خصوصية التحكيم
فـــى
مجال منازعات الاستثمار

د / عصـام الديـن القصبـى
استاذ القانون الدولى الخاص المساعد
كلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

١٩٩١

{ إن الملائكة لتضع اجنحتهالطالب العلم رضاء بما يصنع }

" حديث شريف "

الطبيعية للبلاد ، درجت عقود الامتياز البترولية وعقود الاشغال العامة على قبول شرط التحكيم(٢).

ففى ظل اعتقاد سائد ، صحيح أم خاطىء ، بان الاجهزة القضائية فى الدول النامية ليست لها الدرجة الكافية من الاستقلال فى مواجهة السلطة السياسية ، وفى غياب المحاكم الوطنية المتخصصة لدى هذه الدول التى تتوافر لها الدراية بشئون الاستثمار ومجالاته المعقده ، فإن التحكيم الدولى بات وسيلة مقنعة ووحيدة من وجهة نظر المستثمر الإجنبى لتسوية وفض منازعاته مع الدولة المضيفة .

---

(٢) وهناك العديد من الامثلة على ذلك بالفعل فى مجال الاتفاقات البترولية بصفة خاصة : اتفاقية عام ١٩٣٣ بين الحكومة العربية السعودية وشركة استاندرد أويل كوربوريشن (كاليفورنيا) [م٣١] ، اتفاقية المنطقة المحايدة المبرمة فى ٢٠ فبراير ١٩٤٩ بين المملكة العربية السعودية وياسفيك وسترن أويل كوربوريشن [م٤٥] ، اتفاقية البترول المبرمة فى ١٠ ديسمبر ١٩٥٧ بين المملكة العربية السعودية والشركة التجارية اليابانية للبترول [م٥٥] ، اتفاقية البترول المبرمة فى عام ١٩٥٢بين العراق وشركة النفط التركية [م٤٠] ، وفى مصر ايضا نجد اتفاق استغلال منطقة سدر للبترول المبرم فى ١٠ نوفمبر ١٩٤٨ بين الحكومة المصرية والشركة الانجليزية المصرية لحقول البترول [م٣٨] ... الخ ، راجع د. محمد لبيب شقير "الاتفاقات البترولية العربية" ١٩٦٩ ، انظر ايضا فيما يتعلق باعتياد اللجوء الى شرط التحكيم فى مجال عقود الاستثمار بصفة عامة والاتفاقات البترولية بصفة خاصة :

Bourquin "Arbitration and economic development agreements" The Business Lawyer, 1960, p. 867; H. Cattan "The law of Oil concessions in the Middle East and North Africa" New York, 1967, p. 8 ; A. Foustoucus "L'arbitrage interne et international en droit prive Hellenique", Paris,1976 p. 281.

وقد تاكدت اهمية اللجوء الى التحكيم الدولى ايضا بعد صدور قوانين الاستثمار فى كثير من دول العالم الثالث . فقد حرصت هذه الدول على تضمين هذه القوانين مجموعة من المزايا والضمانات الكفيلة بتشجيع وجذب المستثمرين الأجانب ، إلا أن هذه المزايا أو تلك الضمانات التى ينص عليها قانون الدولة المضيفة Le pay hot (ويطلق عليها الدولة المتلقية لرأس المال الأجنبى Le pays d'accueil) أو التى تشتمل عليها عقود الاستثمار المبرمة معها ، تصبح نظرية محضة ، مجرد وعود من جانب الدولة وآمال من جانب المستثمر ، فى غياب وسيلة فعالة ، كالتحكيم الدولى ، قادرة على مراقبة تنفيذها والاشراف على تطبيقها وقادرة عند الاقتضاء على اجبار الدولة المضيفة على احترام تعهداتها (٣) .

هذه الاعتبارات قد استنفرت جهوداً فقهية واكتبها مبادرات قضائية توجتها اتفاقيات دولية ، ترمى فى مجموعها الى ارساء العديد من المبادىء القادرة على توفير الفاعلية الضرورية والممكنة لضمان نجاح هذه الوسيلة القضائية الخاصة وتحاشى العقبات التى تحول دون توظيف آليتها فى خدمة الاستثمار واهمها تلك المتعلقة بوجود الدولة أو اشخاص القانون العام الاعتبارية الاخرى طرفاً فى اتفاقات التحكيم .

---

(٣) انظر :

M-Amadio "Le Contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965" Coll. Droit et la coopération economique et sociale interationale, Paris, T.II, 1967, p. 37.

٣- فـى الحقيقـة ، ان هنـاك تطـوراً ملحـوظاً حـدث فـى مفهـوم الاستثمـار بصفـة عامة . حتـى بدايـة الستينيـات انشغـل الفقـه الاقتصـادى فقـط بحاجـة الدول الآخذة فى النمـو لـرؤوس الأمـوال الاجنبـيه ، والخاصة منها على وجه الخصوص ، لدعم عمليات التنمية فيها .

إلا ان المتخصصين فى مجالات التنمية الاقتصادية صارت لديهم الآن القناعة التامة بان جـدوى المشروعات الاستثمارية الخاصة ومدى مساهمتها فى دفع اقتصاديات الدول النامية قدمـاً لايمكـن ان تكون له اجابات مسبقة . هذه الإجابات تقتضى - فى الواقع - فحصاً دقيقاً لظروف ومسـائل محـددة تدور حـول مـدى تحـقـيق المشـروع لاهداف التنمـيـة فى الدولة المضيفة وذلك من ناحية مردوده الايجابى على زيادة وتوزيع الدخل والعمالة بها ومدى مساهمته فى اصلاح الخلل فى ميزان المدفوعات ومقدار نجاحاته فى ادخال واستيعاب تقنيه جديدة تفتقر لها احدى القطاعات الاقتصادية فى الدولة ..الخ(٤).

وتحـقيق المشـروع الاستـثـمـارى لاهداف التنمـيـة فى الدولة المضـيـفـة لايمثل شرط وجـود فحسب وانما بعد ايضا شرطاً مستمراً ينبغى توافره مادام المشروع الاستثمارى موجوداً على ارض الدولة متمتعاً بالمزايا المقررة له .

---

(٤) انظـــر :

J.PA.Kuusi "State Contracts with foreigners, Considerations on law and Policy" These, Helsinki, 1976 p. 3.

ولهذه المسألة اهميتها الحيوية والخاصة اذا مانظرنا الى المدة الطويلة التى يستغرقها عقد الاستثمار من ناحية ، والى تعلقه فى غالبية الاحيان بامتياز استغلال الثروات الطبيعية للبلاد من ناحية اخرى .

هكذا فإن ارادة حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة لاتشكل نهاية المطاف أو الهدف الوحيد ، فهى ليست الا وسيلة لتحقيق سياسات التنمية الاقتصادية للبلاد ، فهذه الاخيرة يجب ان تحظى باهتمام لايقل عن سابقتها .

أخذاً بهذه الاعتبارات ، فإن وضع التحكيم الدولى وتوظيفه فى خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية لايجب ان يقتصر فحسب على تشجيع الاستثمار الخاص الاجنبى وانما يجب ان يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين وهو مايقتضى الأخذ فى الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار .

٤ - هكذا فإن دراستنا لخصوصية التحكيم الدولى فى مجال منازعات الاستثمار لاتعنى استعراض شروط التحكيم التى جرى العمل على ادراجها فى هذا المجال وماتتضمنه من نظم خاصة بتشكيل هيئة التحكيم والقواعد الاجرائية والموضوعية الواجبة الاتباع لفض مثل هذه المنازعات (٥) ، فهذه الدراسة وان تعرضت لهذه المسائل بالقدر الذى يثرى نقاط البحث ويكشف غوامضه ، فانها تتركز اساساً فى موضوعين رئيسيين :

---

(٥) انظر :

A.Foustoucus "L'arbitrage International en Droit prive Hellenique", Op. Cit, 446 p. 293.

أولهمـا : يتـعلق باتفـاقات التـحكيم ومـشكلة وجـود الاشـخـاص الاعـتبـارية العـامـة طرفـاً فـيه (فصل أول) .

ثانيهما : يتعلق بالتحكيم الدولى وطبيعة منازعات الاستثمار (فصل ثان) .

الفصـــل الأول

فـــي

اتفاقات التحكيم

ومشكلة وجود الاشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها

٥ - كـان من أثر ازدياد تدخل الدولة فى مـجـال المعـامـلات الدولية الخاصـة ، أن برزت مـشكلة خـاصـة تتعلق بمدى فـاعلية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى تثور فى هذا المجال ، الذى يكون احد اطرافه من اشخاص القانون العام الاعتبارية .

فى الواقع انه منذ لحظه إبرام اتفـاق التـحكيم ونفـاذه مـروراً باجراءاته نهاية بالاعتـراف وتنفيـذ الحكم له فـان وجـود الدولة - وكـذا الاشـخـاص الاعـتـبارية العـامـه الاخـرى - طرفـا فى النزاع ، يضفى على هذا التحكيم طابعاً خاصاً(٦) .

هذا الطابع الخاص يستـمـد اسـاسـه فى بعض الحـالات من واقـعـه عدم توافر القـدرة لدى الشـخص الاعـتـبـارى العـام - بحـسب الاصل - على الدخـول طرفـاً فى اتفـاق تحكيـمى ،

---

(٦) راجـــع :

Georges R. Delaume "State Contracts and Transnational Arbitration", The American Journal of International Law, Vol. 75, 1981, p.785.

أو بالنظر الى اعتبارات السيادة التى قد تحيط ببعض التصرفات التى يجريها هذا الشخص الاعتبارى وتتصل بطبيعتها وتحول دون عقد الاختصاص بمنازعاتها لغير القضاء الوطنى ، أو أن يكون مرجع هذا الطابع الخاص ماتملكه هذه الاشخاص الاعتبارية من امتيازات السلطة العامة التى قد يكون فى ممارستها تأثيراً مباشراً على اتفاق التحكيم .

هكذا فإن دراسة مؤثرات وجود اشخاص القانون العام الاعتبارية كطرف فى اتفاق التحكيم فى حياة هذا الاتفاق وادارة آلياته تقتضى بحث قدرة هذه الاشخاص على اللجوء للتحكيم (مبحث أول) ، وتحديد المقصود بالحصانة القضائية واثرها فى صحة اتفاق التحكيم (مبحث ثان)(٧) .

---

(٧) اما فيما يتعلق ببيان مدى تأثر التحكيم الدولى بامتيازات السلطة العامة التى تمارسها الدولة ، واحيانا الاشخاص الاعتيارية العامة الاخرى ، فاننا نؤثر دراستها - لاعتبارات الملائمة وعدم التكرار - فى اطار بحث طبيعة منازعات الاستثمار واثرها فى التحكيم الدولى والتى ستكون محلاً للدراسة فى الفصل الثانى.

المبحث الأول

في

قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية

على الدخول طرفاً في اتفاق التحكيم

٦ - في الواقع انه اذا كانت فكرة الدولة لاتثير صعوبة خاصة فى تحديدها ، فإن المصطلح الذى يضم اشخاص القانون العام الاعتبارية بصفة عامة لايسهل وضع تعريف عام بشأنه إذ ان تحديد مدلوله وبيان نظامه القانونى يختلف اختلافاً جذرياً من دولة الى اخرى كما قد يختلف فى الدولة الواحدة بتغير الظروف السياسية والاقتصادية للبلاد (٧) .

ومع ذلك فإنه يمكن القول بوجه عام ان اشخاص القانون العام الاعتبارية تشمل الدولة وكذا الاقسام السياسية والادارية التابعة لها من ولايات (فى الدولة الاتحادية) ومقاطعات واقاليم ومحافظات ، هذه الكيانات القانونية يمكن ان تقوم فى اطار ممارستها

(٧م) انظر :

Georges R. Delaume :"La Convention pour le reglement des differents relatif aux investissements entre Etats et ressortissant d'autres Etats", Journal de Droit International privé (Clunet) 1966, p. 34; J. Vorhoeven "Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats", in le Contrat economique international" VII Journées d' Etudes Juridiques Jean Dabin, Louvain 1973, Fasc. I, P. 5.

لوظائفها بابرام عقود مع مستثمر اجنبى بغرض تنفيذ بعض جوانب خطة التنمية الاقتصادية للدولة والتى تقع فى دائرة اختصاصها .

وبجانب هذه الاشخاص العامة الاعتبارية التقليدية توجد طائفة ثانية نشأت حديثاً على اثر احتكار الدولة أو مباشرتها لبعض اوجه النشاط الاقتصادى ، كما ازداد وجودها نتيجة لنشاط حركة التأميمات التى قامت بها بعض الدول بقصد توطين استغلال ثرواتها القومية الطبيعية . هذه الطائفة الثانية قد حلت محل الدولة فى مجال العلاقات الاقتصادية الدولية فى حدود القطاعات التى عهد بها اليها لادارتها والاشراف عليها (٨) . كما يبرز دور هذه الكيانات ايضاً وبصفة خاصة فى مجال عقود الامتياز ، والمشروعات المشتركة ،

---

(٨) فهيئة البترول فى جمهورية مصر العربية هى المكلفة قانوناً بالاشراف على استغلال الثروات البترولية للبلاد ولها الشخصية القانونية المستقلة فى ابرام العقود التى يستلزمها ادارة هذا المرفق الحيوى بحيث يقتصر دور الدولة (وزارة البترول والثروة المعدنية) على وضع السياسات والخطط العامة . وقد صارت ايضا شركة البترول الوطنية الايرانية N.I.O.C. منذ عام ١٩٥٤ هى الطرف فى عقود البترول التى تبرم مع الشركات الأجنبية ، وهى وان كانت تمثل الدولة فى هذه العقود الا أنها تتمتع فى ذلك بكامل الشخصية القانونية المستقلة ، انظر : J.Logie : Les Contrats Petroliers iraniens", Rev. Belge de Droit International, 1965, p.392. ويلاحظ بصفة عامة انه فى الآونة الحالية يندر أن تتدخل الدولة مباشرة فى مجال العقود الدولية للاستثمار ، انظر :

Philippe Leboulanger "Etat, politique et arbitrage - L'affaire du plateau des pyramides", Rev. Arbitrage, 1986, p.20.

وعقود الخدمات ، واتفاقات البيوع الدولية ، واتفاقات المساعدات الفنيه ، وعقود نقل التقنيه الحديثه ، واتفاقات الترخيص بالتصنيع أو التسويق ... الخ(٩) .

وتتبع هذه الطائفة ايضاً تلك الاشخاص الاعتبارية للعامة ، التابعة للدولة ، والتى تقوم على ادارة مرفق عام حيوى من مرافق الدولة كشركات الكهرباء والمياه والاتصالات والنقل البرى والبحرى والجوى ... الخ .

٧ - هكذا فقد شهد العالم فى خلال هذا العام تطوراً ملحوظاً فى دور الدولة تمثل فى قيامها وكذا الاشخاص الاعتبارية التابعة لها بانشطة اقتصادية كانت قاصرة من قبل على المبادرات الفردية أو اشخاص القانون الخاص الاعتبارية بوجه عام .

---

(٩) انظـــــــر :

Samuel K.B. Asante : "Stability of contractuel relation in the transnational investment process:, International and comparative law Quarterly (I.C.L.Q.), Vol. 28, 1979, p. 401; Ph.Kahn "Etude de quelques problèmes Juridiques de la vente international de gaz", in "Les hydrocarbures gazeux et le developpement des pays producteurs" Paris 1974, p. 237 ets.

وجدير بالذكر ان المركز الدولى لاشخاص القانون العام الاعتبارية لم يحظ بإهتمام من جانب الفقه الا حديثاً ، وذلك لان النشاط الاساسى لهذه الاشخاص كان ينظر اليه باعتباره نو طابع داخلى بحت تمارسه باعتبارها من امناء السلطة العامة وان دخولها فى علاقات قانونية دولية تدخل فى اطار القانون الخاص يعد أمراً نادراً للغاية ، انظر فى ذلك : A.Pillet "Des Personnes morales en Droit International Prive" Sirey,1914, 204 p. 299.

فالدول ايا كان هيكلها السياسى أو توجهاتها الاقتصادية لم تعد تكتف مهمة الدولة الحارسة L'Etat genderme التى يقف دورها ، علاوة على قيامها بمهامها التقليدية ، عند حد مراقبة وتنظيم الانشطة الخاصة ، وإنما صارت ، سواء بنفسها أو عن طريق الاشخاص الاعتبارية العامة الاخرى فيها ، طرفاً فى تلك الانشطة(١٠) .

---

(١٠) ويلاحظ ان ظاهرة تدخل الدولة واشخاص القانون العام الاعتبارية الاخرى فى مجال الانشطة الاقتصادية الدولية نجدها اكثر وضوحاً فى الدول الاشتراكية والدول النامية بصفة عامة اكثر منها في الدول المتقدمة . ففى اوروبا الغربية أو فى الولايات المتحدة الامريكية لاتتدخل الدولة فى هذه الانشطة الخاصة الا نادراً وحيث تقتضى ذلك المصالح القومية الحيوية للبلاد (كما هو الحال فى مجال تصنيع وتجارة السلاح) ، فى حين ان الدول الاشتراكية قد وجدت من مهامها ان تلعب دوراً تقدمياً لتحقيق المكاسب الاشتراكية ومايقتضيه ذلك – من وجهة نظرها – من ان تباشر بنفسها أو بواسطة المشروعات العامة جوانب النشاط الاقتصادى المختلفة وخاصة مايقع منها فى مجال المعاملات الدولية . أما الدول النامية واغلبها دول وليده أو حصلت على استقلالهاحديثاً ، فقد وجدت من الضرورى للاسراع بتنمية واستغلال ثرواتها القومية والأخذ باساليب العصر الحديث ان تحكم قبضتها على الانشطة الاقتصادية الحيوية للبلاد وماقد يستلزمه ذلك – احياناً – من اللجوء الى بعض اجراءات استثنائية كالتأميم والمصادرة ، مما أدى فى النهاية الى قيامها بادارة بعض أوجه النشاط الاقتصادى وبالتالى الى دخولها على الصعيدين المحلى والدولى طرفاً فى علاقات قانونية كانت قاصرة على الخاصة (أى اشخاص القانون الخاص) ،

انظر فى هذا المعنى ايضا :

Ph. Fouchard "L'arbitrage Commercial international", Paris, 1965, 25 p.13.

٨ - وقد واكب التدخل المتعاظم للدول فى مجال المعاملات الاقتصادية الدولية انتشار الأخذ بأسلوب التحكيم كوسيلة قضائية خاصة لفض المنازعات المتعلقة بانشطة التجارة الدولية تتلائم مع طبيعتها وتتفق مع مقتضياتها وتلبى احتياجاتها .

ومع ذلك فلم يلق هذا الاسلوب القضائى الخاص رواجاً مماثلاً فى مجال الاستثمارات الأجنبية . فالدول النامية المعنية بالدرجة الاولى بهذا المجال ، وقد رزحت طويلاً تحت نير الاستعمار ، قد وجدت فى علاقاتها الاقتصادية الغير متكافأة عودة اخرى لهذه السيطرة الاستعمارية فى ثوب جديد (١١) ، وهو مايفسر ايضا تلك النظرة المشوبة بالحذر والتردد التى تنظر بها تلك الدول الى التحكيم بصفة عامة وفى مجال الاستثمارات الاجنبية بصفة خاصة .

فى الواقع ان هناك احساساً لدى كثيرين بان التحكيم لايمثل ضمانة حقيقية للدولة المضيفة ، وانه ليس الا وسيلة لحماية المستثمرين تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية

---

(١١) وقد دفع هذا الاحساس بالبعض الى القول بان "التحكيم فى المجال القضائى يماثل الاعفاء الضريبى فى المجال الاقتصادى فكلاهما انما يستبعد الممارسة الطبيعية لسيادة الدولة ومن ثم فإنهما يعتبران من ادوات السيطرة الأجنبية" راجع فى ذلك :

M.Ben chikh : "Les instruments juridiques de la politique algerienne des hydrocarbures" L.G.D.J, Paris-1972 p. 129.

لاتأخذ فى الاعتبار الظروف الخاصة بكل دولة أو قوانينها الداخلية(١٢) ، فقبول الدول النامية اللجوء للتحكيم مبناه حاجتها الملحة واليائسة احيانا للحصول على رؤوس الاموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية وليس عن قناعة من جانبها بملائمة هذا الاسلوب القضائى الخاص لفض منازعات الاستثمار(١٣) .

ويخلص هذا الاتجاه الى ضرورة ايجاد نظام دولى جديد يقوم على اساس الاعتراف للدول النامية - ومن منطلق سيادتها على ثرواتها الطبيعية ومسئولياتها عن مقدرات شعوبها - بوطنية الوسائل الفنية والقانونية الخاصة بتنظيم قبول رأس المال الخاص وتوظيفه واحياناً تأميمه والتعويض عنه واخيراً تسوية المنازعات التى قد تنشأ بين هذه الدول والمشروعات الاجنبية الخاصة فى هذا الصدد .

---

(١٢) فتطبيق المحكم للمبادىء المشتركة للدول المتحضرة أو المبادىء العامة للقانون إنما يتم "من منظار يتأكد من خلاله اعمال قانون القوى على الضعيف الأمر الذى يصبح معه أمر تدويل القواعد التى تحكم المنازعات فى هذه العقود هو فى الواقع تكريس لمفاهيم قوانين الدول المتقدمة" ، راجع فى ذلك الدكتور ابو زيد رضوان الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى" ، ١٩٨١ ، فقرة ١١٥ ص١٩٦ .

(١٣) انظر :

D. Lapres : "Principles of compensation for nationalised property", I.C.L.Q. 1977, p. 98.

إلا أن هذه المخاوف التي تحيط بالتحكيم الدولي في مجال الاستثمارات الأجنبية تنطلق من وجهة نظر الفقه الغربي عن اعتقاد نفسي خاطىء مبناه أن هذا التحكيم لا يخدم سوى مصالح الدول الصناعية المتقدمة وحدها وضمن لها سيطرة اقتصادية مطلقة (١٤).

---

(١٤) انظر : Jan Paulsson : "Le tièrs monde dans L'arbitrage international" Rev. Arbitrage 1983, p.3. ، وقد اشارت هذه الدراسة الى ان الاحصائيات الحديثة لغرفة التجارة الدولية (C.C.I.) تبرهن على تعاظم دور التحكيم الدولى فى مجال تسوية المنازعات التى يكون أحد اطرافها من دول العالم الثالث ، كما تشير هذه الدراسة الى انه يجىء على رأس الدول الآخذه بهذا الاسلوب الجزائر ونيجيريا وليبيا فى افريقيا ، وسوريا ومصر فى منطقة الشرق الأوسط . ومن ناحية اخرى ، ومما يبدد مخاوف هذه الدول من اللجوء للتحكيم ، مادرجت عليه غرفة التجارة الدولية من تنصيب محكمين من الدول النامية (من مصر ولبنان والاردن وتونس وكولومبيا وكوريا على وجه الخصوص) ، بالاضافة الى اتخاذ غرفة التجارة الدولية للعديد من الدول النامية مقاراً لهيئاتها التحكيمية (فى القاهرة ، بانكوك ، كاراتش ، تونس ، أبيدجان) . انظر ايضا فى تبديد شكوك الدول النامية ومخاوفها من اللجوء للتحكيم خاصة فى مجال عقود نقل التقنيات الحديثة .

Jean Louis Delvolve "Arbitrage et Ordre public dans les pays en developpement", Rev. Arbitrage 1979, p. 95.

ويؤكد هذا الجانب من الفقه على ان شروط التحكيم في هذا المجال لم تعد مجرد شروطاً نموذجيه Clauses Types في عقود الاستثمار ، وانما يأتى ادراجها عن قناعة تامة بفائدة هذا الاسلوب وفاعليته وتوافقه مع طبيعة العلاقات القانونية التى تقوم بين الدول والمشروعات الاجنبية الخاصة(١٥) .

٩ - وبغض النظر عن موقفنا من هذا الجدل الذى يحيط بجدوى التحكيم بالنسبة للدول النامية ، فان الحقيقة الثابتة ان مخاوف هذه الدول النامية قد انعكست على قوانينها

---

(١٥) حقيقة الأمر ان التحكيم الدولى قد صار واقعاً ملموساً يفرض نفسه ، فالواقعية اذن وليس الاقتناع هو الباعث الاول وراء اخذ الدول النامية بهذا الاسلوب القضائى الخاص ، ولعل تلك الواقعية هى القادرة وحدها على تفسير موقف دولة مثل ليبيا التى حظرت على اجهزتها العامة فى عام ١٩٧٠ ادراج شرط التحكيم فى عقودها الدولية ، ثم عادت بعد عامين فقط عن هذا المنع نهائياً ، انظر فى ذلك : Mustapha El. Alem : "L'arbitrage dans les litiges relatif aux contrats administratifs libyens" Rev. Arbitrage 1983, p. 303. ، ويشير هذا الفقه ايضا ، من ناحية اخرى ، الى ان هناك عديد من المنازعات التى نشأت بين دول نامية ومشروعات خاصة اجنبية تابعة لدول متقدمة ، انتهت فيها هيئات التحكيم الى احكام لصالح هذه الدول أو على الاقل الى التاكيد على سيادتها على ثرواتها الطبيعية ، انظر :

Ph. Kahn "Contrats d'Etat et nationalisation : Les apports de la sentence arbitrale du 24 Mars 1982 (Affaire Aminoil)", Clunet 1982 p. 844.

الوطنية وموقفها من مدى صلاحية دخول الدولة واشخاص القانون العام الاعتبارية الاخرى طرفاً فى اتفاقات التحكيم فى منازعات الاستثمار (١٦) .

الا انه من المناسب بداءة ، قبل استعراض مواقف الدول الآخذه أو الرافضة للأخذ باسلوب التحكيم فى مجال منازعات الاستثمار ، ان نعرض لمشكلة اساسية تتعلق بطبيعة قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم فى مجال التجارة الدولية ومدى امكانية نتائج بحث هذه المشكلة فى اطار منازعات الاستثمار .

١٠- قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفا فى اتفاق تحكيمى: مشكلة تكييف:

في الواقع ان اتباع نهج تنازع القوانين لتحديد القانون الذى يحكم مدى صلاحية اشخاص القانون العام الاعتبارية للدخول فى اتفاقات تحكيمية يقتضى من القاضى ، او المحكم ، اللجوء الى قاعدة الاسناد المختصة وهو مايفرض عليه ان يبسط البحث كافيا لمشكلة التكييف Qualification - Characterization.

---

(١٦) هذه القوانين الوطنية منها ماهو نو نطاق عام (كالقانون المدنى أو قانون الاجراءات المدنية) ، أو نو نطاق خاص (كقانون الاستثمار أو قانون استغلال الثروات القومية للبلاد) ، كما قد يرد بيان هذه الصلاحية فى المراسيم أو القوانين التى تصدر بمناسبة التصديق على عقود الاستثمار التى تدخل هذه الاشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها ، كما قد يتناول النظام الاساسى لهذه الاشخاص الاعتبارية مسألة تحديد قدرتها على اللجوء للتحكيم بصفة عامة .

وقد واجه القضاء الفرنسى مشكلة قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفاً فى اتفاقات التحكيم فى عديد من القضايا اهمها : قضية MYrtoon Steamship ، قضية Capitaine San Carlo ، وقضية Galakis .

واذا كان مرام القضاء الفرنسى يبدو واضحاً فى هذه القضايا وهو البحث عن وسيلة لاستبعاد تطبيق نصوص القانون الفرنسى المانعة على هذه الاشخاص اللجوء للتحكيم (المادة ٨٣ ، ١٠٠٤ من تقنين الاجراءات المدنية الفرنسى)(١٧) ، الا ان المحاكم الفرنسية قد عملت على بلوغ هدفها متكأة على اسانيد ومبررات مختلفة بعضها يدور فى فلك نهج نظرية تنازع القوانين والبعض الآخر خرجت فيه المحاكم عن هذا النهج تماماً .

ونقطة البداية ان التطبيق الجمعى للمادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ سالفتى الذكر مؤداه ان المنازعات التى تتعلق بالدولة أو الاجهزة التابعة لها ، والتى ينبغى ابلاغ النيابة العامة فى شأنها ، لايجوز خضوعها للتحكيم .

---

(١٧) يلاحظ ان المادة ١٠٠٤ المشار اليها قد اصبحت المادة : ٢٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى الحديث ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٦٢٦ الصادر فى ٥ يوليو ١٩٧٢ ، ونصها :

"On ne peut Copromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celle relatives au divorce et a la séparation. de corps ou sur les contestations interessant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matiéres qu' interessent l'ordre public".

مفاد هذين النصين إذن ان اشخاص القانون العام الاعتبارية الفرنسية لايمكنها اللجوء للتحكيم حتى بالنسبة للمنازعات التى تدخل فى اختصاص المحاكم التجارية(١٨).

ان تطبيق هذه النصوص القانونية لايجد مايبرره خاصة عندما تقوم اشخاص القانون العام الاعتبارية بابرام عقود دولية فى اطار مناخ مماثل لذلك الذى تجرى فيه تعاقدات اشخاص القانون الخاص .

ففى العقود الدولية البحرية على وجه الخصوص ، كعقود ايجار السفن - Charter Party ، نجد ان شرط التحكيم يعد من الشروط التى جرى العمل على ادراجها ، بل ان هذا الشرط أضحى وجوده مألوفاً فى العقود النموذجية ، ومن ثم يكون من غير المقبول ان تتوارى الدولة خلف هذا الحظر الوارد فى القانون الداخلى لكى تبرر رفضها للانصياع لشرط تحكيمى تضمنه العقد الاساسى الذى سبق وان وقعت عليه وارتضت احكامه بكامل ارادتها(١٩) .

---

(١٨) انظر فى الانتقادات الموجهة لهذا التعميم فى الحكم :

B. Goldman, Rep. Dalloz de Droit International, V. "Arbitrage" N. 73.

(١٩) انظـــــــر :

M. Storme : "L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit prive" Rev. Arbitrage 1978, p.113.

اقتناعاً منها بذلك ، ذهبت محكمة استئناف باريس فى ١٠ ابريل ١٩٥٧ (٢٠) ، وبغية استبعاد هذا الخطر الوارد فى القانون الفرنسى ، الى التأكيد على التزام الدولة باحترام شروط التحكيم التى توقع عليها خاصة عندما نكون بصدد اتفاق من اتفاقات القانون الخاص ذات الطبيعة الدولية .

وصولاً الى هذه النتيجة ، فقد طرحت المحكمة فى حيثيات حكمها المشار اليه مبادىء قانونية ثلاث :

١ - أن عقد ايجار السفينة Tasis ، الذى ابرمته ادارة النقل البحرى التابعة للحكومة الفرنسية مع مالكها Ste Myrtoon Steamship ، يتعلق بمصالح التجارة الدولية ، وبالتالى تتأكد سمته كعقد من العقود الدولية . نتيجة لذلك فان الحظر الوارد فى القانون الفرنسى لايسرى فى هذه الحالة ، لان هذا الحظر وان تعلق بالنظام العام فى فرنسا ، فإن المقصود هو النظام العام الداخلى الذى يقتصر اعماله على العقود الوطنية وحدها .

٢ - ان عقد النقل البحرى المذكور هو من عقود القانون الخاص حيث اكتفى المجهز بوضع سفينته فى حيازة الدولة وتحت سيطرتها ، وان طاقمه لايشترك بطريقة

---

(٢٠) انظـــــر :

Paris, 10 Avril 1957, Myrtoon Steamship c/ Agent indiciaire du Tresor, Rev. International de Droit Compare (R. int. dr. Comp), 1958, Obs. Hebraud; Clunet 1958, p. 1002 note B. Goldman, Dolloz & Sirey "Jurisprudence" 1958 p. 699 note J. Robert.

مباشرة فى تنفيذ اداءات مرفق عام تديره الدولة . هذا العقد لم يحو شرطاً خاصاً من شروط القانون العام أو غير مألوف فى اطار القواعد العامة للقانون ، هذا الاتفاق ليس الا صورة من عقد نموذجى لايجار السفن Time-Charter عرف باسم Baltime-Type مستخدم بطريقة شائعة فى مجال النقل البحرى الخاص فى وقت السلم - بل ، ويؤكد الحكم ، أن الأخذ بشرط التحكيم فى هذا العقد يدل دلالة قاطعة على توافر ارادة الاطراف فى وضع اتفاقهم فى اطار القانون الخاص .

وقد خلصت المحكمة من ذلك الى ان مشكلة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود لاتختلف عن مثيلتها فى العقود بين الخاصة ومن ثم يتوافر لاطرافها مكنة الخضوع لاحكام قانون أجنبى .

٣ - نتيجة لذلك ولقناعة المحكمة بان وجود الدولة الفرنسية طرفاً فى هذا العقد ليس معناه بالضرورة خضوع العقد لاحكام القانون الفرنسى(٢١) ، كما ان الدولة

---

(٢١) وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٣١ مايو ١٩٣٢ على ذلك عندما قررت ان هذه العقود "من واقع طبيعيتها أو من ناحية الشكل الذى تفرغ فيه تدخل فى اطار اتفاقات القانون الخاص ومن ثم تكون مماثلة لتلك التى تبرم بين الخاصة" ، راجع:

Recueil périodique et critique Dalloz (D.P.) 1933. 1. 169 note Cremieux.

الفرنسية يكون لها الحق فى التنازل عن الحصانة المقررة لها والخضوع لاختصاص قضائى اجنبى ، وقد لجأت المحكمة فى هذا الصدد الى التركيز الموضوعى للعقد La localisalion objective du contrat (٢٢) ، لتحديد مركز الثقل فى العلاقة القانونية المتنازع فى شأنها وبالتالى لتحديد القانون الواجب التطبيق وقد استعرضت المحكمة دلائل ومؤشرات هذا التركيز الموضوعى والتى تدور حول : أن عقد الايجار المذكور قد ابرم فى انجلترا ، وان السفينة موضوع هذا العقد كانت آنذاك تقف فى احدى الموانى الانجليزية (ميناء ليفربول) ، وانه فى هذا المكان يتعين على المجهز ان يضع السفينة فى حيازة وتحت سيطرة ادارة النقل البحرى الفرنسية ، وأن الاطراف قد اسندوا الاختصاص بفض منازعاتهم لمحكمين اتخذوا من لندن مقراً لهم ، وانتهت المحكمة الى ان القانون الواجب التطبيق على هذا العقد ، بما فيه شرط التحكيم ، هو القانون الانجليزى .

---

(٢٢) انظر فى نظرية التركيز الموضوعى للعقد :

H. Baliffol "Les conflits de lois en matière de contrats" Etude de Droit International prive comparé, 1938; "Subjectivisme et objectivisme dans le Droit International privé" Melanges Maury, 1960, p. 38; & Paul lagarde "Droit Interational privé" 7 ed. T.II, 1983, n. 572, p. 265.

١١ - فى اطار هذا التحليل ، نجد ان المحكمة تميل الى تكييف قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم على أنها من المسائل ذات الطبيعة العقدية De nature contractuelle ومن ثم يجب تقديرها وفقاً للقانون الواجب التطبيق على العقد فى مجموعه ، وحيث ان هذا القانون - القانون الانجليزى لايحوى نصاً مانعاً مماثلاً للوارد فى تقنين الاجراءات المدنية الفرنسى فان شرط التحكيم الوارد فى عقد ايجار السفينة يعد شرطاً صحيحاً واجب النفاذ .

وبالرغم من وضوح التكييف الذى تبنته محكمة استئناف باريس فى هذه القضية فإن جانباً من الفقه الفرنسى قد ذهب الى ان الحكم الصادر فى هذه القضية الشهيرة قد اعتبر ان هذه القدرة الخاصة باشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفاً فى اتفاق تحكيمى هى مسألة اهلية Une question de Capacité ، ومن ثم فان تحديد هذه القدرة يرجع فى شأنه للقانون الشخصى La loi personnelle(٢٣).

فى الواقع اننا لانرى من جانبنا وجه اعتراض على نتيجة هذا التكييف ، فتطبيق القانون الشخصى على مسائل الاهلية يعد من القواعد المستقرة فى فقه القانون الدولى الخاص والتى وجدت صداها فى معظم التشريعات الوطنية ، ولكن اعتراضنا يدور حول

---

(٢٣) انظـــــر :

H. Motulsky, note sous l'arrêt de la cour de Paris 10 Avril 1958, p. 1002.

صعوبة قبول هذا التكييف أو حتى استخلاصه من الحكم المذكور(٢٤) .

حقيقة الأمران هذا التكييف لم يرد فى الحكم المذكور ومن ثم فانه يتفق فحسب مع مايعتقده ، بل ما يأمله ، البعض من ان المقصود فى هذه الحالة "ليس بحث مدى صحة شرط التحكيم فى حد ذاته وانما نحن امام مسألة اهلية للتعاقد قد استقر القضاء الفرنسى على اخضاعها للقانون الشخصى للطرف المعنى"(٢٥) .

---

(٢٤) وقد حاول الرأى المتقدم التوفيق بين ماانتهى اليه من تكييف وبين ماأنتهت اليه المحكمة من اخضاع قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم لقانون العقد وذلك بالاستناد الى مايعرف "بالجهل المتسامح فيه" L'ignorance execusable (انظر : H. Batiffol & P. Lagarde, Op. Cit, p. 141 , 491) والذى من شأن ثبوته استبعاد تطبيق القانون الذى يحكم الاهلية اصلاً وتطبيق قانون العقد ، انظر : H. Motulsky, Travaux du comite francais de D.I. p. 1967, p. 141 ، الا انه بالنظر الى ان تقرير ذلك منوط بتوافر شروط هذا القضاء ، ولايتضمن حكماً عاماً يطبق فى جميع الاحوال ، فقد اتجه البعض الى البحث عن تكييف آخر يتفق مع ماانتهت اليه محكمة استئناف باريس فى ١٠ ابريل ١٩٥٧ وانتهوا الى ان المنع الوارد فى القانون الفرنسى والذى يحظر على اشخاص القانون العام الاعتبارية الفرنسية اللجوء للتحكيم هو نوع من انعدام الاهلية الخاصة الذى يحكمه قانون العلاقة Lex Causae أى قانون العقد ، انظر فى هذا المعنى :

Annie Toubiana "Le domaine de la loi du contrat en Droit international privé" Librairie Dalloz, 1972, 65, p. 52 note 8.

(٢٥) راجـــــع :

Y. Loussouarn, note sous l'arret susmentionné de la Cour de Paris, Rev. Crit. dr. int. prive, 1958, p. 120.

هذه الرؤى الفقهية قد استغلت فى الواقع عدم وضوح الحكم المذكور فى تناوله لمسألة تكييف قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم وهو مادفع القضاء الفرنسى الى حسم هذه المشكلة فى قضية San Carlo .

١٢ - واقعات هذه القضية تدور حول قيام احدى المؤسسات العامة الفرنسية (Office (O.N.I.C. National Interprafessionnel des Cereals برفع دعوى امام محكمة مرسيليا المدنية مطالبة قبطان السفينة San Carlo بالتعويض عن عواريات لحقت بشحنة حبوب قادمة من اثيوبيا الى مرسيليا . وقد دفع قبطان السفينة المذكورة بعدم اختصاص المحكمة متمسكاً بتطبيق نص المادة ٢٠ من وثيقة الشحن والتى وقع عليها الجانب الفرنسى فى ٢٠ ابريل ١٩٥٢ ومقتضاه ان المنازعات الناشئة عن هذا العقد تخضع للتحكيم فى جنوه طبقا لاحكام القانون الايطالى .

وقد اكدت محكمة Aix-en. Provence فى حكمها الصادر فى ٥ مايو ١٩٥٩ ، على ان "هناك محل لقبول ماذهبت اليه انفاً محكمة استئناف باريس (١٠ ابريل ١٩٥٧) من عدم ملائمة تطبيق هذا الحظر على الاتفاقيات ذات الطبيعة الدولية ، بل انه سيكون ضد مصلحة الدولة نفسها ان تحظر على ممثليها قبول وسيلة لتسوية المنازعات تتفق واعراف التجارة الدولية ، بل ان هذا النهج من شأنه ابعاد الدولة والمؤسسات العامة

عن اسواق تجارية هامة[٢٦] .

ومع ذلك فقد نعى الطاعن O.N.I.C. على محكمة الاستئناف ماذهبت اليه من بناء حكمها على اساس اعتبارات الملائمة بالرغم من ان هذا الحظر بات مؤكداً ومطلقاً ويتعلق بالنظام العام فى فرنسا .

وقد انتهزت محكمة النقض الفرنسية الفرصة للتأكيد فى حكمها على المبادىء القانونية التالية[٢٧] :

١ - ان هذا الحظر يتعلق بالنظام العام الداخلى وليس النظام العام الدولى وبالتالى فانه لايقف عقبة امام المؤسسة العامة واخضاع الاتفاق الذى دخلت فيه طرفاً لقانون اجنبى يقبل بصحة شرط التحكيم طالما ان هذا الاتفاق قد توافرت له سمات العقد الدولى .

---

(٢٦) راجـــــع :

Aix-en-Prouence, 5 mai 1959, O.N.I.C. c/ Capitaine S.S. San Carlo, Clunet 1960, p. 1076 note Sialelli; Revue trimestrielle de droit commercial (Rev. trim. dr. commercial) 1959, p. 875 note Boitard.

(٢٧)

Cass. Civ. 1 "Ch. 14 Avril 1964, Dalloz & Sirey "Jurisprudence" 1964 p. 637 note J. Robert; Rev. Crit. dr. int. Prive 1966 p. 69, note H. Batiffol; Clunet 1965, p. 646 note B. Goldman.

٢ - فيما يتعلق بما يثيره الطاعن من ان الاهلية للتعاقد تخضع للقانون الشخصى للاطراف ، أى أن القانون الفرنسى وحده هو الذى يحدد اهلية المؤسسات العامة الفرنسية للتوقيع على شرط التحكيم المدرج فى العقد سواء كان هذا العقد دولياً أو محلياً ، فقد قطعت المحكمة فى حكمها بان منع الاشخاص الاعتبارية العامة من اللجوء للتحكيم ، الوارد فى المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من تقنين الاجراءات المدنية الفرنسى ، الا وفق شروط خاصة ، لايثير مشكلة الاهلية فى المعنى الوارد فى المادة ٣/٣ من القانون المدنى الفرنسى .

٣ - أيدت المحكمة ماذهبت اليه محكمة الاستئناف من ان البحث يتركز فقط حول معرفة ما إذا كان هذا الحظر العام المنصوص عليه بالنسبة للعقود الوطنية يجب تطبيقه على العقود الدولية الخاصة المبرمة لحاجات ، وفى اطار شروط تتفق واعراف ، التجارة الدولية . وقد انتهت المحكمة العليا الفرنسية الى اجابة سلبية مفادها ان هذه المسألة تتعلق بقانون العقد وليس بالقانون الشخصى للاطراف المتعاقدة .

فى الواقع ان الجديد فى حكم النقض المشار اليه هو استبعاد تكييف الحظر المفروض على الاشخاص الاعتبارية العامة من اللجوء للتحكيم على انه من مسائل الاهلية ، اما فيما عدا ذلك فلم يفعل الحكم المذكور اكثر من تأكيده على مبادىء سبق وان رددها القضاء الفرنسى فى قضية Myrtoon Steamship

وخلاصتها ان نصوص تقنين الاجراءات المدنية الفرنسى الخاصة بهذا الحظر هى من النظام العام الداخلى ولامجال لتطبيقها اذا ماتعلق الامر بعقد دولى من عقود القانون الخاص ، ومن ناحية اخرى فان تقدير صحة شرط التحكيم يتم وفقاً للقانون الواجب التطبيق على العقد.

حقيقة الأمر ان التزام القضاء الفرنسى بنهج تنازع القوانين فى القضية المشار اليها وخلوصه الى تطبيق قانون العقد انما ينطلق من تصور اساسى يدور حول اعتبار ان المسألة المعروضة إنما تتعلق بتقدير صحة شرط التحكيم كشرط نو طبيعة عقدية وبالتالى فإن هذا القضاء لم يفصل فى مسألة قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية ذاتها على اللجوء للتحكيم الا بطريقة ضمنية ، أو بعبارة اخرى فان هذه القدره لاتنفصل من وجهة نظر هذا القضاء عن شرط التحكيم ذاته الواجب تقديره ، وبيان مدى صحته ، وفقاً للقانون الواجب التطبيق على العقد نفسه .

فهذا القضاء إذن لم يشأ ان يأخذ فى اعتباره الا السمة الموضوعية المزدوجة للاتفاق المبرم ، أى باعتباره من عقود القانون الخاص ذات الطبيعة الدولية طارحاً جانباً السمة الشخصية للاطراف(٢٨) .

---

(٢٨) من هذه الزاوية فقد عبر القضاء الفرنسى عن معارضته لجانب من الفقه الفرنسى يشكك فى قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية الفرنسية على اللجوء للتحكيم حتى فى المجال الدولى ، إذ الأمر يتعلق هنا - طبقا لما يراه هذا الجانب من الفقه - بمشكلة اختصاص Un Probleme de Competence ، أى اختصاص الاشخاص الاعتبارية العامة أو الاجهزة التابعة لها ، وان القانون الوطنى وحده هو الذى يتولى تحديد مدى هذا الاختصاص ، راجع فى ذلك: G.Vedel "Le problème de L'arbitrage entre gouvernements et: personnes de droit public et personnes de droit privé" Rapport 1re Congres international de l'arbitrage" 1961, Rev. Arbitrage 1961, p. 126.

١٣ - ومع ذلك فان خضوع قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم ، على اعتبار ان هذه القدره جزءاً لايتجزأ من شرط التحكيم نفسه ، للقانون الواجب التطبيق على العقد كان محلاً لعديد من الانتقادات منها مايتعلق بالتكييف ذاته ومنها مايتعلق بالنتائج المترتبة عليه .

فمن ناحية ، فمازال الفقه الفرنسى ، فى جانب منه ، مقتنعاً بان المشكلة انما تتعلق بالاهلية وليست بصحة شرط التحكيم(٢٩) .

ومن ناحية اخرى ، وبعيداً عن الاعتبارات النظرية التى ترى صعوبة ان تتحدد قدرة الدولة ذات السيادة على اللجوء للتحكيم طبقاً لقانون اجنبى(٣٠) ، فان تقدير صحة شرط

---

(٢٩) انظـــــر :

H. Motulsky "Travaux.." op.cit. p. 140; "Etudes et note sur L'arbitrage", Ecrits, Vol. II. Paris, Dalloz, 1974, p. 369.

(٣٠) انظـــــر :

Y.Loussouarn & J.D.Bredin "Droit du Commerce interational", Paris, Sirey, 1969, 83 p. 96.

