western Legal Foundation, 1965.

166 Mohamadein wafaie : The Arbitration Clausein Transnational Commercial Ventures and the Problem of Sovereign Immunity, USA, Tulane University, 1986.

167 Nwogugu, E.I : The Legal problems of Foreign, Investments in Developing Countries, U.S.A, Manchester University press, Oceana publications, 1965.

168 Sanders, P : Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, A Comparative Study, kluwer Law International, 1999.

169 Salem,M, Samson,N : "Les Contrats Clé en Main et Les Contrats Produit en Main", Paris, Litec Paris, 1989.

170 Scwarzenberger : George, foreign investments and international law, London, Stevens & sons, 1969.

171 Toope, Stephen.J : Mixed Arbitration, Studies in Arbitration between States and Private Persons, Cambridge, Grotious Publications Limited, 1992.

3- Periodcals :

172 Amerasinghe, C.F : "Issues of Compensation for The Taking of Alien Proberty in The Light of Recent Cases an Practice", International Law Quarterly, 1992.

173 Amerasinghe : "How to Use the International Centre for the Settlement of Investment Disputes by Reference to Its Models Clauses", Indian Journal of International Law, Volume13, 1973.

174 Antoni Goetz and Others v.Republic of Burundi : ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol.15, no2, 2000, case no, ARB/95/3.

175 Batiffol, Henri : "Subjectivisme et objectivisme Dans le Droit International prive Des Contrats", Revu Critic De Droit International Prive, 1960.

176 Berlin, Dominique : "Les contrats D' Etats et La protection Des Investissements internationaux", Droit pratique Du commerce international, 1987.

177 Bouchez, L.J : The Prospect for International Arbitration Disputes Between States and Private Enterprises, J.I.A, Vol 8, 1991.

178 Bourquin, Maurice : "Arbitration and Economic Development Agreement", Business Law Journal, Selected Readings on protection by Law of Private Investments, 1964.

179 Broches : Observation on The Finalities of ICSID Awards, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol.6, 1999.

180 Broches, Aron : The Experience of the International Centre of Investment Disputes, Icsid Review, Holtzman, Wise & Shepard of New York, 1985.

181 Buckley : Now We Have Come to The ICSID Party, Are Its Awards Final and Enforcable? Sydney Law Review, Vol. 14, Sept 1992.

182	Criag, Lawrence, W,	:	"The Final Chapter in the Pyramids Case: Discount on ICSID Award for Annulment Risk", Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, Vol, 8, no.2, 1993.
183	Champion Trading Company and Others V. Egypt	:	Icsid Review, Foreign Investment Law Journal , vol 19, no.1, 2004 , case no,ARB/02/9.
184	Delaume ,G.R	:	"Convention on The Settlement of Investment Disputes Between states and Nationals of Other States", International Lawyers, volume 1, 1966.
185	Delaume,G.R	:	"Icsid Arbitration and the courts", ICSID Review , American journal of International Law , 1983.
186	Delaume	:	"The Pyramids Stand: The Pharos Can Rest in Peace", Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, Vol, 8, no. 2, 1993.
187	Delaumi	:	Enforcement of State Contracts Awards, Juridicial Pitfalls and Remidies, ICSID Review, Vol.8, 1993.
188	Delaume	:	"Icsid and Bilateral Investment Treaties", Icsid Review , Volume 2, 1985.
189	Eudoro Armando Olgum v.Republic of Paragway	:	Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, vol 18, no.1, 2003, Case no, ARB/98/5.
190	Gailiard, Emmanuel,	:	"The International Centre for Settlement of Investment Disputes", New York Law Journal, 1998.
191	Gergio Sacerdotte	:	"State Contracts and International Law, A reapraisal", Year Book of International Law, volume 7, 1987.
192	Goldman, B	:	"Le Droit Applicable Selon la convention De la B.I.R.D, Du 18 Mars 1965, pour le Règlement des Différends Relatifs Aux Investissent Entre Etas et Ressortissants" Investment Etrangers, Paris, Pedon,1969
193	Jacquet, Jean Michel	:	"Principe d'Autonomie et Contrats Internationaux", Economica, Paris, 1983.
194	Jennings,Robert	:	"States Contracts in International Law", British Year Book of International Law, 1961.
195	Joy Minning Machinary Limited V. Egypt	:	Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, Vol 19 no.2, 2004, case no.ARB/ 03/8.
196	Khan, Phillippe	:	"The Law Applicable to Foreign Investments, the Contribution of the World Bank Convention On The Settlement of Investment Disputes", Indian Law Journal, vol, 44, 1968.
197	Klockner V.Cameron	:	ICSID Review, foreign Investment Law Jaurnal, ICSID case No,Arb/81/2.
198	Lalive, Pierre	:	"the first World Bank Arbitration, Holiday Inns V. Morocco: Somme Legal Problemes" British Year Book of International Law, Volume 57, 1980.
199	Leslie L. Rood	:	"compensation for take over in Africa", Journal of International Law and Economics, Vol. 11, 1997.
200	Mann, F.A	:	"Studies in International Law", Oxford, 1973.
201	Mann, F.A	:	"The Theoretical Approach Towards The Law Governing Contracts Betwenn States and Private Persons" ,Revue