(٣١) راجع : B.Goldman, note sous cass. Civ. 14 Avril 1964, Op. Cit. P. 646.

التحكيم طبقاً للقانون الواجب التطبيق على العقد مؤداه ان اتفاق التحكيم المدرج فى عقد دولى قد يعتبر صحيحاً من وجهة نظر قانون معين وباطلاً من وجهة نظر قانون آخر "مما يفقد نظامه القانونى كل وحدة وتماسك".(٣١) .

وأخيراً ، فان هذا القضاء لاتتوافق اسبابه مع نتائجه الا فى حالة ماذا كان القانون الواجب التطبيق لايحوى حظراً مماثلاً للوارد فى القانون الفرنسى ، ففى هذه الحالة وحدها تسوغ دوافعه التى بناها على مقتضيات التجارة الدولية للوصول الى صحة الشرط التحكيمى ، فى حين ان تلك البواعث لاترتب نتائجها اذا كان القانون الواجب التطبيق يتضمن مثل هذا الحظر (٣٢) .

---

(٣٢) انظر : B. Goldman "Trav. Comité Francais dr. int. Privé" 1967 p.132; F. Deby-Gerard "Le role de la regle de conflit dans le reglement des rapports internationaux", Paris, Dalloz, 1973,146 p. 115. فى الواقع اننا نتفق مع ماذهب اليه البعض من اننا امام قضاء اراد ، وان لم يفصح ، ان يغتنم الفرصة للأخذ بقاعدة مادية ، على نحو مافعل بالنسبة لشرط الذهب فى قضية Messageries Maritimes (Cass. Civ. 21 Juin 1950, Rev. Crit. dr. int. Prive 1950, p. 609 note H. Batiffol) مقتضاها صحة شرط التحكيم فى جميع الحالات التى تكون فيها الدولة طرفاً فى اتفاق =

فى اطار هذا التحليل هل يمكن القول بان القضاء الفرنسى قد إستشعر فى احكامه اللاحقه عمق هذه الانتقادات واهمية العمل على تلافيها ؟

١٤ - فى قضية Galakis ، والتى تدور حول رفض الحكومة الفرنسية الاشتراك فى تحكيم يدور فى لندن اعمالاً لاتفاق تحكيمى تضمنه فى عام ١٩٦٠ عقد ايجار سفينة ابرم بين الدولة ومجهز يونانى ، اذعنت محكمة السين لمعارضة الحكومة لاصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى هذا النزاع ، وقضت برفض التنفيذ لعدم صحة شرط التحكيم ، على اساس ان نصوص القانون الفرنسى فى هذا الصدد من النظام العام ولايجوز الاستثناء منها أو الخروج عليها (٣٣) .

= تحكيمى تضمنه عقد دولى وذلك بصرف النظر عن موقف القانون الواجب التطبيق ، انظر :

P.Le vel, note sous Cass. Civ. 14 Avirl 1964, Jurisclasseur periodique (J.C.P.) 1965. 11. 14406.

(٣٣) مؤكدة على انه "من يقبل الخضوع للتحكيم سلفاً يجب ان تتوافر له صفة مزدوجة ، واهلية مزدوجة ، للقيام بعمل تجارى والخضوع للتحكيم ، هذه الصفة وتلك الاهلية يجب ان تخضع للقانون الشخصى للطرف المعنى فى حالة النزاع نو الطبيعية الدولية" ، انظر : Trib. de gr. Inst de La Seine, 25 Juin 1959, Tresor public c/ Galakis, Clunet 1960, p. 488, Obs. Sialelli.

هذا الموقف لم يجد قبولاً من محكمة استئناف باريس التي اعادت طرح المباديء التي اقرتها في قضية Myrtoon Steamship(٣٤) .

وقد أكدت محكمة النقض في رفضها للطعن المرفوع أمامها على أن قضاء الاستئناف وقد أبان عن أن القانون الواجب التطبيق على العقد (القانون الانجليزي) يقبل بصحة هذا الشرط "لم يكن له سوى أن يقضي في مسألة ما إذا كانت القاعدة المنصوص عليها بالنسبة للعقود الداخلية من الواجب تطبيقها أيضاً على عقد دولي أبرم لحاجات التجارة البحرية وفي ظروف تتوافق مع اعرافها " . وخلصت المحكمة العليا إلى أن هذا الحظر المنصوص عليه في القانون الداخلي لا يطبق على مثل هذا العقد(٣٥) .

هكذا . وعلى عكس الحال في قضية San Carlo فإن المحكمة باغفالها لكل إشارة في شأن القانون الذي يحكم العقد قد سجلت ميلاد قاعدة جديدة في قواعد القانون الدولي الخاص المادية .

---

(٣٤) انظـــــر :

Paris, 21 fev. 1961, Rev. trim. dr. commercial, 1961, p. 351, obs. Boitard; Clunet 1963, p. 156, obs. Sialelli.

(٣٥) انظـــــر :

Cass. civ. 1re ch. 2 mai 1966, Rev. trim dr. commercial, 1966, p. 763 note Y. Loussouarn; J.C.P. 1966. 11. 14798 note Ligneau.

هذا الاتجاه الأخير للمحكمة العليا الفرنسية قد لاقا ترحيباً حاراً من لدن الفقه لتوافقه مع عادات وحاجات التجارة الدولية(٣٦) ، بل وقد وجد فيه البعض دلالة تقدمية على طريق التحكيم تشير الى "نكوص فكرة القانون بشكل ملحوظ لصالح فكرة العقد"(٣٧) .

وتجدر الاشارة الى ان هذا القضاء لم يلجأ الى بحث مشكلة تكييف قدرة اشخاص القانون العام على اللجوء للتحكيم ، لان بحث هذه المشكلة لايعن للقضاء تناوله الا من أجل التعرف على قاعدة الاسناد واجبة التطبيق ، أى توطأة لاتباع نهج تنازع القوانين ، وهو مالم تفعله المحكمة العليا الفرنسية بتأكيدها على وجود قاعدة مادية من قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسى مقتضاها صحة اتفاق التحكيم الذى تقدم هذه الاشخاص على ابرامه فى اطار عقودها الدولية(٣٨) .

---

(٣٦) انظـــــر :

B. Goldman, note sous cass. civ. 1re Ch. 2 mai 1966, Rev. crit. dr. int. privé 1967, p. 553; P. level, note sous arret, clunet 1966, p. 648.

(٣٧) انظـــــر :

J.Robert, note sous cass. civ. 1re ch. 2 mai 1966, Dalloz & Sirey "Jurisprudence", 1966, p. 575.

(٣٨) وقد أكد الفقه الفرنسى على ان قضاء النقض المذكور ، إذ جاء خالياً من كل اشارة الى أن الحظر المذكور غير وارد فى القانون الواجب التطبيق ، انما يشير الى وجود قاعدة مادية وليست قاعدة ذات =

فقد استشعرت محكمة النقض الفرنسية اذن عدم اهمية تكييف الحظر الوارد فى تقنين الاجراءات المدنية الفرنسى ، كما استشعرت ضرورة اللجوء الى قاعدة مادية ، ان لم يكن خلق هذه القاعدة ، خاصة بالعلاقات الدولية : هى ضرورة عملية تترجمها مصالح الدولة فى اللجوء للتحكيم كوسيلة هامة لفض المنازعات فى مجال المعاملات الدولية تتفق مع اقدام الدولة على تطوير نشاطها الخاص ، وضرورة أدبية يقتضيها مركز الدولة وحرصها على عدم الالتفاف حول تعهداتها (٣٩) .

= تطبيق مباشر ، لان هذه القاعدة الاخيرة ماهى الا قاعدة من قواعد القانون الداخلى الواجبة التطبيق ، دون المرور من خلال قاعدة التنازع ، فى مجال العلاقات القانونية حتى الدولية منها ، تستمد قوتها من سيادة المشرع ومن مصلحة الدولة ايضا ، فى حين اننا هنا إذ نقول بصحة شرط التحكيم الذى تقبله الدولة فى عقودها الدولية إنما نعنى وجود قاعدة مادية خاصة بالعلاقات الدولية لانظير لها فى مجال العقود الوطنية المحضة ، راجع فى ذلك : B. Goldman : "Règles de conflits, Règles d'application immediate, et Règles materielles dans l'arbitrage commercial International", Trav. Comité francais dr. int. privé, 1967 p. 132. انظر فى هذه التفرقة ايضاً :

J.P.Karaquillo "Etude de quelques manifestations des lois d'qpplication immediate dans la jurisprudence francaise de Droit International privé" Presses Universitaires de France, 1977, 68 p. 41.

(٣٩) وقد أخذ القضاء التونسى بهذا المفهوم فى استبعاده لتطبيق الحظر الوارد فى نص المادة ٢٦٠ من قانون الاجراءات المدنية والتجارية التونسى ، وهو نص حاكى فيه المشرع التونسى قرينه الفرنسى ، فقد ذهبت محكمة تونس الابتدائية فى ٢٣ مارس ١٩٧٦ فى قضية الشركة التونسية للكهرباء والغاز S.T.E.G. =

١٥ - لقد بات واضحاً ، من خلال التحليل القضائى للتقدم ، ان القضاء الفرنسى قد توحد هدفه وان اختلفت وسائله للوصول اليه ٠

فالهدف هو تحرير اشخاص القانون العام الاعتبارية من الحظر المقرر فى القانون الفرنسى والذى يحول بينها وبين اللجوء للتحكيم ، هذا الهدف يقوم على اعتبارين جوهريين : أولهما ، قناعة القضاء باسلوب التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالمعاملات الخاصة الدولية ، وسيلة تتفق مع مقتضيات واعراف هذه المعاملات ٠

ثانيهما ، ان دخول الدولة والاجهزة التابعة لها فى مضمار النشاط الخاص يجعلها تقف مع الخاصة (الاشخاص الطبيعية) ، وكيانات القانون الخاص الاخرى ، على قدم المساواه ٠

الا ان القضاء الفرنسى فى سبيل بلوغ مأربه قد لجأ تارة الى اتباع نهج نظرية تنازع القوانين ، وتارة اخرى الى الاستناد الى وجود قاعدة مادية من قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسى تسوغ له استثناء المعاملات الدولية التى تدخل فيها اشخاص القانون العام الاعتبارية من الحظر العام الوارد فى القانون الوطني ٠

= (Rev Arbitrage 1976, p. 268)٠، إلى أن هذا العقد الدولى المبرم لحاجات التجارة ومتوافقاً مع اعرافها يخرج من مجال تطبيق هذا الحظر ، انظر ايضاً : F. Merchi "La procedure de l'arbitrage en Tunisie" Rev. Tunisienne de Droit, 1976, p. 18. كما اخذ به ايضا القضاء اليونانى فى قضية L'Areopage ، انظر Foustoucus ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠٧ ، ص٢٦٣ ٠

١٦ - وبالرغم من اهمية هذا القضاء ، فان هناك معطيات جديدة فى النظام القانونى الفرنسى قد خففت من حدة مشكلة قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم بداية ثم الغتها نهاية .

فطبقا للفقرة الثانية من المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدنى الفرنسى (المضافة بالقانون رقم ٥٩٦ الصادر فى يوليو ١٩٧٥) استثنيت انواع من المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى والتجارى من هذا الحظر ، ومع ذلك فان دخولها فى اتفاقات تحكيمية يستلزم صدور مرسوم يرخص فى ذلك :

"Toutefois, des categories d'établissement public à caractere industriel et commercial peuvent etre autorisées - par decret - à compromettre"

ثم كان ان وصلت اشخاص القانون العام الاعتبارية الفرنسية الى مرحلة التحرر الكامل من كل قيد يحول دون دخولها طرفاً فى اتفاق تحكيمي ، وذلك بمقتضى نص المادة ١٤٧٣ من المرسوم بقانون الصادر فى ١٢ مايو ١٩٨١[٤٠] (قانون الاجراءات المدنية الفرنسى الجديد فى شأن التحكيم) ، والذى يقضى بانه "لايمكن ان يكون عائقاً

---

(٤٠) انظر :

P. Billet & E. Mezger "L'arbitrage international dans le nouveau code de procedure civil" Rev. crit. dr. int. prive, 1981, T. 70, p. 637.

امام الاتفاق التحكيمي الدولى ، ايا كان القانون الواجب الطبيق ، كون .... هذا الاتفاق قد ابرم بواسطة الدولة أو أى شخصى اعتبارى من اشخاص القانون العام" :

"Il ne peut etre fait obstacle à la convention d'arbitrage international quelque soit la loi applicable, au motif que ... une telle convention aurait été conclu par un Etat ou tout autre personne morale de droit public"

هكذا فقد اراد المشرع الفرنسى ان يقنن وجود قاعدة مادية من قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسى مقتضاها انه فى جميع الحالات وبصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق فان اشخاص القانون العام الاعتبارية يسوغ لها ان تكون طرفاً فى اتفاقات التحكيم الدولى .

واخيراً فإن القضاء الفرنسى لم يكن بحاجة الى انتظار صدور مرسوم عام ١٩٨١ ، إذ كان فى امكانه اعمال هذه القاعدة - ذات اصل دولى فى هذه المرة - دون تردد على اثر صدور المرسوم رقم ١١٧ لسنة ١٩٦٨ الصادر فى ٢٦ يناير ١٩٦٨(٤١) ،

---

(٤١) منشور فى : Rev. crit. dr. int. prive, 1968 p. 323 ، انظر ايضا فى هذه الاتفاقية :

J.Robert "La Convention europeen sur l'arbitrage commercial international - signé a Genève le 21 April 1961" D. 1961 "Chronique" p. 75 ; P. Benjamin "The European convention on International commercial Arbitration", British Yearbook of International law (B.Y.I.L.) 1967, p. 467.

بالتصديق على انضمام فرنسا الى الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجارى الدولى المبرمة فى ٢١ ابريل ١٩٦١ .فطبقاً لنص المادة الثانية من هذه الاتفاقية فان : "الاشخاص الاعتبارية التى تعد طبقاً للقانون الواجب التطبيق عليها من اشخاص القانون العام لها القدرة على ابرام اتفاقات تحكيمية نافذة قانوناً"(٤٢) .

١٧ - الا انه بعيداً عن النظام القانونى الفرنسى ، الذى ماأردنا بالركون اليه سوى سبر أغوار هذه المشكلة وكشف معطياتها واستلهام حلولها ، فان قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفاً فى اتفاقات تحكيمية مازالت بحاجة لحسم مشكلة تحديد طبيعتها تمهيداً لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها . ومن ناحية اخرى لنا ان نتساءل عن مدى صلاحية الحلول التى ننتهى اليها فى مجال منازعات التجارة الدولية بصفة عامة الى التطبيق فى مجال منازعات الاستثمار بصفة خاصة ؟

١٨ - بصفة مبدئية ، فاننا نتفق مع ماسبق وان عبر عنه الفقه الفرنسى ، فى تعليقه على حكم محكمة النقض فى قضية San Carlo(٤٣) ، من انتقادات تقوم اساساً على رفضه

---

(٤٢) ومع ذلك يظل لقانون الاجراءات المدنية الفرنسى الجديد فى شأن التحكيم - المشار اليه آنفاً - اهميته البالغة فى تحرير اشخاص القانون العام الاعتبارية من كل حظر يحول بينها وبين اللجوء للتحكيم إذ ان نصوص الاتفاقية الاوروبية يتحدد مجال تطبيقها باتفاقات التحكيم المبرمة بين رعايا الدول الاعضاء المتعاقدة ، انظر مايلى فقرة ٢٩ ص ٦٢ .

(٤٣) راجع ماتقدم ، فقرة ١٣ ، ص٢٩ .

لفكرة التكييف العقدى لقدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم وبالتالى رفضه لفكرة تطبيق قانون العقد لتحديد هذه القدرة .

حتى لو سلمنا بان شرط التحكيم هو شرط مماثل لسائر الشروط التعاقدية ، فان صحة هذا الشرط لاتتعلق بها قدرة الاطراف على ابرام الاتفاق التحكيمى ، فهذه الصحة تتعلق بمسائل داخلية فى الاتفاق des questions interinseque ولاتخص اطرافه .

ومن ناحية اخرى يبدو من غير المقبول ان تتحدد سلطات الاشخاص الاعتبارية العامة طبقاً لقانون آخر غير القانون الذى تولى أمر ميلادها واضفاء الشخصية القانونية عليها(٤٤) .

فعدم صحة شروط التحكيم التى توقعها هذه الاشخاص لاتجد اساسها الا فى التحديد الوارد على السلطات المخولة لها ، هذا التحديد لايمكن ان يرد الا فى القانون الذى تستمد منه هذه الاشخاص وجودها وسلطاتها الأساسية .

---

(٤٤) ويؤكد ذلك انه حتى لو سلمنا بان هذه القاعدة المادية التى ارستها المحكمة العليا الفرنسية فى قضية Galakis يمكن ان تمتد الى اشخاص القانون العام الاعتبارية الأجنبية التى تحوى قوانينها الوطنية حظراً مماثلاً للحظر الوارد فى القانون الفرنسى (وتعرض هذه المسألة فى حالة ماإذا كان للشخص الاعتبارى الاجنبى اموالاً فى فرنسا وبالتالى تتوافر المصلحة فى رفع دعوى تنفيذ الحكم التحكيمى امام المحاكم الفرنسية) ، فان قضاء المحاكم الفرنسية بصحة اتفاق التحكيم الذى يكون هذا الشخص الاعتبارى طرفاً فيه لايغير من الأمر شيئاً اذ يظل مثل هذا الاتفاق باطلاً من وجهة نظر القانون الوطنى لهذا الشخص الاعتبارى .

الى جانب هذه الاعتبارات ، فمن غير المنطقى ان تتحدد قدرة الدولة أو اشخاصها العامة وفق قانون اجنبى . لامرية فى ان هذه القدرة تعتمد فى المقام الاول والاخير على قانون الدولة المعنية ذاتها . ان القانون الاجنبى لايتعرض بالتنظيم لقدرة الدول الاخرى أو الاشخاص الاعتبارية التابعة لها على ابرام اتفاقات تحكيمية(٤٥) .

١٩ - وتزداد الحساسية حيال هذا التكييف المنتقد عندما يتعلق الأمر بالتحكيم فى مجال منازعات الاستثمار الاجنبى(٤٦) ، يجب الا ننسى ان قبول التحكيم كوسيلة لتسوية مثل هذه المنازعات أو رفضه يفترض ان المشرع الوطنى المعنى قد فصل بماله من سيادة بين

---

(٤٥) "فاذا كانت نصوص القانون الانجليزى تقبل بصحة الاتفاق التحكيمى الذى يوقعه التاج البريطانى فانه لايدخل فى اعتباره ان مثل هذه النصوص يمكن ان تتولى تنظيم صحة إتفاق التحكيم الذى تبرمه دولة اخرى غير المملكة المتحدة" ، راجع فى ذلك :

B. Goldman. Arbitrage (Droit International prive), Repertoire Dalloz, Droit International, 79, p. 119.

(٤٦) بالرغم من انه من المؤكد أن كون احد الاطراف هو دولة ذات سيادة فان ذلك يشكل فى حد ذاته مؤشراً جيداً لتركيز العقد فى هذه الدولة تمهيداً لاخضاعه لقانونها خاصة اذا كان تنفيذ هذا العقد يتم على اراضيها ، كما هو الحال فى العقود البترولية أو عقود الاستثمار التى تبرمها الدول النامية ، انظر فى ذلك Ph. Fouchard ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٠ ص٩٥ .

السياسة الرامية الى تشجيع الاستثمارات الأجنبية أو تحقيق التنمية الاقتصادية بصفة عامة من ناحية وبين الاختصاص الخالص والوحيد للمحاكم الوطنية(٤٧) .

إذن فتقدير مدى حرية الاشخاص الاعتبارية العامة فى اللجوء للتحكيم فى مجال منازعات الاستثمار طبقاً لقانون آخر غير القانون الوطنى لهذه الاشخاص الاعتبارية يجعل من هذه الحرية ونطاقها مسألة تابعة للتنظيم الوارد فى قانون أجنبى له مفاهيمه الخاصة حول هذا الموضوع وهو أمر غير مقبول بكل المعايير .

٢٠ - كذلك فان تكييف الحظر الوارد فى قانون وطنى معين الذى يحد من قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم ، على أنه يعنى ان النزاع الذى تكون فيه مثل هذه الاشخاص أحد اطرافه يكون بطبيعته غير قابل للتحكيم ، أى ان المسألة تتعلق بمدى قابلية هذا النزاع للتحكيم L'arbitrabilité de litige(٤٨) ، هذا التكييف يبدو غير مبرر من ناحية ، ولاطائل من ورائه من ناحية اخرى .

---

(٤٧) انظـــــر :

S. Bastid : Intervention au Colloque de Dijon sur "L'investissement étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées", 1969, p. 108.

(٤٨) انظر فى هذا التكييف :

E. Minoli : Intervention au cour des debats de la 4e Commission du Congres de l'arbitrage" Rev. Arbitrage, 1961, p. 139.

فالحظر المذكور إنما يتعلق بمسألة اختصاص محلى ration personae ، أى ان الوجه الآخر لهذا الحظر ان مثل هذه المنازعات ، التى تكون فيها الدولة أو الاشخاص الاعتبارية التابعة لها طرفاً فيها ، تدخل فى نطاق الاختصاص القضائى الداخلى ، ولايتعلق هذا الحظر باختصاص نوعى Ration materia .

ومن ناحية اخرى فان تصدى القضاء لهذا الحظر يكون دائما من اجل تحاشى تطبيقه ، مثل هذا الهدف لايمكن بلوغه استناداً الى هذا التكييف . هذا التكييف من شأنه منح اختصاص واسع لقانون دولة التنفيذ ، فاذا تصورنا صدور حكم تحكيمى ضد أحد الاشخاص الاعتبارية العامة التابعة لدولة يقضى قانونها بهذا الحظر فان تنفيذ هذا الحكم سيطلب عادة فى هذه الدولة ومن ثم فان تقدير مدى امكانية هذه الاشخاص على الدخول طرفاً فى اتفاق تحكيمى سيعود لاختصاص هذا القانون مرة أخرى(٤٩) .

٢١ - فى الواقع ان التأكيد على ان تنظيم قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم لاينفك عن القانون الوطنى الذى ارتبطت به هذه الاشخاص ومنحها الشخصية القانونية فى حدود الغرض الذى انشأت من اجله ، هو مادفع بجانب من الفقه محل اعتبار الى النظر لهذه القدرة على انها من مسائل الاهلية وبالتالى خضوعها ، طبقاً للمبدأ العام للقانون الشخصى(٥٠) .

---

(٤٩) انظر Ph. Fouchard ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٣ ، ص٩٨ .

(٥٠) انظر استاذنا الجليل الدكتور فؤاد رياض : "L'entreprise publique en Droit" =

هذا التصور لم يجد قبولا من القضاء الفرنسى ذاته(٥١) ، فالاهلية تشير الى قدرة الشخص الطبيعى على ممارسة حقوقه ، وهى حقوق غير مشكوك أساساً فى وجودها ذاتها ، فهو لايتعلق بعدم القدرة على ممارسة حقوقاً عادية وانما يتعلق بمشكلة غياب سلطة هذه الاشخاص فى اللجوء للتحكيم ، وهى مسألة تدخل فى اطار القانون العام وليست محلاً لتنازع القوانين(٥٢) .

International prive" Recueil des cours de l'Acadcmie de Droit = International(Recueil des cours)1963, Vol. I. p. 630 ets. ، انظر ايضا

H. Motulsky,J.C.P.II. : San Carlo تعليقات الفقه الفرنسى على الحكم الصادر فى قضية 10078; Y. Loussouarn, Rev. Arbitrage 1958, p. 120.

(٥١) فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٤ ابريل ١٩٦٤ الى ان "الحظر الوارد على الدولة أو المؤسسات العامة من اللجوء للتحكيم الا فى حالات خاصة لايثير مشكلة الاهلية فى المعنى الوارد فى المادة ٣/٣/أ من التقنين المدنى" ، راجع : Clunet 1965, p. 646 note B. Goldman; Rev. Arbitrage, 1966, p. 69, note H. Batiffol.

(٥٢) انظر :

H. Batiffol : "Arbitration clauses concluded between french Gouvernment owned Entreprises and foreign private parties", Columbia Journal of Teansnational law (Colum. J. Transnat'l L.), 1968, pp. 37 et.s.

فمقدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفاً فى اتفاق تحكيمي هى مسألة من مسائل السلطة Une question de pouvoir ، من مسائل الاختصاص Une question de compétence ، التى تخضع بالضرورة للقانون الوطنى للشخص الاعتبارى(٥٣) .

إن كل المحاولات السابقة الرامية للوصول لتكييف مختلف كان هدفها تحرير المعاملات الدولية من نصوص وطنية لاتتوافق مع طبيعة هذه المعاملات ولاتلبى حاجاتها ولاتستجيب لمقتضياتها ومن ثم كان مبناها اعتبارات الملائمة ولاتقوم على دعائم قانونية قاطعة .

٢٢ - واذا ماسلمنا بوجود قاعدة مادية فى نظام قانونى معين تعترف بقدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم فى مجال التجارة الدولية ، فما مدى ملائمة هذا الحل فى مجال اتفاقات أو عقود الاستثمار ؟

---

(٥٣) وقد تبدو المناقشة فى ظاهرها عديمة الجدوى من الناحية العملية طالما ان سلطات الشخص الطبيعى تتحدد وفق قانونه الوطنى ايضا كما لو كانت من مسائل الاهلية ، الا انه تجدر الاشارة الى ان مفهوم القانون الشخص ليس موحداً فى القوانين المختلفة ، فبعض الدول تجعل من هذا القانون هو قانون الجنسية والبعض الآخر يرى ان المقصود هو قانون الموطن بل أكثر من ذلك أن بعض الدول تذهب إلى اخضاع الأهلية لقانون العقد الاصلى ، فى حين ان تكييف قدرة الاشخاص الاعتبارية العامة على اللجوء للتحكيم على انها من المسائل المتعلقة بالسلطةوالاختصاص التى تخضع لقواعد القانون العام الداخلى يجعل تقديرها دائماً خاضعاً لقانون الدولة التى خلقت هذه الاشخاص ومنحتها الوجود القانونى .

فى الواقع ان قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفاً فى اتفاق تحكيمى فى مجال التجارة الدولية هى مسألة مختلفة تماماً عن قدرة الاشخاص على اللجوء للتحكيم فى مجال روابط الاستثمار (٥٤) .

فبينما تقوم الاولى على استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بمنازعات تدخل فى دائرة القانون الخاص ، فان الثانية تقوم على استبعاد هذا الاختصاص بالنسبة لمنازعات تتصل بالقانون العام ، أو بمعنى ادق باعمال السيادة .

إن الحلول التى توصل اليها القضاء الفرنسى كانت قائمة على اساس توافر قناعة أولية بمزايا اسلوب التحكيم فى مجال التجارة الدولية ، هذه القناعة لاتتوافر لدى عديد من الدول فيما يتعلق بمنازعات الاستثمار .

إن امتداد هذه الحلول الى مجالات الاستثمار يصطدم بعقبة رئيسية : فالتجارة الدولية تنحصر ادواتها فى عقود القانون الخاص ، مجال من الصعب ان نتذرع فيه باعتبارات السياده ، فى حين ان اتفاقات وعقود الاستثمار ، خاصة عقود امتياز استغلال الثروات الطبيعية للبلاد ، هى من عقود القانون العام التى يبدو ارتباطها بفكرة السيادة مؤكداً .

---

(٥٤) واذا كانت انشطة الاستثمار تختلف مجالاتها من دولة الى اخرى بحيث يصعب تحديد معيار حصرى لها ومن ثم يتعذر اطلاق تكييف موحد بشأنها ، فان هذا الانشطة يغلب عليها طابع القانون العام وتختلط فيها سلطة ممارستها بفكرة السيادة التى تجعلنا امام مشكلة اكثر تعقيداً تتعلق بالحصانات القضائية التى تتمتع بها الدولة واجهزتها العامة فى هذا المجال ، انظر مايلي ، فقرة ٣٥ ، ص ٧٦.

٢٣ - نخلص مما تقدم الى ان مسألة التعرف على حدود اختصاص الدولة أو الاجهزة التابعة لها بابرام اتفاقات تحكيمية مع اشخاص القانون الخاص يعتمد فقط على موقف القانون الداخلى لهذه الدولة خاصة فيما يتعلق بمنازعات الاستثمار .

لايمكن الاحتجاج هنا بمصلحة أو حسن نية المتعاقد الآخر ، اذ ان المستثمر الاجنبى عادة لايقدم على ابرام عقد مع هذه الاجهزة العامة الا بعد دراسة متأنية ، من قبل متخصصين فى هذا المجال ، لقوانين البلد المضيف . اما فى الفرض الذى تتجاوز فيه هذه الاجهزة حدود الاختصاصات والسلطات التى منحها القانون الوطنى وتبرم اتفاقاً تحكيمياً فان ابطال الاتفاق المبرم متجاوزاً للسلطة الممنوحة Ultra Vires لن يعفى الدولة من مسئوليتها عن الاعمال المتجاوزه لهذه الاجهزة ، وفى هذه الحالة نكون امام مسئولية غير عقدية يمكن ان تستند الى المبادىء العامة للقانون والقواعد العرفية الدولية(٥٥) .

إن اختصاص القانون الوطنى بتحديد صلاحيات اشخاص القانون العام الاعتبارية فى التوقيع على اتفاق التحكيم هو الحل الوحيد الذى يأخذ فى الاعتبار بموقف كل دولة من هذا الاسلوب القضائى الخاص ، ذلك الموقف الذى تمليه اختياراتها حول

---

(٥٥) انظر :

J. Verhoven : "Contrats entre Etat et ressortissant d'autres Etats" Op. Cit, p.4 ; Meron : "Repudiation of ultra vires state contracts and the international responsability of states" I.C.L.Q., 1957, p. 289.

سياسة التنمية الاقتصادية للبلاد ، وبصفة عامة حول ماتمليه مفاهيمها الخاصة بالنسبة لامكانية ان يسند الاختصاص فى منازعات تتعلق بالاستثمارات الاجنبية القائمة على اقليمها لغير قضائها الوطنى ، وهو مايفسر اختلاف موقف الدول اختلافاً واسعاً فيما يتعلق لقبولها أو رفضها للأخذ باسلوب التحكيم(٥٦) .

---

(٥٦) ففى المملكة العربية السعودية صدر فى ٢٥ يونيو ١٩٦٣ قرار مجلس الوزراء السعودى الذى يحظر اللجوء للتحكيم فى أى منازعة ادارية تقوم بين المملكة وشركة أو منظمة خاصة ، ومع ذلك فقد نص هذا القرار على جواز اللجوء للتحكيم فى الحالات الاستثنائية فى مجال عقود الامتياز اذا ماوجدت المملكة ميزة خاصة فى ادراج شرط التحكيم فى مثل هذه العقود . ومن بين هذه الحالات الاستثنائية التى أقرتها المملكة : Agreement for petrochemical plant construction dated 21 dec. 1967 between the General petroleum and Minirals Organization (Petromin) [a public organization under the law of Saudi Arabia] and A.N.I.C. (Italien S.P.A.). وقد ورد فى هذا الاتفاق شرط خاص باعمال قواعد التوفيق والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد (م٢٢) ؛ انظر ايضا المادة (٢٠) من الاتفاق المبرم بين نفس الطرف السعودى ، AGIP Saudi Arabia. S.P.A. (an Italien Corp.) راجع : Middle East Basic Oil laws and concession contracts, Original Textes, Supplement N. XXII, p. 32, N. XXI, p. 35. كما تردد أيضا الحظر العام المذكور وذلك فى المادة (٥٠) من قانون استغلال المناجم السعودى الصادر فى ٢٠ مايو ١٩٦٣ والتى تقضى بانشاء محكمة خاصة ودائمة للنظر فى المنازعات المتعلقة بعقود الامتياز المبرمة فى هذا المجال ، وتشكل هذه المحكمة من خمس قضاه – ليسوا بالضرورة من الجنسية السعودية – من ذوى السمعة والكفاءة العالية وعلى دراية بمشاكل القانون الدولى ومشاكل الامتيازات . راجع :

J. Vafai "Conflict Resolution Mecanism International Petroleum industry", Journal of world trade law, 1971, p. 442.=

.....

= كذلك نجد انه على الرغم من ان المرسوم بقانون الصادر فى ١٦ سبتمبر خاصاً بالاستثمارات الاجنبية فى اثيوبيا لم يتضمن أى نص خاص باسلوب تسوية المنازعات ، فان هناك حظراً عاماً وارداً فى القانون المدنى الاثيوبى مقتضاه منع ادراج شرط التحكيم فى أى عقد ادارى ، راجع : Nations Unies " Dispositions Legislatives et reglementaires sur les Investissement " New York , 1965. 11.K.3, p.35 ، ويلاحظ ان المراد بالعقد الادارى هنا كل عقد يبرم بين الدولة أو مشروع عام وبين الخاصة ، راجع : B. Goldman "Cour de Droit du commerce international " Paris , 1972 - 1973 , p.408 . ويلاحظ ايضا انه تمشيا مع الحظر العام الوارد فى تقنين الاجراءات المدنية الجزائرى الذى يحول دون لجوء اشخاص القانون العام الاعتبارية للتحكيم (م٤٤٢/٣) فقد تأكد اختصاص المحاكم الوطنية ، فى المرسوم الصادر فى ١٢ ابريل ١٩٧١ ، بالنظر فى جميع المنازعات المتعلقة بانشطة الشركات الخاصة الاجنبية فى مجال البحث عن البترول واستغلاله ، انظر :

M. Issad " L'arbitrage en Algerie " Rev d' Arbitrage 1977, p. 223. ، ومع ذلك فقد اتجه الفقه الى تفسير نص المادة ٤٤٢/٣ تفسيراً ضيقاً بحيث تخرج من نطاق الحظر المذكور المشروعات ذات الطابع التجارى أو الصناعى والتى تخضع فى علاقتها بالمتعاقد الآخرللقانون التجارى ، وقد اخذ بهذا التفسير مرسوم رئيس الوزراء الجزائرى رقم ٢٣ الصادر فى ١٨ نوفمبر ١٩٨٢ ، راجع :

N.E. Terki"L'arbitrage et l'entreprise public en Afrique de Nord", Revue de droit international et de droit comparé (Rev. dr. int. et dr. comp), 66 èm année, 1989 N.2, p. 124 . =

.....

= وتجدر الاشارة الى ان اتجاه الجزائر نحو تخصيص القطاع العام وهو مايطلق عليه La privatisation والذى ينظمه القانون الصادر فى ١٢ فبراير ١٩٨٨ ، قد خفف من وطأة الحظر الوارد فى تقنين الاجراءات المدنية ، فالمشروعات الاقتصادية العامة التى اوجدها هذا القانون هى اشخاص اعتبارية خاضعة لاحكام القانون التجارى ، تأخذ شكل الشركات المساهمة أو الشركات ذات المسئولية المحدودة ، هذه المشروعات لها حقوق والتزامات مستقلة عن الدولة وبالتالى يكون لها حق اللجوء للتحكيم فى اطار علاقاتها القانونية الدولية ،انظر N.E. Terki ،المرجع السابق ، ص١٢٨. ويلاحظ انه قد لايدرج حظر لجوء اشخاص القانون العام للتحكيم فى قوانين عامة فى الدولة أو حتى فى قوانين الاستثمار فهذه الاخيرة تحرص فى الغالب على وضع الأطر العامة للاستثمار، ومن ثم وجب الرجوع ايضا الى المراسيم والقوانين الخاصة التى تصدر فى شأن التصديق على بعض عقود الاستثمار الهامة فى الدولة اذا اردنا تحديداً واضحاً لحقوق والتزامات المستثمر الاجنبى بما فى ذلك مدى امكانية استخدام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة والاشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها ، انظر : Ph. Kahn "Problèmes juridiques de l'investissement dans le pays de l'ancienne afrique francaise" Clunet, 1965, p. 338. ، وتجدر الاشارة الى مخالفة بعض قوانين الاستثمار ، فى خصوص حظر اللجوء للتحكيم ، للقوانين العامة للبلاد (كالقانون المدنى أو قانون الاجراءات المدنية والتجارية) ، ففى اليونان نجد أن المادة = ٢/٥ من القانون رقم ٤١٧١ لسنة ١٩٦١ الخاص (بالتدابير العامة الرامية لتطوير اقتصاد البلاد) قد خولت الدولة حق ابرام اتفاقات تحكيمية دون التقيد بالشروط الواردة فى المادة ٤٩ من تقنين الاجراءات المدنية اليونانى ، راجع فى ذلك : Foustoucus ، المرجع السابق ص٣٢٠ .

٢٤ - ان مؤشرات القانون المقارن ، وقرارات المنظمات الدولية والمتخصصة(٥٧) ، تسمح بالقول بان الدول النامية مازالت فى موقف متردد ، أو رافضة ، فى الاخذ باسلوب التحكيم فى مجال الاستثمارات الاجنبيـــة .

ان القناعة التامة بملائمة هذه الوسيلة لفض المنازعات وضرورة الاعتراف لاشخاص القانون العام بالقدرة ، أو بالسلطة كما بينا ، على الدخول طرفاً فى التحكيم فى مجال التجارة الدولية ، تبدو هذه القناعة غائبة فى مجال الاستثمارات الأجنبية ، ومن ناحية اخرى اذا تعلق الأمر بعقود امتياز خاصة باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد وليس مجرد عقد من عقود القانون الخاص التقليدية فان متطلبات ومقتضيات السيادة تبدو اكثر الحاحاً ، بل على العكس فان مزايا اللجوء للتحكيم فى هذا المجال تبدو غير مؤكدة .

---

(٥٧) ففى ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدولة الذى اقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٢ ديسمبر ١٩٧٢ اعترافاً واضحاً بالاختصاص الواسع لقانون ، واختصاص محاكم ، الدولة المضيفة بالنسبة لمنازعات الاستثمار خاصة فى حالات طلب التعـــويض عن التـــدابيـــر الاســـتـــثنائيـــة كـــالتـــأمـــيم والمصـــادرة التى تتخذ ضد المستثمر الاجنبى ، راجع : Guy Feuer "Reflexions sur la charte des droits et devoirs èconomiques des Etats ", Revue général de Droit International public (Rev. gen. dr. int. public) 1975, p.275

كذلك فقد انتهت الدول الأعضاء فى منظمة الدول المصدرة للبترول OPEP فى مؤتمرها السادس عشر الذى عقد فى فينيا عام ١٩٦٨ الى اصدار القرار رقم ١٦/٩٠ الذى ينص على انه "مالم يتضمن تشريع الدولة العضو نصاً مخالفاً ، فـــان كل المنازعـــات التى تثـــور بين الحكومـــة والمشـــروعـــات الاجنبـــيـــة تخـــضع لقـــضـــاء المحـــاكم الوطنيـــة المخـــتـــصـــة وحـــدهـــا ..." ، راجع : H.S. Zakariya "Opec Resolution XVI 90, its background and some analytical comments" Conférence donnée au "Petroleum economic seminar" Organisé par le Norwegian petroleum council a ustaoset du 3-8 Janvier 1969.

ان عدد الدول التى تبدى بطريقة أو باخرى عداؤها تجاه التحكيم الدولى فى مجال منازعات الاستثمار يشير بوضوح الى غياب قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولى تعترف للاشخاص الاعتبارية بسلطة اللجوء للتحكيم فى هذا المجال .

فى الواقع ، مع ازدياد عدد هذه الدول فقد بدت الحاجة ملحة لوضع صيغة دولية تتمكن من تخطى عقبة كؤود تتعلق بقدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفاً فى الاتفاقات التحكيميـــة .

٢٥ - قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم فى القانون الدولى الاتفاقى:

استشعرت الجماعة الدولية مدى تأثير اختلاف وتباين النظم القانونية الوطنية فى مجال التحكيم على فاعلية هذا الاسلوب لحل المنازعات التى تنشأ فى مجال التجارة الدولية ومردوده السلبى على تطوير هذه التجارة وازدهارها .

ومن ثم فقد بات واضحاً اهمية التعاون الدولى فى مجال التحكيم ، لاشك ان للتعاون الدولى اهمية بالغة فى مجالات التحكيم المختلفة بدءً بابرام اتفاق التحكيم ونهاية بصدور حكم التحكيم وضمان الاعتراف به وتنفيذه .

وايمانا من المجتمع الدولى بضرورة هذا التعاون وفاعليته فقد حفل هذا القرن العشرين بنشاط دولى ملحوظ كان من نتائجه ابرام مجموعة من الاتفاقيات على الصعيدين الدولى والاقليمى .

هذه الاتفاقيات ، على تعددها ، يعنينا منها ثلاثة فحسب :

أولهما : اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ : هذه الاتفاقية وان كان موضوعها الاساسى والهدف منها يدور حول بحث مشكلة الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ، الا انه بالنظر لتناولها بطريقة غير مباشرة لقدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم ، وبالنظر الى الصبغة العالمية التى تتطلع هذه الاتفاقية لتحقيقها ، فانه يمكن الركون الى هذه الاتفاقية بغية اثراء هذه الدراسة .

ثانيهما : الاتفاقية الاوروبية ١٩٦١ : هذه الاتفاقية تتعلق بالتحكيم التجارى الدولى ، أى تتعلق بتنظيم التحكيم فى مجال التجارة الدولية ، ومع ذلك فاننا نجد من الملائم الاشارة الى نصوصها التى تناولت بطريق مباشر مشكلة قدرة الاشخاص العامة الاعتبارية على اللجوء للتحكيم بصفة عامة .

ثالثهما : اتفاقية واشنطون ١٩٦٥ : على عكس الحال فى الاتفاقيتين السالف الاشارة اليهما حيث يمثلان بالنسبة لهذه الدراسة مجرد مؤشرات قد تهدى الى الحلول واجبة الاتباع لمعالجة المشكلة محل البحث ، فان اتفاقية واشنطون تمثل الركيزه الاساسية لبحث قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفاً فى اتفاقات تحكيمية خاصة بمنازعات الاستثمار . هذه الاتفاقية التى ابرمت تحت رعاية البنك الدولى للانشاء والتعمير BIRD ، تتميز بخصوصيتها ، إذ تقتصر قواعدها -كما يتضح من مسماها- على منازعات الاستثمار التى تثور بين الدول ورعايا الدول الاخرى . كما انه من السمات المميزة لهذه الاتفاقية محاولتها انشاء نظام مستقل تقدمى يحقق نوعاً من الاكتفاء الذاتى فى مجال تسوية هذه المنازعات وذلك بانشائها لمركز تسوية منازعات الاستثمار CIRDI . هذه الاتفاقية فى الواقع تفقد اساس وجودها اصلاً اذا كانت قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية ، التابعة للدول المتعاقدة ، على اللجوء للتحكيم محلاً للشك .

٢٦ - فيما يتعلق باتفاقية نيويورك ١٩٥٨ ، فقد ذهب جانب من الفقه الى امكان تحديد قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم طبقاً لقانونها الشخصى تطبيقاً لنص المادة ٥/١/أ من هذه الاتفاقية .

ومقتضى هذا النص انه يجوز للخصم ، والذى يحتج عليه بحكم التحكيم الصادر ضده ، طلب رفض الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه اذا قدم للسلطة المختصة فى البلد المطلوب فيها الاعتراف أو التنفيذ الدليل على "ان أطراف الاتفاق المنصوص عليه فى المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذى ينطبق عليهم عديمى الاهلية ..." . كما انه مما يدعم الأخذ بهذا النص فى مجال تحديد اهلية اشخاص القانون العام الاعتبارية ان الفقرة الاولى من المادة الاولى من اتفاقية نيويورك قد ذهبت الى تحديد مجال تطبيقها "بالاحكام الصادرة فى منازعات بين اشخاص طبيعية أو معنوية" . اذن فأخذاً بالمدلول الواسع لهذه المادة فان نصوص هذه الاتفاقية تسرى على الاحكام التحكيمية الصادره فى المنازعات التى تقوم بين الاطراف سواء كانوا افراداً أو اشخاصاً اعتبارية وسواء كانت هذه الاخيرة اشخاصاً اعتبارية عامة أو خاصة(٥٨) .

---

(٥٨) انظـــــــر : L. Cappelli-Perciballi "The application of the New York Convention to dispute between states and between states entities and private individuals : The problem of sovereign immunity", International lawyer (Int'l lawy) 1978, p. 197; p. Sander : "The New York Convention, In International Commercial Arbitration", Vol. 11. 1960, p. 299; Albert Jan Van Den Berg" New York Convention of 1958", Consolidated commentary cases reported in volumes XIII 1988 - XIV 1989, p. 537.

انظر ايضاً فى ترجيح هذا الرأى :د. سامية راشد" التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة" (اتفاقالتحكيم) منشأة المعارف ١٩٨٤ فقرة ١٨١ ص٣٢٨ ومابعدها .

فى الواقع أنه لايمكن التسليم بهذا الرأى بصفة عامة وفيما يتعلق بمجال منازعات الاستثمار بصفة خاصة .

إن تطبيق نص المادة ٥/١/أ يقوم على افتراض ان قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم تعد من مسائل الاهلية ، هذا الافتراض لايستقيم مع ماسبق ان خلصنا اليه من ان هذه القدرة هى نوع من السلطة والاختصاص ، وان هذا التكييف الاخير يعنى اننا امام مجال من مجالات القانون العام التى تخرج اساساً من دائرة تنازع القوانين(٥٩) .

والاختلاف فى التكييف على هذا النحو لايخلو من نتائج عملية هامة ، فلو سلمنا بأن قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفاً فى اتفاقات تحكيمية هى من مسائل الاهلية فان اعمال نص المادة ٥/١/أ مؤداه خضوع هذه الاهلية للقانون الشخصى ، ومع ذلك فانه يترك لقانون دولة التنفيذ مهمة تحديد القانون الشخص ، فى حين ان اعتبار هذه القدرة بمثابة تحديد لسلطة أو اختصاص الشخص الاعتبارى مفاده ان يكون المرجع فى تحديدها للقانون الذى عاصر ميلاد هذا الشخص وحدد اهدافه ومنحه الشخصية القانونية التى تكفل تحديد هذه الاهداف وهو مايطلق عليه اصطلاحاً قانون محل التأسيس .

---

(٥٩) راجع ماتقدم ، فقرة ١٠ ، ص ١٧ .

ومن ناحية اخرى ، فقد اشار تقرير اللجنة التى شكلت من قبل المجلس الاقتصادى والاجتماعى ، التابع للأمم المتحدة ، للنظر فى مشروع الاتفاقية المعد ، الى ان ممثل بلجيكا قد اقترح "ان تنص الفقرة الاولى من المادة الاولى صراحة على ان المشروعات العامة والكيانات العامة يجب النظر اليها كاشخاص قانونية فى اطار هذا النص اذا كانت انشطتها خاضعة لاحكام القانون الخاص"(٦٠) . وان اللجنة من رايها ان هذا الايضاح سيكون نوعاً من التزيد فى النص وانها تكتفى بالاشارة الى ذلك فى تقريرها .

هذه الأشارة لاتخرج دلالتها فى الواقع عن احد احتمالين : إما ان الاتفاقية قد ارادت ان تترك لكل دولة متعاقدة كامل الحرية فى ان تقبل أم لا الاعتراف لاشخاصها العامة الاعتبارية بحق اللجوء للتحكيم(٦١) ، أو ان الاتفاقية قد سلمت بان هذا النص على عموميته انما يشمل التحكيم فى المنازعات التى يكون احد اطرافها من اشخاص القانون العام الاعتبارية بشرط ان يتعلق الأمر بانشطة القانون الخاص التى تمارسها هذه الاشخاص الاعتبارية ، اى بانشطتها التجارية بمعناها الواسع(٦٢) .

---

(٦٠) راجع فى التقرير المشار اليه : U.N. Documents E/2704 and Corr. 1.para 24.

(٦١) انظر فى هذا الرأى :

R. David "L'arbitrage dans le commerce international", Paris,1981 note.1, p. 249.

(٦٢) انظر فى هذا التفسير :

P. Coontini "International Commercial Arbitration -The United Nation Convention on the recognition and enforcement of Foreign Arbitral Award", American Journal of Comparative Law (Am. J. Com. L), 1959, p. 283.

فى الواقع ، انه على فرض التسليم بان هذا التقرير يمثل جزءً من الاعمال التحضيرية للاتفاقية ومن ثم فان سمته الالزامية ليس محلاً للشك ، فإنه يجب الأخذ به فى حدود ماورد به من قيود ، بمعنى شمول الاتفاقية للاحكام الصادرة فى المنازعات المتعلقة بانشطة القانون الخاص التى تكون اشخاص القانون العام الاعتبارية طرفاً فيها ٠

فى اطار هذا التفسير فانه لايمكن القول بدخول منازعات الاستثمار ، أو جانب منها على الأقل ، فى اطار تطبيق هذا النص ، اذ لايستقيم اعتبار انشطة الاستثمار وخاصة مايتعلق منها باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد ضمن مجالات القانون الخاص ٠ أما من الناحية العملية فإن مشكلة قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم لاتثور عادة امام هيئة التحكيم لانه قلما يشكك واحد من هذه الاشخاص صراحة فى اتفاق تحكيمي وقعه بكامل ارادته ، وانما مايحدث بالفعل فى هذه الحالات ان يعبر الشخص الاعتبارى العام عن رفضه للتحكيم بطريقة ضمنية وذلك بامتناعه عن تعيين محكمة وفى هذه الحالة ، وخاصة فى التحكيم المؤسسى ، فان اجراءات التحكيم عادة ماتتضمن قاعدة احتياطية معدة سلفاً لمواجهة هذا الفرض ٠

إذن فمسألة قدرة الدولة او احد الاجهزة التابعة لها على اللجوء للتحكيم لاتثور فى غالبية الحالات الا فى ساحة القضاء إما كأساس لطلب بطلان الحكم التحكيمى الصادر فى هذا الشأن أو كدفع لمنع الاعتراف به أو تعطيل صدور الأمر بتنفيذه ٠

ولما كانت اتفاقية نيويورك لاتعنى الا بمسألة الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه فإن اشخاص القانون العام الاعتبارية يكون من مصلحتها التمسك بالدفع بحصانتها القضائية أو بحصانة التنفيذ امام القاضى المختص بدلاً من محاولة اثارة مشكلة قدرتها أو اهليتها للتحكيم .

٢٧ - ولكن هل يجوز لاشخاص القانون العام الاعتبارية التمسك فى ظل اتفاقية نيويورك بنص المادة ٥/٢/أ للحيلولة دون الاعتراف بالحكم التحكيمى أو تنفيذه ؟ لانعتقد فى ذلك . .

هذا النص مقتضاه رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه اذا كان موضوع النزاع نفسه غير قابل للتسوية بطريق التحكيم ، وقد سبق ان اكدنا على ان تكييف الحظر الوارد فى قانون وطنى معين ، والذى يحد من قدرة الاشخاص العامة الاعتبارية على اللجوء للتحكيم ، بأنه يتعلق بمدى قابلية مثل هذه المنازعات للتسوية بطريق التحكيم أمر غير مبرر ولاطائل من ورائه .

ومن ناحية أخرى فإن اتفاقية نيويورك قد ركنت فى تقدير مدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم لقانون الدولة المطلوب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه بمعرفة محاكمها وهو مايتعارض مع ماسبق ان انتهينا اليه من ان المرجع فى شأن تحديد قدرة أشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم هو لقانون الدولة التى تنتمى لها هذه الاشخاص(٦٣) .

---

(٦٣) انظر فى النقد الموجه لخضوع قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم لقانون دولة قاضى التنفيذ :

F.E.Klein "La Convention de New York pour la reconnaissance et l'éxecution des sentences arbitrales etrangères" Rev. Suisse de Jurisprudence, 1961, p. 229; P.Sanders, Op. Cit, p.293.

علاوة على ماتقدم ، فان نص المادة ٥/٢/أ سالف الذكر لايدخل فى مكنه اطراف التحكيم التمسك به أو اثارة تطبيقه اذ أن حالات رفض الاعتراف بالحكم أو تنفيذه التى تضمنتها المادة الخامسة بصفة عامة تتصدى لها المحكمة ، المطلوب منها الاعتراف بالحكم التحكيمى وتنفيذه ، من تلقاء نفسها وبناء على مبادرتها ووفقاً لتقديراتها .

٢٨ - أخيراً هل يمكن الاستناد الى نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك للقول بشمول هذه الاتفاقية لحالات التحكيم التى تكون الدولة أو احد أجهزتها طرفا فيها ؟(٦٤) .

---

(٦٤) تنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك على انه :

١ - تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذى يلتزم بمقتضاه الاطراف بان يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التى قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم .

٢ - يقصد "باتفاق مكتوب" شرط التحكيم المدرج فى عقد أو اتفاق التحكيم الموقع من الاطراف أو الاتفاق الذى تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات .

٣ - على محكمة الدولة المتعاقدة التى يطرح امامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف - بالمعنى الوارد فى هذه المادة - ان تحيل الخصوم بناء على طلب احدهم الى التحكيم وذلك مالم يتبين للمحكمة ان هذا الاتفاق باطل أو لاأثر له أو غير قابل للتطبيق .

فى الواقع ان هذا النص يتعلق بارتباط الدول المتعاقدة باتفاقية نيويورك والتعهد باحترام احكامها ولكنه لايعنى على الاطلاق صلاحية هذه الدول ذاتها لان تكون طرفاً فى اتفاقات التحكيم الخاضعة لهذه الاتفاقية .

وبالرغم من ذلك فقد ذهبت محكمة استئناف اثينا الى التأكيد على ان الحكومة اليونانية خاضعة لاتفاقية نيويورك طبقاً لاحكام مادتها الثانية (١)،(٢)،(٣)[٦٥] .

نعتقد من جانبنا ان محكمة الاستئناف ربما ارادات بهذه الاشاره التأكيد على التزام اليونان - كدولة - باحكام اتفاقية نيويورك التى انضمت اليها فى ١٦ يوليو ١٩٦٢ ولم تشأ بذلك تناول مشكلة قدرة اشخاص القانون العام اليونانية على اللجوء للتحكيم . والذى يؤكد ذلك :-

١ - ان نص المادة الثانية ذاته وبفقراته الثلاث لم يتعرض لهذه المشكلة ، فاذا مااستبعدنا الفقرة الثانية التى لم تتعرض الا لمسألة شكل الاتفاق التحكيمى نجد ان كلا من الفقرتين الاولى والثالثة إنما يتوجه فيها الخطاب الى محاكم الدول المنضمه لهذه الاتفاقية والتى يتعين عليها الاعتراف باتفاقات التحكيم المكتوبة (على النحو

---

(٦٥) راجع فى هذا الحكم :

Court of Appeal of Athens, Decision no. 3894 of 1976, The Gouvernment of Greece (Minstry of Trade) & Foreigner Shipowner (Nationality non indicated), Yearbook. Comm. Arb. XIV (1989) Greece N. 7, p. 634.

المحدد فى الفقرة الثانية) طالما انها تتعلق بموضوعات يجوز تسويتها بطريق التحكيم ، وان هذه المحاكم يتعين عليها - بحسب الأصل - ان ترفض نظر أى دعوى تتعلق بنزاع أتفق بين اطرافه على تسويته بطريق التحكيم اذا ماتمسك المدعى عليه بذلك(٦٦) ، وعليها ان تحيل الخصوم الى التحكيم .

٢ - ان المحكمة عندما تعرضت لمسألة التزام الحكومة اليونانية لشرط التحكيم الوارد فى عقد ايجار السفينة ، ذلك العقد الذى يطلق عليه Centrocon model charter party ، اشارت الى ان الشروط التى تتطلبها المادة ٤٩ من تقنين الاجراءات المدنية اليونانى لدخول اليونان طرفاً فى اتفاق تحكيمى انما تتعلق بالنظام العام الداخلى ولاتشكل عقبة امام الدولة لابرام اتفاقات تحكيمية لها الطابع الدولى(٦٧) .

---

(٦٦) وفقا لنص المادة ٣/٢ من اتفاقية نيويورك يكون رفض الاختصاص والاحالة إلى التحكيم بناء على طلب احد الخصوم وهو أمر غير متصور حدوثه من جانب المدعى .

(٦٧) يلاحظ ان أهم القيود التى وضعتها المادة ٤٩ من تقنين الاجراءات المدنية اليونانى على الاجهزة التابعة للحكومة للدخول فى اتفاق تحكيمى تتمثل فى وجوب حصول هذه الأجهزة على موافقة مجلس الدولة وصدور ترخيص بذلك من وزير المالية والوزير المختص ، راجع فى ذلك A.C. Foustoucus ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠١ ، ص٢٦١ .

٢٩ - على عكس الحال فى اتفاقية نيويورك ، فإن الفقرة الاولى من المادة الثانية من اتفاقية جنيف ١٩٦١ (الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجارى الدولى) تقضى بانه " فى الحالات المشار اليها فى الفقرة الاولى من المادة الاولى من هذه الاتفاقية فإن الاشخاص الاعتبارية التى تعد ، وفقاً للقانون المطبق عليها ، من اشخاص القانون العام الاعتبارية ، لها مكنة ابرام اتفاقات تحكيمية صحيحة" .

يبين من هذا النص ان الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجارى الدولى على الرغم من ركونها للقانون الواجب التطبيق على الشخص العام الاعتبارى للاعتراف بهذه الصفة ، وهو مايتفق مع طبيعة هذه الاشخاص ومانتمتع به من شخصية معنوية مستقلة فى حدود الغرض الذى انشأت من اجله ، فقد جاءت بقاعدة مادية مقتضاها ان هذه الاشخاص التابعة للدول المتعاقدة لها القدرة على الدخول فى اتفاقات تحكيمية صحيحة وذلك بصرف النظر عن قانونها الشخصى وبصرف النظر عن القانون الذى يحكم العقد الأصلى الذى ابرم اتفاق التحكيم بمناسبته(٦٨) .

---

(٦٨) هذه القاعدة المادية التى جاءت بها المادة ١/٢ من اتفاقية جنيف للتحكيم التجارى الدولى ، تطابق ماانتهى اليه القضاء الفرنسى فى قضية جالاكيس على النحو الذى بيناه آنفا ، انظر فى ذلك :

B.Goldman "The Complementary roles of Judges and Arbitrators in insuring that international commercial arbitration is effective" 60 Years of ICC Arbitration 1984, p.265; Rep. Dr. Int, Op. Cit, n. 90, p. 119.

هذه القاعدة المادية التى حرص فريق العمل المنبثق عن اللجنة الاقتصادية لأوروبا على ادراجها فى نصوص اتفاقية جنيف ١٩٦١ ، للتغلب على تلك العقبة الكؤود التى تقف فى سبيل تطور التحكيم التجارى والتى تتعلق بقدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم ، يجب الا نغالى فى تقديرها .

فقد حرصت الاتفاقية على الا تكون هذه القاعدة المادية سبباً فى عزوف بعض الدول على الانضمام اليها ، لذا فقد نصت صراحة فى الفقرة الثانية من المادة الثانية على انه "عند التوقيع أو التصديق على هذه الاتفاقية أو عند الانضمام اليها ، فان كل دولة يمكنها ان تعلن عن تحديدها لهذه القدرة - أى قدرة الاشخاص الاعتبارية العامة على اللجوء للتحكيم - وفق الشروط المحددة فى الاعلان" .

فهذا النص قد اتاح للدول المتعاقدة الفرصة للتحفظ ، سواء عند توقيعها على الاتفاقية أو عند تصديقها عليها أو انضمامها اليها ، على تطبيق القاعدة المادية الواردة فى الفقرة الأولى من هذه المادة ، وذلك بان تفرغ فى هذا التحفظ الشروط الواجب توافرها لكى تستطيع هذه الاشخاص العامة التابعة لها الدخول طرفاً فى الاتفاقات التحكيمية الخاضعة لاحكام هذه الاتفاقية (٦٩) .

---

(٦٩) يلاحظ ان حق التحفظ Reservation right يعد من الوسائل الفنية المعروفة فى مجال ابرام الاتفاقيات الدولية إذ يراد به التوفيق بين التنظيم الدولى المراد والرؤى الوطنية ، أو الحساسيات الخاصة ، للدول الأعضاء ، وحتى لاتشكل هذه الأخيرة عقبة فى سبيل انضمام هذه الدول اليها ، هكذا ففى مجال=

ولكن اذا كنا قد اشرنا الى ضرورة عدم المبالغة فى تقدير القاعدة المادية الواردة فى المادة ٢/١ فانه ينبغى ايضا عدم المغالاة فى تصور النتائج المترتبة على اعمال الدول لحقها فى التحفظ على تطبيق الاتفاقية وفقاً لما اتاحته لها الفقرة الثانية من نفس المادة . فمقتضى المادة ٢/٢ انه يكون للدول المتعاقدة حق تحديد قدرة اشخاصها العامة الاعتبارية على اللجوء للتحكيم ، فالمقصود إذن هو تحديد هذه القدرة وتنظيمها وليس الغاؤها ، فالدول التى تستخدم هذا التحفظ يمكنها ان تفرض شروطاً معينة لدخول اشخاصها الاعتبارية العامة طرفاً فى التحكيم ، كما لو جعلت ممارسة هذه المكنة متوقفة على صدور ترخيص خاص من سلطة معينة ، ولكن ذلك لايعنى ان هذا التحفظ يمكن ان يصل بحال من الاحوال الى الحظر التام(٧٠) .

ومن ناحية اخرى فإن استخدام بعض الدول لهذا التحفظ يفضل بكثير الرجوع فى شأن تحديد مدى قدرة الاشخاص الاعتبارية العامة على اللجوء للتحكيم الى القوانين الداخلية لهذه الدول .

= الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية ، وبالرغم من التطلع للعالمية ، فقد أخذ اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بهذه الوسيلة الفنية عندما نصت فى الفقرة الثالثة من المادة الأولى على حق كل دولة من الدول المتعاقدة فى ان تقصر مجال تطبيق نصوصها ، وعلى اساس مبدأ المعاملة بالمثل ، على احكام التحكيم الصادرة فى اقليم دولة متعاقدة اخرى فحسب ، انظر : Albert J.V. Den Berg "The NewYork Arbitration Convention of 1958" Towards a uniform judicial interpretation",Kluwer Law and Taxation publishers, 1981, p. 12.

(٧٠) انظر : Ph. Fouchard ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٠ ، ص١٠٥ .

فهذا التحفظ اذا ماتم سوف تتوافر له مقومات العلانية الضرورية ، اذ تقضى الخامسة من المادة العاشرة من الاتفاقية بوجوب ايداع الادوات القانونية التى تم بها التصديق على الاتفاقية أو الانضمام اليها لدى السكرتارية العامة للأمم المتحدة ، الأمر الذى يحول دون الاخلال ، الى حد كبير ، بتوقعات الخاصة وماعولوا عليه من ركائز قانونية عند دخولهم فى اتفاقات تحكيمية مع هذه الدول أو الاجهزة العامة التابعة لها .

ولكن تظل الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجارى الدولى محدودة الاثر ، فهذه الاتفاقية خاصة بتسوية المنازعات الناشئة أو التى يمكن ان تنشأ بمناسبة عمليات التجارة الدولية (م/١) ، هذا المجال لايمكن القول بان كافة منازعات الاستثمار ، أياً كانت طبيعيتها ، تدور فى فلكه .

اضف الى ذلك ، ان هذه الاتفاقية اريد بها المساهمة فى تطوير التجارة الاوروبية كما أنها مفتوحة للتوقيع أو الانضمام من جانب الدول الاعضاء فى الجماعة الاوروبية [سواء تلك التى تعد من الاعضاء الاصليين فى اللجنة الاقتصادية لأوروبا ، التابعة لمنظمة الأمم المتحدة ، أو الدول المنضمة بصفة استشارية a titre consultatif وفقاً للفقرة الثامنة من أمر التكليف الخاص لعمل هذه اللجنة (م١/١٠ من الاتفاقية)] ، ومن ثم فإن هذه الاتفاقية تعد من الاتفاقيات الأقليمية محدودة النطاق .

٣٠ - ويختلف الأمر تماماً اذا ماانتقلنا الى اتفاقية البنك الدولى للانشاء والتعمير .B.I.R.D (اتفاقية واشنطون ١٩٦٥) .

هذه الاتفاقية مفتوحة للانضمام لكل الدول الاعضاء فى البنك ، ومن ثم فهى اتفاقية ذات طابع عالمى أو هى تسعى الى تحقيقه(٧١) ، ومن ناحية اخرى فإن هذه الاتفاقية خاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية(٧٢)، وتنطق نصوص الاتفاقية بسمتين رئيسيتين تتميز بهما : أولهما ، ان هذه الاتفاقية تقيم نوعاً من التحكيم المؤسسى Un Arbitrage institutionnel،

---

(٧١) هذه الاتفاقية صارت معدة للتوقيع عليها فى ١٨ مارس ١٩٦٥ ، واعمالاً لنص المادة ٢/٦٨ احكامها قد دخلت حيز التنفيذ منذ ١٤ اكتوبر ١٩٦٦ وذلك بعد مرور ثلاثين يوماً على ايداع عشرين دولة لوثائق تصديقاتها عليها ، وقد بلغ فى ٣٠ اكتوبر ١٩٨٧ عدد الدول الموقعة عليها ٩٧ دولة صدقت منها ٨٩ دولة لتصبح احكامها نافذة فى مواجهتها ، راجع Aron Broches "Award rendered pursuant to the ICSID Convention : Binding force, finality, Recognition, enforcement, execution" ICSID Review - Foreign Investement law Joural, 1988, p.287 ؛ فيما يتعلق بالجانب التاريخى لاعداد هذه الاتفاقية والمفاوضات التى دارت بشأنها راجع تقرير مجلس المديرين المرفق بنص الاتفاقية منشوراً فى : ICSID/2 Paras. 6 - 8 ، راجع ايضا الاتفاقية منشورة فى (1965) 524 Int'l lagal Material .

(٧٢) ولم تحدد الاتفاقية المقصود باصطلاح الاستثمار "وبناء على ذلك فقد امكن التوسع فى انواع الاستثمارات التى يمكن اخضاع المنازعات المتعلقة بها لاختصاص المركز (المركز الدولى لتسوية =

ثانيهما ، أن اختصاص المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ذو طابع ارادى Volontaire Caractere .

٣١ - التحكيم المؤسسى فى اتفاقية واشنطون :

اذا كان البنك الدولى للانشاء والتعمير يعد بمثابة مؤسسة دولية تقدم القروض الانتاجية وتسعى الى توفير الضمانات والمعونات الفنية الرامية الى تشجيع تدفق الاستثمارات الاجنبية ، فقد عمل البنك فى سبيل تحقيق هذه الغايات على انشاء مجموعة من الآليات الدولية المتخصصة فى هذا المجال من بينها المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار (ICSD)(٧٣) .

= منازعات الاستثمار) بحيث شمل ذلك الى جانب الاستثمارات التقليدية التى تأخذ شكل تحويل رؤوس أموال اشكالاً جديده اخرى مثال عقود المقاولات والخدمات الاخرى وعمليات نقل التكنولوجيا" راجع فى ذلك :

Ibrahim F.I. Shihata : "The settlement of disputes regarding foreign investment : The role of the world Bank, with particular reference to ICSID and Miga" A paper submitted to the seminar on International Commercial Arbitration and protection of foreign Investments in the Afro-asian region (Cairo - Egypt, March 28-31, 1988), p. 9.

(٧٣) The International Centre for Settement of Investment ، وقد سبق تأسيس هذا المركز فى عام ١٩٥٥ انشاء شركة التمويل الدولى The Internationtal Finance Corporation (IFC) ، وتلاه فى عام ١٩٨٥ انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار Multilateral Investment Guarante Agency (MIGA) .

وتهدف الاتفاقية من وراء انشاء هذا المركز اقامة نظام للتوفيق والتحكيم ذو اكتفاء ذاتى autosuffisant ، لذا فقد تضمنت الاتفاقية تحديد اختصاصات المركز والاجراءات الواجبة الاتباع لعقد الاختصاص له وكيفية تشكيل لجنة التوفيق واسلوب تكوين محكمة التحكيم وسلطاتها علاوة على بيان قواعد تفسير ومراجعة وبطلان الحكم التحكيمى وقواعد الاعتراف بهذا الاخير وتنفيذه(٧٤) .

٣٢ - اختصاص المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ذو طابع ارادى:

إن مجرد تصديق احدى الدول على الاتفاقية لايعنى تعهدها باتباع اجراءات التوفيق والتحكيم الخاصة بالمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار أو التزامها باللجوء اليه ، وانما ينبغى لعقد الاختصاص لهذا المركز ان يتوافر عليه رضاء المستثمر والدولة المضيفة كتابة (م٢٥/١) .

---

(٧٤) يلاحظ ان الدول المتعاقدة تعترف باحكام التحكيم الصادرة فى اطار هذه الاتفاقية وتلتزم بها وتضمن نفاذها على اقاليمها كما لو كانت احكاماً قضائية نهائية صادرة عن قضائها الوطنى (م٥٤) ، انظر فى تطبيق هذا النص :

Albert J.V.D. Berg "Some recent problems in the practice of enforcement under the Newyork and ICSID Convention" ICSI Review. Foreign Investment law Journal, 1988 p.439; Andrea Girardina "L'exécution des sentences du centre international pour le Reglement des differents relatifs aux investissements", Rev. crit. dr. Int. Privé, 1982, p.273; Aron Broches, Op. cit, p.299.

وقد إرتأى مجلس مدراء المركز انه ليس من الضرورى ان يتم التعبير عن رضاء الطرفين فى صك قانونى واحد ، فالدولة المضيفة يمكنها ان تقوم بدور الموجب وتسجل رضاؤها باختصاص المركز فى تشريعها الخاص بحفز وتشجيع الاستثمارات – إن وجد – بينما يقوم المستثمر بدور القابل ويعبر عن قبوله هذا كتابة(٧٥) .

فى الواقع ان قبول هذا المقترح يفترض بداءة التسليم بان مجرد الاشارة فى قانون الاستثمار – فى دولة معينة – الى تحكيم المركز تعنى قبول اختصاصه بحل المنازعات التى تقوم بينها وبين المستثمر الاجنبى وهو مالا يجد له من سند فى نصوص الاتفاقية(٧٦) .

---

(٧٥) راجع تقرير المجلس ICSID 2 para. 24 ، وفى تأييد هذا المقترح :

R. Kovar "La Compétence du Centre International pour le Règlement des differends relatifs aux Investissements" In Investissements étrangèrs et arbitrages entre Etats et personnes privé, 1969 p. 48; Aron Broches "The Convention on the settlement of Investment Disputes between states and National of other states", Rec. des cours 1972, p.353.

(٧٦) انظـــــر :

N. Rodely "Some Aspects of the world Bank Convention on the settlement of Investment Disputes", Candian yearbook of International law, 1966, pp. 49 ets.

بل ان هذه الاشارة وحدها لاتكفى اذ قد تتضمن علاوة على ماتقدم طرح خيارات تتعلق باساليب اخرى يمكن الاتفاق عليها بين الاطراف لتسوية النزاع ، كما ان الفقرة الرابعة من المادة الخامسة والعشرون تستلزم قيام الدولة المتعاقدة باخطار المركز بطوائف المنازعات التى ترى امكان خضوعها لاختصاص المركز من عدمه(٧٧) .

على اية حال فقد وضع المركز شرطين نموذجين لتسهيل مهمة التعبير عن رضاء طرفى النزاع بإختصاصه بما لايخل باحكام المادة ١/٢٥ من الاتفاقية(٧٨) .

---

(٧٧) ومن باب أولى فإن مجرد الاشارة فى قانون الاستثمار (كما هو الحال فى المادة الثامنة من القانون المصرى الخاص باستثمار رأس المال العربى والاجنبى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ المعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧) الى امكانية "تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطنى الدول الأخرى الأعضاء في اتفاقية واشنطون والتى انضمت اليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١ فى الاحوال التى تسرى عليها" لايعد قبولاً باختصاص المركز .

(٧٨) ويشير الشرط النموذجى الاول (٢/أ) والذى يمكن ادراجه فى قانون الاستثمار أو أى مرسوم يصدر بالموافقة على عقد من عقود الاستثمار - وتتحقق به ارادة الدولة فى الخضوع لاختصاص المركز ، الى الصيغة التالية : حكومة (يوضع اسم الدولة المتعاقدة) ترتضى بهذا الخضوع للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار (يشار اليه فيما بعد بالمركز) ، بهدف التسوية بطريق التوفيق/التحكيم ،ويتبع التوفيق ، اذ ظل النزاع دون تسوية خلال فترة (تترك للتحديد) يبدأ احتسابها من تاريخ اخطار لجنة =

وتجدر الاشارة الى أنه بمجرد أن يتحقق التراضى بين اطراف النزاع على عقد الاختصاص للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار فانه لايجوز الرجوع فيها ، ومن ثم فانه لايجوز للدولة التحلل من هذا الالتزام الدولى ولو كان ذلك استناداً لقوانينها الوطنية ، بل ان هذا الالتزام يظل قائما ولو كانت ارادة قبول اختصاص المركز تتضح من عقد استثمار تم فسخه من جانب هذه الدولة(٧٩) .

= التوفيق ، الانتقال الى مرحلة التحكيم بالتطبيق لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى (يشار اليها فيما بعد بالاتفاقية) ، وذلك بالنسبة لكل المنازعات التى تثور بمناسبة استثمار يقوم به احد رعايا دولة متعاقدة (كما تعرفه الاتفاقية) طبقا لاحكام هذا القانون/المرسوم ، شريطة ان يودع المستثمر وثيقة رضاه الكتابية لدى (اسم الجهة) وان يستوفى الشروط الاضافية التالية ..." اما الشرط النموذجى الثانى (٢/ب) فيمكن ادراجه فى وثيقة قانونية مستقلة يقوم المستثمر بايداعها لدى الجهة التى تحددها الدولة ويتحقق به القبول باختصاص المركز ، وفقاً للصيغة التالية : تطبيقاً لاحكام (الاشارة الى القانون أو الرسوم) فان (اسم المستثمر) يرتضى بهذا الخضوع للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار (يشار اليه فيما بعد بالمركز) ، يهدف تسوية المنازعات القانونية الناشئة بمناسبة كل استثمار يتم طبقاً لـ (الاشارة الى عقد الاستثمار أو المرسوم الصادر بالتصديق عليه) راجع : "Clauses modèles de consentement à la competence du centre International pour le Reglement des Differends Relatifs aux Investissement" Doc. CIRDI, 6 et 7 . ، انظر ايضا فيما يتعلق بهذه الشروط النموذجية :

Aron. Broches "The Convention on the Settement of Investment Disputes : Some Observation on Juridiction", Columbia Journal of Transnational law (Colum. J. Transnat'l L) 1966, p. 269.

(٧٩) راجع : M. Amadio ، المرجع السابق ، ص١٣١ .

٣٣ - اتفاقية واشنطون وقدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم:

اذا كانت اتفاقية واشنطون ذات طابع اجرائى بما رسمته من طريق لتسوية منازعات الاستثمار وكيفية عقد الاختصاص للمركز الدولى القائم على هذه المهمة ، فقد حرصت على تضمين نصوصها قاعدة موضوعية لمواجهة مشكلة قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية التى تفترض مثل هذه المنازعات وجودها طرفاً فيها ٠

فى الواقع ان هذه القدرة تختلف فى اطار هذه الاتفاقية بحسب مااذا كان الأمر يتعلق بالدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة الأخرى ٠

فيما يتعلق بالدولة فان مجرد قبولها أو انضمامها أو تصديقها على الاتفاقية ، ومن باب أولى اذا ارتضت كتابة اختصاص المركز فان ذلك بعد من جانبها اعترافاً ، لايمكن دحضه أو إنكاره ، بقدرتها على الدخول طرفاً فى التحكيم ولو كان قانونها الوطنى يحظر عليها ذلك(٨٠) .

اما فيما يتعلق باشخاص القانون العام الاعتبارية الاخرى فان الاتفاقية لاتلقى على عاتق الدول الاعضاء أى التزام بالاعتراف لهذه الاشخاص بالقدرة على اللجوء للتحكيم ٠

---

(٨٠) انظر فى كيفية فض التنازع بين المعاهدة والتشريع الداخلى : استاذنا الدكتور عز الدين عبد الله "القانون الدولى الخاص" الجزء الأول فى الجنسية والموطن ، الطبعة الحادية عشر ، ١٩٨٦ ، فقرة ٣٩ ، ص٧٣ ٠

فقد تركت الاتفاقية للدول الاعضاء مهمة اخطار المركز بقائمه الاجهزة التابعة لها ، بالطبع هذا الاجراء لايحمل ان دلالة حول قدرة هذه الاشخاص أو سلطتها على الدخول طرفاً فى اتفاق تحكيمى أو امكانية قبولها اختصاص المركز . على العكس ، فالمادة ٢٥/٣ تجعل قبول الشخص الاعتبارى العام باختصاص المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار متوقفاً على موافقة الدولة المتعاقدة التابع لها على ذلك "مالم تخطر هذا الدول المركز بان هذه الموافقة غير ضرورية"(٨١) .

هكذا ، عندما يكون الطرف الممثل للدولة فى اتفاق الاستثمار ليس هو الحكومة ذاتها ولكن فقط احد الاشخاص الاعتبارية العامة الأخرى فان المادة ٢٥/٣ تضع شرطين قانونين لابد من استيفائها لعقد الاختصاص للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار :

اولهما : ان يتوافر رضاء هذا الشخص الاعتبارى بنظام المركز والاعتراف باختصاصه ،

ثانيهما : ان هذا الرضا يجب قبوله وتأييده من جانب الدولة التى يتبعها هذا

---

(٨١) يبدو ان الالتزامات التى تلقى على عاتق الدول ومسئولياتها الدولية التى تلحق بها من جراء الاحكام التحكيمية التى قد تصدر ضد اشخاصها الاعتبارية العامة قد حدت بواضعى الاتفاقية الى عدم تبنى قاعدة موضوعية قاطعة تعترف بمقتضاها الدول بقدرة الاشخاص الاعتبارية التابعة لها على اللجوء للتحكيم فى مجال منازعات الاستثمار حتى لاتحجم هذه الدول عن الانضمام للاتفاقية أو التصديق على احكامها ، انظر Amadio ، المرجع السابق ، ص١٠٢ .

الشخص الاعتبارى مالم تخطر هذه الدولة المركز بان هذا القبول من جانبها غير ضرورى(٨٢).

نخلص مما تقدم الى انه فى ظل اتفاقية واشنطون فان قدرة الدولة أو اشخاص القانون العام الاعتبارية الاخرى على اللجوء للتحكيم مازالت تحيط بها المخاوف والشكوك ولكن يمكن القول بانه امام الضوابط التى وضعتها الاتفاقية لتسجيل الاشخاص الاعتبارية العامة التابعة للدول الاعضاء المتعاقدة لدى سكرتارية المجلس ، والتأكيد على وجود موافقة الدولة على قبول ، أو التصديق على ماصدر من اشخاصها الاعتبارية العامة الاخرى من قبول ، باختصاص المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، من شأنه ان يبدد جانبا من هذا المخاوف والشكوك . على الأقل فان عدم توافر هذه الضوابط يجعل من المستثمر على بينة من ان خطر عزوف الطرف الآخر عن اللجوء للتحكيم مازال قائماً .

---

(٨٢) ويلاحظ ان المركز قد وضع شرطاً نموذجياً لتسهيل التعرف على هوية الشخصى الاعتبارى العام والتأكيد على تبعيته للدولة المعنية وتسجيل موافقة هذا الشخص الاعتبارى ، وتصديق الدولة ، على اختصاص المركز بفض المنازعات التى يكون هذا الشخص طرفاً فيها ، وذلك بالصيغة التالية : "(اسم الشخصى الاعتبارى) هو هيئة عامة/جهاز عام تابع للدولة المضيفة التى قامت باخطار المركز به تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة الخامسة والعشرون من الاتفاقية ، والدولة المضيفة قد صدقت على موافقة (اسم الشخص الاعتبارى) الوارده فى هذا الاتفاق (اشارة الى التصرف القانونى الذى تم فيه التعبير عن هذه الموافقة)/أو انها قد اخطرت المركز بان هذا التصديق غير ضرورى" ، راجع :

Clauses modeles : Doc. CIRDI/5 p.8..

٣٤ - ان قدرة اشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم مازالت حتى فى ظل القانون الدولى الاتفاقى المعاصر تشكل عقبة امام نمو وتطوير العلاقات الاقتصادية الدولية ، خاصة انه ، باستثناء اتفاقية واشنطون والمرهون تطبيقها بتوافر ضوابطها التى روعيت فيها الارادية الكاملة للدول الاعضاء ، فان سائر الاتفاقيات الأخرى انما تتعلق بمجالات التجارة الدولية وهى مجالات قد لاتتوافق معها طبيعة بعض اتفاقات الاستثمار التى تقع فى اطار القانون العام وترتبط باعتبارات السيادة وتكون للدول ذريعتها اذا ماتمسكت فى صددها بحصانتها القضائية .

المبحث الثانى

فى

الحصانة القضائية

واثرها فى صحة اتفاق التحكيم

٣٥ - إن مشكلة الحصانة السيادية Sovereign immunity بصفة عامة تعد من المشاكل المعقدة والمتشعبة ، لانها من المسائل "التى تقع على الحدود بين القانون والسياسة ، بين القانون الداخلى والقانون الدولى ، بين القانون العام والقانون الخاص"(٨٣) .

ومشكلة الحصانة القضائية Immunity from suit على وجه الخصوص ، وبالرغم من اهميتها البالغة وتأثيرها المباشر فى صحة اتفاقات التحكيم وسمتها النهائية والملزمة Final and binding character مما ينعكس بالضرورة على الدور الذى يضطلع به التحكيم الدولى وفاعليته فى مجال المعاملات الدولية الخاصة ، فقد ندرت الاقلام التى تناولتها بالبحث والتحليل وخاصة فى مجال منازعات الاستثمار .

---

(٨٣) راجـــــــع :

Pierre Bourel, Rep. de Droit International, (Immunites), T.II.3 p. 118.

والحصانة القضائية تستمد وجودها ، فى الواقع ، من مبادىء قانون الشعوب Jus gentium التى يتصدرها مبدأى السيادة والاستقلال ، كما تدور هذه الحصانة حول قاعدة لاتينية معروفة مقتضاها انه لا سلطان لقضاء نظير على نظيره Par in parem protestatem non habet Juridictionem (٨٤) .

فمفاد هذه الحصانة إذن انه لايجوز اخضاع المنازعات التى تكون فيها دولة ما ، أو توابعها من اشخاص القانون العام ، طرفاً لغير قضاء هذه الدولة ، وهو مايعنى فى الوجه المقابل عدم اختصاص أى قضاء آخر ، سواء كان قضاءً رسمياً فى دولة أجنبية أو قضاءً تحكيمياً ، بنظر مثل هذه المنازعات .

٣٦ - ولكن التحكيم فى الواقع له خصوصيته ، فالتحكيم نو طابع عقدى ، قضاء اساسه ارادة الاطراف ، فاتفاق التحكيم يمثل حجر الزاوية ومركز الثقل فى هذا الاسلوب القضائى

---

(٨٤) إن الاصلى التاريخى لهذه الحصانة يرجع الى مبدأ انجليزى قديم يرى ان الملك لايخطىء The King Can do no wrong ، راجع : Black's law Dictionary, 1'ed. 1991, p.1396 ، ومقتضى ذلك ان الحصانة السيادية اساساً كانت تحول دون خضوع الجهاز الحاكم لنفس القضاء الداخلى ، هذه القاعدة وان تطورت قد احتفظت بمفهوم وطنى له اسبابه ودواعيه خاصة فى دول القضاء المزدوج ومفاده عدم خضوع اعمال الدولة والحكومة لغير اختصاص القضاء الادارى ، وقد انعكس هذا المفهوم ، كما سوف نرى ، على المعايير التى حاول الفقه والقضاء الاستناد اليها لتحديد الحالات التى يجوز فيها للشخص الاعتبارى العام التمسك باعتبارات السيادة .

المتميز(٨٥) ، انن كيف يمكن للدولة ، أو أحد اشخاص القانون العام الاعتبارية التابعة لها ان ترتضى فى اتفاق تحكيمى مبدأ فض المنازعات الناشئة أو التى يمكن ان تنشأ بينها وبين احد اشخاص القانون الخاص بطريق التحكيم ، ثم عندما تبدأ اجراءات هذا التحكيم أوعندما يعرض الحكم الذى جاء نتاجاً له على القضاء بغية الاعتراف به أو تنفيذه ، يدفع الشخص الاعتبارى العام ، مناقضاً اتفاقه المسبق ، باعتبارات السيادة ويلوح بحصانته القضائية ؟

والأمر جدّ خطير فيما يتعلق بالاستثمارات الاجنبية ، الم يكن هذا الاتفاق التحكيمى جزءً هاماً من الضمانات التى عول عليها المستثمر فى تعاقده مع الدولة المضيفة أو من يمثلها ، الا يعد ذلك اخلالاً بالشروط الجوهرية التى قامت عليها العلاقة التعاقدية مما يستوجب مساءلة الدولة ؟

إن التمسك بالحصانة القضائية فى هذا الفرض مؤداه عودة المنازعة مرة اخرى لأختصاص المحاكم الوطنية التى اراد المستثمر بالاتفاق على اللجوء للتحكيم الافلات من سيطرتها . هذه الاعتبارات قد حدت بالفقه يؤيده فى ذلك القضاء الى محاولة التخفيف من

---

(٨٥) انظـــــر :

Jacqueline Rubellin Devichi "Essai sur la nature de l'arbitrage", Thèse, lyon, 1965 8, p.13; Carabiber "L'arbitrage International" Trav-Comité francais dr. Int. privé (1951-1954) Séance du 30 Avril 1953, p.71.

الآثار السلبية لهذه الحصانة القضائية وذلك من ناحية بتضيق نطاق الحالات التى يكون فيها لاشخاص القانون العام الاعتبارية التمسك باعتبارات السياده ، ومن ناحية اخرى بتقرير قاعدة قانونية مقتضاها ان لجوء هذه الاشخاص الاعتبارية العامة لاسلوب التحكيم الدولى يعد تنازلاً ضمنياً من جانبها عن حصانتها القضائية .

٣٧ - التمسك بالحصانة القضائية يرتبط بطبيعة النشاط الذى تمارسه اشخاص القانون العام الاعتبارية :

مشكلة تكييف:

حاول القضاء الفرنسى الوصول لمعيار يمكن الركون اليه للتعرف على الحالات التى يكون فيها للاشخاص الاعتبارية العامة حق التمسك بحصانتها القضائية(٨٦) .

وقد اتجهت انظار بعض المحاكم الفرنسية الى معيار يعتمد على الصفة القانونية

---

(٨٦) وتجدر الاشارة الى انه فى مجال البحث عن هذا المعيار ، وبالرغم من تطور دور الدولة ونيوع الحالات التى تباشر فيها بنفسها كثير من الانشطة المقطوع بانتمائها للقانون الخاص ، فقد انشغلت المحاكم الفرنسية بالحالات التى يكون فيها اشخاص القانون العام الأخرى - غير الدولة - طرفاً فى المعاملات الخاصة الدولية ، وتفسير ذلك ان هذا التطور الحادث فى دور الدولة يبدو أكثر وضوحاً فى دول العالم الثالث والدول الاشتراكية فى حين ان الدولة فى اوروبا الغربية مازالت محتفظة بدورها التقليدى الى حد كبير المتصل حقيقة بفكرة اعمال السيادة ، فالانشطة الاقتصادية الدولية لهذه الدول ، بعيداً عن الاتفاقيات الدولية والمجالات ذات الطابع السياسى ، لاتنشغل بها حكوماتها مباشرة وانما يتم ذلك من خلال اجهزتها العامة التابعة لها .

للشخص ومدى تبعيته للدولة ، فلا يجوز للشخص الاعتبارى العام التمسك بالحصانة القضائية طالما انه يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة ذاتها ، فهذا الدفع يكون مقبولاً فى الحالات التى تكون فيها اجهزة وتوابع الدولة طرفاً فى العلاقة القانونية المطروحة امام القضاء . تطبيقاً لذلك فقد رفضت محكمة السين المدنية الأخذ بالدفع الذى اثاره البنك العقارى النرويجى (المدعى عليه) والذى يتمسك فيه بعدم اختصاصها استناداً الى حصانته القضائية ، مؤكدة على انه بالرغم من ان هذا البنك قد انشأ بقانون خاص ، وان رأسماله ملك للدولة ، وان مجلس ادارته يعين من قبل الهيئة التشريعية ، فقد ثبت للمحكمة من الاوراق تمتع هذا البنك بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة ، حتى ولو ثبت قيامه احياناً بعض الاعمال مفوضاً منها (٨٧) . لامرية ان وجه النقد فى هذا القضاء واضحاً ، فهو يعتمد على معيار وجود أو عدم وجود الشخصية المعنوية المستقلة وهو معيار غامض وتحكمى ولايعطى أى ضمانة للشخص المتعامل مع هذا الطرف الاجنبى ، علاوة على ذلك فان اضطلاع القاضى الفرنسى بهذه المهمة قد يترتب عليه الاختلاف فى تقدير صفة هذا الطرف الذى يمكن ان يكون تابعاً للدولة من وجهة نظر القانون الادارى الاجنبى ويعد شخصاً اعتبارياً مستقلاً من وجهة نظر النظام القانونى الفرنسى .

---

(٨٧) راجـــــع :

Trib. Civ. Seine, 16 Juin 1955,Gazette du Palais (Gaz Pal), 1955. 2. p.61, Concl. Blondeau.

هـذه الانتقادات ينـأى عنهـا معيـار ثـان اخذ به جانب من القضـاء الفرنسى يتـعلق بالتصـرف أو النشـاط ذاته الذى باشره هذا الطرف وذلك بصرف النظر عن صفتـه أو شكلـه القانونـى .

مفاد ذلك وجوب النظر فى كل حالة على حدة بصرف النظر عن صفة القائم بالنشاط ، بحيث يمكن التمسك ، فى اطار هذا المعيار ، بالحصانة القضائية اذا تصرف هذا الطرف ، وكانت له الشخصية الاعتبارية المستقلة ، بناء على أمر الدولة أو لحسابها ، اذ يكون فى هذه الحالة قد مارس عملاً من أعمال السيادة مفوضاً فيه عن الدولة ذاتها .

بناء على هذا المعيار فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية لبنك اسبانيا بالحصانة القضائية ، بالرغم من ان لهذا البنك حق ممارسة اعمال تجارية كالتى يمارسها التاجر العادى ، وذلك لكونه يعمل فى اطار الشروط التى تفرضها الدولة الاسبانية وعلى اساس تمثيله هذه الاخيرة بوضع خاتمها على المعاملات المالية كما يقوم باستبدال اوراق البنكنوت ، ومن ثم فإنه يقوم بهذا العمل بصفته تابعاً للدولة وعليه فانه يفلت فى معاملاته الدولية من كل رقابة قضائية اجنبية (٨٨) .

---

(٨٨) راجع : Cass. Civ. 3 nov. 1952, Rev. crit. dr. Int. prive 1953, p. 425, note Freyra; Clunet 1953, p. 634 note B. Goldman. وقد اخذت المحكمة العليا حديثاً بنفس المعيار فى قضية مماثلة خاصة ببنك اليابان ، راجع فى ذلك : Civ. 19 mai 1976, Clunet 1976 note Ph. Kahn. =

هذا القضاء بدوره لايمكن التسليم به لانه ينطلق من مبدأ الحصانة العامة والمطلقة للدول الاجنبية التى تفترض ان كل مايصدر عن الدولة هو بالضرورة فى اطار سلطتها العامة . فى الواقع انه امام تطور انشطة الدولة ودخولها مجالات ، واستخدامها لأدوات ، القانون الخاص ، فقد كان من الضرورى ان ترتبط الحصانة القضائية بالطبيعة الداخلية للنشاط بصرف النظر عن صفة القائم به، هذا الارتباط يدعو للتفرقة بين انشطة السلطة ويقصد بها الاعمال التى تمارسها الدولة بموجب حق السيادة Jur imperii وانشطة الادارة ويقصد بها الاعمال التى تباشرها الدولة بموجب حق الادارة Jur gestionis أى الاعمال ذات الطابع التجارى البحت(٨٩) .