Belege de Droit Internationl , 1975.

202 Mann,F.A : "The proper Law OF Contracts Concluded by International Persons", British Year Book of International Law, 1959.

203 McNair : AC, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", British Year Book of International Law, 1957.

204 Metaclad V.Mexico : Icsid Review, Foreign Investment Law Journal, Vol,16, no.1, 2001,case no.ARB,(AF)/97.

205 Moshe Hirsch : The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, Martinus Nijhoff publication,1993.

206 Olmstead, Cecil,J : "Nationlization of Foreign Proberty Interests, Particularly Those Subject to Agreements with The State", New York Investment Law Review 1957.

207 Paulsson, J : Arbitration Without Privity, ICSID Review-F.I.L.J, Vol 10, N 2,1995

208 Pierre, Mayer : "La Neutralisation du Pouvoir Normatif de l'Etat en Matière de Contrats d'Etat", Clunet, Paris, 1986.

209 Robert Aziniaan and Others v. United Mexican States : Icsd Review, foreign Investment Law Journal, vol 14, no.2, 1999, case no. ARB, AF,/97/2.

210 Sereni : "International Economic Institutions and the Municipal Law of State", Recu des Cours, La Haye, 1959.

211 Shatz, Sylvia : "Recent Development in International Organizations ; The Effect of the Annulment of Decisions in Amco v. Indonesia and Klockner v. Cameron on the Future of ICSID ", American University Journal of International Law and Publications, Volume 3, 1988.

212 Shmidt,J.I : "Arbitration Under the Auspices of the lscid: Implication of the Decision on Jurisdiction in Alco. V .Jamaica", Harvard Journal of International Law, volume 17, 1976

213 Siorat, Lucien : "les Limitations Apportées à la Souveraineté d'Etats par la convention pour le Règlement de Relatifs Aux Investissement Prives Internationaux", Investissements Etrangers, pedone, 1969.

214 State Contracts : , Unctad Series on Issues in International Investments Agreements, United Nation, New York and Geneva, 2004.

215 Sturzenegger, Marc : , "ICSID Arbitration and Annulement for Failure to State Reasons, The Decision of The Ad hoc Committee in Maritime International Nominee Establishment v. Republic of Guinea", Journal of International Arbitration, 1998.

216 Sutherland : "The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", International Law Quarterly, 1979.

217 Tokios Tokeles v.Ukraine : Icsid Review, Foreign Investment Law journal, vol,20 no.1,2005, case no.ARB/02/18.

218 Vuylstek : "Foreign Investment Protection and Icsid Arbitration", Georgia Journal of International and Comparative Law, volume 342, 1974.

219 V. Republic of Indonesia : , Decision of the Award Ad hoc Committee, International Legal Materials, ICSID Case, N1- Comment, United States Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, Implications of The ICSID Convention, Havard International

Law Journal, Vol.17, 1976.

220 Weil, Prosper : "Problèmes Relatif Aux Contrats Passe Entre Un Etat et Un Particulier", Rec, de cours, 1969.

221 Wengler, Wilhelm : "Les Accords entre Etats et entreprise Etrangères, sont ils des traites de droit international?" , Revue général de droit international public, 1972.