٣٨ - إلا ان المعيار القائم على هذه التفرقة هو بذاته فى حاجة الى معيار ، فكيف يمكن تحديد الحالات التى تدخل فى اعمال الادارة العادية والتى لاتختلف عن تلك التي يمارسها الخاصة

= وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية فى ٨ ديسمبر ١٩٦٤ الدفع بانعدام الاختصاص استناداً للحصانة القضائية متكأة فى آن واحد على معيارى صفة الطرف (انه من اجهزة الدولة الاجنبية) وطبيعة النشاط الذى يمارسه بناء على تكليف من دولته ، راجع فى ذلك : Cass. Civ. 8 des. 1964 J.C.P. 1966. 11. 14571 note Di Qual .

(٨٩) هذه التفرقة وان استخدمت اساساً كمعيار لتحديد مجالى اختصاص القضاء العادى والقضاء الادارى فى القانون الداخلى فقد اضحت بعد ذلك اساساً لتحديد حالات التمسك بالحصانة القضائية فى مجال المعاملات الدولية الخاصة .
هذه التفرقة أخذ بها أيضاً معهد القانون الدولي في دورته التي عقدت بمدينة =

وبالتالى لايجوز التمسك فى المنازعات الناجمة عنها بالحصانة القضائية ، والحالات التى تدخل فى اعمال السلطة والسيادة وتتوافق بذلك مع الاسس التقليدية للحصانة القضائية وتعد المناخ الخصب للتمسك بها ؟

لجأ الفقه الفرنسى فى بحثه عن معيار للتفرقة بين هذه الحالات وتلك الى القانون الادارى الفرنسى مستوحيا من حلوله التى وضعها للفصل بين مجالى اختصاص القضاء الادارى والقضاء العادى ، وخلص جانب منه الى الاعتماد فى هذه التفرقة على هدف الدولة الأجنبية من النشاط الذى تمارسه le but poursuivi par l'Etat etrangèr ، وهذا هو المعيار الغائى le critère finaliste الذى يعترف بالحصانة القضائية فى جميع الحالات التى تتصرف فيها الدولة بهدف خدمة مرفق عام من مرافقها ، بصرف النظر عن الشكل الذى تأخذه هذه التصرفات ولو لجأت فى ذلك الى اساليب القانون الخاص .

وذهب جانب آخر من الفقه الفرنسى الى الاعتماد على الشكل الذى مارست فيه الدولة الاجنبية التصرفات المتنازع فيها وهذا هو المعيار الشكلي le critere formaliste الذى يستبعد الحصانة القضائية فى جميع الحالات التى تستخدم فيها الدولة اشكال وادوات القانون الخاص(٩٠).

= Aix en province في ٣٠ إبريل ١٩٥٤، انظر:

Ignaz Seidl-Hohenvedern "Commercial arbitration and state immunityin Martin Domke " International trade arbitration A road to world wid cooperation ", Green wood press , P.87 .

(٩٠) وقد ذهبت المحاكم الفرنسية فى هذا المجال الى ان ادراج الدولة فى العقد شروطاً غير مألوفة طبقاً =

فى الواقع ان هذين المعيارين ، وبالرغم من ان القضاء الفرنسى قد اخذ بهما تارة بطريقة تبادلية d'une maniere alternative(٩١) وتارة اخرى بطريقة جمعيه d'une maniere Cumultative(٩٢) قد صادفتا كثير من النقد من الفقه الفرنسى المعاصر . فهذه التفرقة اساساً غير مبرره إذ انها لاتتوافق مع الاسس التقليدية للحصانة القضائية القائمة على سيادة الدولة واستقلالها ، اذ كيف يمكن لهذه السيادة وذلك الاستقلال ان يتراجعا عندما نكون حيال عمل من اعمال الادارة العادية .

ومن ناحية اخرى فان هذه التفرقة اريد بها فى القانون الادارى الفرنسى توسعة وامتداد اختصاص القضاء الادارى امام نظيره المدنى وهو مايتعارض مع الاتجاه الحديث الذى يرمى الى تضييق نطاق حالات التمسك بالحصانة القضائية .

= للقواعد العامة des clauses exorbitantes de Droit Commun يجعلنا امام حالة من الحالات التى تجيز لهذه الدولة التمسك بالحصانة القضائية ، انظر :

Civ. 2 mass 1966, J.C.P. 1966. 11. 14831 note Ancel

(٩١) وهو مايغلب على احكام القضاء الفرنسى الحديثة ، انظر :

Civ. 25 fev. 1969, Rev. crit. dr. Int. prive 1970, p. 102 note Bourel.

(٩٢) انظر حكم محكمة النقض الفرنسى الصادر فى ٨ ديسمبر ١٩٦٤ ، سابق الاشارة اليه آنفا ، هامش ٨٨ .

واخيراً فان هناك اختلاف جوهرى بين ميدان القانون الادارى الداخلى حيث يتعلق الأمر فقط بتوزيع الاختصاص بين القضاء الادارى والقضاء المدنى ، هذا التوزيع القائم على مبدأ الفصل بين السلطات ، وبين مجال المعاملات الدولية حيث تقوم الحصانة القضائيـة علـى اختـلاف السيـادات وحيث يغلب ان يؤى التمسك بها الى انكار العدالة(٩٣) .

٣٩ - وبالرغم من هذه الانتقادات فقد وجدت التفرقة بين اعمال السلطة العامة واعمال الادارة صداها فى مجال منازعات الاستثمار(٩٤) .

---

(٩٣) انظر : H.Batiffol & p. lagarde ، المرجع السابق ، فقرة ٢/٦٩٣ ، ص٥١٧ ومابعدها ، ايضا راجع :

(٩٤) انظر : Georges Delaume "Economic Development and sovereign Inmunity" The American Journal of International law (Am. J. Int. L) Vol. 79, 1985, p.319; "state contracts and Transnational Arbitration" Am. J. Int'L, Vol. 75, 1981, p.784; "Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and transnational arbitration "ICSID Review-foreign investment law Journal, 1988, p.403. انظر ايضا فى اثر هذه التفرقة فى التحكيم الدولى :

Pierre-yves Taschanz "Contrats D'Etat et mesures Unilaterales de L'Etat devant l'arbitre International" Rev. crit. dr. Int. prive, T.74, 1985, p. 117.

ففى قضية Sapphire International Petroleum Ltd V. National Iranian Oil Co. (NIOC) ، ذهبت محكمة استئناف لاهاى الى انه على فرض ان هذه الشركة الأخيرة تمتلكها وتشرف عليها الحكومة الايرانية(٩٥) ، وأن هدفها هو اكتشاف واستغلال البترول ومصادر الغاز الطبيعى بالاضافة الى تطوير صناعة البترول فى ايران ، فان هذه الشركة لها وجود قانونى مستقل وان اموالها منفصلة عن الذمة المالية للدولة كما ان نصوص الاتفاق المبرم بينها وبين شركة Sapphire تتفق مع طبيعة القانون الخاص اذ أن كلا الطرفين يتمتع فى هذا الاتفاق بحقوق على قدم المساواه equal footing مع الطرف الآخر ، ومن ثم فقد خلصت المحكمة الى ان الهيكل التنظيمى للشركة الوطنية الايرانية وصلاحيتها (اذ ان هذه الشركة لها بعض سلطات القانون العام ، كسلطة نزع الملكية فى مقابل تعويض) أمور غير منتجة وغير متصلة بموضوع النزاع ، وان تصرفات هذه الشركة ككيان قانوني مستقل ، بما فى ذلك اتفاقها محل النزاع ، لايمكن ادراجها ضمن اعمال السيادة Jur imperii وانما يتعين النظر اليها باعتبارها من الاعمال التجارية العادية . . كعمل من اعمال الادارة Jur gestionis وهو مجال لاتستطيع فيه الشركة الايرانية التمسك بالحصانة

---

(٩٥) الشركة الوطنية الايرانية للبترول تأسست بالقانون الصادر فى ٣٠ ابريل ١٩٥١ على اثر تأميم البترول الايرانى بقانونى ١٥ ، ٢٠ مارس ١٩٥١ .

القضائية(٩٦) . وقد اتبعت المحكمة الدستورية الالمانية نهجاً مماثلاً عندما لجأت اليها بعض الشركات البريطانية والامريكية للحجز على الحسابات البنكية التى تحتفظ بها الشركة الايرانية فى البنوك الالمانية . دفعت هذه الشركة طلبات الحجز المذكورة على اساس ماتتمتع به من حصانة - حصانة ضد التنفيذ على اموالها immunity from execution - وذلك لان هذا الحسابات تستخدم لاغراض خاصة بالدولة نفسها in sovereign purpos ، كما ان الشركة تقوم بتحويل عائدات البترول ، وهذه الحسابات البنكية جزءً منها ، الى الخزانة العامة الايرانية . وقد رفضت المحكمة الدستورية هذا الدفع ، مؤيدة فى ذلك ماانتهت اليه محكمة استئناف فرانكفورت ، على اساس ان هذه الشركة لها كيانها القانونى المستقل وانها قد ارتبطت باتفاقات ذات طبيعة تجارية لايجوز التمسك فى منازعتها بالحصانة السيادية ، علاوة على ذلك فان هذه الحسابات تقع فى ملك الشركة المذكورة وقت طلب الحجز عليها وان مسألة ايلولة عائدات البترول التى تمثلها هذه الحسابات الى الخزانة العامة الايرانية فى وقت لاحق لايغير شيئاً من التكييف المتقدم الذى انتهت اليه المحكمة وثبتت عليه قناعتها .

---

(٩٦) راجع : Int'l legal Materials 152 ، راجع ايضا حكم التحكيم الصادر فى هذه القضية فى ١٥ مارس ١٩٦٥ Int'L legal Materials 136 (1987) .

وتجدر الاشارة الى ان المحكمة الدستورية الالمانية قد اكدت ، وهذا هو الجديد فى حكمها ، على أن التكييف هنا انما ينضح من القانون الالمانى ذاته la lex fori ، وبالتالى فانه حتى على فرض ان دولة ايران تنظر الى اموال هذه الشركة باعتبارها مرصودة earmarked لخدمة الدولة وتدخل فى ميزانيتها فان المحاكم الالمانية لها صفة وحق فى انكار واغفال هذا التصنيف الايرانى(٩٧).

وقد استند القضاء الفرنسى ايضا الى معيار اعمال الادارة Jur gestionis فى قضية Corporacion Del Cabre V. Societe Broden Copper Corp. . حيث ذهبت محكمة السين المدنية فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٢ فى تسبيبها لرفض الدفع بالحصانة القضائية إلى أن الشركة الشيلية للنحاس (الطرف الأول) تقوم فى حدود مهمتها المتخصصة باعمال تتصل بتطوير انتاج وتسويق النحاس الشيلى ومستخرجاته ، وان لها فى ذلك الشخصية القانونية المستقلة ، حتى ولو كانت تعمل فى هذا المجال نيابة عن الدولة ، ومن ثم فإن ماتقوم به هذه الشركة هى اعمال ذات طبيعة تجارية وهو مجال لايجوز الاحتجاج فيه بالحصانة القضائية(٩٨) .

---

(٩٧) راجع : Int'L legal Materials 1279 (1983) .

(٩٨) راجع : Int'l legal Materials 182 (1973); Clunet, 1973, p.227 ، وتجدر الاشارة الى ان تأميم النحاس الشيلى الذى كان من نتاجه تأسيس هذه الشركة قد أثار عديدا من =

وقد تأكد هذا الاتجاه الضيق من نطاق الحصانة القضائية فى قضية : Societe Hotel George V. v. Etat Espagnol حيث قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ يناير ١٩٧٣ ، برفض الدفع بالحصانة القضائية وذلك على اساس ان الاتفاق المبرم بين الطرفين هو محض عقد تجارى ، وانه حتى اذا كانت الحكومة الاسبانية تعتبر ان الوكالة الأسبانية للسياحة هى امتداد لانشطتها الترويحية فى مجال السياحة وانها بالتالى تقوم بوظيفة حكومية فان هذا لايغير فى شىء من طبيعة النزاع(٩٩) .

وعلى العكس من ذلك فقد وسعت المحاكم الامريكية من نطاق الحصانة القضائية خاصة بالنسبة للانشطة التى تمارسها الدولة ، أو تابعيها من اشخاص للقانون العام ، وتتعلق باستغلال الثروات الطبيعة للبلاد .

= المنازعات الدولية ، انظر فى ذلك :

Seidl-Hohenveldern "Chilean Copper Nationalization Cases before German Courts", Am. J. Int'l law, Vol. 69, 1975, p.110.

(٩٩) راجع هذا الحكم فى : Rev. Crit. Dr. Int. prive 1974, p. 125 ، انظر ايضا فى تطور القضاء الفرنسى نحو التضييق من نطاق الدفع بالحصانات السيادية للدولة :

P.Bourel "Arbitrage international et immunité des Etats etrangèrs" Rev. Arbitrage, 1982, p. 119.

ففى قضية International Association of Machinists and Areospace Workers Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC) (١٠٠) ، قامت هذه الرابطة الأمريكية برفع دعوى ضد الدول المصدرة للبترول الأعضاء فى هذه المنظمة وذلك على اساس أن هذه الدول بتأثيرها المتعمد فى اسعار البترول عالمياً انما تنتهك بذلك القوانين الامريكية الخاصة بمكافحة الاحتكار antitrust laws . وقد أكدت محكمة استئناف كاليفورنيا ، فى تأييدها لحكم أول درجة الذى رفض قبول هذه الدعوى ، على ان الاشراف على مصادر الثروة من المسائل الوثيقة الصلة بسيادة الدولة "ومن ثم فان اشراف المدعى عليهم على مصادرهم البترولية هى وظيفة سيادية خاصة ، لان البترول هو اساساً ، ان لم يكن وحده ، مصدراً منتجاً للدخل ، هو عصب اساسى فى رفاهية شعوب هذه الدول" ، وقد خلصت المحكمة من ذلك الى عدم قبول مايدعيه المستأنف (الرابطة الامريكية المذكورة) من ان ماقامت به الدول المصدرة للبترول هو محض نشاط تجارى مؤكدة على الطبيعة السيادية لكل مايتعلق بالثروات الطبيعية للبلاد .

واخيراً فقد دعمت المحكمة استخلاصاتها بالإشارة الى ان الأمم المتحدة قد اعترفت مراراً بمبدأ ان الدولة هى السلطة الوحيدة فى الاشراف على مصادر الثروة الطبيعية فيها وهو مايعبر عن وجود قاعدة قانونية مستقرة من قواعد القانون الدولى العام

---

(١٠٠) راجع: Federal Reporter Supplement (California Decisions 1979)p.553.

الوضعى فى هذا الشأن(١٠١) .

وفى مجال انشطة الاستثمار ، بالمفهوم الضيق Sensu stricto(١٠٢)، فى قضية Gibbons V. Udaras na Gaeltachta ذهبت محكمة نيويورك - القطاع الجنوبى - الى ان ماتقوم به هيئة التنمية الصناعية الايرلندية Industrial Development Authority of Irlanda (IDA) وكذلك الوكالة التى يطلق عليها Udaras na Gaeltachta (U.G.) التى اسست لتشجيع وتعزيز التنمية الاقتصادية فى بعض مناطق ايرلندا (المناطق الناطقة بالغيلية) ، لاتعدو ان تكون انشطة تشجيعية لاتختلف عن الانشطة التى تقوم بها شركات العلاقات العامة (الخاصة) ، كما ان العقد الذى ابرم بين الكيان القانونى الذى خلف الوكالة (GE) والمدعى هو من الاتفاقات ذات الطابع التجارى ومن ثم فانه لايجوز للمدعى عليه التمسك بالحصانة القضائية حسب المفهوم الوارد فى قانون الحصانات الامريكى (م ١٦٠٥/أ/٢)(١٠٣) .

---

(١٠١) U.N. General Assembly Resolution, No 1803-3821-3201, 3171, 3016 مشار الى هذه القرارات فى التقرير المنوه عنه فى هامش (٩٨) ص٥٦٧ .

(١٠٢) يلاحظ ان الانشطة التى تمارسها الدولة فى مجال الاستثمار لم تعد قاصرة - كما يرى البعض - على تشجيع الطرف الاجنبى على استثمار امواله فيها ، انظر : G.Delaune "Economic development.." ، المرجع السابق ، ص٣٢٨ ، وانما بما بلغته هذه المجالات من اتساع صارت انشطة الاستثمار مرادفة لانشطة التنمية الاقتصادية بوجه عام .

(١٠٣) راجع : Federal Reporter. supp. (Sonthern District of New York 1982), p. 1094

٤٠ - نخلص مما تقدم الى ان التصرفات التى تباشرها اشخاص القانون العام الاعتبارية والتى تتأكد صلتها الوثيقة بالاعمال السيادية للدولة ، هى وحدها التى يمكن التمسك فى شأنها باعتبارات الحصانة القضائية التى تحول دون عقد الاختصاص بمنازعاتها لغير القضاء الوطنى .

الا انه يلاحظ من الامثلة القضائية التى اوردناها آنفاً ان القضاء وان اعتمد اساساً على التفرقة بين اعمال السيادة واعمال الادارة الا انه لم يدخر وسعاً فى البحث عن معايير اخرى ، خاصة معيار تمتع الشخص الاعتبارى بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة ، لتدعيم اختصاصه بنظر النزاع ورفضه الدفع بالحصانة القضائية .

٤١ - ولكن أين تقع روابط الاستثمار ، من عقود واتفاقات ، من هذه التفرقة ؟

فى الواقع ان روابط الاستثمار تتضمن عادة كثيراً من الجوانب المؤكد انتماؤها للقانون العام ، هذه الجوانب وان كانت غير قاطعة فى تكييف روابط الاستثمار على انها تمثل ، من جانب الدولة ، عملاً من اعمال السلطة أو السيادة فانها على الاقل تدعو للتردد فى اعتبار هذه الروابط عن اعمال الادارة العادية .

حقيقة الأمر ان روابط الاستثمار تتميز بطبيعتها المختلطة بما تتضمنه من جوانب عقدية وغير عقدية ، بانتمائها للقانونين العام والخاص فى آن واحد (١٠٤) .

---

(١٠٤) راجـــــع : A. Mcnair "The general principles of law recognized by civilized =

ومع ذلك فهناك خصوصيات ثلاث لروابط الاستثمار تدعو لرفض تكيفيها على انها من اعمال الادارة التى لايجوز فى اطارها التمسك بالحصانة القضائية .

فالمزايا والضمانات التى تمنحها الدولة فى اطار هذه الروابط لاتتوافق مع ماتتضمنه عقود القانون الخاص ذات الطابع التجارى من اشتراطات ، فهذه الاخيرة لايمكن بطبيعتها ان توفر لاحد المتعاقدين نظام ضريبى مستقر خلال أجل العقد الممتد نسبيا أو أن تعفيه نهائيا من الضرائب أو بعضها خلال فترة معينة ، هذه العقود لايمكن لها ان تضمن معاملة تفضيلية للمتعاقد الآخر فى مجال التصدير أو الاستيراد ، كما ان هذه العقود لايمكنها ان تفرض على المتعاقد الآخر شروطاً أو التزامات تتعلق بضرورة العمل على رفع المستوى الفنى لصناعة معينة أو زيادة تشغيل الايدى العاملة الوطنية ورفع مستواها المهنى . . . الخ .

فروابط الاستثمار بما تحمله من امتيازات وضمانات تبعد كل البعد عن روابط القانون الخاص(١٠٥) . ومن ناحية اخرى ، اذا كان صحيحاً ان روابط الاستثمار

---

nations", British yearbook of International law (B.Y.I.L) 1957 p.1, spec, p.3; C. Kojanec =
"The legal nature concluded by private entities with foreign states", Recueil des cours 1968 p.229 et spec. p.332; S. Schwebel "The Alsin Cas" I.C.L.Q. 1959, p. 320,spee. p.331.

(١٠٥) هذه الامتيازات والضمانات التى تمنحها الدولة تنطلق من سلطاتها السيادية والتى تمثل الوجه الآخر لمسئولياتها فى تحقيق رفاهية شعبها ، راجع : A. Fatouros "Gouverment garanties to foreign investore"
New York, 1962 p. 193. spec. p.195.

لاتدخل دائماً فى نطاق العقود الادارية المرتبطة بفكرة المرفق العام ، فإنها تقترب ، بما يواكبها من سعى دؤوب من جانب الدولة لتحقيق الصالح العام ، من تلك العقود الادارية واهدافها . من الصعوبة بمكان ان نجد مسائل اكثر مساساً بالمصلحة العامة للدولة من مسائل التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، التصنيع ، استغلال الثروات الطبيعية للبلاد ، تلك المسائل التى تدور حولها روابط الاستثمار بصفة خاصة .

واخيراً فان الدولة واجهزتها العامة لاتتصرف فى مجال اتفاقات الاستثمار بحرية الشخص العادى ، فهى عندما توافق على منح امتيازات أو ضمانات معينة انما تقبل ذلك لان قوانينها تسمح بذلك ، فحريتها التعاقدية محدوده بالتشريع ، او التشريعات ، الذى يرسم لها اطار اعمالها وحدود سلطاتها .

ان عناصر القانون العام واضحة كل الوضوح فى اطار روابط الاستثمار ، بل أن هذه العناصر هى التى تشكل اساس ومحور منازعات الاستثمار ذاتها ، الأمر الذى يدعونا الى التاكيد ، حتى فى اطار النظرية المقيدة للحصانة القضائية ، على اننا فى المكان المناسب لقبول الدفع بهذه الحصانة وترتيب نتائجها .

ولايغير من طبيعة هذا التكييف ان تتضمن هذه الروابط شرطاً تحكيمياً ، فالتحكيم ليس من أدوات القانون العام أو الخاص حتى يمكن الاستناد اليه لتكييف رابطة

معينة ، وفي مجال الاستثمار بصفة خاصة ، على أنها من أعمال الادارة Jur gestionis (١٠٦) .

---

(١٠٦) ومع ذلك فقد ذهب البعض الى ان شرط التحكيم يعد فى ذاته مؤشراً كافياً على ان الاتفاق الذى تضمنه يدخل فى اطار اعمال الادارة ، انظر : F. Eismann "la situation actuelle de l'arbitrage Commercial international entre Etats ou entités publiques et personnes physiques ou morales etrangères de droit privé" Rev. Arbitrage, 1975, p.279 et spec. p.296; J.L.W. Sillevis Smitt "Arbitration clause and sovereign immunity" Rapport au V Congres International de l'Arbitrage, New Delhi, 7-10 janv. 1975 p.2 ets . هذا الاتجاه الفقهى قد تأثر ببعض الاحكام القضائية التى جعلت من ادراج شرط التحكيم دلالة على طبيعة العلاقة القانونية وارتباطها بمفاهيم القانون الخاص ، راجع حكم محكمة السين المدنية الصادر فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٢ فى قضية : Corporation Del Cobre V. Societe Braden Copper Corp. ، سابق الاشارة اليه هامش (٩٦) ، فى الواقع ان الاتفاق على التحكيم لم يكن فى هذه القضية الا عنصراً من بين عناصر اخرى استندت اليها المحكمة لانكار الحق فى التمسك بالحصانة القضائية . الا انه تجدر الاشارة الى ان تحديد طبيعة روابط الاستثمار من عقود واتفاقات تصبح خالية من كل قيمة فى ظل الإتفاق على شرط التحكيم الذى يعد كما سوف نرى تنازلاً ضمنياً عن الحصانة القضائية ، فالاعتراف بهذا الاثر يمليه المنطق والعدالة ، راجع فى ذلك :

Ch. Carabiber "L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des Etats et des collectivités publiques signataire d'une clause compromissoire inserée dans un contrat de droit privé", Rev. Arbitrage, 1967, p. 49. et spec. p.66

٤٢ - ومع ذلك فهناك مسألة لم تبسط لها احكام القضاء ، بل وأحكام التحكيم ايضا[١٠٧] ، البحث كافياً بالرغم من اهميتها الفائقة فى هذا المجال ، فالتفرقة بين اعمال السيادة واعمال الادارة هل معناها ان يكون موضوع العلاقة القانونية الاصلية مندرجاً فى هذا الصنف أو ذاك حتى يمكن أو لايمكن التمسك بالحصانة القضائية أم أن المعول عليه فى هذا الصدد هو موضوع النزاع نفسه ؟ بعبارة أخرى ، اذا كانت العلاقة القانونية الاساسية التى تربط الدولة مثلاً بالطرف الآخر (المستثمر الاجنبى مثلاً) هى علاقة عقدية من علاقات القانون الخاص فهل هذا يعنى ان هذه الدولة لايكون لها ان تتمسك بحصانتها القضائية بالرغم من أن النزاع يدور حول تصرف انفرادى من جانبها مارسته فى اطار ماتملكه من امتيازات السلطة العامة ؟

---

(١٠٧) انظر الحكم التحكيمى الصادر فى قضية Topco / Calasiatic V.libya ، منشور فى Int'l legal Materials 1979, p.389 ، كما يلاحظ ايضا فى قضية Aminoil V. Koweit ، ان الحكم الذى انتهت اليه هيئة التحكيم قد نظر للتأميمات الكويتية على انها من طبيعة مزدوجة فهى من اجراءات السلطة العامة كما انها تعد فسخاً للعقد ، راجع : Int'l legal Materials 1982, p. 976.

فى الواقع ان هذا السؤال يبين مدى اهمية بحث مشكلة التكييف ، ومدى صعوبة المشكلة التى تواجه القضاء فى هذا المجال ، الامر الذى دفع كثير من الدول الى اصدار قوانين خاصة تتضمن معايير التمسك بالحصانة القضائية امام محاكمها الوطنية(١٠٨) ، علاوة على البحث عن صيغة دولية لضبط مجال اعمال هذه الحصانة وتوحيد قواعدها(١٠٩) .

---

(١٠٨) راجع قانون حصانات السيادة الاجنبية فى الولايات المتحدة Foreign Sovereign Immunities (FSIA) Act 1976 منشور فى Int'l legal Materials 1976, p.1388 ، قانون حصانة الدولة الانجليزى State Immunity Act 1978 (SIA) منشور فى Int'l legal Materials 1978, p.1123. ، وقانون حصانة الدولة الكندى CSIA.1982 ، منشور فى Int'l legal Materials P.798 ، واكثر حداثة قانون حصانات الدول الاجنبية الاسترالى 1985 (AFSIA) منشور فى Int'l legal Materials 1986, p 715 .

(١٠٩) راجع الاتفاقية الاوروبية لحصانة الدولة المبرمة فى ١١ مايو ١٩٧٢ : European Convention on state immunity 1972, Am. J. Int.L, 1972, p.923 ، ويلاحظ ان المادة التاسعة عشر الخاصة بالحصانات القضائية للدول قد وافقت عليها لجنة القانون الدولى فى دورتها الثامنة والثلاثون (٥-١١ يوليو ١٩٨٦) راجع : U.N. Doc. A/41/10

هذه المساعى الوطنية والدولية انما ارادت على صعيد آخر الحد من الحالات التى يجوز التمسك فيها بالحصانة القضائية ، وهو مايفسر ايضا اعتبار اللجوء للتحكيم بمثابة تنازل ضمنى عن هذه الحصانة .

٤٣ - اللجوء للتحكيم يعد تنازلا ضمنيا عن الحصانة القضائية :

أشرنا من قبل(١١٠) ،الى ان بعض قوانين الاستثمار، واحيانا بعض اتفاقات وعقود الاستثمار، تتضمن اشارة صريحة الى اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الناشئة أو التى يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذ الاستثمارات الأجنبية فى البلاد ، وهو مايفيد التمسك الصريح من جانب هذه الدولة بحصانتها القضائية فى هذا المجال الحيوى .

والأمر لايقتصر ، فى الواقع ، على هذه الانظمة القانونية الداخلية ، فهناك بعض الصيغ الدولية، ذات الطابع العالمى أو الاقليمى أو التخصصى ، اكدت على هذه الحصانة القضائية .

فقد اصدرت الجمعية العامة للامم المتحدة فى دورتها التاسعة والعشرون قرار (القرار رقم ٢٩/٣٢٨١ الخاص بميثاق الحقوق والالتزامات الاقتصادية للدول الاعضاء)(١١١) ، منحت بمقتضاه اختصاصا واسعاً لمحاكم الدول المضيفة فى كل

---

(١١٠) راجع ماتقدم ، فقرة ٢٣ ، ص ٤٦ .

(١١١) راجع فى هذا الميثاق : Guy Feuer "Reflexions sur la charte des droits et devoirs economiques des Etats" ، سابق الاشارة اليه ، فقرة ٢٤ هامش ٥٧ .

مايتعلق بمنازعات الاستثمار "وذلك مالم ترى الدول المعنية، بكامل ارادتها، ملائمة البحث عن وسائل اخرى سلمية لحل هذه المنازعات تقوم على اساس المساواة فى السيادة بين الدول وتتوافق مع مبدأ الاختيار الحر للوسائل .." .

كذلك فقد نص تقنين الاستثمار الاجنبى الذى وافقت عليه دول ميثاق كارتاجنيا (١١٢) ، والذى يعرف بتقنين (أندين) Andean Foreign Investment Code ، فى مادته الواحد والخمسون على انه " فى مجال اتفاقات الاستثمار أو نقل التقنية لن يكون هناك شروطاً من شأنها استبعاد المنازعات أو الخلافات المحتملة من الاختصاص القضائى للدولة المضيفة" (١١٣) .

ايضا فقد خلصت منظمة الدول المصدرة للبترول فى مؤتمرها السادس عشر الذى عقد فى فينيا فى يونيو ١٩٦٨ الى اصدار قرارها رقم ١٦/٩٠ الذى ينص على أنه " مالم يقضى تشريع الدولة العضو بغير ذلك ، فان جميع منازعات التى تنشأ بين الحكومة

---

(١١٢) Pacte de Cartagene ، وكارتاجينا مدينة كولومبية تم التوقيع فيها على هذا الميثاق من جانب غالبية دول امريكا اللاتينية .

(١١٣) راجع :

C.T. Oliver "The Andean Foreign Investment code : A new phase in the quest for normative order as to direct foreign investment" Am. J. Int'l law, Vol. 66, 1972, p. 762

والمشروعات (يقصد بذلك الشركات الاجنبية المتعاقدة مع الحكومة) يجب أن تخضع لقضاء المحاكم الوطنية المختصة أو المحاكم الاقليمية المتخصصة اذا كانت موجودة أو متى وجدت ..(١١٤) .

٤٤ - حقيقة الأمر ، ان هذه الانظمة القانونية وتلك الصيغ الدولية لم تفعل سوى انها قررت واقعاً موجوداً سبق لنا ان اكدناه ، يتمثل فى تمتع الدولة بمظلة اختصاصها القضائى الوطنى فيما يتعلق بالمنازعات المتصلة باعمالها السيادية ، حتى ولو لم ينص صراحة على ذلك فى التشريع الداخلى للبلاد .

ومع ذلك فان الأمر يزداد صعوبة فى حالة وجود هذا النص ، هل يمكن القول بأن الدولة، أو اشخاص القانون العام الاعتبارية التابعة لها ، التى ترتضى اللجوء للتحكيم تكون بذلك قد تنازلت ضمنياً عن حصانتها القضائية التى تقررت صراحة ؟

لاشك أن التنازل الصريح ، والذى تتوقف صحته على النظام القانونى الداخلى للدولة المعنية ، لايثير صعوبة تذكر(١١٥) ، اذ ان تنازل الدولة صراحة ، عن اختصاص

---

(١١٤) انظر ماتقدم فقرة ٢٤ هامش (٥٠) .

(١١٥) وقد يأخذ هذا التنازل الصريح عن الحصانة القضائية شكل النص فى عقد الاستثمار على ان التحكيم لايتعلق بالحقوق السيادية للدولة ، انظر فى ديباجة اتفاق التحكيم الخاص بقضية ارامكو (اوناسيس) عام ١٩٥٨ : د. محمد طلعت الغنيمى فى بحثه القيم "شروط التحكيم فى اتفاقات البترول" بحث مقدم فى مؤتمر البترول العربى الثالث بالاسكندرية ، اكتوبر ١٩٦١ ص١١ .

محاكمها الوطنية ، سواء كان ذلك فى الاتفاق المبرم مع المستثمر الاجنبى ، أو سجله قانون خاص (كقانون الاستثمارات الاجنبية) أو مرسوم خاص باعتماد اتفاق من اتفاقات الاستثمار ، انما يعبر عن خيارات هذه الدولة فى مجال الاستثمارات وضرورات التنمية الاقتصادية وتكون بذلك ايضا قد مارست سلطاتها السيادية(١١٦) .

٤٥ - فى غياب هذا التنازل الصريح فان الاتجاه الحديث ، الرامى الى تقييد الحالات التى يجوز التمسك فيها بالحصانة القضائية ، يرى ان مجرد الاتفاق على حل المنازعات بطريقة التحكيم يعد تنازلاً ضمنياً عن هذه الحصانة(١١٧) .

---

(١١٦) نص حكم التحكيم الصادر فى ٢٣ اغسطس ١٩٥٨ فى قضية Saudi Arabia V. Arabian American Oil Co., Int'l legal. Report, 1963, p.155 اكدت هيئة التحكيم على انه : It was the exercise of its sovereignty that the state acquired thes rights and undertook thes obligation, and accepted to submit to arbitration the disputes which might arise because of them" . فالتحديد الذى تقبله الدولة لسلطتها ويكامل ارادتها ماهو الا مظهر من مظاهر سيادتها ، راجع : د. سعد علام "بعض المسائل المتعلقة بالدولة كطرف فى منازعات التحكيم البترولية" تقرير مقدم الى ندوة مجمع تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط عن "المشكلات الاساسية فى التحكيم الدولى عن منظور التطوير" التى عقدت بالقاهرة فى ١٢ يناير ١٩٨٩ ، ص٨ .

(١١٧) وهو مالايمكن القول به فيما يتعلق بحصانة التنفيذ ، راجع فى ذلك :

Pierre lalive "Enforcing award" 60 years of ICC orbitration yearbook, a look at the future, 1983, p. 346

فالاتفاقية الاوروبية للحصانة (E.I.C.) تنص فى الفقرة الأولى من المادة الثانية عشر على أنه : "(١) اذا وافقت دولة متعاقدة كتابة على اخضاع منازعة ما نشأت ، أو يمكن ان تنشأ، عن علاقة تجارية أو مدنية ، للتحكيم ، فان هذه الدولة لايمكنها التمسك بالحصانة القضائية امام قضاء دولة متعاقدة اخرى يتم التحكيم على اقليمها أو بموجب قانونها أو اذا نظرت امام محاكمها مسألة تتعلق" أ - بصحة أو تفسير اتفاق التحكيم ، ب - بالاجراءات التحكيمية ، جـ - بابطال الحكم التحكيم الصادر فى هذا الشأن ، مالم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك"(١١٨) .

كما ذهبت أيضا المادة الأولى من المادة التاسعة من قانون الحصانة الانجليزى (SIA) الى انه "عندما تتفق دولة ما كتابة على اخضاع منازعة ما ، ناشئة أو يمكن ان تنشأ ، للتحكيم ، فإن هذه الدولة لايمكنها ان تدفع بحصانتها امام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم"(١١٩) .

---

(١١٨) راجع ماتقدم هامش (١٠٦) ، هذا النص لاينبغى فى الواقع المغالاة فى تقديره لما يتضمنه من تحديد لمجال اعمال احكام الاتفاقية ، فضلاً عما يحمله من تناقض ، فتعلق النزاع بعلاقة تجارية أو مدنية لايصلح اساساً للتمسك بالحصانة القضائية اللهم الا فى الحالات التى يكون فيها موضوع النزاع ذاته من المسائل المتعلقة بسيادة الدولة ، كما فى حالة التأميم الذى يترتب عليه فسخ عقد الامتياز ، انظر ماتقدم ، فقرة ٤١ .

(١١٩) ويرى البعض ان قانون الحصانة الانجليزى على هذا النحو يفضل اتفاقية الحصانة الاوروبية حيث لم =

اما فيما يتعلق بقانون حصانات السيادة الاجنبية الامريكى FSIA فلم يشير الى التحكيم بصفة خاصة باعتبار اللجوء اليه يعد تنازلاً عن الحصانة القضائية ولكنه اقتصر فى المادة ١٦٠٥/أ/١ على التأكيد على ان الدولة لايمكنها ان تتمسك بالحصانة اذا ماتنازلت عنها صراحة أو ضمناً ، الا ان الاعمال التحضيرية لهذا القانون قد اشارت الى انه يعد من قبيل التنازل الضمنى عن الحصانة ، والذى يجب ان تأخذه المحاكم الامريكية فى اعتبارها عند تطبيق هذا القانون ، "حالة ماإذا قبلت دولة أجنبية التحكيم فى دولة أخرى" (١٢٠) .

= يتحدد نطاقه بالحالات التى يتخذ فيها هذا التحكيم من المملكة المتحدة مقراً له أو ان يكون قد تم بالتطبيق لقواعد القانون الانجليزى ، ومؤدى ذلك امكان تطبيق قانون الحصانة المذكور فى حالة اللجوء للمحاكم البريطانية بغية الاعتراف باتفاق التحكيم ذاته أو تنفيذه ولو كان التحكيم نفسه قد تم فى دولة اجنبية ، راجع : G. Delaume "State Contarcts and transnational arbitration" ، سابق الاشارة اليه ، هامش رقم ١٨ ص٧٨٦ ، ٧٨٧ ، ونحن من جانبنا لانتفق مع هذا التفسير لان النص على ضرورة وجود رابطة بين المحاكم البريطانية والتحكيم يفتح الباب امام تقدير القاضى لتحديد مجال تطبيق قانون الحصانة الانجليزى ، هذا التقدير يحتل فيه محل اجراء التحكيم والقانون الواجب التطبيق مركزاً هاماً ، انظر مزيد من التفاصيل حول قانون الحصانة الانجليزى :

J. Crawford "Les Etats et l'exécution des sentences arbitrales dans les Droit americain et anglais", Rev. Arb. 1985, p. 689

(١٢٠) وقد اخذت محكمة نيويورك (القطاع الجنوبى) ، فى قضية تتعلق بعقد ابرم بين شركة هولندية والبنك المركزى النيجيرى يتضمن اتفاقاً على اللجوء لتحكيم غرفة التجارة الدولية ، بتفسير ضيق لما جاء

واخيراً فان اتفاقية واشنطون ١٩٦٥ وان لم تتناول نصوصها مسألة التنازل الضمنى عن الحصانات السيادية فان النظام الذى وضعته لعقد الاختصاص للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار يدعو الى الاعتراف بان الدولة الطرف فى النزاع والقابلة لاختصاص هذا المركز تكون بذلك قد تنازلت عن أى دفع ، بما فى ذلك حصانتها القضائية ، اذا كان يتعارض مع آلية نظام المركز ولايتفق مع رضائها باختصاصه(١٢١) ، ومما يؤكد ذلك ان التمسك بهذه الحصانة يعد من قبيل سحب الرضا بإختصاص هذا المركز وهو أمر غير جائز وفقاً للمادة ٢٥ من الاتفاقية على النحو الذى بيناه آنفاً(١٢٢) .

= بالاعمال التحضيرية مفاده تطبيق قانون الحصانة الامريكى ، والأخذ بفكرة التنازل الضمنى ، اذا كانت الدولة الأجنبية قد قبلت بتحكيم يتخذ من الولايات المتحدة الامريكية مقراً له ، ومن ثم فانه عندما تقبل الدولة الأجنبية ، أو احد اجهزتها، بتحكيم يكون مقره باريس فان هذا القانون لايسرى وبالتالى يكون لهذه الدولة التمسك ، بالرغم من قبولها لهذا التحكيم ، بحصانتها القضائية امام المحاكم الامريكية ، راجع فى هذا الحكم والانتقادات التى وجهت اليه : G. Delaume ، المرجع السابق ، ص٧٨٧ .

(١٢١) وقد اكد القضاء الامريكى على انه لامجال للتمسك بالحصانة القضائية اذا كانت الدولة قد ارتضت اختصاص المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار وسلمت بأنظمته ، راجع :

Liberian Eastern Timber Corporation V. Gouvernment of the Republic of liberia, ICSID Rev. for Inves. law Journal 1987, p. 188

(١٢٢) راجع ماتقدم فقرة ٣٢ ، ص ٦٨ .

٤٦ - وإذا كانت احكام التحكيم قاطعة فى اعتبار مجرد رضاء الدولة بتسوية المنازعات الناشئة ، أو التى يمكن ان تنشأ ، عن العلاقة القانونية التى تكون هذه الدول طرفاً فيها ، يعد تنازلاً ضمنياً من جانبها عن حصانتها القضائية(١٢٣) ، واذا كان هناك قضاء مستقلاً فى هذا الشأن(١٢٤) ، فقد ترددت مع ذلك بعض المحاكم ، بالرغم من تسليمها بهذا التنازل الضمنى ، فى تأكيد اختصاصها بنظر النزاع الدائر حول اتفاق أو حكم

---

(١٢٣) ففى قضية : Libyan American Oil Co. V. The Government of The Libyan Arab Republic ذهبت هيئة التحكيم (فى هذه القضية محكم واحد) ، فى حكمها الصادر فى ١٢ ابريل ١٩٧٧ ، الى رفض أى تذرع بان هذا التحكيم ضد سيادة الدولة ، وخلصت الى "ان الدولة يمكنها دائما ان تتنازل قانوناً عن حقوقها السيادية بتوقيعها على اتفاق التحكيم ولتظل ملتزمه به" راجع فى ذلك : Int'l legal Materials 1981, p. 40 .

(١٢٤) انظر : Trib. gr. Inst. Paris 8 Juillet 1970, societé europeene d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E.E.) c/ Republique socialiste fédéral de yougoslavie et autres, Rev Arbitrage 1975, p. 328. ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكم هام لها فى قضية Fauve et al. c/ L'Etat Italien ، الى ان الخضوع للتحكيم لايتضمن بالضرورة نزولاً عن الحصانة القضائية راجع : Cass. Civ. 5 Oct. 1965, Rev. Crit. Dr. Int. Prive 1967 p. 158 وقد أكدت المحكمة العليا الفرنسية على هذا المبدأ ايضا فى قضية Societé Eurodif V. Republique Islamique d'Iran ، راجع : Cass. Civ. 14 Mars 1984, J.C.P. 1984. 11. 20205; Rev. Arbitrage 1985, p. 69 note Gerard Couchez.

التحكيم ، مؤسسة رفض الاختصاص تارة على انعدام الرابطة الفعلية بين التحكيم المذكور ودولة القاضي(١٢٥) ، أو على اساس الأخذ بنظرية اعمال السيادة Acte of State doctrine(١٢٦) .

والمشكلة فى الواقع لاتقف عند حد التسليم بالتنازل الضمنى عن الحصانة القضائية وانما تمتد ايضا الى صعوبات تواجهها المحاكم فى استخلاص الرضا الحقيقى من جانب الدولة بالخضوع للتحكيم خاصة فى مجال روابط الاستثمار(١٢٧) .

٤٧ - استخلاص ارادة اللجوء للتحكيم: قضية هضبة الاهرام:

إن المهمة التى يضطلع بها المحكمون فى مجال منازعات الاستثمار جد شائكة ، فهذه المهمة لاتقف فى الواقع عند حد الاحاطة بالاعتبارات القانونية التى تغلف أصل

---

(١٢٥) انظر ماتقدم هامش رقم ١١٧ .

(١٢٦) فالمحكمة هنا ترى انه بالرغم من سلامة وصحة اتفاق التحكيم الا انها لاتستطيع ان تقبل الاختصاص بنظر مسألة من المسائل المتعلقة باعمال سيادية لدولة أجنبية ، راجع فى ذلك :

Libyan American Oil Co. (LIMACO) V. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, Federal Reporter. Supp. (District Court of Columbia 1980), p. 1175.

(١٢٧) ويرى الاستاذ J. Robert انه بالنظر الى اعتياد الدول الاتفاق على شرط التحكيم فى عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى فان هذا يجعل من ذلك الاسلوب المنهج العادى لتسوية منازعاتها ومن ثم فان توقيعها على اتفاق التحكيم يجب تفسيره على انه تنازلاً عن حصانتها القضائية ، راجع : J. Robert "L'arbitrage, droit Interne, droit international" 5 ed. 1983, 289, p. 254. ، فى الواقع ان هذا الرأى لايمكن التسليم به لانه فى اطار عقود القانون الخاص لاتوجد أصلاً مبررات للتمسك باعتبارات السيادة .

النزاع ، فمسد الرابطة التى تربط الدولة أو أجهزتها بالمستثمر الاجنبى يغلب ان تكون جدائله خليطاً من القانون والسياسة والاقتصاد مما يوهن الرؤية امام المحكمين ويُذهب الحقيقة احيانا . وقضية هضبة الاهرام تعد تجسيداً حياً لهذا النموذج من التحكيم فى مجال منازعات الاستثمار(١٢٨) .

وتدور واقعات هذه القضية حول قيام الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق Egyptian General Organization of Tourism and Hotels (E.G.O.T.H.)(١٢٩) ووزير السياحة المصرى فى ٢٣ سبتمبر ١٩٧٤ بالتوقيع على اتفاق مبدئى ، مقدمة اتفاق Heads Agreement ، مع شركة Southern Pacific Properties (S.P.P.) ، هذا الاتفاق يدخل فى اطار قانون استثمار رأس المال العربى والاجنبى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذى تجسدت فيه سياسة الانفتاح الاقتصادى التى تنتهجها الحكومة المصرية منذ بداية السبعيات . وقد تضمن هذا

---

(١٢٨) انظـــــر :

Georges R. Delaume "Decisions related to sovereign immunity and Transnational arbitration", ICSID Review-Foreign Investment law Journal, 1988, p. 403; Philippe leboulanger "Etat, Politique et arbitrage, l'offaire du plateau des pyramides" Rev. Arbitrage, 1986, p. 3; Alan Redfern "Jurisdiction Denied : The pyramid Collapes" The Journal of Business law, Jan. 1986, p. 15

(١٢٩) بموجب القرار الجمهورى رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٦ بشأن تخصيص بعض الانشطة التابعة للقطاع العام Privatisation – من ناحية الادارة وليست الملكيه – تحولت شركة ايجوث الى شركة مساهمة مصرية : الشركة المصرية للسياحة والفنادق Egyptian Company for Toutism and Hotels (ECTH) .

الاتفاق انشاء شركة مشتركة Joint - Venture يتوزع رأسمالها بين ٦٠٪ منه تمثل مساهمة الشركة الاجنبية ، ٤٠٪ منه مساهمة الجانب المصرى والذى يتمثل فى حق الانتفاع بالاراضى التى سيوفرها لاقامة المشروع .

وقد تعهد الجانب المصرى بتسهيل مهمة الشركة الوليدة فى الحصول على التراخيص المحلية اللازمة كما تعهد وزير السياحة باتخاذ الاجراءات المناسبة لاعداد البنية التحتية Infrstructure للمنطقة التى سيقام عليها المشروع . المهم ان هذا الاتفاق لم يتضمن أى شرط تحكيمى .

وفى ١٢ ديسمبر ١٩٧٤ ابرم عقد بين شركة ايجوث وشركة S.P.P. لتنمية مشروعين سياحيين احدهما فى هضبة الاهرام (مشروع لاقامة قرية سياحية تشمل ملاعب للجولف وبحيرة صناعية وخدمات سياحية متكاملة) والآخر فى منطقة رأس الحكمة . هذا العقد ، الذى اشتمل فى مادته العشرين على شرط تحكيمى مقتضاه "احالة أى منازعات خاصة بهذا العقد الى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس" ، قام بالتوقيع عليه ، علاوة على طرفيه ، وزير السياحة المصرى فى ذلك الحين مضيفاً قبل توقيعه عبارات : اعتمد ، ووفق ، وصدق عليه Approved, agreed, ratified . وبالرغم من حصول المشروع على موافقة الهيئة العامة للاستثمار ، وبالرغم من بدأ الأعمال فى ٢ يوليو ١٩٧٧ فانه ، تحت تأثير الرأى العام المصرى والعالمى الذى انتقد بشدة هذا المشروع قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها على مشروع هضبة الاهرام والغاؤه ، وعلى اثر ذلك ، واعمالاً للشرط التحكيمى الوارد فى العقد المبرم فى ١٢ ديسمبر ١٩٧٤ ، فقد لجأ الطرف الأجنبى الى غرفة التجارة الدولية بباريس مختصماً الحكومة

المصرية وشركة ايجوث ومطالباً بالتعويض عما لحق به من خسارة ومافاته من كسب نتيجة انتهاك كافة الاتفاقات التى ابرمها مع العاقد الآخر .

والذى يعنينا هنا هو تحديد مدى إلتزام الدولة بالدخول طرفاً فى هذا التحكيم ، بعبارة اخرى هل هناك مايؤكد رضاء الدولة بهذا التحكيم حتى يمكن القول بوجود تنازل ضمنى عن حصانتها القضائية ؟

فى الواقع انه من المستقر عليه ان شروط التحكيم التى من شأنها ابعاد اختصاص القضاء العادى هى شروط استثنائية لايمكن التوسع فى تفسيرها ، كما ان اعمالها فى غير المنازعات التى اريد فضها بهذه الوسيلة الخاصة أو امتدادها لغير الاتفاقات التى تضمنتها يقتضى ان تكون ارادة الاطراف فى ذلك واضحة لاغموض فيها(١٣٠) .

ومع ذلك فقد انتهجت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية نهجاً مغايراً عندما جعلت من اعتماد وزير السياحة المصرى للعقد الذى يتضمن شرطاً تحكيمياً من شأنه إدخال الحكومة المصرية طرفاً فى العقد والاحتجاج بالتالى بهذا الشرط فى مواجهتها .

---

(١٣٠) راجع : Cour d'Appel de Paris, 25 Janv. 1972, Rev. Arbitrage 1973, p. 158 note Fouchard ، وقد أرسى القضاء البلجيكى ايضا هذا المبدأ ، راجع :

P.de Visscher & J. Verhoven "L'immunité de juridiction de l'Etat etrangér dans la jurisprudence belge et le projet de Convention du Conseil de l'Europe" In "L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats", Acte du Colloque des 30, 31 Janv. 1969, Centre de Droit International de L'Institut de sociologie de L'Université de Bruxelles et de l'Université de Louvain, p. 37 et spéc. p. 48.

ولم يقف الأمر عند حد التوسع فى التفسير ، بل ان المحكمة قد خرجت ايضا عن حدود القواعد العامة فى الاثبات حين قررت انه وان كان عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى اصلاً الا ان هذه القاعدة – من وجهة نظر المحكمة – ترد عليها بعض التحفظات التى تدعو الى الأخذ فى الاعتبار ان المدعى عليه دولة ذات سيادة ، ومن ثم فقد استندت المحكمة فى تأكيد وجود شرط التحكيم والاحتجاج به على الحكومة المصرية الى قانون استثمار رأس المال العربى والاجنبى الذى جعل من التحكيم وسيلة من وسائل تسوية المنازعات التى تنشأ مع المستثمرين الاجانب .

الاكثر من ذلك ان محكمة التحكيم – على مايبدو – قد اخذت بوجة نظر المدعى التى ترى ان الصلة الوثيقة بين العقد الاول والثانى نتيجتها الطبيعية هو امتداد اثر شرط التحكيم الوارد فى احدهما (العقد الثانى) الى الآخر (العقد الأول) .

وانتهت المحكمة من هذه التفسيرات الواسعة والتى يغلب عليها الاحتمالية والترجيح وليس القطع واليقين الى التاكيد على ان الحكومة المصرية لايبدو انها قد ارادت أن تخضع منازعاتها للنظام القضائى المصرى : "Il ne semble pas,de toute maniere,invraisemblable invraisemblable ou improbable que le Gouvernement ait voulu que tous les conflits relatifs au même projet aillent devant le même tribunal entieremeent different lie au systeme judiciaire egyptien "(١٣١)

---

(١٣١) راجع حكم التحكيم الصادر فى هذه القضية فى ١٦ فبراير ١٩٨٣ : Rev. Arbitrage 1986, p. 105; Int'l legal Materials 1983, p. 752; Ph leboulanger "Etat, politique et arbitrage.." المرجع السابق ، فقرة ٢٣ ص١٣ .

٤٨ - فى الواقع انه بعيداً عن تحديدنا للقيمة القانونية لتوقيع وزير السياحة المصرى على العقد المبرم فى ١٢ ديسمبر ١٩٧٤ وما اذا كان يفرض التزامات على عاتق الحكومة المصرية من واقع ان هذا التوقيع قد صدر من احد اعضائها (وجهة نظر المدعى) أو انه مجرد تعبير عن ترخيص السلطة الادارية العليا لشركة ايجوث فى أن تنطلق قدماً فى هذا المشروع وان هذا التوقيع ليست له أى دلالة تعاقدية ولايعنى أى ارتباط من جانب الحكومة المصرية (وجهة نظر المدعى عليه) ، بعيداً عن هذا التحديد والذى يتعين ان يكون المرجع فيه لقواعد القانون الداخلى المصرى ، فإن المشكلة تنحصر امامنا فى مدى امكانية استخلاص ارادة اللجوء للتحكيم من مجرد اشارة قانون الاستثمار لهذه الوسيلة من وسائل التسوية(١٣٢) ؟

---

(١٣٢) تنص المادة الثامنة من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ باصدار نظام استثمار المال العربى والاجنبى والمناطق الحرة المعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧ على انه : " تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ احكام هذا القانون بالطريقة التى يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو فى اطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو فى اطار تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطنى الدول الأخرى التى انضمت اليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١ فى الاحوال التى تسرى فيها .

ويجوز الاتفاق على ان تتم تسوية المنازعات بطريق التحكيم ، وتشكل لجنة التحكيم من عضو عن كل من طرفى النزاع وعضو ثالث مرجح يتفق على اختياره العضوان المذكوران ، فاذا لم يتفقا على إختياره خلال ثلاثين يوماً من تعيين أخرهما يتم اختيار العضو المرجح بناء على طلب أى من الطرفين بقرار من المجلس الاعلى للهيئات القضائية من بين المستشارين بالهيئات القضائية بجمهورية مصر العربية . =

حقيقة الأمر أن قانون استثمار رأس المال العربى والاجنبى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ قد وضع قاعدة اساسية مقتضاها ان تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ هذا القانون تتم بالطريقة التى يتفق عليها مع المستثمر (م١/٨) .

مفاد ذلك اذن ان المرجع الاساسى فى استخلاص ارادة اللجوء للتحكيم هو الاتفاق الاصلى - فقانون الاستثمار قد احال اذن للاتفاق المبرم مع المستثمر الاجنبى فى شأن تحديد وسيلة التسوية المناسبة للمنازعات التى تتولد عن هذا الاتفاق ، فكيف يمكن اذن ان ننهج العكس ونذهب الى استخلاص نية الخضوع للتحكيم من القانون ذاته ؟

كيف يمكن ان نصل الى هذه النتيجة والقانون يشير صراحة الى ان اتفاق الاطراف على ان تتم تسوية منازعاتهم بطريق التحكيم هو أمر اختيارى محض ؟

صحيح ان هيئة التحكيم هى المختصة وحدها بتحديد اختصاصها(١٣٣) ، ولكن

= وتضع لجنة التحكيم قواعد الاجراءات الخاصة بها دون التقيد بقواعد المرافعات المدنية والتجارية الا ماتعلق منها بالضمانات والمبادىء الاساسية للتقاضى ، على ان تراعى اللجنة سرعة البت فى المنازعة . وتصدر قرارات اللجنة باغلبية الاصوات وتكون نهائية وملزمة للطرفين وقابلة للتنفيذ شأنها شأن الاحكام النهائية .

وتحدد لجنة التحكيم من يتحمل مصاريف التحكيم" انظر شرح هذا النص د. احمد ابو الوفا "التحكيم الاختيارى والاجبارى" الطبعة الرابعة ١٩٨٣ ص١٨٩ ومابعدها .

(١٣٣) حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من قواعد غرفة التجارة الدولية على انه : "Any decision as the arbitrator's juridiction shal be taken by the arbitrator himself" ، راجع فى ذلك المبدأ الصادر فى قضية Topco Calasiatic arbtration : Rober B. Von Mehren & Nicholas Kourides "International Arbitrations between states and Foreign Private Parties : The libyan nationalization cases", Am. J. Int'l law, Vol. 75, 1981, p. 494.

المقصود بهذه القاعدة هو تحديد مجال اختصاص هيئة التحكيم اذا كان هذا الاختصاص قد ثبت من حيث المبدأ . ان قانون ٤٣ لسنة ١٩٧٤ قد جعل من التحكيم وسيلة من الوسائل المتاحة امام الاطراف لتسوية منازعاتهم . بل ان هذا القانون قد جعل الوضع الطبيعى ، فى حالة الاتفاق على التحكيم ، ان يسند الاختصاص للجنة خاصة حدد المشرع كيفية تشكيلها والاجراءات المتبعة امامها ، ومن ثم فان اسناد الاختصاص لغرفة التجارة الدولية هو خروج على هذا الوضع ، وانه وان كان جائزاً الا انه ينبغى ان تقوم الحجة الدامغة على توافره .

ومن ناحية اخرى فقد اشار هذا القانون الى إمكانية تسوية منازعات الاستثمار وفقاً لاحكام اتفاقية واشنطون ١٩٦٥ وهو مايعنى امكانية اللجوء للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار الأمر الذى يجعل من الصعوبة بمكان عقد الاختصاص لغرفة التجارة الدولية بمجرد الاشارة الى القانون المذكور (١٣٤) .

---

(١٣٤) وهو مادعى محكمة استئناف باريس الى الأخذ بوجهة نظر الجانب المصرى الذى اكد على انه وان كانت مصر تعترف منذ وقت طويل بتحكيم غرفة التجارة الدولية الا ان النهج العملى الذى تسير عليه الحكومة المصرية خاصة فى مجال العقود البترولية التى تكون فيها الدولة طرفاً مباشراً هو تسوية النزاع بطريق التحكيم الذى يتخذ من مصر مقراً له ويخضع لاحكام القانون المصرى . انظر استاذنا الدكتور أحمد صادق القشيرى: "Some particular Aspects of Egyptian Official attituds towards international arbitration" ، مجلة مصر المعاصرة ١٩٨٥ ص١٢٥ .

نخلص من ذلك إذن الى ان مجرد اشارة قانون الاستثمار المصرى الى امكانية فض منازعات الاستثمار بطريق التحكيم لايعنى على الاقل عقد الاختصاص لغرفة التجارة الدولية بنظر هذه المنازعات(١٣٥) .

هذه الاعتبارات جميعها تدعونا الى تأييد ، ان لم يكن الترحيب بـ ، حكم محكمة استئناف باريس الذى خلص الى أن ارادة الدولة فى الخضوع للتحكيم ، فى هذه القضية ، غير ثابتة ، بل انه مما قد عزز غياب هذه الارادة اعتراض الدولة الصريح على اختصاص محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية والذى تم تسجيله على سبيل الاشارة In the terms of reference ، مما يترتب على ذلك انعدام ارادة الدولة فى التنازل عن حصانتها ومن ثم ابطال حكم التحكيم الصادر فى هذا الشأن(١٣٦) . لامرية إذن

---

(١٣٥) راجع فى هذا المعنى :

B. Goldman, Note sous l'arret du 12 Juillet 1984, Clunet 1985, p. 148

(١٣٦) هذا الحكم قد تأيد من قبل محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٦ يناير ١٩٨٧ ، راجع Int'l legal Materials 1987, p. 1004 ، وكما يرى البعض بحق ان اختلاف النتائج التى وصل اليها القضاء الفرنسى عن تلك التى وصلت اليها محكمة التحكيم فى هذه القضية مرجعه اختلاف منهج البحث الذى اتبعه كلا من الجانبين ، فعلى حين ان محكمة التحكيم قد تناولت القضية من منظور عملى بحت Pragmatic view حيث اولت عنايتها للظروف المحيطة بالاتفاقات محل النزاع ، فقد نهج القضاء الفرنسى اسلوباً يرتكز على الاعتبارات القانونية وحدها والتى شملت مفاهيم القانون الادارى القائم على مبادىء موحده فى كلا من القانونين المصرى والفرنسى ، راجع فى ذلك : G. Delaume "Judicial Decisions related to sovereign immunity and transnational Arbitration" ، المرجع السابق ، ص ٤٠٨ .

يخول محكمة التحكيم سلطة تحديد القواعد الاجرائية الواجبة الاتباع لادارة هذا التحكيم (م٦) ، وبالرغم من ذلك فقد خلصت المحكمة الى ان هذا التحكيم يخضع مباشرة لقواعد القانون الدولى(١٣٨) ، مؤسسة قضاؤها على ان الحصانة القضائية للدول تستبعد كل امكانية للسلطات القضائية فى دولة محل التحكيم فى ممارسةحقوقها فى الرقابة والتدخل فى اجراءات التحكيم الأمر الذى يتعين معه عدم اخضاع التحكيم للقانون الاجرائى فى هذه الدولة (القانون السويسرى فى هذه القضية) .

ومن ناحية اخرى فقد استبعدت المحكمة تطبيق القانون السعودى لما تبين لها من انصراف نية الاطراف الى عدم تطبيق هذا القانون كلية ، كما استبعدت القانون الامريكى ليس فقط لكون التحكيم يتم خارج الولايات المتحدة الامريكية وانما ايضا اعمالاً لمبدأ المساواة التامة بين الاطراف امام هيئة التحكيم(١٣٩) .

---

(١٣٨) وقد حددت محكمة التحكيم المقصود بخضوع التحكيم فى هذه القضية للقانون الدولى العام بقولها "ان هناك محل لتطبيق القواعد التى تضمنها مشروع اتفاقية الاجراءات التحكيمية الذى وافقت عليه لجنة القانون الدولى التابعة للأمم المتحدة فى دورتها الخامسة التى عقدت بنيويورك ١٩٥٥ ، راجع هذا المشروع فى :

U.N. Doc. A/CN.4/92 at 52,55 (1955)

(١٣٩) راجع حكم التحكيم الصادر فى هذه القضية فى ٢٣ اغسطس ١٩٥٨ : Int'l legal Report 1963, p. 155

انظر ايضا فى التعليق على هذا الحكم :

F.A.Mann "State contracts and International Arbitration" British Y.B. of Int'l law, 1967 p.1, spec. p. 10; G. Delaume "State Contracts..." Op. Cit. p.791; S.Bastid "La droit international public dans la sentence arbtirale de l'Aramco" Ann. francais de dr. int'l 1976, p. 311

ولكن التنازل الكلى عن هذه الحصانة يفترض علاوة على الاتفاق على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى تكون الدولة طرفاً فيها ، ان يشير هذا الاتفاق الى اعمال القواعد الاجرائية الوارده فى قانون اجنبى معين . فمجرد الاتفاق على اللجوء للتحكيم ليس من شأنه اهدار كل قيمة للحصانة القضائية التى يتمتع بها الدولة .

ان القوانين الوطنية المختلفة فى تنظيمها لاجراءات التحكيم تخول محاكمها الوطنية سلطات واسعة فيما يتعلق بالتحكيمات التى تتم على ارضها سواء مايتعلق باسلوب اختيار المحكمين أو تعيين رئيس هيئة التحكيم، خاصة فى حالات انتهاك احد الاطراف لاتفاق التحكيم أو احجامه عن تعيين محكمة ، كما قد توجب هذه القوانين ضرورة ايداع حكم التحكيم لدى قلم كتاب المحكمة ، كما قد يخول القانون محاكم الدولة سلطة الفصل فى الطعن ببطلان الحكم سواء لأسباب خاصة باحكام التحكيم أو لنفس الاسباب الخاصة بالطعون فى الاحكام القضائية . . . الخ .

هذه السلطات الواسعة يجب ان تقوم القرينة القاطعة على ان الدول الطرف فى النزاع قد ارادت أو ارتضت الخضوع لها ، حتى يمكن القول بتنازلها عن حصانتها القضائية الكاملة ولايكفى للتدليل على ذلك رضاؤها بمجرد شرط التحكيم .

هذه الاعتبارات قد دفعت ببعض محاكم التحكيم الى البعد عن ربط التحكيم بقانون اجرائى وطنى معين ولجأت الى تدويل التحكيم تمهيداً لاخضاعه مباشرة لأحكام القانون الدولى .

ففى قضية ارامكو Aramco تضمن اتفاق التحكيم المبرم فى ٢٣ فبراير ١٩٥٥ ، بين حكومة المملكة العربية السعودية والشركة العربية الامريكية للبترول، نصاً

فى ان التنازل عن الحصانة القضائية لايمكن البحث عنه فى النية المحتملة أو المفترضة للطرف الذى يحق له التمسك بهذه الحصانة ، وانما يتعين استخلاص هذا التنازل من وقائع محددة تتضمنه وتؤدى اليه بطريقة قاطعة كما ان هذا التنازل يتعين اعماله فقط فى حدود ماورد بشرط التحكيم وخاصة فيما يتعلق بالقانون الاجرائى الواجب التطبيق .

٤٩ - التنازل عن الحصانة القضائية ومشكلة القانون الاجرائى الواجب التطبيق :

إن الحصانة القضائية ، بمفهوم لاسلطان لقضاء نظير على نظيره Par in Parem Protestatem nom habet juridictionem ، قد لاتتأذى بمجرد اخضاع المنازعة للتحكيم ، بقدر مايؤدى اليه هذا التحكيم فى بعض الحالات من الخضوع لسيادة اجنبية(١٣٧) .

فى الواقع ، اذا كانت الحصانة القضائية تمثل فى احد وجهيها حق أو رخصة أو بصفة عامة مزية قررها القانون الدولى العام للدولة ، واحيانا لاجهزتها العامة التابعة لها ، فان الوجه الآخر لهذه الحصانة يتمثل فى التزام يقع على عاتق الدول الاجنبية باحترام هذه المزية وعدم تعطيل اثارها ، مالم ترى الدولة المعنية ان تتنازل عنها .

---

(١٣٧) ولعل هذا هو الدافع الذى حدا بالدول المصدرة للبترول الى اتخاذ قرارها رقم ١٦/٩٠ لسنة ١٩٦٧ والذى ينص على ان المنازعات التى تنشأ بين الحكومات والمشروعات الاجنبية تخضع لاختصاص المحاكم الاجنبية وحدها (أى محاكم الدولة الطرف فى النزاع) ، كما نجده ايضا فى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) الذى ضم مجموعة الدول الـ ٧٧ والتى كانت وراء وضع نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول والذى ينص على اختصاص محاكم الدولة المؤممة لمشروع اجنبى بكل المنازعات الناشئة عن هذا التأميم ، راجع فى ذلك :

William W. Park "The lex loci Arbitri and international Commercial arbitration", I.C.L.Q. Vol. 32, 1983, p. 39

هـذا النهـج سـارت عـلى هداه ايضـا مـحكمـة التـحكيم فى قـضـيـة Topco & Calasiatic(١٤٠) . فقـد ذهبـت المحكمـة بداءة الى انه لعدم وجود اتفاق بين الاطراف حول القانون الاجرائى الواجب التطبيق فانه يتعين عليها ان تحدد هذا القانون .

وعلى الرغم من تسليم المحكمة وقناعتها بأن ارتباط حكم التحكيم بنظام قانونى وطنى معين يجعل أمر تنفيذ هذا الحكم اكثر يسراً خاصة من قبل قضاء تلك الدولة التى اتبعت قواعدها الاجرائية، الا أنها – أى المحكمة – قد افصحت عن طرحها لهذا الاعتبار لان تنفيذ الحكم التحكيمى لايتعلق بمهمتها ومن ثم فإنه لايدخل ولايؤثر فى قضائها .

وقد خلصت المحكمة ، واستناداً الى توجهات الحكم فى قضية ارامكو ، الى انه "عندما تكون دولة ذات سيادة طرفاً فى اجراءات التحكيم ، فإن مبدأ عدم خضوع النظير لقضاء نظيره يتعارض مع ممارسة السلطات القضائية فى دولة محل التحكيم لحقها فى الرقابـة على هذا التحكيم والتدخل فى اجـــراءاتهوالتىتســـتـــمـــدهامنتطبـــيققـــانونهـــا

---

(١٤٠) راجع : Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) & California Asiatic Oil Company (Calasiatic) V. Government of the libya Arab Republic, Clunet 1977 p. 350, Int'l legal Materials 1978 p.3, Int'l legla Report 1979 p.389 ,

ولمزيد من التفاصيل والتعليق على هذا الحكم ، راجع

J.F. Lalive "Un grand arbitrage petrolier entre un Gouvernement et deux societés privées etrangères", Clunet 1977 p. 319; R.B.V. Mehren & N. Kourides, Op. Cit. p. 506

الوطنـــي.(١٤١) ، ومـن ثم فـان هذا التـحكيم يتـعين اخـضـاعـه مـبـاشـرة للقـانون الدولى العام(١٤٢) .

وتجدر الاشارة الى ان الحكومة الليبية قد دفعت بان العقد محل النزاع هو من العقود الادارية الا ان المحكمة قد استبعدت هذا الدفع على اساس ان القضية لاتتعلق بتوظيف أو استخدام مرفق عام وبالتالى فان سمات العقد الادارى تكون غير متوافره ، خاصة وانه يتضح من عقد الامتياز ذاته -محل النزاع - ان الحكومة الليبية قد ارادت ان توفر للمتـعاقد الآخر مركزاً قانونياً مماثلاً ومـعاملة على قدم المساواه وذلك بعدم ادراجها أى شروط غير مألوفة فى العقود العادية ، وعليه فقد انتهت المحكمة الى ان هذا العقد يدخل فى اطار اعمال الادارة ولايعد من اعمال السيادة .

---

(١٤١) راجع : J.F.Lalive ، المرجع السابق ، ص٣٢٤ .

(١٤٢) وقد رأت المحكمة انه مما يدعم تطبيق القانون الدولى العام إتفاق الاطراف على إمكانية اللجوء لرئيس محكمة العدل الدولية لتعيين محكم أوحد (وهو ماحدث بالفعل بتعيين العميد Dupuy) وهو مالايتيحه قانون محل التحكيم ، راجع : G. Delaume "State Contracts and Transnational arbitration", Op. Cit, p. 792 ، ويشير البعض الى ان خضوع الجانب الاجرائى لقواعد القانون الدولى العام فى مجال عقود الاستثمار ليس من شأنه ان يصبح العقد بمثابة اتفاقية أو ان المستثمر صار من اشخاص القانون الدولى أو ان الحكم الصادر فى هذا التحكيم تصير له السمة الدولية ، راجع :

F.A.Mann "Contracts entre Etats et personnes privées etrangerés" The Theoretical approach towards the law Govering contracts between states and private Personne, Rev. belge de droit internationaol, 1975 p.562 et spéc, p. 588

فى الواقع ان هذه النتيجة التى توصلت اليها محكمة التحكيم لاتتوافق مع ماخلصت اليه من استبعاد قانون محل التحكيم ذلك الاستبعاد الذى اريد به - كما ذهب الحكم - حماية الحصانة القضائية للدولة الطرف فى التحكيم ، فى حين ان هذه الحصانة ، على الأقل من وجهة النظر المقيده لها والذى يبدو اعتناق المحكمة لها ، لامحل لاعمالها .

٥٠ - ومع ذلك فان احكام التحكيم آنفة الذكر لاتعبر عن قضاء تحكيمى مستقر يستبعد تطبيق قانون محل اجراء التحكيم La lex loci arbtri .

ففى قضية Alsing Trading Co. Lte & Svenska Tandsticks V. The Greek State ، ذهبت محكمة التحكيم (محكم واحد وهو القاضى Python) فى حكمها الصادر فى ٢٢ ديسمبر ١٩٥٤ (١٤٣) ، الى تطبيق قانون مقاطعة Vaud السويسرية باعتباره قانون مقر التحكيم وذلك بالنظر للسمة الدولية للتحكيم وفق المعنى الذى جاء به برتوكول جنيف ١٩٢٣ .

---

(١٤٣) راجـــــع :

Rev. Arbitrage 1955, p. 28; Int'l legal Report 1956 p. 633; Schwebel "The Alsing case", I.C.L.Q. 1959 p. 320

انظر ايضا فى التعليق على هذا الحكم :

Francois Rigaux "Droit public et Droit privé dans les relations international" Paris, 1977 p.378

ومع ذلك فلم يشأ هذا الحكم ان يطبق قانون مقر التحكيم تطبيقاً مطلقاً ، لذا فقد عمد الى تفسير ضيق لنص المادة الثانية من هذا البرتوكول ، وصولاً الى اعمال هذا القانون بصفة احتياطية ، بمعنى ان يكون تطبيقه قاصراً على المسائل التى لم يتناولها اتفاق الاطراف(١٤٤) .

هذا التفسير يتفق ، فى الواقع ، من ناحية اخرى مع نص المادة ٥/١/د من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ ، الخاصة بالاعتراف بالاحكام التحكيمية الأجنبية ونفاذها ، الذى يقضى بامكانية رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا ماقام الخصم - من صدر الحكم لغير صالحه - الدليل على ان "تكوين هيئة التحكيم أو الاجراء التحكيمى لايتوافق مع اتفاق الاطراف ، أو ، فى غياب هذا الاتفاق ، لايتوافق مع قانون الدولة التى يتخذها التحكيم محلاً له" .

---

(١٤٤) تقضى المادة الثانية من بروتوكول ١٩٢٣ بأن "اجراء التحكيم ، بما فى ذلك تشكيل محكمة التحكيم يخضع لاراده الاطراف ولقانون الدولة التى اتخذ التحكيم من اقليمها محلاً له" ، ونتيجة لاعمال هذا النص على ذلك النحو فقد استبعدت بعض نصوص تقنين الاجراءات المدنية لاقليم Vaud ، المادة ٥٠٨ الخاص بمدة التحكيم ، المادة ٥١٥ الخاصة بايداع الحكم ، المادة ٥٢٤ الخاصة بطرق الطعن المتاحة ، وذلك لكون هذه المسائل قد تناولها اتفاق الاطراف بوضوح تام ، المرجع السابق ، ص٢٨ . هذا التفسير فى الواقع محل اتفاق من جانب الفقه ، انظر :

J.H.C. Morris "The conflict of law" 2ed London, Stevens & Son 1980 p. 433, Sanser - Hall "Projet d'une Convention relative conflits de lois en matère d'arbitrage", Presents à la session de Sienne, 1952, de L'Institut de Droit International, Annuaire de L'Institut, Vol. 44, pp. 469 ets.

وتطبيق قانون محل التحكيم على هذا النحو اذن يحقق ميزه اخرى ، غير احترام اراده الاطراف ، تتمثل فى ضمان نفاذ الحكم دولياً وتمتعه بالضمانات المقررة فى اتفاقية نيويورك ، هذه الاعتبارات قد دفعت محكمة التحكيم فى قضيتى Sapphire ، B.P الى تطبيق قانون محل التحكيم على جوانبه الاجرائية .

ففى قضية Sapphire ، ونظراً لأن الاطراف لم يتطرقوا فى عقدهم المبرم فى عام ١٩٥٨ الى مسألتى محل التحكيم أو القانون الاجرائى الواجب التطبيق ، فقد اخذت محكمة التحكيم على عاتقها هذه المهمة وحددت (لوزان) محلاً للتحكيم كما وجدت ان هذا التحديد ، وبالنظر للسمة القضائية للتحكيم ورغبة الاطراف فى الحصول على حكم نهائى وقاطع لتسوية خلافاتهم ، يدعو لتطبيق القانون السويسرى على الجانب الاجرائى فى التحكيم(١٤٥) .

فى الواقع ان السمة القضائية للتحكيم ، ومايستتبعها من ضرورة ربط اجراءات التحكيم بنظام قانونى وطنى معين ، ليست هى السمة الغالبة ، فالاتجاه الحديث يرنو الى

---

(١٤٥) راجع فى هذا الحكم : Sapphire Int'l Petroleum Ltd V. Iranian Oil Co., Int'l legal Report, 1967 p. 136; J.F. Lalive "Un recent arbitrage suisse entre un organism d'Etat et une societé privé etrangèr", Annuire suiss de Droit International, 1962 p. 273; D. Suratgar "The Sapphire Arbitration Award, the procedural aspects : A report and a critique", Col. J. trans'l law 1965 p. 152 . ويلاحظ ان هذا الحكم قد الغته محكمة طهران الابتدائية فى ١ ديسمبر ١٩٦٣ ، راجع : Int'l legal Materials 1970 p. 1118 .

تعظيم دور ارادة الاطراف فى التحكيم الامر الذى يملى ضرورة الاعتراف بدور احتياطى لقانون محل التحكيم ، ان لم يكن دوراً ثانوياً فى الحالات التى يبعد فيها هذا المحل عن التركيز الموضوعى للعقد المتنازع فى شأنه(١٤٦) .

ومن ناحية اخرى فان هذا الحكم لم يأخذ فى اعتباره مشكلة الحصانة القضائية للدول واجهزتها العامة(١٤٧) ، فهذا الحكم لم يفرق بين التحكيم فى مجال المعاملات ذات الطابع التجارى وبين التحكيم فى مجال عقود التنمية الاقتصادية والمتعلقة بصفة خاصة باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد حيث تبلغ حساسية الخضوع لقانون دولة اجنبية مداها خاصة بالنظر لما يترتب على هذا الخضوع من تخويل السلطات القضائية فى هذه الدولة مكنات واسعة فى الرقابة والتدخل فى هذا التحكيم .

---

(١٤٦) انظر :

E.Mazger "La jurisprudence fracaise relative aux sentences arbitrales etrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de Droit privé", Melanges Jacques Maury, 1960 p. 273

(١٤٧) ربما لم يتطرق الحكم لهذه التفرقة بالنظر الى انه لاتوجد دولة طرفاً فى هذه القضية ، وتجدر الاشارة الى ان المحاكم الهولندية قد اكدت على ان الشركة الوطنية الايرانية للبترول الطرف فى هذه القضية لها كيانها القانونى المستقل عن الدولة الايرانية وبالتالى فان ماتقوم به من تصرفات انما تندرج ضمن اعمال الادارة العادية ولاتدخل فى مجال اعمال السيادة التى يمكن التذرع فيها باعتبارات الحصانة السيادية ، راجع فقرة ٣٩ ، ص ٨٥ .

ولعل هذا النقد الاخير كان ماثلاً فى ذهن محكمة التحكيم فى قضية B.P Exploration Co. (Libya) Lt V. Libyan Arab Republic[١٤٨]، التى وان خلصت الى تطبيق القانون الدانمركى باعتباره قانون محل التحكيم فقد اقامت قضاؤها على اساس ان الدول المختلفة تضع حدوداً ملموسة على تدخل سلطاتها القضائية خاصة اذا ماتعلق الأمر بالتحكيم ذو الطابع الدولى، كما اشارت المحكمة الى انه "من الملائم والمفيد ان يرتبط التحكيم بقانون اجرائى نابع من نظام قانونى وطنى متقدم فى مجال التحكيم"[١٤٩].

هذه الحجة ربما تكون فى صالح تطبيق قانون تحكيمى معين ولكنها ليست بالعامل المرجح لتطبيق قانون مقر التحكيم بصفة مجردة ، فإدراك المفهوم الحقيقى للتحكيم الدولى والعمل على تحريره وتوظيف آلياته فى خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية لم يستقر الا فى يقين النذر اليسير من الانظمة القانونية الوطنية[١٥٠].

---

(١٤٨) راجع هذا الحكم فى : Int'l legal Report 1979 p. 297 .

(١٤٩) ولعل الدافع القعلى لترحيب محكمة التحكيم [محكم واحد : القاضى Gunnar Lagergren رئيس محكمة استئناف السويد (القطاع الغربى)] بتطبيق قانون مقر التحكيم ، والذى اشار اليه الحكم صراحة ، مرجعه ماتتمتع به المحكمة من حرية واسعة طبقاً لهذا القانون ، وخاصة انه امام احجام الطرف الليبي عن الاشتراك فى الاجراءات فان القانون الدانمركى لايجعل من هذا الغياب عائقاً امام الاستمرار فى اجراءات التحكيم ، انظر المرجع السابق ص٣١٠ .

(١٥٠) ويعد قانون التحكيم الانجليزى الصادر فى عام ١٩٧٩ : Arbitration Act 1979 من القوانين التى تضمنت تحديداً حقيقياً لسلطات المحاكم الوطنية فى مجال التحكيم الدولى ، كما اعترف للاطراف بمكنة منع تدخل هذه السلطات فى عديد من الحالات ، راجع : William W. Park ، المرجع السابق ، ص٤٠ . ٤١ .

ويبدو ان هذه الاعتبارات كانت وراء حكم التحكيم الصادر في ٢ أبريل١٩٧٧ في قضية Libya American Co. V. The Libyan Arab Republic(١٥١)، الذى اكد على انه من المبادىء المستقرة فى القانون الدولى ان قواعد التحكيم الاجرائية تتحدد وفق اتفاق الاطراف ، واذا لم يوجد هذا الاتفاق فإن محكمة التحكيم هى التى تختص بتحديد هذه القواعد استقلالاً عن قانون محل التحكيم Independently of the local low of the seat of arbitration(١٥٢) ، وقد خلص الحكم الى اخضاع اجراءات التحكيم للقواعد التى تضمنها مشروع اتفاقية الامم المتحدة الذى وافقت عليه لجنة القانون الدولى عام ١٩٥٥ .

٥١ - حقيقة الأمر أن اللجوء الى قواعد القانون الدولى لتنظيم الجانب الاجرائى فى التحكيم لايخلو من فوائد محققة ، فبعيداً عن مشكلة النفاذ الدولى للاحكام التى تستلزم بطبيعتها ضرورة مساندة الاجهزة القضائية الرسمية فى الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، فإن تطبيق القواعد الاجرائية الدولية يخول لهيئة التحكيم حرية واسعة فى تحديد اجراءات التحكيم

---

(١٥١) وهى ماتعرف بقضية Limaco ، راجع : Int'l legal Materials 1981 p.1 .

(١٥٢) وقد استند المحكم فى تدعيم اختصاصه الى اتفاقية البنك الدولى (اتفاقية واشنطون ١٩٦٥) المادة ٤٤ ، والاتفاقية السويسرية للتحكيم الدولى ١٩٧٤ (بين المقاطعات السويسرية) المادة ١/٢٤ ، ومشروع اتفاقية الأمم المتحدة للاجراءات التحكيمية (١٩٥٥) المادة ٢/١٣ ، انظر المرجع السابق ، ص٤٢ .

واجبة الاتباع وينأى بالتحكيم عن الخضوع لسيطرة قانون اجرائى وطنى معين قد يترتب على اعماله ، وخاصة مايتعلق منه بالنظام العام ، اهدار كل قيمة لاتفاق التحكيم(١٥٣) ، علاوة على تجنب هذا النهج للحساسيات الخاصة بالحصانة السيادية التى يمكن التذرع بها فى مجال العلاقات التى تكون الدولة احد اطرافها(١٥٤) .

وهذا يؤكد من ناحية اخرى على اهمية الاتفاقات الدولية التى تنشأ آليات متكاملة للتحكيم الدولى ، كاتفاقية واشنطون ١٩٦٥ ، كما يبين ايضا مدى الحاجة الى وضع صيغة دولية ملزمة لتنظيم الجانب الاجرائى فى التحكيم .

٥٢ - إستخلاص وتعقيب:

من العرض المتقدم يبين لنا ان وجود الدولة أو أحد اشخاصها الاعتبارية العامة طرفاً فى التحكيم في منازعات الاستثمار يضفى على هذا النوع من التحكيم طابعاً

---

(١٥٣) يلاحظ ان هذه الحرية التى تتمتع بها هيئات التحكيم خاصة اذا ماتجرد الجانب الاجرائى عن الارتباط بقانون دولة معينة ، كقانون دولة محل التحكيم ، تمكنها من الرجوع للاطراف خلال سير التحكيم ومحاولة الوصول الى تنظيمات اجرائية تكون محل اتفاق بين الاطراف كما تمكنها من اختيار القواعد التى تتوافق مع طبيعة ومعطيات النزاع ، راجع المادة ٢٩ من النظام الاجرائى الذى وضعته محكمة التحكيم فى قضية Topco/Calasiatic ، المرجع السابق الاشارة اليه هامش (١٣٧) .

(١٥٤) يلاحظ ان المادة السادسة من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطنى الدول العربية المبرمة فى ١٩٧٦/٧/١٩ تنص على ان : " تبت المحكمة فى أى مسألة تطرأ من مسائل الاجراءات وفق نصوص الاتفاقية أو مااتفق عليه الطرفان من قواعد فان لم يوجد ذلك تتولى هى نفسها حل هذه المسألة بالاسترشاد بقواعد القانون الدولى العام" .

خاصاً يستلزم المعالجة المتأنية حتى لايفقد التحكيم فاعلية فى هذا المجال وتنهار احدى الضمانات الهامة التى يعول عليهاالمستثمر فتدفعه إما الى الاحجام عن الاستثمار أو طلب نقل عبء مخاطرة (ويتكلفة على الدولة المضيفة) الى احدى وكالات أو مؤسسات الضمان المتخصصة (كوكالة ضمان الاستثمار التابعة للبنك الدولى للانشاء والتعمير ، أو المؤسسة العربية لضمان الاستثمار . . الخ) .واذا كان خروج الدولة عن دورها التقليدى ، كدولة حارسة ، قد صار علامة من علامات عالمنا المعاصر ، فان التحكيم ايضا كاسلوب لفض المنازعات قد اضحى من ادوات العصر الحديث ، الذى لاغنى عنه لنمو العلاقات الاقتصادية الدولية فى مناخ سلمى يبعد عن الندية وتتوافر فيه ضمانات المعاملة المتكافئة .

لذا فقد كان طبيعياً ان تكون النصوص القانونية المانعة للاشخاص الاعتبارية العامة من اللجوء للتحكيم غير مبرره وتسير ضد التيار . والأمر لايقف فحسب عند حد تذليل الصعوبات التى توجدها هذه النصوص ومحاولة تطويعها وايجاد التفسير المناسب لها ، فهناك ايضاً مسألة الحصانة القضائية التى ارست دعائمها مبادىء القانون الدولى العام والتى وان باتت دواعيها واضحة فى مجالات روابط الاستثمار ، خاصة مايتعلق منها باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد ، فان الاتجاه القضائى والفقهى والذى تبنته عديد من احكام التحكيم يرى فى اتفاقات التحكيم التى تبرمها الدول فى احدى هذه المجالات تنازلاً عن هذه الحصانة القضائية .

من أجل استقرار المعاملات ، وحتى لايتوجس المستثمر خيفة فى التعامل مع الدولة ، فانه يجب على الدولة المضيفة ان تفى بما قطعته على نفسها من التزامات وما أملت به المستثمر من ضمانات ، فالمسألة لاتتعلق بايقاع هذا المستثمر فى شراك

الحصانة القضائية وانما يجب ان ينصب اهتمام الدول ، والنامية منها بصفة خاصة ، على توفير الثقة لدى هذا المستثمر . ماالذى يضير الدولة من اللجوء للتحكيم اذا كانت حقوقها واضحة وحجج الخصم داحضه ؟ ، اذا كان مرام الدولة الالتفاف حول تعهداتها فقد تكسب دعواها الا ان مردود مواقفها تلك على مناخ الاستثمار يجعلها هي الخاسرة فى النهاية .

ومن ناحية اخرى ، فان حماية المستثمر قد لاتتحقق فى ظل قوانين وطنية متباينة للحصانة القضائية مما يجعل المسألة فى النهاية رهنا بموقف قانون دولة القاضى مما يثير مشكلة الـ Forum Shopping ، ومن ثم فان الحاجة ملحة لايجاد صيغة دولية لمعالجة مشكلة الحصانات القضائية(١٥٥) .

ومع ذلك فان الاهتمام لاينبغى ان ينصب فحسب على حماية المستثمر ، فهناك مصلحة الدولة المضيفة الواجب اخذها بعين الاعتبار . فروابط الاستثمار تتصل اتصالاً وثيقاً بخطط التنمية الاقتصادية فى هذه الدولة كما ان هذه الروابط تتصل فى كثير من الاحيان بانشطة تتعلق باستغلال ثروات البلاد الطبيعية ومن ثم وجب الاعتراف بخصوصية هذه الروابط وماتفرزها من منازعات .

---

(١٥٥) ان المناقشات التى دارت بين وفود الدول المفاوضة إبان اعداد الاتفاقية الاوروبية لحصانة الدول يشير بوضوح لمدى اختلاف النظم القانونية والاحكام القضائية والاراء الفقهية حول هذه المسألة الهامة ، راجع : Roland Loewe "Arbitrage en matiere d'investessements" ، القاهرة ، ندوة التحكيم التجارى الدولى وحماية الاستثمارات الاجنبية فى آسيا وافريقيا ، ٢٨-٣١ مارس ١٩٨٨ ص٧٠.

الفصـــل الثـانـــى

التحكيم الدولى وطبيعة منازعات الاستثمار

٥٣ - أبانت الدراسة المتقدمة عن خصوصية من خصوصيات التحكيم فى مجال منازعات الاستثمار تتمثل فى وجود الدولة أو احد اشخاصها الاعتبارية العامة طرفاً فى هذه المنازعات ، الا أن المسألة لاتقف عند حد أطراف النزاع ومراكزهم القانونية فطبيعة روابط الاستثمار ايضاً قد أضافت بعداً ثانياً للمشاكل التى تواجه المحكمون والتى يتعين أن تحظى من جانبهم بموفور البحث والتدقيق .

فروابط الاستثمار بطبيعتها ذات آجال طويلة ، كما انها ذات صلة وثيقة بكيان الدولة المضيفة سواء بطريق مباشر ، عندما يتعلق الأمر باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد ، أو بطريق غير مباشر ، من ناحية تأثيرها فى خطط التنمية الاقتصادية للبلاد ، مما جعل للدولة كطرف فى هذه الروابط ، امتيازات وصلاحيات تضفى على المنازعات التى تثور بمناسبة استخدامها طابعاً خاصاً .

لذا كان طبيعياً ان تدور منازعات الاستثمار فى جل صورها حول تغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى صاحبت نشأة العقد(١٥٦) ، مما قد يدعو الى

---

(١٥٦) والمقصود هنا ليس العقد بمعناه الضيق وانما المقصود رابطة الاستثمار بمفهومها الواسع والتى قد تأخذ شكل العقد أو الترخيص الصادر من الدولة المضيفة ، كما قد تنشأ هذه الرابطة فى اطار اتفاقية دولية للاستثمار .

ضرورة مراجعته أو اعادة التفاوض بشأن التزامات اطرافه ، وقد تدفع مثل هذه المتغيرات بالدولة - الطرف فى العقد - الى اتخاذ بعض الاجراءات أو اللجوء لبعض الاعمال النابعة من سلطاتها السيادية .

المبحـــث الأول

التحكيم الدولى والمنازعات الناجمة عن التغير فى شروط التعاقد

٥٤ - إن التوازن الاقتصادى يعد من العناصر الهامة فى العقود بصفة عامة وتتعاظم اهميته فى مجال الاستثمار بصفة خاصة . هذا التوازن الاقتصادى يتأثر بلاشك بفعل التغير فى الظروف التى عاصرت ابرام العقد ، تلك الظروف قد تعرض هذا التوازن للانهيار التام كما فى حالات القوة القاهرة ، وقد تصيب هذا التوازن بالخلل مما يدعو الاطراف الى مراجعة العقد واعادة التفاوض بشأن شروطه(١٥٧).

٥٥ - القوة القاهرة واثرها فى عقود الاستثمار :

القوة القاهرة فى مفهومها الاصطلاحى تعنى حدث أو مجموعة من الاحداث لم يكن فى وسع المدين توقعها أو تداركها يترتب عليها انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه دون ان يتحمل تبعة ذلك(١٥٨).

---

(١٥٧) وجدير بالذكر ان الخلل فى التوازن الاقتصادى لايرتبط فى عقود الاستثمار باسباب اقتصادية فحسب وانما قد يحث هذا الخلل ايضاً نتيجة لظروف سياسية أو اجتماعية حالت دون تنفيذ احد الاطراف لالتزاماته .

(١٥٨) واذا كانت نظرية القوة القاهرة تشترك مع نظرية الظروف الطارئة فى استنادهما لقاعدة Robus Sic Stantibus ومقتضاها ان العقد يقوم على شرط مضمر بين المتعاقدين يجعل بقاءه منوطاً ببقاء=

ونظراً لاهمية هذه الاحداث واثرها على حياة العقد فقد جرى العمل على ادراج شرط القوة القاهرة فى عقود الاستثمار . الا ان ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات الناجمة عن اعمال هذا الشرط والتى اكدت فى الوقت نفسه على ان التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض منازعات الاستثمار بصفة عامة .

فالمنازعات التى تدور حول حالة القوة القاهرة يغلب عليها الطابع الفنى ومن ثم فان الفصل فيها يحتاج الى آلية خاصة يتوافر للقائمين عليها الخبرة والدراية العملية الكافية وهى امور لايستطيع رجل القضاء العادى ادعاؤها .