4.Internet Sources

222 Guide to International Trade Law Sources on The Internet By Marci Hoffman : www.LLrx.com/features/trade.htm.

223 World Trade Organization : www.wto.org

224 The World Bank Group : www.Worldbank.org

225 Organization for Economic Cooperation and Development : www.oecd.org

226 The Multilateral Investment Guarantee Agency : www.miga.org

227 ICSID : www.Worldbank.org.icsid

فـهرس المحتويـات

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
شكـر وتقديـر	
الإهـــداء	
قائمة المختصرات	
المقـدمة	**01 – 17**
الباب الأول **عقود الاستثمـار ومنـازعاتها**	**19 – 172**
تمـهيد	**19**
الفصل الأول	
المبادئ العامة لعقود الاستثمـار	**20**
المبحث الأول: دراسة قانونية لعقود الاستثمار	**20**
المطلب الأول: ماهية عقود الاستثمار	**20**
الفرع (1): المفاهيم الأساسية لعقود الاستثمار	**21**
الفرع (2): أشكال عقود الاستثمار	**24**
المطلب الثاني: الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الاستثمار	**29**
الفرع (1): الحقوق والالتزامات الخاصة بالدولة المضيفة	**29**
الفرع (2): الحقوق والالتزامات الخاصة بالمستثمر الأجنبي	**34**
المبحث الثاني: خصوصية عقود الاستثمار	**38**
المطلب الأول: عدم التكافؤ في الوضع القانوني للأطراف المتعاقدة	**38**
الفرع (1): الدولة والجهاز العام التابع لها.....	**39**
الفرع (2): الطرف الأجنبي الخاص (المستثمر الأجنبي)	**50**
المطلب الثاني: إدراج شروط خاصة في عقود الاستثمار	**73**
الفرع (1): شرط الثبات التشريعي	**74**
الفرع (2): شرط عدم المساس بالعقد أو شرط الضمان	**81**
الفرع (3): شرط إعادة التفاوض	**83**
الفرع (4): شرط التحكيم	**86**
الفصل الثاني	
منازعات عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها	**88**
المبحث الأول: منازعات عقود الاستثمار	**88**
المطلب الأول: أسباب منازعات عقود الاستثمار.....	**88**
الفرع (1): منازعات القوة القاهرة	**89**

الفرع (2): أسباب منازعات الاستثمار الراجعة إلى الدولة المضيفة..... 96
الفرع (3): أسباب منازعة الاستثمار التي ترجع إلى خرق المستثمر الأجنبي لالتزاماته المنصوص عليها في عقد الاستثمار..... 116
المطلب الثاني: طبيعة منازعات عقود الاستثمار..... 117
الفرع (1): الطبيعة القانونية والسياسية لمنازعات عقود الاستثمار..... 118
الفرع (2): الطابع الاقتصادي لمنازعات عقود الاستثمار..... 122
الفرع (3): الطابع الدولي لمنازعات عقود الاستثمار..... 122
المطلب الثالث: مدى انعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر..... 127
الفرع (1): انعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر..... 128
الفرع (2): عدم انعقاد مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه دولة المستثمر..... 131
الفرع (3): الاتجاه التوفيقي 132
المبحث الثاني: النظام القانوني واجب التطبيق على منازعات الاستثمار 135
المطلب الأول: الاتجاه القائل بخضوع العقد للقانون الوطني للدولة المتعاقدة 138
الفرع (1): خضوع عقود الدولة لقانون الدولة المتعاقدة استنادا إلى وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون 138
الفرع (2): خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة بناءا على اعتبارات سياسية 140
الفرع (3): تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة 141
الفرع (4): تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بناءا على إعمال نظرية التركيز 144
الفرع (5): تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا إلى فكرة العقد الإداري 144
المطلب الثاني: الاتجاه القائل بخضوع العقد للقانون الدولي العام 145
الفرع (1): إخضاع العقد للقانون الدولي العام استنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص 146
الفرع (2): إخضاع عقود الدولة للقانون الدولي العام بناءا على إرادة الأطراف المتعاقدة ودون حاجة إلى إعمال منهج التنازع 149
الفرع (3): إخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره معاهدة دولية 151
الفرع (4): إخضاع العقد للقانون الدولي تحت مظلة المعاهدات الحمائية 153
الفرع (5): إخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد 154
المطلب الثالث: الاتجاه القائل بخضوع عقود الاستثمار لنظام قانوني لا ينتمي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ولا للقانون الدولي العام 156
الفرع (1): خضوع عقود الاستثمار للقانون الذاتي للعقد 157
الفرع (2): إخضاع العقد لقانون عبر الدول 159
الفرع (3): الرأي القائل بإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون 161
الفرع (4): إخضاع العقد للقانون التجاري الدولي 164

الفرع (5): إخضاع العقد للقانون شبه الدولي **166**
خلاصة الباب الأول **171**

الباب الثاني **320-174**
فعالية المركز الدولي الإكسيد في تسوية منازعات عقود الاستثمار

تمـهيد **174**

الفصل الأول

الأسس العامة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **184**
المبحث الأول: ماهية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **184**
المطلب الأول: النظام القانوني للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **186**
الفرع (1): نشأة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **184**
الفرع (2): الغرض من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **190**
الفرع (3): العضوية في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **187**
الفرع (4): الطبيعة القانونية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **189**
المطلب الثاني: الهيكل التنظيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **195**
الفرع (1): المجلس الإداري **195**
الفرع (2): السكرتارية (أمانة المركز) **196**
الفرع (3): قائمة الموفقين والمحكمين **197**
المبحث الثاني: شروط انعقاد اختصاص المركز بنظر منازعات الاستثمار **197**
المطلب الأول: الشرط الشكلي (الموافقة) **198**
الفرع (1): وقت صدور الرضاء (الموافقة) **199**
الفرع (2): شكل الموافقة **199**
الفرع (3): أثار الموافقة **209**
المطلب الثاني: الشرط الموضوعي (طبيعة النزاع) **211**
الفرع (1): أن تكون المنازعة قانونية **211**
الفرع (2): أن تكون المنازعة ناشئة بطريقة مباشرة عن العملية الاستثمارية **211**
المطلب الثالث: الشرط الشخصي (أطراف النزاع) **216**
الفرع (1): أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة **217**
الفرع (2): أن يكون الطرف الآخر في عقد الاستثمار مواطنا للدولة أخرى متعاقدة **219**

الفصل الثاني

آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **235**
المبحث الأول: التوفيق كآلية لتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي **237**
المطلب الأول: ماهية التوفيق **238**

الفرع (1): تعريف التوفيق..... 238
الفرع (2): عناصر التوفيق الأساسية..... 238
الفرع (3): خصائص التوفيق (المزايا) 241
الفرع (4): تمييز التوفيق عن الوساطة 248
المطلب الثاني: إجراءات التسوية عبر وسيلة التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ... 250
الفرع (1): اللجوء إلى التوفيق وإبداء الرغبة في التسوية الودية 251
الفرع (2): تكوين لجنة التوفيق وأحكام اختيارها 253
الفرع (3): عملية التوفيق وكيفية التسوية الودية للمنازعة 256
المبحث الثاني: التحكيم كآلية لتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي 260
المطلب الأول: ماهية التحكيم 260
الفرع (1): تعريف التحكيم 261
الفرع (2): مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار 263
الفرع (3): خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار 268
الفرع (4): تمييز التحكيم عن التوفيق 272
الفرع (5): طبيعة التحكيم 275
المطلب الثاني: إجراءات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار 279
الفرع (1): تقديم طلب التحكيم للسكرتير العام 279
الفرع (2): تشكيل هيئة التحكيم واختصاصاتها 288
الفرع (3): حضور الخصوم وغيابهم 290
الفرع (4): اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع 291
الفرع (5): الحكم التحكيمي 297
خلاصة الباب الثاني 319
الخاتمة 322
الملحق 329
قائمة القضايا 347
قائمة المراجع 349
فهرس المحتويات 364

Settlement of international economic disputes

Legal Study of the role of the International Centre for Settlement of Investment Disputes

Abstract:

In order to properly conduct the process of economic development, and achieve the desired objectives, Many developing countries rely on foreign investors to enter into agreements and conventions with the owners of capital according to their evolving plans.

In general, the economic relationship between the investor and the country of receptions is based on the principle of interest, with different concerns that result in behavior, expectations and needs, the differences between these project stakeholders do not facilitate its implementation.

To this effect, Island would be necessary to provide effective and neutral means in order to resolve conflicts and disputes between the contracting parties.

Despite the multiplicity of ways that could be used by both parties in order to find a settlement to conflicts arising from the implementation of investment contracts, there is always an invariant specific character related to these that relate to the arbitration.

This arbitration is considered the best alternative means of dispute resolution, and guarantees a private investor ease in litigation with the state belongs.

Given the important role of arbitration as an alternative means of resolving disputes relating to the investment, the World Bank took the initiative to conclude a multilateral international agreement to create an institutional framework whose mission is to support the settlement of different relating to investments which the Member states and nationals of the member states are part is what was done March 18, 1965 with the signing of this agreement and the birth of the international center of the settlement of disputes relating to investment.

Faced with this situation we had before the following problem:

- What the investment disputes?

- Where the International Centre for Settlement of Investment Disputes has proved effective against these disputes according to its specific nature?