ومن ناحية اخرى ، وبعيداً عن الجانب الفنى الذى تتسم به منازعات القوة القاهرة ، فإن المهمة الاساسية التى سيضطلع بها المحكمون لن تقف عند حد التحقق من توافر الاحداث التى أوجدت هذه القوة القاهرة بل ستمتد الى جوهر المنازعة ذاتها والذى يتركز فى غالبية الاحيان حول اثر هذه القوة القاهرة على العقد الاصلى .

= الظروف التى ابرم فى ظلها ، فان الفارق بين النظريتين يظل قائماً "القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً" اما الحادث الطارىء فيجعل تنفيذه مرهقاً لامستحيلاً ويترتب على ذلك فرق فى الاثر إذ ان القوة القاهرة تؤدى الى انقضاء الالتزام فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه اما الحادث الطارىء فلا ينقضي الالتزام به بل يرتد الى الحد المعقول فتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث" ، راجع السنهورى ، الوسيط ج١ ص٦٤٥ ، وقد اشارت ايضا الى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج٢ ص٢٨١ ، راجع ايضا مجموعة الاحكام التى قررتها محكمة النقض المصرية فى المواد المدنية ، محمود احمد عمر، ج١ ص٥٢ رقم ٣٢ .

هنا ايضاً تبرز اهمية فض مثل هذه المنازعات بطريق التحكيم ، وذلك ان اطرافه لايودون فى الغالب انهاء رابطتهم العقدية بسبب هذا الحدث الذى اوجد حالة القوة القاهرة ، وذلك خلافاً للقواعد العامة المستقرة فى معظم الانظمة القانونية ، وانما قد يجدون من المناسب اكثر من ذلك ان يعيدوا النظـر فى هذه الرابطة لتصبح اكثر توافقاً مع الظروف الجديدة ولينطلق تعاونهم من جديد على اساسها . فى مثل هذا المناخ الذى لايتسم بالندية التى تسود الخصومات التى تشاهدها ساحات القضاء يكون التحكيم هو الطريق الامثل لتسوية هذه المنازعات .

فى الواقع ان الغرض من ادراج شرط القوة القاهرة فى مجال العقود بصفة عامة هو تحديد المقصود بها ، وذلك اما بالاحالة فى هذا الصدد لنظام قانونى معين ، وهو مايغلب ان يكون القانون الواجب التطبيق على العقد نفسه(١٥٩) ، أو باجراء تحديد حصرى يتضمن بياناً جامعاً بالاحداث التى تندرج تحت هذا المصطلح ، وهنا قد تكون لعقود الاستثمار خصوصيتها لارتباط هذه الاحداث عادة بالحياة الاقتصادية والاجتماعية أو لصلتها بطبيعة النشاط الاستثمارى(١٦٠) .

---

(١٥٩) انظـــر :

G. Delaume "Execuse for non-performance and force majeur in economic development agreements", Colum. J. of trans'l law 1971 p. 246; Ph. Kahn "Force majeure et contrats internationaux de longue durée" Clunet, 1975 p. 474.

(١٦٠) مثال ذلك الاضراب عن العمل ، اغلاق المنشأة ، الحرب ، الثورات الداخلية ،الاضطرابات السياسية ، اعمال السلطة العامة . . . الخ .

ومن نافلة القول ان عبء اثبات الحدث أو الاحداث التى تشكل حالة القوة القاهرة انما تقع على عاتق من يدعيها ، ولايقتصر الأمر هنا على اثبات هذه الاحداث وانما يتعين ايضا على المدين أن يقيم الدليل على ان هذا الحدث لم تكن لارادته دخل فى وقوعه كما انه لم يكن بوسعه توقعه أو تداركه عقب حدوثه .

وقد ذهبت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الخارجية البولندية فى وارسو ، الى رفض ادعاء شركة فرنسية بان عدم تسليم باقى الكمية من المواد الكيماوية المتعاقد على توريدها لشركة التجارة الخارجية البولندية مرجعه توقف انتاجها لاسباب تتعلق بعنصر الأمان الواجب توافره لعملية انتاج هذه المواد ، وقد ابانت محكمة التحكيم عن ان رفضها هذا الادعاء مبناه اخفاق الشركة الفرنسية فى تقديم أى دليل للمحكمة يتعلق بهذا الموضوع(١٦١) .

٥٦ - واذا كان من المقرر أن الاحداث التى يمكن ان تشكل حالة القوة القاهرة يتعين ان لاتكون لإرادة الطرف الذى يدفع بها دخل فى وقوعها ، فإن المسألة تدق فى حالة ما اذا كان هذا الطرف شخص من اشخاص القانون العام الاعتبارية التابعة للدولة ، وكانت حالة القوة القاهرة التى يتمسك بها مبعثها اعمال سيادية اقدمت عليها هذه الدولة وحالت دون تنفيذ الشخص الاعتبارى لالتزاماته .

---

(١٦١) راجع فى هذه القضية :

Award of 28 August 1986 in case n. 127/85, in yearbook comm. Arb'n XIV 1989 p. 181

هذه المسألة قد طرحت بمناسبة تمسك الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق EGOTH بانعدام مسئولياتها عن الاضرار التى لحقت بشركة .S.P.P من جراء عدم تنفيذ الاولى لالتزاماتها وذلك على اساس ان القرار الجمهورى الصادر بالغاء المشروع المتعاقد عليه يمثل قوة قاهرة تدفع عن هذه الهيئة مسئولياتها العقدية(١٦٢) .

واذا كانت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية قد اقرت بان الغاء المشروع ، مشروع هضبة الاهرام ، قد تم بقرار على أعلى مستوى فى الدولة فى قضية ذات اهمية عامة بالغة ، فانها لم تتعرض لاثر هذه الاحداث السياسية على مصير العقود المبرمة والتزامات اطرافها ، ولم تلتفت الى ما اثير حول قيام حالة القوة القاهرة نتيجة لهذه الاحداث .

والذى يبدو فى هذه القضية ان المحكمة قد صبت جل اهتماماتها حول تأكيد طرفيه الحكومة المصرية فى العقد ومسئوليتها الكاملة عن الغاؤه ، ووصولاً الى هذا الهدف تغافلت الالتزامات التى ترتبها العقود المبرمة على عاتق EGOTH ، بل انها تناست الوقائع التى افردتها لهذه القضية وجعلت من الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق مجرد اداة اتصال بين الحكومة المصرية والمستثمر الأجنبى يقع على عاتقها التزام بوسيلة ، ببذل عناية ، ان تفعل مافى وسعها لدفع الحكومة الى الوفاء بالتزاماتها (١٦٣).

---

(١٦٢) راجع فى هذه القضية والتعليق على الحكم الصادر فيها ، ماتقدم ، من فقرة ٤٧ الى ٤٩ .

(١٦٣) راجع : Ph. Leboulanger ، المرجع السابق ، ص٢٥ .

فى الواقع ، إن مفهوم القوة القاهرة قد تحقق فى هذه القضية ، فالاحداث التى وقعت لم يكن فى وسع الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق توقعها أو تداركها كما أنها لم تساهم بارادتها فى وقوعها ، ولكن يبدو ان المحكمة لم تشأ افساح المجال لهذا الدفع واغفال طرفيه الدولة لانها لو فعلت غير ذلك لوجدت نفسها مضطره لاعفاء ايجوث من مسئولياتها ومواجهة الحكومة المصرية فى ميدان اعمال السيادة .

٥٧ - مما تقدم تبدو اهمية ادراج شرط خاص بالقوة القاهرة فى العقد ، ليس فقط من اجل تحديد المقصود بها وحالاتها وانما ايضا تحديد الآثار التى تترتب عليها ، وهنا ايضا نجد لعقود الاستثمار خصوصيتها .

فاذا كانت القواعد العامة تقضى بان القوة القاهرة من شأنها انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه(١٦٤) ، فان الأمر يختلف فى عقود الاستثمار خاصة الحريصة منها ، بتنظيم قانونى مسبق يتضمنه شرط القوة القاهرة ، على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها .

---

(١٦٤) ويرى جانب من الفقه محل اعتبار انه "اذا كان العقد ملزماً للجانبين ، فالمدين الذى انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه لقوة قاهرة يتحمل التبعة فى صورة اخرى ، فهو اذ لم يتحمل تبعة عدم تنفيذ التزامه ، الا ان العقد ينفسخ فيسقط الالتزام المقابل الذى كان فيه هذا المدين دائناً فيتحمل المدين التبعة من هذه الجهة" ، راجع : السنهورى ، المرجع السابق ، ص٦٤٤ هامش (٤) .

فقد لايقف الأمر عند حد تقرير عدم مسئولية من حالت تلك الأحداث دون قيامه بتنفيذ التزاماته وانما قد يكون من اثار هذه القوة القاهرة وقف العقد واستمرار هذا الايقاف مابقيت تلك الاحداث قائمة ، أو منح مدة اضافية للاستغلال الممنوح للمستثمر (كما هو الحال فى عقود الامتياز المقيدة المدة)(١٦٥) ، أو قد يصل الأمر احيانا الى انهاء العقد بصفة نهائية(١٦٦) .

٥٨ - لاشك ان مهمة الفصل فى المنازعات التى تدور حول تحقق شرط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على ثبوته ، هى مهمة فنية فى المقام الأول . فالمنازعة قد تتعلق بتنفيذ غير مطابق للمواصفات فى ظل حالة القوة القاهرة التى حالت دون التنفيذ الأمثل المتفق عليه فى العقد ، وقد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الضرر الذى لحق بالمتعاقد الآخر وما اذا كان مبرراً فقط لايقاف العقد أو انه قد وصل الى درجة يتعين معها انهاؤه ، كما قد تدور المنازعة حول تقرير مبدأ التعويض ، ان كان له محل طبقاً لشروط العقد ، ومداه .

---

(١٦٥) مثالاً لذلك ما نصت عليه المادة (٢٤) من الاتفاقية المبرمة بين أمير الكويت وشركة تريدرز ليمتد البريطانية (عام ١٩٣٣)، من أن : تقصير الشركة في القيام بتنفيذ أي من الاشتراطات والتعهدات الواردة في هذه الاتفاقية لا يعطي الأمير أية مطالبة ضد الشركة أو يعتبر انتهاكاً أو خرقاً لهذه الاتفاقية مادام ذلك ناشئاً عن القوة القاهرة ، وإذا ما تأخر تنفيذ أي من شروط هذه الاتفاقية بسبب القوة القاهرة . فإن مدة هذا التأخير مع أي مدة قد تكون ضرورية لاصلاح الضرر الذي حدث اثناء ذلك التأخير تضاف إلى المدد المحددة في هذه الاتفاقية " ، راجع "الاتفاقيات الأولى لامتياز النفط الكويتي " اعداد هـ ت . ارتشيبالد ، تشيزهولم ، ترجمة حامد عبد الغني ص ٢٦١ .

(١٦٦) وتذهب عقود الاستثمار احيانا الى ابعد من هذا بهدف الابقاء على العلاقة القانونية واستمرار التعاون بين اطرافها وذلك بالنص على انه اذا استشعر الاطراف ان الحادثة التى اوجدتها حالة القوة القاهرة يمكن ان تظل فترة طويلة من الوقت أو ان الاضرار الناجمة عن هذه الحادثة يتطلب اصلاحها تكاليف باهظة ، فان عليهم ان يلتقوا من اجل الاتفاق على =

هذه المسائل ذات الطبيعة الفنية تضاعف من صعوبة المهام الملقاه على عاتق هيئات التحكيم ، فحتى على فرض تعيين هذه الهيئات التحكيمية لخبراء على مستوى عال من التخصص فى هذا المجال فان مرور الوقت بين وقوع احداث القوة القاهرة واحالة النزاع للتحكيم ثم تعيين اهل الخبرة يجعل من المتعذر الوصول الى نتائج حقيقة تتفق وظروف النزاع خاصة اذا ماخذنا فى الاعتبار ان اللجوء للتحكيم غالباً مالايحدث الا بعد لأى ومناقشات ومفاوضات بين اطرافه محاولة للوصول الى تسوية سلمية للنزاع (١٦٧).

٥٩ - بصفة عامة فانه فى حالة غياب شرط صريح خاص بالقوة القاهرة يحدد نتائجها ، أو فى حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف حول هذه النتائج ، فان تحديد اثر هذه القوة القاهرة على حياة العقد يدخل فى الاختصاص الاصيل لهيئة التحكيم (١٦٨) . فتختص هذه الهيئة باعادة ضبط العلاقة القانونية بين

= التدابير الواجب اتخاذها : انظر فى ذلك المادة ١/٩ من العقد المبرم فى ٢٧ يوليو ١٩٧١ بين الحكومة اليونانية وشركتى بيجو ورينو الفرنسيتين ، والمادة ١/٢٦ من العقد المبرم فى ٨ فبراير ١٩٦٢ بين حكومة فولتا العليا وشركة الومنيوم فولتا مشار اليها فى G. Delaume ، المرجع السابق ، ص٢٥٩ .

(١٦٧) انظر : L. Kopelmanas "Arbitrage et verification technique de la bonne exécution de contrats internationaux dans le domaine de l'industrie Rapport au IV Congres international de l'arbitrage, Rev. Arbitrage 1972, p. 408 ets . لهذه الاسباب فان بعض اتفاقات التحكيم ، خاصة المتعلقة بالعقود البترولية ، تخص تسوية المسائل ذات الطابع الفنى باسلوب متميز يتركز اساساً فى قصر المدة التى يتم خلالها تحديد الخبراء المختصون فى هذه المسائل ، راجع J. Logie "Les contrats petroliers iraniens" ، المرجع السابق ، ص٤١١ ومابعدها .

(١٦٨) انظر Delaume ، المرجع السابق ، ص٢٥٩ .

اطرافها واعادة التوازن للعقد مرة ثانية(١٦٩) . هكذا يبين واضحاً ان تسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم يتفق تماماً مع طبيعة هذه المنازعات ومع رغبة أطرافها فى الحفاظ على روابطهم ، وهو مانجده اكثر وضوحاً عندما يتعلق الأمر بضرورة مراجعة العقد أو اعادة التفاوض بشأنه ليصبح اكثر توافقاً مع مستجدات الظروف .

٦٠ - تغير الظروف مدعاة لمراجعة عقد الاستثمار :

إن معظم المنازعات التى تقوم بين حكومات الدول المضيفة ، والنامية منها بصفة خاصة ، والشركات الاجنبية ، مبعثها تمسك هذه الحكومات بضرورة تحقيق المزيد من المرونة فى النظام العقدى الذى يربطهما حتى يتسنى له استيعاب المتغيرات الجذرية فى الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية للبلاد فى حين ان هذه الشركات تتمسك عادة باستقرار هذه العلاقات العقدية واستمرارها دونما تعديل أو تبديل فى نصوصها(١٧٠) .

---

(١٦٩) ويرى البعض ان مكنات هيئة التحكيم فى إعادة التوازن العقدى فى مجال روابط الاستثمار محدودة للغاية . حيث المشاهد ان شرط القوة القاهرة الذي يدرج في عقد الاستثمار يسند إلى الأطراف مهمة الاتفاق على اعادة هذا التوازن . وان اللجوء إلى التحكيم يكون عادة في مرحلة متأخرة يكون فيها الاطراف قد وصلوا إلى قناعة مؤكدة بأن العقد يتعين انهاءه ، راجع Ph. Kahn ، المرجع السابق ، ص ٤٨٢ .

(١٧٠) فى الواقع إن مشكلة مراجعة العقد تشكل مكمن الضعف الحقيقى والاساسى فى العلاقات بين الدول والمستثمرين ، راجع Broches فى كلمته التى القاها امام مجلس مدراء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار فى اجتماعه السنوى الثامن CIRDI. Doc. AC. 174/6, Annex (A) .

فالشركات الأجنبية فى بحثها عن ضالتها المنشودة المتمثلة فى ثبات واستقرار النصوص العقدية ، ترى ان اتفاقات الاستثمار لاتعدو ان تكون عقوداً عادية قائمة على الاتفاق الحر بين اطرافها، فعلاقة الشركة الاجنبية بحكومة الدولة المضيفة ، أو من يمثلها ، قد افرغت ضوابطها فى قالب جامد Static Model يتضمن نظاماً محدداً للالتزامات والحقوق ، للاعباء والمكاسب ، وان أى تعديل فى هذا المضمون الثابت المحدد يمثل اخلالاً بالقوة الملزمة لهذه الاتفاقات (١٧١) .

فى الواقع ان الحجج العملية التى تسوقها هذه الشركات الاجنبية ، لتأييد دفاعها عن استقرار العقود التى ابرمتها مع الدول المضيفة ، تعد اكثر قبولاً من حججها التى تستند فيهاالى مفاهيم ومبادىء قانونيـــــة .

فهذه الشركات تحرص ، قبل دخولها فى اتفاقات ذات أجال طويلة ، كعقود الامتياز ، والمشروعات المشتركة ، عقود الخدمات . . الخ ، ان تجرى دراسات مستفيضة تتعلق بالتخطيط المالى للمشروع واحتمالاته Financial Projection ، وتحليلات للتدفقات النقدية Cash Flow بغرض تحديد المردود المتوقع لاستثمارتها . ولكى تتمكن هذه الشركات من اقامة دراساتها وتحليلاتها على اسس علمية وعملية سليمة فانها تطلب من حكومات الدول المضيفة بياناً بكل الاعباء الضريبية ، من ضرائب ورسوم وعوائد ، التى يتعين عليها اداؤها طوال فترة العقد ، وبيان بالاعفاءات التى ستحصل عليها هذه الشركات وحدودها القصوى ومدد التمتع بها . . الخ .

---

(١٧١) انظـــــر : Samuel K.B. Asante "Stability of contractual relations in the investment process" I.C.L.Q., Vol. 23, 1779 p. 40 .

ولايقف الأمر عند هذا الحد وانما تتطلب هذه الشركات الاجنبية موافاتها ايضا بمزيد من التفاصيل حول قوانين العمل والضمان الاجتماعى والتنظيمات النقابية فى البلاد ، كذلك فان هذه الشركات تستلزم لصحة وسلامة دراساتها حول المشروع ان تقف على التشريعات المنظمة للرقابة على الصرف والنظم الخاصة بتحويل عائدات الاستثمار للخارج . . الخ(١٧٢) .

ومن ناحية أخرى ، فالمستثمر غالباً مالايملك كل الأموال المستثمرة فى المشروع ، ومن ثم فإن البنوك والمؤسسات المالية الاخرى التى تسانده ، فى تمويل المشروع ، تتطلب مراجعة العقود النهائية المتوقع ابرامها حيث تبنى قرارها النهائى على المضمون الفعلى للاعباء التى يتحملها المستثمر وعائدات المشروع والضمانات القوية Cast-iron guarantees التى يكون قد حصل عليها من حكومة الدولة المضيفة .

هذه الدراسات والتحليلات والبيانات تعنى ان قرار المستثمر ، والمؤسسات المالية التى تقف خلفه، يقوم على اوضاع معينة واشتراطات محددة ترجمت الى ارقام وتوقعات لاتقبل تغيير أو تبديل .

---

(١٧٢) يلاحظ ان طلب هذه التفصيلات والايضاحات يكون اكثر الحاحاً فى الدول التى لايوجد بها تشريع خاص بالاستثمار الاجنبى .

أخذا بهذه الاعتبارات فاننا نجد ان بعض اتفاقات الاستثمار ، بناء على رغبة المستثمر وطلبه أو اعمالاً للضمانات التى يوفرها قانون الاستثمار ، تتضمن مايعرف بشروط الثبات والاستقرار Stability Clauses . ومرام مثل هذه الشروط بطبيعة الحال هو تحقيق الثبات والاستقرار للاشتراطات التعاقدية الجوهرية ، ومن ثم فانها تحظر على الحكومة المعنية اجراء أى تعديل أو مخالفة لشروط الاتفاق والامتناع عن اتخاذ أى تدابير ادارية أو تشريعية من شأنها انتهاك هذه الشروط .

٦١ - اما من وجهة نظر حكومات الدول المتلقية لرأس المال الأجنبى ، فان عقود الاستثمار لها طبيعتها الخاصة "فهى اشبه بوثيقة دستورية مرنة ، قابلة للتطوير تبعاً للتغير فى الظروف ، فعقود الاستثمار تمتد لآجال طويلة ، الشىء الوحيد المؤكد هنا انه خلال سنوات التنفيذ فان المناخ السياسى والاقتصادى والاجتماعى تصادفه تغيرات جذرية تستلزم فى المقابل تغييرات مماثلة فى نصوص هذه العقود واشتراطاتها"(١٧٣) .

هذا الاتجاه يقوم على اساس ان اتفاقات التنمية الاقتصادية لايمكن النظر اليها على أنها تتضمن تحديداً جامداً للحقوق والالتزامات بين اطرافها وانما هى تعد فحسب بمثابة أطر يتم على ضوئها ، وبقدر من المرونة ، تنظيم العلاقات المستقبلية .

---

(١٧٣) راجع : T. Farer "Economic development agreements, A functional analysis" Colum. J. of trans'l law, 1971 p. 240 ، وفى نفس هذا المعنى انظر :

R. Geiger "The unilateral change of economic development agreements" I.C.L.Q. 1974 p. 104

من هذا المنطلق ، وامام فتور المستثمر عادة فى تقبله لاعادة النظر مرة اخرى فى شروط العقد، خاصة اذا ماكانت لصالحه بصفة مطلقة ، فان بعض الدول تحرص على تضمين العقد مايعرف بشروط المراجعة أو اعادة التفاوض Clauses de revision ou de renegociation التى تقوم على ضرورة الأخذ فى الاعتبار بالسمة المتغيرة لظروف التعاقد فى الاتفاقات ذات الآجال الطويلة ، فهذه الشروط يقصد بها مواجهة متغيرات المستقبل(١٧٤) .

---

(١٧٤) انظر : Fouad Rouhani "Renégociation des contrats entre Etats et investisseurs etrangèrs", Rev. Juridique et politique, independance et cooperation, 1975 p. 95

ويلاحظ ان هناك من هذه الشروط ماترتب نتائجها بمجرد تحقق اسبابها دون حاجة الى اعادة التفاوض بين الاطراف مرة ثانية ، ومثالها شرط الدول الأكثر رعاية la clause de l'Etat le plus favorisé ، هذا الشرط وان درج النص عليه فى الاتفاقيات الدولية ، فإنه يقصد به العمل على زيادة اوجه استفادة الدولة المضيفة من هذا الاستثمار الاجنبى بحيث تكون دائماً فى وضع افضل من مثيلاتها فى نفس المنطقة الجغرافية أو تلك التى تتلقى استثمارات متصلة بنفس القطاع الانتاجى ، انظر فى ادراج هذه الشروط فى عقود الامتياز : D.N. Smith & L.T. Wells "Conflict avoidance in concession agreements", Harvard International law Journal (Harv. Int'l L.J.) Vol. 17, 1976 p. 52.

كما قد يكون من هذه الشروط مايراد به تحقيق مصلحة المستثمر (كشرط المستثمر الاكثر رعاية) ، راجع اتفاقية الاستثمار المبرمة بين مصر وهولندا فى ١٩٧٦/١٠/٣٠ (م٣) مشار اليها فى : Paul Peters & J. Schrijver & P. De Waart "Permanent Sovereignty, foreign investment and state practice" in permanent sovereignty over natural resources" ، سابق الاشارة اليه ، ص١٣٩ ، فقرة ١٠٧ .

وبالرغم من أهمية ادراج هذه الشروط ، والتى يطلق عليها الشروط الحكيمة أو المتبصرة Les clauses sensées ، فان البعض يرى ان اثر هذه الشروط محدود للغاية ، إذ أنها تفرض على الاطراف فقط التزام باعادة مناقشة احكام العقد ولاترتب أى التزام بضرورة ان تنتهى هذه المناقشةالى اتفاق حول تعديل نصوص هذا العقد (١٧٥) ، فهناك فارق كبير بين الالتزام باعادة التوازن الضروري للاداءات العقدية على ضوء الظروف الجديدة وبين مجرد الالتزام بالتفاوض أو مراجعة العقد (١٧٦) .

لاشك ان التوظيف الجيد لمثل هذه الشروط من اجل بلوغ مرام ادراجها فى عقود الاستثمار يظل رهنا بطريقة واسلوب وضعها موضع التنفيذ ، سواء من حيث معايير تطبيقها ، وذلك ببيان الظروف التى تقتضى تعديل العقد ، أو من ناحية تحديد النتائج التى تترتب على ثبوت التغير الفعلى فى هذه الظروف (١٧٧) .

---

(١٧٥) انظر : Ph. Kahn : "Les investissements etrangèrs dans les pays en voie de developpement", Rev. Juridique et politique, Independnce et cooperation, 1975 p. 111 et spéc. p. 121

(١٧٦) لاشك ان وجود التزام محدد باعادة التوازن للعقد وجزاء يترتب على الاخلال به من شأنه تدعيم هذا العقد واطالة أمد بقائه ، انظر فى شرح هذا الالتزام ونتائجه : R.Y. Jennings "Rules governing contracts between stats and foreign nationals", in Rights and Duties of private investors abroad, New York, 1965 p. 123

(١٧٧) انظر : B.Oppelit "L'adoption des contrats aux changements des circonstances : la clause de (hardship)", Clunet 1974 p. 794 . ووصلاً الى هذا التوظيف الجيد نجد ان بعض عقود الاستثمار تتضمن مدة معينة يتعين بانقضائها مراجعة شروط

٦٢ - فى الواقع ان المشكلة تدق فى حالة خلو العقد من أى شروط سواء تلك الخاصة بثبات العقد واستقراره أو تلك المتعلقة بضرورة مراجعته واعادة التفاوض بشأنه(١٧٨) ، هل يمكن القول فى هذه الحالة ، والتى تمثل الوضع الغالب فى عقود الاستثمار ، ان هذه العقود تقتضى بطبيعتها مراجعتها واعادة التوازن الاقتصادى لها اذا ماحدثت ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية اخلت بهذا التوازن ؟

العقد ، وهو ماتقضى به مثلا المادة ١٨ من العقد المبرم فى ٢٥ يوليو ١٩٦٢ بين الحكومة النيجيرية وشركة شل ، حيث توجب مراجعة العقد بعد عشر سنوات ، كما نجد هذا التحديد ايضا فى العقد النموذجى الخاص بالاستثمارات فى الدول النامية والذى اعدته جمعية القانون الدولى والذى ينص على ضرورة التقاء اطراف العقد كل خمس سنوات من اجل تحديثه ، راجع : G. Delaume "Excuse for non performance" ، المرجع السابق ، ص٢٤٤ . ويلاحظ ان عقود الامتياز البترولية قد جرى العمل منذ زمن بعيد على تضمنيها نصوص تحدد المسائل الواجب مراجعتها على سبيل التحديد والحصر ، ففى الاتفاق الموقع بين الكويت وشركة دارى اكسبلوريش المحدوده فى ٨ مارس ١٩٢٣ تقضى المادة ١/١٢ بان "تخضع نسبة العائدات للمراجعة بموافقة الطرفين بعد اثنى عشر عاماً من تاريخ هذه الاتفاقية" ، راجع : هـ . ت . ارتشيبالد ، تشيز هولم ، المرجع السابق ، ص١٠١ .

(١٧٨) حتى فى هذه الحالة قد لايعدم طرفى العقد الوسيلة لاثبات مزاعمها والدفاع عن مصالحهما مستندين فى تلك الحالة الى المبادىء العامة للقانون . ومن المستغرب ان يلتقى الطرفان احياناً فى تكييفهما لعقد الاستثمار على انه بمثابة اتفاقية دولية وصولاً الى اخضاعها ، من وجهة نظر المستثمر ، لقاعدة ان العهد شريعة المتعاهدين أو المتعاهد عبد عهده Pacta Sunt Servanda وهى من قواعد القانون الدولى العام التقليدية ، أو وصولاً ، من جانب الدولة المضيفة ، الى اعمال نظرية تغير الاوضاع فى مجال المعاهدات ويعبر عنها باللاتينية Rebus sic stantibus ومقتضاها وجود شرط ضمنى فى =

ان وجود الدول النامية كطرف فى غالبية عقود الاستثمار ، وبما يرتبط به هذا الوجود من عوامل نفسية وسياسية واقتصادية ، علاوة على طبيعة هذه العقود ذاتها ، يفرض الرد بالايجاب. فهناك العديد من اتفاقات الاستثمار ، السارية المفعول الآن ولفترات زمنية طويلة مقبلة ، قد ابرمت مع شركات اجنبية إبان احتلال الدولة التابعة لها للدولة النامية ، هذه الاتفاقات نجدها مثقلة بالامتيازات والاعفاءات والضمانات التى تنوء الدولة النامية بتحملها . ان الظروف التى ابرمت فيها هذه الاتفاقات لايمكن معها حتى الادعاء بانها كانت وليدة الارادة الحرة لاطرافها ، هى فى الحقيقة وليدة رغبات طرف مملاة على الطرف الآخر ، الا يعتبر التغير فى الظروف السياسية للبلاد ، بعد ان نالت استقلالها ، ظرفاً جوهرياً يدعو لمراجعة هذه الاتفاقات(١٧٩) .

حتى اتفاقات الاستثمار التى ابرمت بعد ان نالت هذه الدول استقلالها حديثاً لم تكن ظروف ابرامها باحسن حال من سابقتها ، فالاقتصاديات المنهاره لتلك الدول لم تكن لتجعل منها الطرف القوى المفاوض امام شركات عملاقة مسيطرة تفوق وسائلها

= المعاهدات مفاده ان المعاهدة تفقد مفعولها اذا طرأ تغيير جوهرى على الظروف والاحوال التى صاحبت ابرامها ، ولكن من الملاحظ انه فى غالبية الحالات يكون التمسك بهذا المبدأ أو ذاك فى مرحلة متأخرة من مراحل العلاقة القانونية والتى يكون أوان مراجعة العقد فيها قد فات ، فالمنازعات التى تثار فيها هذه المبادىء تتعلق فى الغالب بانهاء العقد من جانب الدولة المضيفة أو بمناسبة اتخاذها تدابير انفرادية كالتأميم أو نزع الملكية ، انظر Robert B. Von Mehren & P. Nicolas Kourids ، المرجع السابق ، ص٥٣٠ ، انظر كذلك مايلى فقرة ٧٤ ، ص ١٧١ .

(١٧٩) انظر Samuel K.B. Asante ، المرجع السابق ، ص٤٠٨ .

وامكاناتها لما هو متاح لكثير من الدول النامية، الا يقتضى ذلك ، عدالة ، ان يعاد النظر فى هذه الاتفاقات بعد مرور فترات زمنية طويلة على ابرامها ؟(١٨٠) .

حتى اذا غضضنا الطرف عن هذه الاعتبارات وماخلفتها من مؤثرات نفسية دفعت الكثير من الدول النامية الى الاقدام على اتخاذ اجراءات انفرادية كالتأميم أو المصادرة ، فان طبيعة عقد الاستثمار ذاتها تفرض مراجعته واعادة التفاوض بشأنه .

٦٣ - ان اتفاقات الاستثمار تتسم بآجالها الطويلة كما انها ترتبط فى النهاية ، تأثراً وتأثيراً ، بالخطط التنموية فى الدول المضيفة ، ومن ثم يكون من غير المنطقى ان نتغافل اثر المتغيرات المختلفة ، وطنية كانت أم دولية ، على حاضر هذه الاتفاقات ومستقبلها .

هذا الاتجاه يجد تأكيداً وقبولاً ساحقاً اذا ماتعلقت هذه الاتفاقات باستغلال مصادر الثروة الطبيعية للبلاد المتلقية للاستثمار الاجنبى .

فالمسألة هنا لصيقة الصلة بسيادة الدولة المرتبطة بكيان الدولة وقوتها ورفاهية شعبها ، فالدولة "لايمكن ابداً ان تفقد سلطتها القانونية فى تغيير مصير أو طريقة استغلال هذه المصادر ، ايا كان الوضع فى الاتفاقات المبرمة لاستغلال وادارة هذه

---

(١٨٠) انظر :

Subrata Roy chowdhury "Permanent sovereignty over natural resources" in Permanant sovereignty over natural resources in international law, principle and practice, edited by Kamal Hossain & Subrata Roy Chowdhury, London, 2 ed. p. 21

المصـــــادر . . . بل ان هـذا الحق تمارســـــه الدولة أو الحكومـــــة ولو نص فى هـذه الاتفاقات على غير ذلك.(١٨١) .

هذا الاتجاه نجد صداه فى تقرير جمعية القانون الدولى(Australian Branch)الذى أكد على ان اتفاقات التنمـية الاقتصادية بطبيعتـها لايمكن النظر اليها على انها غير قابلة للتغيير أو التبديل ، وان اعادة التفاوض بشـأن النصوص القانونية لهذه الاتفـاقات يؤدى الى تدعيمـها ودوام حياتها(١٨٢) .

وهو مـا اشـار اليـه ايضـا تقرير السكرتير العـام للأمم المتحدة فى ٧ أبريل ١٩٨٣ (الخـاص بالسـيـادة الدائمـة على المصـادر الطبـيـعـيـة) حـيث اكـد على أن اعـادة التـفـاوض فى شـأن

---

(١٨١) راجع : Jimenez de Arechaga "International law in the past third of a century" Recueil des coure de l'Acodemie de Dr. Int'l, 1978, Vol. I, p. 297 ، فى نفس المعنى ايضا G. Elian "The principle of permanent sovereignty over naturel resources", Leiden, Sitjthoff 1979 p. 10 . ومع ذلك فقد ذهبت احكام التحكيم الى ان النص على ثبات واستقرار اتفاق الاستثمار ، خاصة فى مجال عقود الامتياز ، يمثل حقاً مكتسباً للمستثمر لايجوز نقضه ، راجع حكم التحكيم فى قضية : Aramco Int'l legal Reports 1963, p. 117 ، وفى نفس المعنى حكم التـــحكيم فى قضيـة : Texaco V. Libya, Int'l legal Report 1979 P. 389

(١٨٢) ويشير هذا التقرير الى ان التغيير فى اتفاقات التنمية الاقتصادية نتيجة التغير فى الظروف ليس مسلكاً خاصاً بالدول النامية فقد اقدمت المملكة المتحدة على اتخاذ تدابير انفرادية بغية التغيير فى احكام التراخيص الممنوحه للتنقيب عن البترول فى بحر الشمال ، راجع فى هذا التقرير :

David Flint "Foreign investment, and the new international economic order (NIED)", in Permanent sovereignty over naturel resources, Op. Cit, p.1

عقود التنمية الاقتصادية صارت من الضرورات الملحة التى تبررها التغيرات فى الظروف العالمية(١٨٣) .

وبالرغم من ذلك فمازالت مشكلة مراجعة عقود الاستثمار واعادة التفاوض بشأنها تمثل جانباً كبيراً من المنازعات التى تنشأ بين المستثمر والدولة المضيفة ، الأمر الذى يدعونا لبحث مدى ملائمة حل مثل هذه المنازعات بطريق التحكيم .

٦٤ - مراجعة عقود الاستثمار ودور التحكيم:

ان اسلوب التوفيق ، وفقا لما يراه جانب من الفقه ، يعد اكثر توافقاً وملائمة لتسوية منازعات الاستثمار بصفة عامة(١٨٤) ، وفى مجال تسوية المنازعات المتعلقة بإعادة التفاوض بصفة خاصة(١٨٥) .

---

(١٨٣) وقد اشار التقرير الى ان اعادة التفاوض قد تكون لصالح الطرفين معاً كما فى حالة انخفاض ثمن المنتج نتيجة لزيادة المعروض منه فى السوق العالمى ، راجع : E/C.7/1983/5,7 April/1983 paras 13,14 .

(١٨٤) انظر : E. Snyder "Foreign Investment protection : The dispute solving aspect", Col. J. Trans'l law, 1965, p.133

(١٨٥) انظر : A.Fatouros "The quest for legal security of foreign investments latest development", Rutgers law Review (Rut. L. Rev.) 1963 p. 298 ets ولنفس المؤلف : "Investissments étrangèrs et arbitrage entre Etats et personnes privées étrangères" ، المرجع السابق ، ص٥٩٦ .

لاشك أن هذا النوع من المنازعات الناجمة عن اختلاف الاطراف حول ضرورة مراجعة العقد هى منازعات غير قانونية ، فهى لاتتعلق فى الغالب بتفسير الاشتراطات التعاقدية وانما تقوم على ضرورة العمل على تعديلها . فقد يحدث ان يتفق الاطراف على المفهوم القانونى للعقد ولكن قد يجد احدهم ان هذه الشروط لم تعد ملائمة فى ظل المستجدات الحادثه فى الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الجديدة(١٨٦) .

فى الواقع ان هذه المنازعات ليست من النوع الذى يأبى بطبيعته أن يكون محلاً للتسوية بطريق التحكيم(١٨٧) ، ففى الحالات التى تكون العلاقة بين الحكومة والمشروعات الخاصة الاستثمارية قد اصابها التوتر بسبب التغيير فى الظروف وعجز الاطراف عن الوصول الى تسوية مرضية Modus vivendi ، فان اللجوء للتحكيم المستقل ،أو الاتفاقات التحكيمية المستقلة Independent arbitrations arrangements يكون مقبولاً وملائماً .

---

(١٨٦) فقد يصبح العقد غير متفق مع خطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة أو ان التزامات الانتاج المترتبة على هذا العقد لم تعد ملائمة لحالة السوق العالمى . . الخ انظر فى هذه الامثلة من المتغيرات التى تواجه عقد الاستثمار ، الدراسة التى اعدتها السكرتارية العامة للأمم المتحدة Document E/4446 p. 134 وقد اشارت هذه الدراسة الى انه "من الضرورى ، بل من الواجب الاسراع بايجاد آلية واجراءات من شأنها تسهيل تسوية مثل هذه المنازعات وذلك عن طريق اعادة التفاوض الارادى بين اطرافها" .

(١٨٧) انظـــــر :

Shawcross "Le problème des investissements à l'etrangèr en Droit International" Rec. des Cours de l'Acad. de Dr. Int'l, 1967, Vol. I. p. 369 et spèc. p. 389.

فإرادة الاطراف تتجه فى مثل هذه الحالات الى تحقيق التوازن المعقول للعقد اخذاً في الاعتبار الحقوق الخاصة بكل طرف من ناحية وطبيعة المتغيرات الحادثة واثارها من ناحية اخرى(١٨٨) .

الا أن الطبيعة الخاصة بهذه المنازعات تستلزم اسلوباً تحكيمياً خاصاً ايضا ، الأمر الذى دفع بعض الاتفاقات الدولية الى التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات غير القانونية ، حيث خصت هذا النوع الاخير باسلوب تحكيمى لتسويتها قائم على مراعاة العدالة والحسنى Ex aequo et bonno(١٨٩) . فالمنازعات الخاصة بطلب مراجعة العقد أو تعديله لاتقوم على اعتبارات قانونية وإنما يكمن اساسها فى تعارض المصالح بين اطرافه ، ومن ثم فانه اذا كانت حلولها لاتجد من قانون معين سنداً لها فانه ينبغى ان يخول محكميها سلطة خاصة تمكنهم من الوصول لحكم تحكيمى ملزم دون اللجوء لقواعد

---

(١٨٨) انظر : J.N. Hyde "Economic development agreements" Rec. des Cours de l'Acad de Dr. Int'l, 1962, p. 271 et spe. p.364

(١٨٩) راجع بعض الامثلة لهذه الاتفاقيات الدولية فى : Urlich Scheuner "Decisions ex aequo et bono by international courts and arbitral tribunals" Liber amicorum for Martin Donke, p. 278 ، ويرى البعض ان تطبيق قواعد العدالة والحسنى ليس مرجعه طبيعة هذه المنازعات وانما يجيء استجابة لارادة الاطراف ، انظر :
V.D.Degan "L'equite et le Droit international" 1970, p.239

قانونية معينة(١٩٠) . هذا النهج الذى استنته الاتفاقيات الدولية ليس هناك مايحول دون اتباعه فى مجال اتفاقات الاستثمار بين الحكومات والمشروعات الخاصة الاجنبية(١٩١).

ومع ذلك فانه ينبغى فى هذه الحالة ان تتجه النية المؤكدة للاطراف الى اخضاع هذه المنازعات غير القانونية لاختصاص هيئة التحكيم حيث ان المهمة التى تضطلع بها فى هذا المجال تخرج عن الدور القضائى التقليدى الذى تمارسه عادة .

ومن ناحية أخرى ، فان خصوصية هذه المهمة توجب على اطراف النزاع ادراك ووعى مشاكلها ، ومن ثم فان اتفاقات التحكيم المتبصره يجب ان تحرص على وضع التنظيم الخاص بتشكيل محكمة التحكيم الخاصة بالفصل فى هذا النوع من المنازعات(١٩٢) ، وتحديد اجراءات تحكيمية خاصة تسمح باشتراك الاطراف انفسهم فى صنع القرار النهائى .

هذا التنظيم اللازم لنجاح مهمة هيئة التحكيم يقتضى بطبيعة الحال ان يكون هناك شرطاً فى عقد الاستثمار يسمح بمراجعة العقد واعادة التفاوض بشأنه للحفاظ على توازنه الاقتصادى . هذا الشرط ينبغى ان يتضمن اشارة الى المدة أو المدد التى يجوز بفواتها مراجعة العقد ، كما يتعين ان يتضمن تحديداً للظروف التى يمكن ان تكون مدعاة لهذه

---

(١٩٠) انظر : Amadio ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص٩٤ .

(١٩١) انظر Aron Broches ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص٣٩٤ ، N.Rodly ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص٥٧ .

(١٩٢) فتشكيل هذه المحاكم التحكيمية الخاصة يجب ان يتضمن خبراء فى الشئون المالية والاقتصادية ، انظر R.Y. Jennings ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص١٤٠ .

المراجعة ، والاهم ان يتفق الاطراف على اثر هذه المراجعة وماذا كانت تقوم على تبادلية المنفعة ام انها تتم بهدف التوفيق بين احكام العقد والمستجدات من الظروف بصرف النظر عن نتائجها .

وتجدر الاشارة الى ان حسن صياغة مثل هذه الشروط وتوافقها مع الاتجاهات المعاصرة الخاصة باتفاقات التنمية الاقتصادية ، وحسن اداء هيئات التحكيم للمهام المنوطة بها فى هذا المجال ، تساعد على اطالة أمد هذه الروابط كما تحول دون لجوء الدولة على وجه الخصوص لاتخاذ اجراءات انفرادية تضع نهاية لهذه الروابط وتكون مثاراً لنوع جديد من المنازعات امام المحكمين .

المبحث الثانى

التحكيم الدولى والاجراءات الانفرادية

التى تتخذها الدولة الطرف فى عقد الاستثمار

٦٥ - يفرق الفقه عادة بين نوعين من الاجراءات الانفرادية التى تقدم عليها الدولة الطرف فى عقد الاستثمار وتؤثر بطريق مباشر أو غير مباشر على تسوية المنازعات بطريق التحكيم .

والنوع الأول من هذه الاجراءات يتمثل فى قيام الدولة باحداث تغييرات جوهرية فى تشريعها الوطنى مما قد يؤثر على مدى سلطتها ، أو سلطة اجهزتها ، فى اللجوء للتحكيم أو الالتزام بالاحكام التى تصدر نتاجاً له ، أو قد يكون من شأن هذه التغيرات التعديل فى القواعد القانونية التى تحكم تسوية النزاع .

اما النوع الثانى فيقصد به تلك الاجراءات الانفرادية التى تتخذها الدولة لابطال أو فسخ عقد الاستثمار الذى يتضمن الاتفاق التحكيمى الذى انتهى اليه الاطراف لتنظيم اسلوب فض منازعاتهم (١٩٣) .

---

(١٩٣) انظـــر :

Pierre-Yves Tschanz "Contrats d'Etats et mesures unilaterales de l'Etat devant l'arbitre international" Rev. Crit. Dr. Int'l. prive, T.74, 1985, p.47

٦٦ - التغييرات التشريعية واثرها فى التحكيم الدولى:

سبق لنا فى هذه الدراسة ان عالجنا مشكلة قدرة الدولة واشخاص القانون العام الاعتبارية الاخرى على اللجوء لاسلوب التحكيم لفض منازعاتهم مع الخاصة من الافراد واشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، وقد بينا بعض الصعوبات التى تحول دون توافر هذه القدرة والتى قد تنبع من النظام القانونى للدولة أو بسبب ماتتمتع هذه الكيانات العامة من حصانة قضائية فى بعض الحالات(١٩٤) .

الا ان الأمر هنا يختلف تماماً ، فالفرض ان النظام القانونى للدولة لم يتضمن عند توقيع اتفاق التحكيم أى نص مانع يحظر على الدولة أو الاجهزة التابعة لها اللجوء الى هذا الاسلوب القضائى الخاص ، الا انه خلال حياة هذا الاتفاق ، أو خلال اجراءات التحكيم ذاتها ، صدر تشريع جديد يتضمن هذا الحظر ، فما مدى تأثيره على اتفاقات التحكيم القائمه ومدى اخلاله بالضمانات التى يكون المستثمر قد عول عليها عند ابرامه العقد المتنازع فى شأنه ؟

من القضايا الهامة التى تعد تجسيداً حياً لهذه المشكلة قضية Societe des Travaux de Marseille V. Republic populaire du Grands Bangladesh (١٩٥).

---

(١٩٤) انظر ماتقدم فى الفصل الاول من هذه الدراسة .

(١٩٥) راجع حكم المحكمة الاتحادية السويسرية الصادر فى ١٥ مايو ١٩٧٦ : Annuaire suisse de Droit International 1978 p. 387 not p. lalive ، انظر ايضا : Yearbook Commercial Arbitration 1986 p. 217 ، انظر ايضا فى التعليق على هذا الحكم : G.Delaume "State Contracts and transnational arbitration" المرجع السابق الاشارة اليه ، ص٧٨٩ .

وتدور واقعات هذه القضية حول قيام هيئة التنمية الصناعية لباكستان الشرقية (EPIDC) ، وهى شركة مملوكه بالكامل للحكومة الباكستانية بابرام عقد فى عام ١٩٦٥ مع شركة SGIM الفرنسية لمد خط انابيب الغاز فى باكستان الشرقية (والتى صارت منذ عام ١٩٧١ جمهورية بنجلاديش الشعبية) . وقد تضمن هذا العقد الاتفاق على خضوعه لاحكام القانون الباكستانى ، كما تضمنا شرطا تحكيمياً بمقتضاه يتعين فض المنازعات التى قد تنشأ بسبب هذا العقد أو بمناسبة تنفيذه بطريق التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على ان يتم التحكيم فى جنيف بسويسرا .