It is these questions that our research project attempts to respond resolutely oriented in a methodological and pedagogical and pragmatic perspective, this memory includes all of the study of investment contracts and the different, and the role of center International settlement investment Disputes in this context, with a conclusion and suggestions

Règlement des différends économiques international

Etude juridique du rôle du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

Résumé:

En vue de bien mener le processus de développement économique, et réaliser les objectifs souhaités, Plusieurs pays en voie de développement font appel aux investisseurs étrangers, afin de conclure des accords et des conventions avec ces propriétaires de capitaux selon leurs plans évolutifs.

D'une manière générale, la relation économique entre l'investisseur et le pays d'accueils est fondée sur le principe d'intérêt, avec des différentes préoccupations qui se traduisent par des comportements, des attentes et des besoins spécifiques, ces différences entre ces acteurs du projet ne facilitent pas sa réalisation.

A cet effet, ile serait nécessaire de fournir les moyens efficaces et neutres afin de pouvoir régler les conflits et les différents entre les parties contractantes.

Malgré la multiplicité des moyens qui pourraient être utilisés par les deux parties dans le but de trouver un règlement aux conflits résultant de l'exécution des contrats d'investissements, il reste toujours un caractère spécifique invariant lié a ces derniers qui se rapportent a l'arbitrage.

Cet arbitrage est considéré comme le meilleur moyen alternatif de règlement des différents, et qui garantit a l'investisseur privé une aisance en matière du contentieux dont l'état fait parti.

Compte tenu de l'importance du rôle de l'arbitrage comme mode alternatif de résolution des litiges relatifs a l'investissement, la banque mondiale a prit l'initiative visant a conclure un accord international multilatéral afin de créer un cadre institutionnel dont sa mission est prendre en charge le règlement des différent relatifs aux investissements auquel les états membres et les ressortissants des états membres font parties est ce qui a été réalisé le 18 mars 1965 avec la signature de cet accord et la naissance du centre international du règlement des différents relatifs aux investissement.

Face à cette situation nous étions devant la problématique suivante :

- Quels les litiges d'investissements ?

- A quel point le centre international de règlement des différents relatifs aux investissements a prouvé son efficacité envers ces litiges selon sa nature spécifique ?

C'est à ces questions que notre projet de recherche tente de répondre, résolument orienté dans une perspective méthodologique et pédagogique et pragmatique, ce mémoire regroupe l'ensemble de l'étude des contrats d'investissement et ces différents, et le rôle du centre international de règlement des différents relatifs aux investissements dans ce contexte, avec une conclusion et des suggestions.

تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية

دراسة قانونية لدور المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار

الملخص:

إتجهت معظم الدول النامية بغية إنجاز عملية التنمية الاقتصادية فيها إلى جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، حيث تلجأ عادة لأجل هذا الغرض إلى إبرام عقود استثمار مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية.

ومن الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبى والدولة المضيفة، وان ظهرت حسنة فى بدايتها، إلا أنها سرعان ما تتبدل نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين، التى يكون أحدها طرف عام يتمثل فى الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها وطرف خاص أجنبي.

وأمام ذلك يكون من الضرورى توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن هذه العقود بما يتلاءم مع طبيعتها الخاصة.

وعلى الرغم من تعدد الوسائل التى من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف فى عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها، فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود وهى تتعلق بالتحكيم كطريقة مقبولة لتسوية منازعاتها، حيث يعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التى تثيرها العلاقة التى تدخل الدولة طرفا فيها، إذ أن وجود الدولة طرفا فى العقد يجعل المستثمر فى حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته، فعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال.

نظرا لأهمية الدور الذي يلعبه التحكيم فى حسم منازعات عقود الاستثمار، قام البنك الدولى إلى القيام بمبادرة جديدة إلى القيام بصياغة اتفاقية دولية متعددة الأطراف لتوفير إطار مؤسساتى يتم من خلاله تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ومواطنى الدول الأخرى الأعضاء فى الاتفاقية، التى تم التوقيع عليها فى 18 مارس 1965، وبموجبها تم إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار.

وأمام هذه الوضعية طرحت الإشكالية التالية :

ما هى منازعات عقود الاستثمار؟ وما مدى فعالية المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار فى تسويتها بما يتلاءم وطبيعتها الخاصة؟ وللإجابة على هذا التساؤل إرتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مقدمة عامة، وبابين، خصصت الباب الأول لدراسة عقود الاستثمار ومنازعاتها، فيما تناولت فى الباب الثانى دور المركز الدولى الإكسيد فى تسوية منازعات عقود الاستثمار.

وأخيرا اختتمت هذه الدراسة بمجمل قول وباستخلاص نتائج البحث، مع تقديم جملة من الاقتراحات.