وفى عام ١٩٦٠ وعلى اثر منازعة الطرف الباكستانى فى مطالبة الشركة الفرنسية له بمبلغ إثنا عشر مليون فرنك فرنسى ، لجأ الطرفان للتحكيم وتم تعيين كل طرف لمحكمة فى ٧ مايو ١٩٧٢ . وبعد يومين فقط اصدر رئيس جمهورية بنجلاديش مرسوماً ، باثر رجعى يرتد الى ٢٦ مارس ١٩٧١ ، بتأسيس هيئة التنمية الصناعية البنغالية (BIDC) لتخلف هيئة التنمية الصناعية الباكستانية بحيث تنتقل للاولى كل الاصول المملوكة للثانية وكذا ديونها وتتحمل مسئولياتها "مالم ترى حكومة بنجلاديش توجه آخر" .

المهم ان هذا المرسوم ينص على ان : كل اجراءات التحكيم التى تكون هيئة التنمية الصناعية الباكستانية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا المرسوم ستعد لاغية ولن يكون لاى حكم تحكيمى تنتهى اليه هذه الاجراءات أى اثر أو الزام أو نفاذ فى مواجهة سواء هيئة التنمية الصناعية الباكستانية أو البنغالية ، وان أى سلطة تمت ممارستها بالنيابة عن الهيئة الباكستانية فى اجراءات التحكيم تعد باطلة ولاغية من تاريخ ٢٦ مارس ١٩٧١ ، وان أى نص فى العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم والتى شرع فى اجراءات التحكيم وفقا له يعتبر لاغياً ومعدوم الاثر .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد واصلت الحكومة البنغالية متابعتها الغاضبة المحمومة لهذه القضية ، فعلى اثر تحديد هيئة التحكيم لجلسة استماع فى ٢٠ نوفمبر ١٩٧٢ للنظر فى طلب الجانب الفرنسى الخاص باحلال الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية باعتبار الاولى خلفاً للثانية ، اصدر رئيس الدولة مرسوماً أخر يقضى بان حلول الاولى محل الثانية قاصر على الديون والمسئولية فى المسائل الغير متنازع فيها . ثم اصدر ١٥ نوفمبر ١٩٧٢ مرسوماً ثالثاً بحل الهيئة الباكستانية ونقل ملكية اصولها للحكومة البنغالية ، وقد منح هذا المرسوم الحكومة سلطة الوفاء ، على سبيل التفضل Ex gratia بأى مطالبات تتعلق بمسئولية الهيئة التى تم حلها والتى تراها الحكومة عادلة .

بالرغم من ذلك ، وبناء على ماارتأته هيئة التحكيم من صحة حلول الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية ، فقد اصدرت فى ٣١ مايو ١٩٧٣ حكماً يقضى بالمسئولية المشتركة للحكومة الباكستانية والهيئة التى تم حلها فى مواجهة الشركة الفرنسية .

ان هذه الاجراءات الانفرادية التى تابعت الدولة البنغالية اتخاذها لاتثير من الدهشة مايثيره موقف القضاء السويسرى من الدعوى التى اقامتها الحكومة البنغالية لابطال حكم التحكيم المنوه عنه فقد بعدت المحكمة السويسرية الفيدرالية تماماً عن المشكلة الجوهرية التى تتركز فى مدى قدرة الحكومة البنغالية على الغاء اتفاق التحكيم ، واستجابت لطلب بطلان حكم التحكيم لاسباب منها مالم يطرح اساساً فى النزاع المعروض عليها (حيث قضت بان الخلافة فى الاصول المملوكة ، أو فى المسئوليات الملقاه على عاتق ، الكيانات الطرف فى النزاع تخضع لاحكام القانون البنغالى) ، ومنها ماهو غير حقيقى (حيث قضت بأنه

لايوجد فى القانون السويسرى قاعدة قانونية تقضى بخضوع الشخص للتحكيم دون ارادته أو رغما عنها) ، ومنها اخيراً ماهو نو طابع عنصرى غير مقبول (حيث اكدت المحكمة على ان المراسيم الصادرة عن الدولة والتى جردت الجانب الفرنسى من بعض ضماناته المتفق عليها لاتمثل انتهاكا للنظام العام السويسرى لانها لاتمس حقوق الدائنين السويسريين) .

هذه القضية ، التى وصفها البعض - بحق - بانها مرعبة a "horror" Case تجسد مدى تأثر اتفاقات التحكيم بالتغييرات القانونية التى تقوم عليها الدولة ممارسة لسلطاتها السيادية والتى تؤثر بالتالى على مناخ الثقة الذى يعول عليه المستثمر وتبرر جانب كبير من المخاوف الذى يحملها هذا الاخير تجاه دول العالم الثالث(١٩٦) .

٦٧ - التغيرات التشريعية ومشكلة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار :

وتجدر الاشارة إلى أن مشكلة التغييرات التشريعية وأثرها على اتفاق التحكيم لا تعرض ، على النحو الذي بيناه ، إلا في حالة ما إذا كان قانون الدولة التي أقدمت على هذه التغييرات ، وهي في الغالب الدولة الطرف في النزاع ، هو

---

(١٩٦) ويلاحظ ان ممارسة الدولة لسلطتها التشريعية للتأثير مباشرة فى اتفاق التحكيم ليست من الامور النادرة الحدوث ، ففى قضية Losigner قامت الحكومة اليوغسلافية ، بعد ابرامها عقد لمد خطوط السكك الحديدية مع احدى الشركات السويسرية متضمناً فى مادته السادسة عشر شرطاً تحكيمياً ، باصدار قانون جديد ينص فى مادته الرابعة والعشرون على انه "لايجوز رفع دعوى على الدولة الا امام محاكمها الرسمية" راجع ، C.P.J.I., Serie C, n.7 .

الواجب التطبيق[١٩٧] .. ففي هذه الحالة وحدها يكون من الصعب على المحكم أن يتغافل مثل هذه التغييرات التشريعية .

ولكن هل يمكن التغلب على هذه الصعوبة بالقول بأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو ذلك القانون الذي كان ساريا لحظة ابرام هذا الاتفاق[١٩٨] ؟

في الواقع ان هذا القول يصعب الدفاع عنه خاصة اذا ماكان هذا القانون قد جاء تحديده نتاجا لاعمال مبدأ سلطان ارادة الاطراف[١٩٩] حيث تتجه الارادة الى اخضاع الاتفاق لنظام قانوني متطور بالضرورة ، وتهدف لتطبيقه بالحالة التي يكون عليها في كل لحظة من لحظات هذا التطور[٢٠٠] .

---

(١٩٧) ومع ذلك فمن المتصور ان تؤثر التغييرات التشريعية التي تحدث في الدولة المضيفة على اتفاقات التحكيم التي تبرمها هذه الدولة وترتضي خضوعها لقانون دولة أخرى وذلك اذا كان من شأن هذه التغييرات حظر هذا الاسناد ، راجع G.vedel . المرجع السابق ، ص ١٢٩ الا اننا نرى ان ذلك منوط بكون قواعد القانون الدولي الخاص في هذه الدولة المضيفة هي الواجبة التطبيق .

(١٩٨) انظر في هذا الرأي : Ryziger , " Intervention au 1 er Congres International de l'arbitrage" Rev.Arbitrage,1961,p.138.

(١٩٩) انظر : G.Delaume " La Convention Pour le reglement des differends..." المرجع السابق الاشاره اليه ، ص ٤٦، ٤٧ ، ويرى Delaume في هذه النتيجة قاعدة عامة يتعين تطبيقها ليس فقط في حالة ما اذا كان العقد يخضع لقانون وطني معين " ولكن ايضا عندما يتجه الاطراف الى تدويل الاطار القانوني لعلاقتهم واخضاعها للقانون الدولي ، فالقانون الدولي قد لا يتغير ولكنه في الحقيقة يتطور ، لذا فان المحكم او القاضي عليه ان يطبق قواعده السارية وقت فض النزاع ، فالقول بغير ذلك يفرغ القانون الدولي من طبيعته الحقيقية كنظام قانوني تكون وظيفته في تحديد قانون العقد مماثلة للنظام القانوني الوطني في فضه لمشكلة تنازع القوانين " ، راجع " .... G. Delaum " State Contnacts ، المرجع السابق ، ص ٨٠٥ .

(٢٠٠) راجع : B. Goldman " le droit applicable selon La Convention de La BIRD .. " المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ١٥٢ . وقد اضحى خضوع اتفاق التحكيم لقانون ارادة الاطراف من القواعد القانونية المستقرة لتوافقه مع طبيعة التحكيم ذاته ، انظر في ذلك : Ph, Fouchard " L'arbitrage Commercial International" المرجع السابق ، فقرة ٨٥ .

فالقانون الواجب التطبيق اذن يتعين النظر اليه بالحالة التي يكون عليها أن تطبيقه بصرف النظر عن مضمونه وفحواه لحظة ابرام اتفاق التحكيم ، الأمر الذي يضع هذا الاتفاق في بؤرة التأثيرات الناجمه عن التغييرات التشريعية التي تطرأ على هذا القانون (٢٠١).

٦٨ - لاشك ان مثل هذه التغييرات التشريعية تزيد من مخاوف المستثمر فى تعامله مع الدولة المضيفة وتساهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة ، مما دفع ببعض الدول الى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين اتفاقات الاستثمار شرطا خاصا بالثبات التشريعي ، مقتضاه خضوع الاتفاق ، بما في ذلك شرط التحكيم ، لقانون الدولة المضيفه الساري لحظة ابرامه (٢٠٢).

هذا الثبات التشريعي قد نجده ايضا مدرجا في قوانين الاستثمار ذاتها في اطار ما يعرف بضمان استمرار المستثمر في التمتع بالمزايا والضمانات التي توفرها له هذه القوانين . فطبقا للفقرة الثانيه من المادة الخامسة من قانون الاستثمارات الجزائري الصادر في ١٥/٩/ ١٩٦٦ " تضمن الحكومة المزايا التي حصل عليها المستثمر بموجب القانون الساري وقت الترخيص بالاستثمار " .كما تنص الفقرة الرابعة من المادة الثانية من قانون الاستثمارات التونسي رقم٣٥ لسنة ١٩٦٩ على ان " اي تعديل على القا نون الحالي لا يسلب الاستثمارات المصدق عليها سابقا المزايا الممنوحة لها "(٢٠٣).

---

(٢٠١) ويرى البعض – وفي مجال القانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة – انه يتعين الاعتراف بتأثير هذه التغييرات التشريعية على اساس ان المشكله المطروحة لا تتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان وانما تتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان ، وحيث يكون في مكنة المشرع في هذه الحالة أن يمد اثر القانون الجديد للاتفاقات السابقة قبل نفاذه ، راجع : F. Deby Gerard " Le rôle de La règle de conflit dans le reglement des rapports internationaux " Librarie Dalloz , 1973 , 231 p. 263

(٢٠٢) انظر الامثله الواردة في: P.Weil " les clauses de stabilisation ou d'intangibilité inserées dans les accords de developpement économique " . Mélanges Rousseau , p. 301 .

(٢٠٣) راجع " المرشد الى معرفة قواعد الاستثمار في الدول العربية " من اصدارات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، ١٩٨١ـ ص ١٨٨ ، ١٨٩ .

ومع ذلك فان غالبية الفقه لا تستشعر تفاؤلا ازاء هذه الشروط التي توافق عليها الدولة الطرف في اتفاق الاستثمار اذ انها لا تقف حائلا دون مخاطر استخدام هذه الدولة لسلطاتها السيادية مستقبلا واقدامها على تغييرات تشريعية تؤثر في حياة هذا الاتفاق وما يحويه من ضمانات(٢٠٤) .

٦٩ - من اجل ذلك كان اللجوء الى تطبيق القانون الدولي العام بغية تفادي مشكلة التغييرات التشريعية التي تطرأ على قانون الدولة الطرف في اتفاق التحكيم .

حقيقة الأمر ان تطبيق القانون الدولي العام على اتفاق التحكيم أو عقد الاستثمار في مجموعة يستلزم تبريرا قانونيا كما ان هذا التطبيق بدوره لا يخلو من صعوبات .

إن القانون الدولي العام في الواقع ، وطبقا للنظرية التقليدية، يعد بعيدا كل البعد عن العقود التي تبرمها الدولة مع اشخاص القانون الخاص الأجنبية . هذه العقود لا تقع في مجال القانون الدولي العام وترتبط بالضرورة بنظام قانوني داخلي لدولة ما يجري تحديده طبقا لقواعد القانون الدولي الخاص(٢٠٥) .

هذه النظرية التقليدية اكدتها المحكمة الدائمة للعدل الدولي بمناسبة قضية القروض الصربية البرازيلية حيث قضت بان " كل عقد ليس مبرما بين دول باعتبارها من اشخاص القانون الدولي العام يجد اساسه في قانون وطني معين ، وان تحديد هذا القانون يدخل في إطار ذلك الفرع القانوني الذي يعرف حاليا بالقانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين "(٢٠٦) .

---

(٢٠٤) راجع : P. Weil . المرجع السابق ص ٣٠٦ هامش ١٢ ، انظر ايضا G.Vedel المرجع السابق ، في نفس الموضع .

(٢٠٥) انظر : P. weil " Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier " , Rec. des Cours de L'Academie de Dr. Int'l, 1969 , T.III, p. 115 " .

(٢٠٣) Any contract which is note a contract between states in their copacity as subject of international law is based on them muncipal law of some country . The question as to what this is forms the subject of that branche of law which is at the present day usually described law private international law or the theory of conflict of laws", 1929 , P.C.I.J. serie A, No as 20 p. 41.

ويعزز هذه النظرية التقليدية ما ذهب اليه الفقه الغربي من عدم امكان الاستعاضة عن النظم القانونية الوطنية عن طريق تطبيق القانون الدولي ، فهذا القانون في الواقع " لا يعد نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق لكونه لا يمثل تعبيرا عن اي سيادة كما انه لم يتطور بالقدر الكافي حيث مازال يفتقر للقواعد التي يمكنها ان تحكم العلاقات التعاقدية "(٢٠٧) .

بالرغم من هذه الاراء الفقهية وتلك الحجج النظرية فإن الواقع العملي ينطق بمحاولة الوصول إلى دولية هذه الاتفاقات التي تبرمها الدول مع كيانات القانون الخاص رغبة في تحريرها من سيطرة قوانين هذه الدول والتغييرات التشريعية التي قد تقدم عليها ، كما ان هذا الواقع يشير الى الى انه بالنسبة للتحكيم الدولي على وجه الخصوص فقد صار له قانوناً خاصاً دولياً(٢٠٨) .

٧٠- في الواقع ان الاعتراف بدولية الاتفاق المبرم بين احد اشخاص القانون الخاص والدوله أو احد اجهزتها يمكن ان تختلف اسبابه وكذا نتائجه بحسب ما اذا كان البحث يجري في اطار القانون الدولي العام او في اطار القانون الدولي الخاص .

ففي اطار القانون الدولي العام تقوم دولية الاتفاقات على اساس انها قد ابرمت بين اطراف يعترف لها هذا القانون بالشخصية الدولية .

---

(٢٠٧) راجع : Robert B. von Mehren & Nicholas Kourides : " International arbitration between states and Foreign private parties : The Lybian nationalization " Am .J. Int'l law , voi . 75,1981.p.510.

(٢٠٨) راجع: B. Goldman : " Arbitrage et droit Commun de Nations" Rev. Arb . 1957 p. 111

انطلاقا من هذا المفهوم فان الاتفاقات التي تبرمها الدول مع الخاصة من الافراد او اشخاص القانون الخاص الاعتبارية لا تعد من قبيل العقود الدولية ولا تخضع بالتالي لاحكام القانون الدولي العام(٢٠٩) . ،إن القانون الدولي العام لا يتوجه فيه الخطاب للخاصة ، واذا كانت بعض قواعده قد خلقت حقوقا لصالح هؤلاء ، او التزامات على عاتقهم ، فهذا لا يعني الاعتراف لهم بصفة اشخاص القانون الدولي ، إذ لو كان الأمر كذلك لصار لهؤلاء الحق في الدخول المباشر في دعاوى دولية والدفاع عن حقوقهم استقلالا عن تبني مطالبهم من جانب حكومات الدول التابعين لها ودون مطالبتهم باستنفاد الطرق القانونية الوطنية لاقتضاء هذه الحقوق اولا ، هذه المرحلة المتطوره لم تبلغها اطوار القانون الدولي العام بعد (٢١٠).

٧١ - ومع ذلك فاننا نجد في القضاء التحكيمي تيارا جارفا يتجه نحو تدويل هذه الاتفاقات استنادا الى خضوعها هى ذاتها لاحكام القانون الدولي ، بمعنى ان دوليه الاتفاق هنا مرجعها مضمون ذلك الشرط التعاقدي الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق (٢١١).

---

(٢٠٩) هذا المعنى قد تاكد صراحة في حكم التحكيم الصادر في قضية Aramco ، راجع المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٣ ص ٣١٣ ، كما يمكن استخلاصه ضمنا من حكم التحكيم الصادر في قضية / Topco Calasiatic راجع جريدة القانون الدولي الخاص (كلونيه) ١١٩٧٧ ص ٣٥٠ وما بعدها ، ومع ذلك يرى البعض ان الشخصية الدولية يتعين الاعتراف بها لاطراف عقود التنمية الاقتصادية من الخاصة ، انظر " W . Freidmann The Changing structure of international law " London , Stevenson , 1964 P. 221 .

(٢١٠) راجع : Abi - Saab " The International law of multinational Corporations : A critique of American legal doctrines" Annales d'études internationale 1971 P. 97 et spec.101 et s.

انظر ايضاً : G.van Hecke " Problèmes juridiques des imprunts internationaux",1955 p.287.

(٢١١) فتدويل العقد قد يفرغ في شكل شرط خاص باختيار القانون الواجب التطبيق ، راجع :

Agreement of 1962 between the Republic of Vietnam and foreign Oil Companies

مشار اليه في: " .. G.R.Delaume " State Contracts ، المرجع السابق ، ص ٧٩٧ ، هامش ٦٠ .

في الواقع ، انه يندر ان نجد في عبارات عقود التنمية الاقتصادية أو في اتفاقات التحكيم المرتبطة بها اشارة صريحه قاطعة الى تطبيق مباديء القانون الدولي العام ، فهذه الاتفاقات إنما تشيرالى المباديء والاخلاقيات الواجب على الاطراف التحلي بها ومراعاتها في تنفيذ التزاماتهم ، وهي ما نعتقدها مباديء واخلاقيات مصاحبة لتنفيذ كل اتفاق بصرف النظر عن القانون الذي يحكمه(٢١٢) .

ومن ناحية اخرى ، فانه في عديد من قضايا التحكيم لم تكن ارادة تطبيق القانون الدولي ، او المباديء العامة للقانون(٢١٣) ، على الاتفاق محل النزاع ، سوى ارادة محكمة التحكيم ذاتها(٢١٤) ، بل ان هذه الارادة كانت لها الارجحية في بعض الحالات بالرغم من ان دلائل التركير الموضوعي للعقد

---

(٢١٢) تنص المادة (٢١) من عقد الامتياز المبرم في عام ١٩٣٣ بين الحكومة الايرانية وشركة البترول الانجلوايرانية على أنه " تقر الاطراف المتعاقده بان يقوم تنفيذ هذا الاتفاق على اساس مباديء حسن النيه والود المتبادل بين اطرافه وعلى اساس التفسير المنطقي لشروطه ... ". راجع :

A. Farmanfarma"The Oil agreemet between Iran and the International Oil Consortium : The law controling " Texas law Review , 1955 p.259.

كذلك في قضية Sapphir فإننا لا نجد شرطا خاصا بالقانون الواجب التطبيق وانما هناك اشارة عامة الى ان " تنفيذ الاتفاق يجب ان يتم على اساس حسن النية والود المتبادل بين اطرافه " راجع في ذلك :

international legal Report (35) 1963 p. 136 .

(٢١٣) ويشير حكم التحكيم الصادر في قضية Topco / Calasiatic الى ان نطاق مباديء القانون الدولي اكثر شمولا من المباديء العامة للقانون وذلك " لان هذه الأخير تساهم مع عناصر أخرى ، كالاعراف الدولية والعادات المتبعة والمقبولة من جانب قانون الأمم ، في تشكيل ما يعرف بمباديء القانون الدولي ... " راجع :

Int'l legal Report, 53 , 1979 p. 389 .

(٢١٤) ففي قضية Société Rialet v . The Gouvernment of Ethiopia ، خلصت المحكمة الى أنه في حالة غياب شرط خاص بالقانون الواجب التطبيق فان هذا العقد يقوم على أساس مباديء القانون ذات القبول العام ، راجع David Flint ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .

فيها كانت تشير الى تطبيق قانـــون وطني معين (٢١٥).

واخيرا فاننا نعتقد من جانبنا ان التحليل السابق الذي يرتكز على ان تدويل العقد مرجعه خضوعه لاحكام القانون الدولي قد خلط بين الاسباب والنتائج ، فهذا الاسناد مرجعه دولية العقد وليس العكس ، ومن ثم يكون من الاوفق ان ينصب البحث على طبيعة اتفاقات الاستثمار ذاتها .

إن اتفاقات الاستثمار ، والتي تدخل في اطار ما يعرف الآن باتفاقات التنمية الاقتصادية ، تتمـيز بسمات خاصة : الآجال الطويله لهذه الاتفاقات ، مساهمة اشخاص القانون الخاص الاجنبية ، الاطراف فيها ، في تحقيق خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة المضيفة ، تعلق هذه الاتفاقات في بعض الاحيان باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد ، المخاطر التي يتعرض لها المستثمر الاجنبي في علاقته بالدولة الطرف في إتفاق الاستثمار وما تتمتع به هذه الاخيره من سلطات سيادية واسعة ...

هل تدعو هذه الطبيعة الخاصة باتفاقات الاستثمار الى الاعتراف بدوليتها ؟ وهل تستوجب هذه الصفة اخضاع هذه الاتفاقات لمباديء قانونية عامة ذات قبول عالمي (٢١٣) . في الحقيقة ان تطبيق احكام القانون الدولي او المباديء العامة للقانون لم تفرضه هذه الطبيعة الخاصة باتفاقات الاستثمار بقدر ما أملته اعتبارات اخرى تتعلق بتوفير الضمانات الكافية للمستثمر والرغبة الخفية في تخليص هذه الاتفاقات من سيطرة القوانين الوطنية ، أو قوانين الدول النامية خاصة (٢١٧) .

---

(٢١٥) راجع : " Lena Goldfield limited Arbitation ", Cornell law Quarterly , (Cornell . I. Q), 36 1950 p. 42 .

(٢١٦) هذا الاستخلاص نجده في حكم التحكيم الذي اصدره القاضي Cavin في قضية Sapphir سابق الاشارة اليه .

(٢١٧) إن الخشيه من تطبيق هذه القوانين نجدها في كثير من الاحيان غير مبررة ، إذ يكون مرجعها تلك النظرة الدونية لقوانين الدول الصـغرى ، راجع حكم التحكيم الذي اصدره Lord Asquith في قضيه : Petroleum Development limited v . Sheikh of Abu Dhabi منشور في I.C.L.Q. 1952 p . 247 .راجع ايضا حكم التحكيم الذي اصدره Alfrid Bucknill في قضية Ruler of Qatar v. international Marine oil Company منشور في Int'l Legal Report 1953 p. 534 . =

ينبغي القول انه حتى لو سلمنا بدولية اتفاقات التنمية الاقتصادية وان القانون الذي يحكمها هو القانون الدولي العام سواء باعتباره اكثر ملائمة لحكم هذه الاتفاقات أو لكونه يتيح قدرا اكبر من الحرية للاطراف في تحديدهم للقانون الواجب التطبيق ، فان هذا التدويل وتلك الحرية لا يمكن الا وان يقوما على اساس قواعد القانون الدولي الخاص (٢١٨) .

مفاد ذلك إذن ان حق الاطراف في اللجوء الى المباديء العامة للقانون ، او تطبيق قواعد القانون الدولي العام ، لابد وان يستند الى قاعدة تسمح بهذا الاختيار ، فالشرط التعاقدي الذي يسمح باختيار القانون الواجب التطبيق يرتكز بالضرورة على نظام قانوني معين يستمد منه قوته الملزمة (٢١٩)،

= هذه النظرة ايضا كانت الدافع وراء صياغة نص المادة ٢٨ من العقد المبرم بين شركة BP والحكومة الليبية ، والمادة ٢٩ من العقد المبرم بين شركة Texaco والحكومة الليبية ، هذين النصين اشارا الى ان مناط تطبيق القانون الليبي هو مدى توافقه مع احكام القانون الدولي و أنه في حالة غياب هذا التوافق تطبق المباديء العامة للقانون وكذا المباديء التي تطبقها المحاكم الدولية ، راجع : Int'l Legal Report1968 -53-p.389;53- p. 297

(٢١٨) انظر : F.A.Mann " The proper law of contracts concluded by International persons " British year book of law , 35 , 1959 , p. 35.

(٢١٩) راجع في هذا المعنى حكم التحكيم الذي اصدره في ٩١ يناير ١٩٧٧ R.J.Dupuy في قضية : Topco / Calasiatic ، سابق الاشارة اليه ، هذا الاختيار لا يمكن تأسيسه في الواقع على وجود قاعدة عرفية دولية تقضي به ، فاذا كانت اتفاقات التنمية الاقتصادية ، وعقود الامتياز البترولية بصفة خاصة قد جرى العمل خلال الخمسينات أو الستينات على اخضاعها للمباديء العامة للقانون ، كما ذهب الى ذلك الحكم المشار اليه ، فان الواقع العملي قد شهد منذ بداية السبعينات تحولا نحو توطين هذه العقود renationalisation واخضاعها لقانون الدوله الطرف فيها ، راجع J.P. A. Kuusi ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠ ، انظر ايضا في هذا المعنى : A.s. El.Dosheri " Le regime juridique crée par les accords de participation dans le domaine petrolier",Rec. des. Cours , 1969 . 111, p. 95 . بل تجدر الاشارة الى ان هناك اتجاها فقهيا محل اعتبار يرى ان مثل هذه العقود انما تخضع لما يسمى بالقانون عبر الدول Le droit transnational وهو نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية والقانون الدولي ،انظر " .. "... J.F.Lalive" Un recent arbitrage suisse سابق الاشارة اليه ص ٣٠١ .

ومن ثم فإن المشكله لم تخرج عن نطاق القانون الدولي الخاص (٢٢٠) .

ففي اطار هذا القانون يحق للاطراف اختيار القانون الدولي العام ، او المباديء العامة للقانون، باعتباره القانون الواجب التطبيق على العقد اذا ما توافرت لهذا الاخير صفة الدولية وكانت قاعدة التنازع المطبقة تعترف بمبدأ سلطان الارادة في هذا المجال .

٧٢ -ولكن ما مدى تأثير تدويل اتفاقات الاستثمار وخضوعها بالتالي لاحكام القانون الدولي على اتفاقات التحكيم التي تتضمنها ؟ .

لاشك ان هذا التدويل وذلك الاسناد من شأنه جعل اتفاقات التحكيم بمنأى عن التغييرات التشريعية التي تقدم عليه الدولة المتعاقدة ، فاحترام اتفاق التحكيم في هذه الحالة يفرض نفسه بمقتضى قاعدة Pacta sunt servanda .

إن الانتقادات التي وجهت لهذه القاعدة وما تتضمنه من قيود على ممارسة الدول لسيادتها في مجال العقود انما تتعلق بتعارضها مع طبيعة اتفاقات الاستثمار واجالها الطويلة وحق الدولة في اعادة التوازن الاقتصادي لهذه الاتفاقات وهي امور بعيده كل البعد عن الامان والاستقرار القانوني الواجب توافره لاتفاقات التحكيم .

فإعتبار شرط التحكيم ضمن الشروط الواجب عدم المساس به ، وانه يتعين حمايته من اي اجراءات انفراديه لتعديله او الغائه يبرره ان " هذه الآليه التي اقامها الاطراف لتسوية منازعاتهم المحتملة يجب ان تتوافر الامكانيه لوضعها موضع التنفيذ وذلك لتقدير مدى مشروعية ونتائج الاجراءات التي تقدم عليها الدولة ممارسة لسطاتها السيادية ، ان هذا الشرط الاساس من شروط العقد يفقد كل قيمة وفاعلية اذا ما سمح للدولة ان تتحلل منه بارادتها المنفردة " (٢٢١) .

---

(٢٢٠) انظر د . ابوزيد رضوان ، المرجع السابق ، فقره ٧٤ ص ١٢٦ ، ومع ذلك يرى هذا الجانب من الفقه المصري ان تدويل القواعد القانونية التي تثار بشأن عقود القانون العام " مازال مطلبا طموحا في طور الاماني " . المرجع السابق ، فقرة ١١٥ ص ١٩٥ .

(٢٢١) راجع : " P. Weil ' Probème relatif aux contrats passés entre Un Etat et un Particulier سابق الاشارة اليه ، ص ٢١١ .

علاوة على ما تقدم ، فإن التحكيم كنظام خاص لتسوية المنازعات يحتل مكانه هامه بين سائر المزايا والضمانات التي يحصل عليها المستثمر الاجنبي من الدولة المضيفه ومن ثم وجب ان يؤدي دوره في حماية الاستثمارات من المخاطر السياسية خاصة .

فالمحكم في اطار القانون الدولي العام ، باعتباره القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ، يستطيع إذن ان يتغافل تلك التعديلات التي طرأت في القانون الداخلي للدولة المتعاقدة والتي تمس الاتفاقات التحكيميه التي ابرمتها ، فهذا الاخير لا يستمد في هذا الفرض قوته الملزمه من قانون هذه الدوله وانما من القانون الدولي العام مباشرة .

ومع ذلك فان فاعلية التحكيم في مجال اتفاقات الاستثمار بصفة خاصة لا تتحقق فقط بحماية اتفاق التحكيم وضمان استقراره في مواجهة التغييرات التشريعية ، وانما يتعين ايضا صون هذا الاتفاق واطلاق آلياته في مواجهة التدابير الانفرادية التي تقدم عليها الدولة لانهاء او فسخ الاتفاق الاصلي الذي يتضمنه . هذا الهدف لا يتحقق بدوره الا بالاعتراف باستقلال شروط التحكيم عن العقود الاصلية التي تتضمنها ، والاعترافات لهيئات التحكيم بسلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بهذه التدابير الانفرادية .

٧٣ - استقلالية شرط التحكيم عن اتفاق الاستثمار الذي يتضمنه :

أقرت بعض القوانين الوطنية صراحة مبدأ استقلالية شرط التحكيم بصفة عامة (٢٢٢) ، كما ذهبت بعض الدول الى الاعتراف بهذا المبدأ فحسب في مجال التحكيمات الدولية .

---

(٢٢٢) مثال ذلك القانون السويـــدي ، انظـــر G. Forsius " L'independance de la clause Compromissoire en droit suedois " Rev .Arbitrage 1955 p. 16 , والقانون اليوناني ، انظر A.Foutoucus ؛ المرجع السابق ، فقرة ٨٠ .

ففي فرنسا . وبالرغم من وجود اتجاه قضائي مسيطر يؤكد على الارتباط بين مصير شرط التحكيم ومصير العقد الاصلي(٢٢٣) ، فان محكمة النقض الفرنسية قد قضت بانه في مجال التحكيم الدولي يتعين الاعتراف بالاستقلالية القانونية الكاملة لاتفاق التحكيم ، سواء كان مفرغا في شكل شرط تعاقدي مدرج في العقد الاصلي او في شكل مشارطة مستقلة عنه ، الامر الذي يجعل هذا الاتفاق بمنأى عن أي تأثير ناجم عن الغاء العقد او ابطاله(٢٢٤) .

هذه الاستقلاليه القانونية الكاملة تعني من ناحية امكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الواجب التطبيق على العقد الاصلي ، كما نعني من ناحية اخرى، وهو مايدخل في اهتمامنا الآن، عدم تأثر شرط التحكيم باي بطلان أو فسخ يتعرض له العقد الاصلي(٢٢٥) .

هذه الاستقلالية قد اكدها القضاء التحكيمي في عديد من منازعات الاستثمار . ففي قضية Losigner دفعت الحكومة اليوغوسلافية أمام هيئة التحكيم بان شرط التحكيم لم يعد له وجود على اثر فسخ مجلس الوزراء اليوغوسلافي للعقد الاصلي ، وقد رفض هذا الدفع على اساس " وجود قضاء مستقر يجعل من فسخ العقد بالارادة المنفردة مجردا من كل اثر على شرط التحكيم الذي

---

(٢٢٣) انظـــر : " y. loussouarn " Cours général de Droit international privé Rec. des Cours , 1973 , II , p. 307 .

(٢٢٤) راجـع : Cass . civ . 7 Mai 1963 , Gosset , Rev . crit. D.I.P. 1963 , p. 615 note H. Motulsky , J.C.P. 1963 . II. 13405 , note B. Goldman.

(٢٢٥) راجع : "...Y.loussouarn " Cours général ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ ، ايضا انظر :

France Deby Gerard المرجع السابق ، فقرة ١٣٤ ص ١٠٤ ، ويرى البعض امكانية اعتبار ما انتهي اليه القضاء الفرنسي بخصوص مبدأ استقلالية شرط التحكيم بمثابة " قاعدة دولية بالمعنى الصحيح ، بمعنى انها تعكس مبدأ مقبولا في الروابط بين مختلف الدول وليس مجرد اجتهاد قضاء وطني " ، راجع د . ساميه راشد ، المرجع السابق ، ص ١٦٤ .

يتضمنه والذي يتعين الابقاء عليه لحين الحكم في بواعث هذا الفسخ .(٢٢٦)

وفي قضية Lena Goldfield رفضت الحكومة السوفيتيه خضوع نزاعها مع هذه الشركة للتحكيم على اساس ان شرط التحكيم قد اضحى عديم الاثر ، طبقا للمباديء العامة للتحكيم ولنصوص عقد الامتياز ، نتيجة لفسخ الشركة لهذا العقد (٢٢٧).

في الواقع ان محكمة التحكيم استنادا الى هذه المباديء العامة ذاتها قد رفضت الدفع الذي اثارته الحكومة السوفيتيه ، كما ان المحكمة لم تجد في نصوص العقد التي تستند اليها الحكومة ، وخاصة نص المادة ١/٨٦ ، ما يؤيد مزاعمها . فهذا النص انما يفرض فحسب على عاتق الحكومة التزاما بعدم ممارستها لسلطتها السيادية بهدف فسخ العقد او انهائه إنهاء مبتسرا ، ومن ثم فان ما نعته الحكومه على الشركة من قيام الاخيره بوضع نهاية لعقد الامتياز بالرغم من وجود هذا النص يصبح مجردا من المعنى .

ان شرعية هذا الانهاء المعتبر من جانب الشركة يدخل بلا شك في مجال اختصاص محكمة التحكيم طالما ان هذا الانهاء يعد انتهاكا للعقد الاصلي ، فهذا الانهاء لا يلغى اختصاص المحكمة وانما يؤكد بالفعل هذا الاختصاص (٢٢٨).

ولكن اذا كان الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الاصلي من شأنه تدعيم سلطة واختصاص هيئة التحكيم في الحالات التي تقدم فيها الدولة على انهاء هذا العقد ، فإن مدى هذه السلطة وذلك الاختصاص يظل بحاجة الى البحث والتدقيق خاصة في مجال التدابير الانفرادية التي تتخذها الدولة بصفة عامة بهدف تحقيق الصالح العام ، الأمر الذي يقع في بؤرة المشاكل التي تواجه التحكيم في مجال منازعات الاستثمار .

---

(٢٢٦) راجع : C.P.J. I, serie C. n/. 78 p. 23

(٢٢٧) راجع : Rashba " Settlement of disputes in commercial dealings with the soviet Union " , Col . law Review , 1945 P. 539

(٢٢٨) انظر : A. Nussbaum The arbitration between the leama Goldfields ltd . and the Soviet Government " Cornell law Quarterly 1950 . p . 37 .

٧٤ - مدى سلطة المحكم في مواجهة التدابير الانفرادية :

قد تقدم الدولة الطرف في اتفاق الاستثمار على تأميم أو نزع ملكية المشروع محل هذا الاتفاق ، فهل تحول اعتبارات السيادة التي دفعت الدولة لاتخاذ هذا التدابير دون عقد الاختصاص بسلطة التحكيم بالنظر في المنازعات الناشئة عنها ؟ هل يجوز لهذه السلطة التحكيميه ان تراجع بواعث هذا العمل السيادي وان تحكم عند الاقتضاء بالغائه ؟ افصحت العديد من الحكومات عن رفضها لاختصاص هيئات التحكيم بالنظر في هذه الاجراءات الانفرادية التي تتخذها دولها بهدف تحقيق الصالح العام او في اطار تحقيق برنامج اقتصادي نو نفع عام .

فقد ذهبت الحكومة اللبنانية الى ان المنازعات المتعلقه بهذه الاجراءات لا تدخل في اطار شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الامتياز ، فالجهة المانحة للامتياز تستطيع ، بما لها من سلطات سيادية ، تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة(٢٢٩) .

وقد نحت هذا المنحى ايضا الحكومة الايرانية امام محكمةالعدل الدولية بحجة ان " تأميم صناعة البترول المرتبط بممارسة الدولة الايرانية لسيادتها من المسائل الغير قابلة لتحكيم " (٢٣٠) .

هذا الاتجاه في الواقع ، قابل للمناقشة ، إذ حتى لو سلمنا بان المنازعات التي تدور حول هذه الاجراءات لا تقبل بطبيعتها ان تكون محلا للتحكيم ، فالوجه الآخر لهذه الاجراءات انها تتضمن اغفالا بل نقصا للالتزامات التي ارتضتها الدولة والمتولدة عن العقد نفسه الذي ابرمته مع الطرف الآخر(٢٣١) .

---

(٢٢٩) راجع : Affaire de la Société de Beyrouth, C.I.J , 1954 p. 14 , 55.

(٢٣٠) راجع : Affaire de l'Anglo Iranian Oil Co , C.I.J. 1952 , p. 12

(٢٣١) ويرى البعض ان الاجراء الواحد لا يمكن ان يكون له صفتين في آن واحد ، فهناك اجراءات السلطة العامة التي تأخذ شكل القرار او القاعدة حيث ينحصر البحث في مدى امكانية الاعتراف بها ، والتي تختلف تماماعن الاجراءات التعاقدية التي تتوقف مشروعيتها على مدى توافقها مع احكام قانون العقد ذاته ، راجع pierre - yves Tschanz ، المرجع السابق ، الفقرتين ٦ ، ٧ ص ٥٠ ، ٥١ .

وبالرغم من ذلك فان غالبية الفقه تؤيد اختصاص المحكم في مثل هذه المنازعات في البحث في التعويض المناسب لجبر الضرر الناجم عن الاجراء الذي اتخذته الدولة دون النظر في أمر شرعية الاجراء نفسه ، ويقوم هذا الرأي على اساس ان منازعة الطرف الآخر ، في عقود التنمية الاقتصادية خاصة ، في صحة هذه الاجراءات التي تتخذها الدولة بهدف المصلحة العامة ستذهب سدى ، اذ ان المحاكم الدولية او محاكم التحكيم لا يدخل في سلطاتها ارغام الدولة على الرجوع عما اتخذته من اجراءات والزامها بتنفيذ العقد (أي اعادة الحال لما كان عليه قبل اتخاذ الاجراء Restitutio in integrum . ومن ناحية أخرى فان هذا المتعاقد الآخر يمكن ان يتخلص من عبء اثبات البواعث الحقيقية الظاهر منها والخفي ، التي دفعت الدولة الى اتخاذ هذه الاجراءات ، ومحل الاثبات هنا ليس بالأمر الهين اليسير ، وان يركز اهتمامه في المسألة الاساسية ، والتي يدخل اثباتها في مكنته ، والمتعلقه بمدى الضرر الذي لحق به والتعويض المقدر لاصلاحه وهي مسألة منفصلة تماما عن شرعية هذه الاجراءات(٢٣٢) .

مفاد ذلك إذن انه لا يجوز لسلطة التحكيم ان تتعرض لشرعية اجراءات التأميم او المصادرة وانما يتعين ان يقف اختصاصها عند حدود نظر التعويضات الملائمة (٢٣٣) .

---

(٢٣٢) راجع : R.Geiger " The unilateral change of econmic development agreements " I.C.L.Q: 1974, p. 73. spec. p. 102.

هذا الرأي يتفق مع ما اعرب عنه ممثلو بعض الدول النامية ، في اجتماعات الخبراء القانونيين التي عاصرت الاعداد لاتفاقية واشنطون ، من رغبة في استبعاد المنازعات ذات الطابع السياسي من اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بحيث ينحصر اختصاص المركز في صدد المنازعات المتعلقة باجراءات التأميم او المصادرة في بحث التعويض المناسب وليس النظر في شرعية الاجراء ، راجع : Document relatifs a l'origine et a l'élaboration de la Convention , Doc . z. 7 pp . 24 et 24 et 26 Doc. 29 .

(٢٣٣) هذه الحدود قد رسمتها بعض عقود الامتياز بطريقة ضمنيه : " كل منازعة تتعلق بتفسير او تنفيذ هذا العقد تدخل في اختصاص محكمة التحكيم الدولية في باريس ، عدا ما يدخل في مجال النظام العام الوطني (للدولة المتعاقدة) في هذه الحالة فإن المتعاقد الآخر يقبل الاختصاص القضائي (لهذه الدولة) ، وقد استندت محكمة التحكيم الى هذا النص للتأكيد على أنه لا يدخل في اختصاص قاضي اجنبي ، ومن باب أول المحكم ، =

٧٥ - ويلاحظ ان التحديد الذي أوردته اتفاقية واشنطون لتسوية منازعات الاستثمار يخلو من كل تحديد حقيقي في هذا المجال . فعلى الرغم من ان المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI قد انشيء " كجهاز لحل الخلافات القانونية التي تنشأ عن استثمار معين بين مستثمر اجنبي والدولة المضيفة لاستثماره في اطار تحقيق توازنا دقيقا بين مصالح ومتطلبات الطرفين ويحاول بصفة خاصة ان ينزع الطابع السياسي عن منازعات الاستثمار التي كثيرا ما عانت منه في الماضي "(٢٣٤) فاننا نجد ان نصوص هذه الاتفاقية لم تسجب لهذه الآمال بطريقة واضحة ، كما ان الطابع الارادي المسيطر والمحدد لاختصاص المركز قد اثر على فاعليته في النهاية في نظر المنازعات المتعلقة بالاجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة استخداما لسلطاتها السيادية .

فمقتضى نص الفقرة الاولى من المادة الخامسة والعشرين ان " اختصاص المركز يمتد للمنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة (او جهاز تابع لها تخطر به المركز) وبين احد رعايا دولة متعاقدة اخرى ، والتي تتصل اتصالا مباشرا باستثمار معين ، وان يكون الاطراف قد ارتضوا كتابة الخضوع للمركز " .

= البحث في دوافع الغاء الامتياز الذي اقدمت عليه الدولة والذي يدخل في اطار نظامها العام الوطني ، راجع :
Sentence rendu en 1968 dans L'affaire n. 1526 , Clunet 1974 pp. 915 et s.

(٢٣٤) راجع ، الدكتور ابراهيم شحاته ، المرجع السابق ، ص ٥ ويرى البعض أن كل منازعة تكون الدولة طرفاً فيها نجد فيها عنصراً سياسياً وكل منازعة سياسية لابد وان يكون لها أساس قانوني ، انظر :
Philippe Chapal " L'arbitrabilité des differends internationaux " , ed. Pedon Paris 1967 p. 60 .

فالنص المشار اليه قد اقتصر على تحديد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالمنازعات ذات الطابع القانوني ، لذا كان طبيعيا ، امام خلوه وخلو سائر نصوص الاتفاقية من تحديد دقيق للمقصود بهذا النوع من المنازعات ، ان صار هذا التحديد محض اجتهاد في التفسير .

هذا الاجتهاد قد انتهى بالبعض الى فهم هذا الاصطلاح ، اي المنازعات ذات الطابع القانوني ، على انه يستبعد من اختصاص المركز " تلك المنازعات المتصلة بالتأميم او نزع الملكية التي تدور حول مسائل اخرى غير التعويض " (٢٣٥) . فاذا كان اجراء التأميم او المصادرة يتضمن جانبين يمكن ان يدور حولها النزاع : شرعية الاجراء ، والتعويض المناسب ، فان اختصاص المركز يتحدد بالنظر في الجانب الثاني وحده ، فالمنازعة حول التعويض هي منازعة ذات طابع قانوني حيث تتصل بمدى الاصلاح الواجب والمترتب على نقض التزام قانوني .

ومع ذلك فان التفسير الذي ساد اجتماعات لجنة الخبراء القانونية ابان الاعداد لاتفاقية واشنطون ١٩٦٥ يميل الى جعل هذا الاصطلاح شاملا لكل صور المنازعات القانونية ، بحيث يدخل في اختصاص المركز القضاء في الطلبات المتعلقة بشرعية اجراء التأميم دون تعويض ما لم يتفق الاطراف على غيرذلك (٢٣٦) .

هذا التفسير نجده في الواقع اكثر قبولا لاتفاقه مع الهدف من الاتفاقية (٢٣٧) ،

---

(٢٣٥) راجع : Di Mazanza " l'arbitrage dans les codes des investissements de l'Afrique noire francophone " Rev . Juridique et politique , Indépenance et cooperation , 1975 p. 129 .

(٢٣٦) راجع : A . Broches : Documents relatifs a l'origine et a l'elaboration de la Convention , Doc. z. 7 (30 outil 1964) , Doc. z.9 (1 a 1964) , Doc . z 10 (20 juillet 1964) .

(٢٣٧) هذا التفسير ايضا يتوافق مع الهدف من انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، " من الخطأ ان ينظر الى هذا المركز على انه مجرد اداة لتسوية منازعات الاستثمار ففرضه الاسمى هو الحث على تكوين مناخ للثقة المتبادلة بين المستثمرين الاجانب والحكومات يكون من شأنه زيادة تدفق رؤوس الاموال للاغراض للانتاجية بشروط مناسبة " راجع د . ابراهيم شحاته ، المرجع السابق ، ص ٦ .

وكذا الطابع الارادي الذي ساد نصوصها(٢٣٨) .

فمناط اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو ارادة الاطراف وحدها . بل ان ارادة الدولة الطرف في النزاع لها دور خاص في هذا المجال حددته الفقرة الرابعة من المادة الخامسة والعشرون التي تقضي بان " كل دولة متعاقدة يمكنها عند التصديق على الاتفاقية او قبولها او اعتمادها ، او في اي تاريخ لاحق ، ان تخطر المركز بطائفة أو طوائف المنازعات التي تعتبرها خاضعة لاختصاص المركز ... " . مفاد ذلك ان اي دولة متعاقده يمكنها ان تستبعد جانبا من المنازعات من اختصاص المركز ولو كانت هذه المنازعات ذات طبيعة قانونية .

ويشير هذا النص في نهايته إلى أن مثل هذا الاخطار لا يشكل الرضا باختصاص المركز المنصوص عليه في الفقرة الاولى ، معنى ذلك ان اخطار الدولة المتعاقده للمركز بانواع المنازعات التي تقع في دائرة اختصاصه أمر ينفصل عن الرضا الكتابي - من جانب اطراف النزاع - الذي تقتضيه الفقره الاولى من المادة الخامسة والعشرون والذي ينعقد به في النهاية اختصاص المركز بالمنازعة .

فاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا يتحدد فقط ببيان المقصود بالمنازعات ذات الطابع القانوني وانما يتحدد ايضا بارتضاء الدولة الطرف باخضاع مثل هذه المنازعات للمركز والتقاء ارادة الاطراف على هذا الاختصاص .

اما التفسير المجرد لعبارة " المنازعات ذات الطابع القانوني " الواردة في المادة ٢٥ / ١ فيجب ان نقف عنده برهة ، حيث يجب عدم الخلط بين طبيعة الاجراء الذي تقدم عليه الدولة ، كالتأميم او نزع الملكية ، وبين طبيعة المنازعة التي تدور حوله . فالاجراء قد يكون سياسيا بالنظر لبواعثه في حين ان المنازعة الناجمة عنه يغلب ان يكون طابعها قانونيا ، فمحور هذه المنازعات هو مدى شرعية التأميم دون تعويض ولا تدور المنازعة حول مدى حق الدولة في اتخاذ هذا الاجراء او صحة البواعث التي دفعتها اليه .

---

(٢٣٨) انظر ما تقدم فقرة ٣٢ ، ص ٦٨ .

ومع ذلك فهناك مجال لوجود منازعات ذات طابع سياسي في اطار روابط الاستثمار ، ويقصد بها تلك المنازعات التي تتعلق بتعارض المصالح بين الطرفين ، كالمنازعات المتعلقه باعادة التفاوض او مراجعة عقد الاستثمار من اجل اعادة التوازن الاقتصادي اليه . حتى هذه المنازعات من المتصور ان ينعقد عليها اختصاص المركز خاصة وان حل هذه المنازعات لا يكون باللجوء الى قانون معين وانما يتلائم معها ركون المحكم لقواعد العدالة والانصاف Ex Aequo et bono التي اعترفت المادة ٤٢ من الاتفاقية صراحة بامكانية لجوء محكمة التحكيم اليها لفض المنازعات التي ارتضى الاطراف الاحتكام اليها في شأنها .

في الواقع ان تفسير المقصود بالمنازعات ذات الطبيعة القانونية على النحو المتقدم قد لا تكون له الأهمية البالغة في حالة وضوح اتفاق الاطراف ، والدولة خاصة ، فيما يتعلق بطوائف المنازعات التي يمكن اخضاعها لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، ولكن يظل لهذا التفسير تلك الاهمية ، في حالة ابهام هذا الاتفاق او غموضه .

٧٦ - اما في مجال القضاءالتحكيمي ، فلم يكن شاغل هذا القضاء في قابلية او عدم قابلية المنازعات الناجمة عن التدابير او الاجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة للتسوية بطريق التحكيم ، وانما تركز البحث اساسا حول ما اذا كان لجهة التحكيم المعنية سلطة الحكم على هذه الدولة بتنفيذ عين التزاماتها التي جاءت تلك الاجراءات ناقضة لها ، او معدلة فيها ، أم ان الاختصاص هنا ينحصر في جبر الضرر الناجم عنها بطريق التعويض وتحديد مداه ؟

هذه المسألة كانت أحد المحاور الهامة التي دار حولها قضاء التحكيم في قضايا التأميمات الليبية .

ففي قضية Limaco خلص المحكم (د. صبحي المحمصاني) الى رفض مبدأ التنفيذ العيني وبالتالي رفض تغيير الوضع القائم Statu quo الذي خلفته قوانين التأميم . وقد قام هذا النهج على اساس ان مبدأ اعادة الحال الى ماكان عليه restitutio in integrum لم يجر العمل على الاخذ به في القضايا الدولية المماثلة ، كما انه من الناحية العملية فانه من الصعوبة بمكان تنفيذ حكم تحكيمي بهذا المعنى لما يتضمنه من مساس بسيادة الدولة الطرف في النزاع . والذي ساعد المحكم على هذا الاستخلاص ان الشركة المتضررة من التأميم قد سلمت ضمنا باستحالة التنفيذ العيني لعقد الامتياز وحصرت مطالبها في تقرير التعويض المناسب (٢٣٩) .

اما في قضية BP ، فعلى الرغم من تاكيد المحكم M.lagergren على ان مبدأ اعادة الحال لما كان عليه قبل اتخاذ الاجراءات المتنازع فيها يعد من من مباديء القانون الدولي المستقره ، الا انه قرر أن اعمال مثل هذا المبدأ ، والأخذ بمثل هذا النوع من المعالجات ليس من الخيارات المتاحة في هذه القضية . وقد استند الحكم في قضائه هذا الى انه في عديد من القضايا الدولية المماثله يتم تسوية النزاع بتقرير التعويض الملائم ، كما اشار ايضا الى صعوبة تنفيذ مثل هذه الاحكام التي تتضمن اجبارا للدولة على الرجوع عما تخذته من اجراءات (٢٤٠) .

---

(٢٣٩) راجع : Robert B . Von Mehren & P. Nicholas Kourides ، المرجع السابق ، ص ٥٤٤ وما بعدها .

(٢٤٠) وقد اشار هذا الحكم ايضا الى حكم هام للمحكمه الدائمه للعدل الدولي في عام ١٩٢٨ في قضية شهيره معروفه باسم Charzow Factory اقرت الأخذ بمبدأ restituto in integrum ، ومع ذلك فقد اشار المحكم lagergren الى ان الحكم المذكور قد اشار الى هذا المبدأ على سبيل الملاحظة ، ملاحظات القاضي Obiter dictum ، ولا يعد جزء من منطوق الحكم ratio decicendi ، كما ان هذا الحكم يتعلق بنقض اتفاقية دولية وليس لعقد من عقود الامتياز التي تبرم مع الخاصة ، راجع :
Robert B . Von Mehren & P. Nicholas Kourides ، المرجع السابق ، ص ٥٣٣ .

اما في قضية Topco / calasiatic ، فعلى الرغم من ان المحكم H. Dupuy قد استعرض مجموعة القضايا المشابهة التي نظرها القضاء الدولي او قضاء التحكيم والتي تركزت احكامها في تقرير مبدأ التعويض ومداه (٢٤١) ، فان ذلك لا يخل ، من وجهة نظره ، بقابلية مبدأ التنفيذ العيني للتطبيق كما اشار الى ان هذا المبدأ يعد جزء من القانون الليبي ذاته ومن ثم فانه يعد الجزاء الطبيعي على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقديه وان عدم تطبيقه يجب ان ينحصر فقط في حالة ما اذا كانت العودة للوضع السابق the restoration مستحيلة استحالة مطلقة (٢٤٢) .

نخلص مما تقدم إلى أن الاجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة بهدف وضع حد لالتزاماتها أو تعديل هذه الالتزامات لا تخرج بطبيعتها من اختصاص قضاء التحكيم ، وإن مباديء القانون الدولي لا تحول دون تقرير حق الطرف المضرور في ان تقوم الدولة ، الطرف الآخر في العقد ، بتنفيذ عين التزاماتها التي يرتبها هذا العقد ما لم يكن ذلك التنفيذ بطبيعته أو بحسب ظروف الحال يتصف بالاستحالة المطلقة(٢٤٣).

---

(٢٤١) في تتبعه لتطور مبدأ (اعادة الحال لما كان عليه) في القضاء الدولي وقضاء التحكيم اشار الاستاذ Dupuy الى مجموعة من القضايا الدولية (حيث تدور المنازعة بين دولتين) منها : قضية : Movromatis Jerusalem منشوره في P.C.I.J. 1925 , Ser .A.n.5 at 51 ، قضية Temple of preah vihear منشورة في I.C.J. 1962 , Rep . 6 at 36 ، قضية Barcelona Traction منشوره في . I.C.J. 1962 Pleadings p . 183 وهذه القضايا مشار اليها في Robert B. Von Mehron & P. Nicholas Kourides ، المراجع السابقه ص ٥٤٠ هامش ٢٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٨ .

(٢٤٢) راجع : Award on the Merits para 109

(٢٤٣) وتجدر الاشاره الى أن الاستحالة المقصوده هنا هي استحالة تنفيذ الالتزام عينا وليست استحالة تنفيذ الحكم التحكيمي ، كما ذهب د . المحمصاني في قضية Limaco، فالمحكم لا ينبغي عليه ان ينشغل بمصير حكمه وانما يتعين عليه فقط ان يعمل على بلوغ العدالة وفق احكام القانون .

٧٧ - استخلاص وتعقيب:

هكذا يبين لنا مما تقدم ، ان هناك سمات خاصة باتفاقات الاستثمار متمثله في آجالها الطويلة ، وتعلقهافي كثير من الاحيان باستغلال مصادر الثروة الطبيعية في الدولة المضيفة، وارتباطها عادة بخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد علاوة على ما تتمتع به الدول من سلطات سيادية ، امتيازات السلطة العامة ، هذه السمات الخاصة الخاصة باتفاقات الاستثمار قد اورثت المنازعات المتولدة عنها طابعا خاصا اكدت هذه الدراسة على ملائمة اسلوب التحكيم وقدرته على تسويتها والفصل فيها .

فاذا كانت المنازعات التي تثور بسبب التغير في الظروف التي صاحبت اتفاقات الاستثمار وضرورة اعادة التوازن الاقتصادي اليها ، لا تقوم على اعتبارات قانونية ، وهو ما يجعل لاسلوب التوفيق دوره في معالجتها، فان هذه المنازعات لا تأبى بطبيعتها ان تكون محلا للتسوية بطريق التحكيم خاصة اذا ما كان لهيئة التحكيم المختصة سلطة فض هذه المنازعات على اساس قواعد العدالة والانصاف .

واختلال التوازن في اتفاقات الاستثمار قد لا يكون مرجعه التغير في ظروف لا إرادية فرضت نفسها على اطرافه ، وانما قد يحدث هذا الاختلال نتيجة السلطات الواسعة التي تملكها الدولة والتي يكون لها تأثيرها على حياة هذه الاتفاقات ومضمونها .

إن الاستقرار الذي ينشده المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة ليس الاستقرار الاقتصادي وحده وانما يسعى الى الاستقرار التشريعي ايضا ، والذي يكون له احيانا مردودا اقتصاديا ، فالتغييرات التشرعية التي تقدم عليها تزيد من المخاطر التي تعرض لها المستثمر السبب الذي من اجله بزغت فكرة سادت ساحات القضاء التحكيمي مؤداها تدويل اتفاقات الاستثمار واخضاعها بالتالي للقانون الدولي العام مباشرة .

في الواقع ان هذا التدويل ونتائجه لم تفرضه طبيعة هذه الاتفاقات بقدر ما املته الرغبة في تحريرها من سيطرة القوانين الوطنية .

كذلك فان السلطات السيادية التي تتمتع بها الدولة تمكنها ان تضع بارادتها المنفردة نهاية لاتفاق الاستثمار الذي ارتبطت به مما دعى الى الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم وابقاؤه على قيد الحياة بالرغم من فسخ الاتفاق الاصلي او انهائه انهاء متبسراً ، فممارسة هذه السلطات ليس معناه تجريد المستثمر الاجنبي من ضماناته وسبل حماية حقوقه .

اخيرا اذا كانت هذه السلطات السيادية التي تملكها الدولة تمكنها من اتخاذ اجراءات استثنائية كالتأميم او المصادرة ، فان شرط التحكيم ، وآلية التحكيم بصفة عامة ، يظل له جدواه وفاعليته . ان هذه الاجراءات الاستثنائية حتى لو غلب عليها الطابع السياسي فان المنازعات التي تدور حولها ذات طابع قانوني يتعلق بمدى الاصلاح الواجب للمستثمر حيال نقض الدولة لالتزاماتها وتعهداتها وهي من المسائل التي تدخل في الاختصاص الاصيل لسلطة التحكيم .

خاتمة

إن الاستثمارات الخاصة الاجنبية تمثل عصبا رئيسيا لاقتصاديات الدول النامية خاصة ، ومن ثم كان طبيعيا ان يقع توفير الامكانات المناسبة لجذب وتشجيع هذه الاستثمارات في بؤرة اهتمامات هذه الدول وهدفا اساسيا تدور حوله جل سياساتها ، ومجالا خصبا لدراسات رجال القانون والاقتصاد فيها .

لا مرية في ان تشجيع وجذب رؤوس الاموال الأجنبية ، والتقنيات المتقدمه ، للاستثمار في منطقتنا العربية لم تعد بالمهمة السهلة اليسيرة في عالم يموج بالمتغيرات السياسية والاقتصادية بل والتفاعلات العرقية والعقائدية أيضا . فالتكامل الاقتصادي الاوربي ، واهتمام الغرب وانشغاله باحداث المعسكر الشرقي ومحاولة اغتنام فرصة تحولاته الجذرية ودفعه الى آليات اقتصاد السوق الحر ، ومخاوف المد الاصولي والخشية من سيطرته على مقاليد الامور في بعض الدول الاسلامية .... الخ ، كلها امور من شأنها التأثير في اتجاهات الاستثمار . هذه الاستثمارات تتأثر بلاشك ، وفي كثير من الاحيان . بالتوجهات السياسية للدول التي تنطلق منها وتقع ايضا تحت تأثير أجهزتها الاعلامية .

والصعوبات التي تواجهها الدول النامية عامة في تشجيع وجذب الاستثمارات الخاصة الاجنبية لا يكون مرجعها دائما الظروف العالمية او الاقليمية الخارجة عن ارادة هذه الدول ، وإنما قد تمتد جذور هذه الصعوبات إلى سياسات هذه الدول ذاتها ونهجها العملي المتبع في ادارة روابط الاستثمار والذي قد يقصر عن الايفاء بما قطعته على نفسها من وعود وما التزمت به من تعهدات .

فالمستثمر الاجنبي لا يعنيه ، في الواقع ، مردود استثماره على خطط التنمية الاقتصادية الخاصة بالدولة المضيفة وإنما يعتمد في قراره النهائي على مدى التوازن بين المخاطر المحتملة والعائد المتوقع . هذه الموازنة تقوم في الواقع على أمرين : قدر المزايا والضمانات التي تلتزم بها الدولة في مواجهة المستثمر ، ومدى ما تتمتع به الدولة المتلقيه للاستثمار من استقرار سياسي واقتصادي واجتماعي . بعبارة اخرى ، فإن انتقال رأس المال الاجنبي الى الدولة المضيفة يتوقف على عاملين رئيسيين : أولهما المركز القانوني للمستثمر في هذه الدولة ، ثانيهما مدى استقرار مناخ الاستثمار فيها .

والملاحظ بصفة عامة اسراف تشريعات الاستثمار في الدول النامية في تقنينها للمزايا والضمانات التي تلتزم بها هذه الاخيرة حيال المستثمر الاجنبي ، والتي لا تكون في الغالب نابعة من فكر اقتصادي مستنير مؤمن بجدوى الاستثمار الاجنبي واهميته بقدر ما تستند الى قرارات سياسية تعبر عن فكر منفرد وظرفية خاصة . هنا يقع رأسالمال الاجنبي بين كفي الرحى : فهو من ناحية ، يواجه بيروقراطية ادارية لا تواكب ثورية التوجهات العليا للدولة ، كما انه ، من ناحية اخرى ، يجد ان مركزه القانوني يفتقر الى الثبات والاستقرارالمنشود نتيجة التغييرات التشريعية المتلاحقة ، وهي من سمات الدول النامية ، لمسايرة مستجدات الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للبلاد .

في الواقع ، ان المناخ العام للاستثمار لايتأثر فقط بالنظم والقواعد السائدة في الدولة المضيفة والتي تحكم روابط الاستثمار في مرحلة السكون وحيث يسود الود والوئام ، وانما يتأثر هذا المناخ أيضاً باسلوب فض المنازعات التى قد تنشأ بمناسبة تنفيذ اتفاقات الاستثمار ، أي في مرحلة الحركة وحيث تتذر الظروف بالقطيعة والخصام .

فتشجيع الاستثمار اذن لايكون فقط بازالة الحواجز الوطنية أمام المستثمر الأجنبي ومنحه قدر عال من المزايا الخاصة ، وانما يعتمد تحقيق هذا الهدف على مدى ماتوفره الدولة للباحثين عن مجالات رحبة وآمنة للاستثمار من سبل لاقتضاء حقوقهم وضمان الحماية لاموالهم .

من وجهة نظر المستثمر الأجنبي ، فان هذه السبل وتلك الضمانات لا تتوافر لها الفاعلية المأموله اذا ظل أمر تقديرها ، عند المنازعة فيها ، بين ايدي القضاء الوطني للدولة المضيفة ، من هنا تبدو أهمية التحكيم الدولي كوسيلة مناسبة وضمانة فعالة لفض منازعات الاستثمار بحيدة تامة .

ومع ذلك ، فان الثقة في التحكيم من جانب المستثمر الاجنبي تقابلها ، من جانب الدول النامية ، مخاوف جمة ، وفي بعض الأحيان مبررة ، تحيط باللجوء الى هذه الوسيلة القضائية الخاصة لفض المنازعات .

فالاعتراف للدولة ، أو الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها ، بسلطة اللجوء للتحكيم في مجال الاستثمارات الخاصة يتضمن ، على الأقل من جانب الفكر التقليدي ، تحديداً وتقييداً لسيادتها .

ومن ناحية أخرى ، فان هذا الاعتراف يؤدي الى اخضاع منازعات يغلب عليها طابع القانون العام ، وتتصل في بعض الأحيان بمصير قطاع من القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني ، لاختصاص سلطة خاصة غير رسمية ، لفرد أو لمجموعة من أفراد القانون الخاص .

في الواقع إن المخاوف الحقيقية للدول النامية حيال التحكيم الدولي كوسيلة لفض منازعات الاستثمار التي تكون طرفا فيها تكمن في القضاء التحكيمي ذاته والنهج العملي الذي سار عليه على مدى عقود كثيرة . فقد انشغل هذا القضاء وفي عديد من المنازعات بالدفاع عن المستثمر الاجنبي وضمان حقوقه غافلا عن اهتمامات التنمية في هذه الدول .

ان نجاح اسلوب التحكيم الدولي في اطار منازعات الاستثمار منوطا بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الاجنبي وضماناته وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للبلاد النامية ومن ثم بات مؤكداً ضرورة تطوير التحكيم الدولي بما يتوافق مع طبيعة روابط الاستثمار وخصوصية ما تفرزه من منازعات .

واذا كانت اتفاقية واشنطون لتسوية منازعات الاستثمار قد قطعت شوطا في سبيل بلوغ هذا الهدف ، وبالرغم من ان واضعوها قد جاهدوا من أجل ايجاد نظام متكامل لتسوية هذه المنازعات ، الا ان نصوص هذه الاتفاقية قد جاءت بكثير من الضوابط التي بقدر مراعاتها للارادة الكاملة للاطراف فيها قد ذهبت بكثير من قوة هذه الاتفاقية وفاعليتها .

لذا فما زالت الحاجة قائمة لتطوير التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار وايجاد صيغة دولية قادرة على تقنين كثير من القواعد المادية الكفيلة بحماية رأس المال الاجنبي واقامة عدالة متوازنة تتطلع اليها الدول النامية .

والله الموفق

CONVENTION POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ENTRE ETATS ET RESSORTISSANTS D'AUTRES ETATS

PREAMBULE

Les Etats contractants

Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux;

Ayant présent à l'esprit que des différends peuvent surgir à toute époque au sujet de tels investissements entre Etats contractants et ressortissants d'autres Etats contractants;

Reconnaissant que si ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas;

Attachant une importance particulière à la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les Etats contractants et les ressortissants d'autres Etats contractants puissent, s'ils le désirent, soumettre leurs différends;

Désirant établir ces mécanismes sous les auspices de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement;

Reconnaissant que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée; et

Déclarant qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier,

Sont convenus de ce qui suit:

CHAPITRE I

Le Centre International Pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements

SECTION 1

Création et Organisation

Article 1

(1) Il est institué, en vertu de la présente Convention, un Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (ci-après dénommé le Centre).

(2) L'objet du Centre est d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention.

Article 2

Le siège du Centre est celui de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (ci-après dénommée la Banque). Le siège peut être transféré en tout autre lieu par décision du Conseil Administratif prise à la majorité des deux tiers de ses membres.

Article 3

Le Centre se compose d'un Conseil Administratif et d'un Secrétariat. Il tient une liste de conciliateurs et une liste d'arbitres.

SECTION 2

Du Conseil Administratif

Article 4

(1) Le Conseil Administratif comprend un représentant de chaque Etat contractant. Un suppléant peut agir en qualité de représentant si le titulaire est absent d'une réunion ou empêché.

(2) Sauf désignation différente, le gouverneur et le gouverneur suppléant de la Banque nommés par l'Etat

contractant remplissent de plein droit les fonctions respectives de représentant et de suppléant.

Article 5

Le Président de la Banque est de plein droit Président du Conseil Administratif (ci-après dénommé le Président) sans avoir le droit de vote. S'il est absent ou empêché ou si la présidence de la Banque est vacante, la personne qui le remplace à la Banque fait fonction de Président du Conseil Administratif.

Article 6

(1) Sans préjudice des attributions qui lui sont dévolues par les autres dispositions de la présente Convention, le Conseil Administratif:

(a) adopte le règlement administratif et le règlement financier du Centre;

(b) adopte le règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage;

(c) adopte les règlements de procédure relatifs aux instances de conciliation et d'arbitrage (ci-après dénommés le Règlement de Conciliation et le Règlement d'Arbitrage);

(d) approuve tous arrangements avec la Banque en vue de l'utilisation de ses locaux et de ses services administratifs;

(e) détermine les conditions d'emploi du Secrétaire Général et des Secrétaires Généraux Adjoints;

(f) adopte le budget annuel des recettes et dépenses du Centre;

(g) approuve le rapport annuel sur les activités du Centre.

Les décisions visées aux alinéas (a), (b), (c) et (f) ci-dessus sont prises à la majorité des deux tiers des membres du Conseil Administratif.

(2) Le Conseil Administratif peut constituer toute commission qu'il estime nécessaire.

(3) Le Conseil Administratif exerce également toutes autres attributions qu'il estime nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la présente Convention.

Article 7

(1) Le Conseil Administratif tient une session annuelle et toute autre session qui aura été soit décidée par le Conseil, soit convoquée par le Président, soit convoquée par le Secrétaire Général sur la demande d'au moins cinq membres du Conseil.

(2) Chaque membre du Conseil Administratif dispose d'une voix et, sauf exception prévue par la présente Convention, toutes les questions soumises au Conseil sont résolues à la majorité des voix exprimées.

(3) Dans toutes les sessions du Conseil Administratif, le quorum est la moitié de ses membres plus un.

(4) Le Conseil Administratif peut adopter à la majorité des deux tiers de ses membres une procédure autorisant le Président à demander au Conseil un vote par correspondance. Ce vote ne sera considéré comme valable que si la majorité des membres du Conseil y ont pris part dans les délais impartis par ladite procédure.

Article 8

Les fonctions de membres du Conseil Administratif et de Président ne sont pas rémunérées par le Centre.

Section 3

Du Secrétariat

Article 9

Le Secrétariat comprend un Secrétaire Général, un ou plusieurs Secrétaires Généraux Adjoints et le personnel.

Article 10

(1) Le Secrétaire Général et les Secrétaires Généraux Adjoints sont élus, sur présentation du Président, par le Conseil Administratif à la majorité des deux tiers de ses membres pour une période ne pouvant excéder six ans et sont rééligibles. Le Président, après consultation des mem-

bres du Conseil Administratif, présente un ou plusieurs candidats pour chaque poste.

(2) Les fonctions de Secrétaire Général et de Secrétaire Général Adjoint sont incompatibles avec l'exercice de toute fonction politique. Sous réserve de dérogation accordée par le Conseil Administratif, le Secrétaire Général et les Secrétaires Généraux Adjoints ne peuvent occuper d'autres emplois ou exercer d'autres activités professionnelles.

(3) En cas d'absence ou d'empêchement du Secrétaire Général ou si le poste est vacant, le Secrétaire Général Adjoint remplit les fonctions de Secrétaire Général. S'il existe plusieurs Secrétaires Généraux Adjoints, le Conseil Administratif détermine à l'avance l'ordre dans lequel ils seront appelés à remplir lesdites fonctions.

Article 11

Le Secrétaire Général représente légalement le Centre, il le dirige et est responsable de son administration, y compris le recrutement du personnel, conformément aux dispositions de la présente Convention et aux règlements adoptés par le Conseil Administratif. Il remplit la fonction de greffier et a le pouvoir d'authentifier les sentences arbitrales rendues en vertu de la présente Convention et d'en certifier copie.

Section 4

Des Listes

Article 12

La liste de conciliateurs et la liste d'arbitres sont composées de personnes qualifiées, désignées comme il est dit ci-dessous et acceptant de figurer sur ces listes.

Article 13

(1) Chaque Etat contractant peut désigner pour figurer sur chaque liste quatre personnes qui ne sont pas nécessairement ses ressortissants.

(2) Le Président peut désigner dix personnes pour

figurer sur chaque liste. Les personnes ainsi désignées sur une même liste doivent toutes être de nationalité différente.

Article 14

(1) Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.

(2) Le Président, dans ses désignations, tient compte en outre de l'intérêt qui s'attache à représenter sur ces listes les principaux systèmes juridiques du monde et les principaux secteurs de l'activité économique.

Article 15

(1) Les désignations sont faites pour des périodes de six ans renouvelables.

(2) En cas de décès ou de démission d'une personne figurant sur l'une ou l'autre liste, l'autorité ayant nommé cette personne peut désigner un remplaçant pour la durée du mandat restant à courir.

(3) Les personnes portées sur les listes continuent d'y figurer jusqu'à désignation de leur successeur.

Article 16

(1) Une même personne peut figurer sur les deux listes.

(2) Si une personne est désignée pour figurer sur une même liste par plusieurs Etats contractants, ou par un ou plusieurs d'entre eux et par le Président, elle sera censée l'avoir été par l'autorité qui l'aura désignée la première; toutefois si cette personne est le ressortissant d'un Etat ayant participé à sa désignation, elle sera réputée avoir été désignée par ledit Etat.

(3) Toutes les désignations sont notifiées au Secrétaire Général et prennent effet à compter de la date de réception de la notification.

Section 5

Du Financement du Centre

Article 17

Si les dépenses de fonctionnement du Centre ne peuvent être couvertes par les redevances payées pour l'utilisation de ses services ou par d'autres sources de revenus, l'excédent sera supporté par les Etats contractants membres de la Banque proportionnellement à leur souscription au capital de celle-ci et par les Etats qui ne sont pas membres de la Banque conformément aux règlements adoptés par le Conseil Administratif.

Section 6

Statut, Immunités et Privilèges

Article 18

Le Centre a la pleine personnalité juridique internationale. Il a, entre autres, capacité:

(a) de contracter;

(b) d'acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer;

(c) d'ester en justice.

Article 19

Afin de pouvoir remplir ses fonctions, le Centre jouit, sur le territoire de chaque Etat contractant, des immunités et des privilèges définis à la présente Section.

Article 20

Le Centre, ses biens et ses avoirs, ne peuvent faire l'objet d'aucune action judiciaire, sauf s'il renonce à cette immunité.

Article 21

Le Président, les membres du Conseil Administratif, les personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres ou de membres du Comité prévu à l'Article 52, alinéa (3), et les fonctionnaires et employés du Secrétariat:

(a) ne peuvent faire l'objet de poursuites en raison

d'actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf si le Centre lève cette immunité;

(b) bénéficient, quand ils ne sont pas ressortissants de l'Etat où ils exercent leurs fonctions, des mêmes immunités en matière d'immigration, d'enregistrement des étrangers, d'obligations militaires ou de prestations analogues et des mêmes facilités en matière de change et de déplacements, que celles accordées par les Etats contractants aux représentants, fonctionnaires et employés de rang comparable d'autres Etats contractants.

Article 22

Les dispositions de l'Article 21 s'appliquent aux personnes participant aux instances qui font l'objet de la présente Convention en qualité de parties, d'agents, de conseillers, d'avocats, de témoins ou d'experts, l'alinéa (b) ne s'appliquant toutefois qu'à leurs déplacements et à leur séjour dans le pays où se déroule la procédure.

Article 23

(1) Les archives du Centre sont inviolables où qu'elles se trouvent.

(2) Chaque Etat contractant accorde au Centre pour ses communications officielles un traitement aussi favorable qu'aux autres institutions internationales.

Article 24

(1) Le Centre, ses avoirs, ses biens et ses revenus ainsi que ses opérations autorisées par la présente Convention sont exonérés de tous impôts et droits de douane. Le Centre est également exempt de toute obligation relative au recouvrement ou au paiement d'impôts ou de droits de douane.

(2) Aucun impôt n'est prélevé sur les indemnités payées par le Centre au Président ou aux membres du Conseil Administratif ou sur les traitements, émoluments ou autres indemnités payés par le Centre aux fonctionnaires ou employés du Secrétariat, sauf si les bénéficiaires sont ressortissants du pays où ils exercent leurs fonctions.

(3) Aucun impôt n'est prélevé sur les honoraires ou indemnités versés aux personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres ou de membres du Comité prévu à l'Article 52, alinéa (3), dans les instances qui font l'objet de la présente Convention, si cet impôt n'a d'autre base juridique que le lieu où se trouve le Centre, celui où se déroule l'instance ou celui où sont payés lesdits honoraires ou indemnités.

CHAPITRE II

De la Compétence du Centre

Article 25

(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

(2) "Ressortissant d'un autre Etat contractant" signifie:

(a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'Article 28, alinéa (3) ou à l'Article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend;

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont

consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

(3) Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire.

(4) Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire Général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1).

Article 26

Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.

Article 27

(1) Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.

(2) Pour l'application de l'alinéa (1), la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend.

CHAPITRE III

De la Conciliation

SECTION 1

De la Demande en Conciliation

Article 28

(1) Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure de conciliation doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire Général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

(2) La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à la conciliation conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

(3) Le Secrétaire Général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.

SECTION 2

De la Constitution de la Commission de Conciliation

Article 29

(1) La Commission de conciliation (ci-après dénommée la Commission) est constituée dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'Article 28.

(2) (a) La Commission se compose d'un conciliateur unique ou d'un nombre impair de conciliateurs nommés conformément à l'accord des parties.

(b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre de conciliateurs et leur mode de nomination, la Commission comprend trois conciliateurs; chaque partie nomme un conciliateur et le troisième, qui est le président de la Commission, est nommé par accord des parties.

Article 30

Si la Commission n'a pas été constituée dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire Général conformément à l'Article 28, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme le conciliateur ou les conciliateurs non encore désignés.

Article 31

(1) Les conciliateurs peuvent être pris hors de la liste des conciliateurs, sauf au cas de nomination par le Président prévu à l'Article 30.

(2) Les conciliateurs nommés hors de la liste des conciliateurs doivent posséder les qualités prévues à l'Article 14, alinéa (1).

Section 3

De la Procédure devant la Commission

Article 32

(1) La Commission est juge de sa compétence.

(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle de la Commission doit être examiné par la Commission qui décide s'il doit être traité comme une question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

Article 33

Toute procédure de conciliation est conduite conformément aux dispositions de la présente Section et, sauf

accord contraire des parties, au Règlement de Conciliation en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à la conciliation. Si une question de procédure non prévue par la présente Section ou le Règlement de Conciliation ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par la Commission.

Article 34

(1) La Commission a pour fonction d'éclaircir les points en litige entre les parties et doit s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable. A cet effet, la Commission peut à une phase quelconque de la procédure et à plusieurs reprises recommander aux parties les termes d'un règlement. Les parties doivent collaborer de bonne foi avec la Commission afin de lui permettre de remplir ses fonctions et doivent tenir le plus grand compte de ses recommandations.

(2) Si les parties se mettent d'accord, la Commission rédige un procès-verbal faisant l'inventaire des points en litige et prenant acte de l'accord des parties. Si à une phase quelconque de la procédure, la Commission estime qu'il n'y a aucune possibilité d'accord entre les parties, elle clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant que le différend a été soumis à la conciliation et que les parties n'ont pas abouti à un accord. Si une des parties fait défaut ou s'abstient de participer à la procédure, la Commission clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant qu'une des parties a fait défaut ou s'est abstenue de participer à la procédure.

Article 35

Sauf accord contraire des parties, aucune d'elles ne peut, à l'occasion d'une autre procédure se déroulant devant des arbitres, un tribunal ou de toute autre manière, invoquer les opinions exprimées, les déclarations ou les offres de règlement faites par l'autre partie au cours de la procédure non plus que le procès-verbal ou les recommandations de la Commission.

CHAPITRE IV

De l'Arbitrage

SECTION 1

De la Demande d'Arbitrage

Article 36

(1) Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire Général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

(2) La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

(3) Le Secrétaire Général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.

SECTION 2

De la Constitution du Tribunal

Article 37

(1) Le Tribunal arbitral (ci-après dénommé le Tribunal) est constitué dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'Article 36.

(2) (a) Le Tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des parties.

(b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre des arbitres et leur mode de nomination, le Tribunal comprend trois arbitres; chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties.

Article 38

Si le Tribunal n'a pas été constitué dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire Général conformément à l'Article 36, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme l'arbitre ou les arbitres non encore désignés. Les arbitres nommés par le Président conformément aux dispositions du présent Article ne doivent pas être ressortissants de l'Etat contractant partie au différend ou de l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend.

Article 39

Les arbitres composant la majorité doivent être ressortissants d'Etats autres que l'Etat contractant partie au différend et que l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend; étant entendu néanmoins que cette disposition ne s'applique pas si, d'un commun accord, les parties désignent l'arbitre unique ou chacun des membres du Tribunal.

Article 40

(1) Les arbitres peuvent être pris hors de la liste des arbitres, sauf au cas de nomination par le Président prévu à l'Article 38.

(2) Les arbitres nommés hors de la liste des arbitres doivent posséder les qualités prévues à l'Article 14, alinéa (1).

Section 3

Des Pouvoirs et des Fonctions du Tribunal

Article 41

(1) Le Tribunal est juge de sa compétence.

(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tri-

bunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

Article 42

(1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière.

(2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.

(3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

Article 43

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal s'il l'estime nécessaire, peut à tout moment durant les débats:

(a) demander aux parties de produire tous documents ou autres moyens de preuve, et

(b) se transporter sur les lieux et y procéder à telles enquêtes qu'il estime nécessaires.

Article 44

Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente Section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'Arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente Section ou le Règlement d'Arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal.

Article 45

(1) Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens, elle n'est pas pour autant réputée acquiescer aux prétentions de l'autre partie.

(2) Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens à tout moment de la procédure,

l'autre partie peut demander au Tribunal de considérer les chefs de conclusions qui lui sont soumises et de rendre sa sentence. Le Tribunal doit, en notifiant à la partie défaillante la demande dont il est saisi, accorder à celle-ci un délai de grâce avant de rendre sa sentence, à moins qu'il ne soit convaincu que ladite partie n'a pas l'intention de comparaître ou de faire valoir ses moyens.

Article 46

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre.

Article 47

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties.

Section 4

De la Sentence

Article 48

(1) Le Tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres.

(2) La sentence est rendue par écrit; elle est signée par les membres du Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur.

(3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée.

(4) Tout membre du Tribunal peut faire joindre à la sentence soit son opinion particulière—qu'il partage ou non l'avis de la majorité—soit la mention de son dissentiment.

(5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties.

Article 49

(1) Le Secrétaire Général envoie sans délai aux parties copies certifiées conformes de la sentence. La sentence est réputée avoir été rendue le jour de l'envoi desdites copies.

(2) Sur requête d'une des parties, à présenter dans les 45 jours de la sentence, le Tribunal peut, après notification à l'autre partie, statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence et corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci. Les délais prévus à l'Article 51, alinéa (2) et à l'Article 52, alinéa (2) courent à partir de la date de la décision correspondante.

Section 5

De l'Interprétation, de la Révision et de l'Annulation de la Sentence

Article 50

(1) Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties concernant le sens ou la portée de la sentence peut faire l'objet d'une demande en interprétation adressée par écrit au Secrétaire Général par l'une ou l'autre des parties.

(2) La demande est, si possible, soumise au Tribunal qui a statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la Section 2 du présent Chapitre. Le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en interprétation.

Article 51

(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire Général la révision de la sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu'avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse et qu'il n'y ait pas eu, de la part de celle-ci, faute à l'ignorer.

(2) La demande doit être introduite dans les 90 jours suivant la découverte du fait nouveau et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

(3) La demande est, si possible, soumise au Tribunal ayant statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la Section 2 du présent Chapitre.

(4) Le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en révision. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur ladite requête.

Article 52

(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire Général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants:

(a) vice dans la constitution du Tribunal;
(b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal;
(c) corruption d'un membre du Tribunal;
(d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure;
(e) défaut de motifs.

(2) Tout demande doit être formée dans les 120 jours suivant la date de la sentence, sauf si l'annulation est demandée pour cause de corruption, auquel cas ladite demande doit être présentée dans les 120 jours suivant la découverte de la corruption et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

(3) Au reçu de la demande, le Président nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres, un Comité *ad hoc* de trois membres. Aucun membre dudit Comité ne peut être choisi parmi les membres du Tribunal ayant rendu la sentence, ni posséder la même nationalité qu'un des membres dudit Tribunal ni celle de l'Etat partie au différend ou de l'Etat dont le

ressortissant est partie au différend, ni avoir été désigné pour figurer sur la liste des arbitres par l'un desdits Etats, ni avoir rempli les fonctions de conciliateur dans la même affaire. Le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent Article.

(4) Les dispositions des Articles 41–45, 48, 49, 53 et 54 et des Chapitres VI et VII s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure devant le Comité.

(5) Le Comité peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en annulation. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Comité ait statué sur ladite requête.

(6) Si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente, soumis à un nouveau Tribunal constitué conformément à la Section 2 du présent Chapitre.

Section 6

De la Reconnaissance et de l'Exécution de la Sentence

Article 53

(1) La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.

(2) Aux fins de la présente Section, une "sentence" inclut toute décision concernant l'interprétation, la révision ou l'annulation de la sentence prise en vertu des Articles 50, 51 ou 52.

Article 54

(1) Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme

obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. Un Etat contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des Etats fédérés.

(2) Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire Général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désigné à cet effet. Chaque Etat contractant fait savoir au Secrétaire Général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels.

(3) L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder.

Article 55

Aucune des dispositions de l'Article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger.

CHAPITRE V

Du Remplacement et de la Récusation des Conciliateurs et des Arbitres

Article 56

(1) Une fois qu'une Commission ou un Tribunal a été constitué et la procédure engagée, sa composition ne peut être modifiée. Toutefois, en cas de décès, d'incapacité ou de démission d'un conciliateur ou d'un arbitre, il est pourvu à la vacance selon les dispositions du Chapitre III, Section 2 ou du Chapitre IV, Section 2.

(2) Tout membre d'une Commission ou d'un Tribunal continue à remplir ses fonctions en cette qualité nonobstant le fait que son nom n'apparaisse plus sur la liste.

(3) Si un conciliateur ou un arbitre nommé par une partie démissionne sans l'assentiment de la Commission ou du Tribunal dont il est membre, le Président pourvoit à la vacance en prenant un nom sur la liste appropriée.

Article 57

Une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'Article 14, alinéa (1). Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la Section 2 du Chapitre IV pour la nomination au Tribunal Arbitral.

Article 58

Les autres membres de la Commission ou du Tribunal, selon le cas, se prononcent sur toute demande en récusation d'un conciliateur ou d'un arbitre. Toutefois, en cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un conciliateur ou un arbitre unique ou une majorité de la Commission ou du Tribunal, la décision est prise par le Président. Si le bien-fondé de la demande est reconnu, le conciliateur ou l'arbitre visé par la décision est remplacé conformément aux dispositions du Chapitre III, Section 2 ou du Chapitre IV, Section 2.

CHAPITRE VI

Des Frais de Procédure

Article 59

Les redevances dues par les parties pour l'utilisation des services du Centre sont fixées par le Secrétaire Général conformément aux règlements adoptés en la matière par le Conseil Administratif.

Article 60

(1) Chaque Commission et chaque Tribunal fixe les honoraires et frais de ses membres dans les limites qui sont définies par le Conseil Administratif et après consultation du Secrétaire Général.

(2) Nonobstant les dispositions de l'alinéa précédent, les parties peuvent fixer par avance, en accord avec la Commission ou le Tribunal, les honoraires et frais de ses membres.

Article 61

(1) Dans le cas d'une procédure de conciliation les honoraires et frais des membres de la Commission ainsi que les redevances dues pour l'utilisation des services du Centre sont supportés à parts égales par les parties. Chaque partie supporte toutes les autres dépenses qu'elle expose pour les besoins de la procédure.

(2) Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence.

CHAPITRE VII

Du Lieu de la Procédure

Article 62

Les procédures de conciliation et d'arbitrage se déroulent au siège du Centre, sous réserve des dispositions qui suivent.

Article 63

Si les parties en décident ainsi, les procédures de conciliation et d'arbitrage peuvent se dérouler:

(a) soit au siège de la Cour Permanente d'Arbitrage ou de toute autre institution appropriée, publique ou privée, avec laquelle le Centre aura conclu des arrangements à cet effet;

(b) soit en tout autre lieu approuvé par la Commission ou le Tribunal après consultation du Secrétaire Général.

CHAPITRE VIII

Différends Entre Etats Contractants

Article 64

Tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour Internationale de Justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement.

CHAPITRE IX

Amendements

Article 65

Tout Etat contractant peut proposer des amendements à la présente Convention. Tout texte d'amendement doit être communiqué au Secrétaire Général 90 jours au moins avant la réunion du Conseil Administratif au cours de laquelle ledit amendement doit être examiné, et doit être immédiatement transmis par lui à tous les membres du Conseil Administratif.

Article 66

(1) Si le Conseil Administratif le décide à la majorité des deux tiers de ses membres, l'amendement proposé est distribué à tous Etats contractants aux fins de ratifica-

tion, d'acceptation ou d'approbation. Chaque amendement entre en vigueur 30 jours après l'envoi par le dépositaire de la présente Convention d'une notice adressée aux Etats contractants les informant que tous les Etats contractants ont ratifié, accepté ou approuvé l'amendement.

(2) Aucun amendement ne peut porter atteinte aux droits et obligations d'un Etat contractant, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné avant la date d'entrée en vigueur dudit amendement.

CHAPITRE X

Dispositions Finales

Article 67

La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres de la Banque. Elle est également ouverte à la signature de tout autre Etat partie au Statut de la Cour Internationale de Justice que le Conseil Administratif, à la majorité des deux tiers de ses membres, aura invité à signer la Convention.

Article 68

(1) La présente Convention est soumise à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des Etats signataires conformément à leurs procédures constitutionnelles.

(2) La présente Convention entrera en vigueur 30 jours après la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. A l'égard de tout Etat déposant ultérieurement son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, elle entrera en vigueur 30 jours après la date dudit dépôt.

Article 69

Tout Etat contractant doit prendre les mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires en vue de

donner effet sur son territoire aux dispositions de la présente Convention.

Article 70

La présente Convention s'applique à tous les territoires qu'un Etat contractant représente sur le plan international, à l'exception de ceux qui sont exclus par ledit Etat par notification adressée au dépositaire de la présente Convention soit au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation soit ultérieurement.

Article 71

Tout Etat contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au dépositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification.

Article 72

Aucune notification par un Etat contractant en vertu des Articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire.

Article 73

Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation de la présente Convention et de tous amendements qui y seraient apportés seront déposés auprès de la Banque, laquelle agira en qualité de dépositaire de la présente Convention. Le dépositaire transmettra des copies de la présente Convention certifiées conformes aux Etats membres de la Banque et à tout autre Etat invité à signer la Convention.

Article 74

Le dépositaire enregistrera la présente Convention auprès du Secrétariat des Nations Unies conformément à

l'article 102 de la Charte des Nations Unies et aux Règlements y afférents adoptés par l'Assemblée Générale.

Article 75

Le dépositaire donnera notification à tous les Etats signataires des informations concernant:

(a) les signatures conformément à l'Article 67;
(b) le dépôt des instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation conformément à l'Article 73;
(c) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'Article 68;
(d) les exclusions de l'application territoriale conformément à l'Article 70;
(e) la date d'entrée en vigueur de tout amendement à la présente Convention conformément à l'Article 66;
(f) les dénonciations conformément à l'Article 71.

FAIT à Washington en anglais, espagnol et français, les trois textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui demeurera déposé aux archives de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, laquelle a indiqué par sa signature ci-dessous qu'elle accepte de remplir les fonctions mises à sa charge par la présente Convention.

محتويات الدراسة

	صفحة
مقدمة	١
الفصل الأول: في اتفاقات التحكيم ومشكلة وجود الاشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها.	٧
المبحث الأول: في قدرة أشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفاً في اتفاق التحكيم	٩
المبحث الثاني: الحصانة القضائية واثرها في صحة اتفاق التحكيم	٧٦
الفصل الثاني: التحكيم الدولي وطبيعة منازعات الاستثمار	١٢٩
المبحث الأول: التحكيم الدولي والمنازعات الناجمة عن التغير في شروط التعاقد	١٣١
المبحث الثاني: التحكيم الدولي والاجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة الطرف في عقد الاستثمار	١٥٤
خاتمة	١٨١
ملحق: اتفاقية واشنطون لتسوية منازعات الاستثمار	١٨٥