جامعة القاهرة
كلية الحقوق
القسم التجاري

بحث عن موضوع

الأساس القانوني للتحكيم وآلياته

إعداد
علي بن سالم بن علي البادي

يونيو 2014

مقدمـــة:

يتطلب الاستثمار الأجنبي التوفيق بين مصلحتين مختلفتين الأولى هي تحقيق قيمة إضافية للاقتصاد الوطني للدولة من خلال توظيف رؤوس أموال أجنبية لديها، والثانية تحقيق أرباح مجزية من قبل المستثمرين بغض النظر عن مدى القيمة المضافة التي تؤديها هذه الاستثمارات للدولة المضيفة.

وقد تلتقي هاتان المصلحتان تارة وقد تفترقان أخرى ، وعند هذا تبحث كل مصلحة عن وسائل لحمايتها ب غض النظر عن المصلحة الأخرى ، وهذا هو مورد النزاع ، ومع هذا فأن نزاعات الاستثمار تختلف عن غيرها من النزاعات التجارية ووجه ذلك أن الاستثمارات الأجنبية توظف أموالاً كبيرة ولآجال طويلة سعيًا وراء أرباح وفيرة مما ينبغي عدم التفريط بالفرصة القائمة في هذه العلاقة التجارية والسعي إلى حل النزاع توفيقيًا قبل اللجوء للتحكيم كوسيلة قانونية باعتبارها الملجاء الأخير لحماية المصلحة المتضررة.

حيث تحرص مراكز التحكيم التجاري الدولي على إتاحة طرق حل النزاع الودية قبل اللجوء للتحكيم حرصًا منها على الحفاظ على الاستثمارات الأجنبية التي تشكل المورد الرئيسي لانعاش اقتصاديات الدول النامية من جهة وتنمية التجارة العالمية من جهة أخرى.

ويسعى المستثمرون الأجانب إلى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لأسباب في مقدمتها عدم الاطمئنان لحيادية

القضاء المحلي من جهة ولسرعة إجراءات التحكيم بالمقارنة بالإجراءات القضائية التي تاخذ وقتًا طويلاً من جهة أخرى ، وتضطر الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية إلى قبول هذا التحكيم الذي أصبح شرطًا تقليديًا من شروط التعاقد في مجال الاستثمارات الأجنبية ، ولا يمكن اعتبار اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي إنتهاكًا للسيادة الوطنية طالما لا يوفر القضاء الوطني الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية التي ينشدها المستثمر الأجنبي في التحكيم التجاري الدولي ، ويتعين على الشركات متعددة الجنسيات أن تحسن اختيار ممثلها في محكمة التحكيم حرصًا منها على حماية مصالحها كما عليها تنمية قدراتها البشرية في هذا المجال[1].

التحكيم هو جهاز خاص لحل نزاع بين خصمين أو أكثر يحكم لهم بموجب القانون بتحديد حقوق والتزامات الخصوم والزامهم بها بموجبه، ونزاعات الاستثمار لا تأنس بالتحكيم لحل النزاعات التي تحصل بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لسببين أساسيين هما :

أولا: حرص المستثمر الأجنبي على الاستثمار ومواصلة عمله في البلد المضيف بالنظر لما يتوقعه من نجاح مشروعه والحصول على الأرباح التي تنجم عنه.

---

[1] د.دريد السامرائي، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسية، كلية القانون، جامعة بغداد، 1995، ص65.

ثانيا: حرص الدولة المضيفة على تدفق المستثمرين الأجانب وتوفير مناخ مناسب لهم للاستثمار وعلى نجاح المشروع الإستثماري واستمراره بالرغم من النزاع الناجم عنه ، ولذا فأن الحكم في النزاع على قاعدة غالب ومغلوب من شأنه أن يزعزع الثقة التي يوجدها الطرفان من خلال علاقتهما العقدية التي تنظم المشروع الإستثماري ، ولذا تلجأ الهيئات الدولية لحل النزاعات الخاصة بالاستثمار إلى اقتراح طرق الوساطة والتوفيق لغرض التقريب بين وجهات نظر الطرفين المتنازعين ، ومع هذا يبقى التحكيم وسيلة لحل النزاع بعد فشل المفاوضات المباشرة أو بالوساطة.

وفي جميع الأحوال يبقى التحكيم الوسيلة القانونية المثلى لإعادة التوازن الاقتصادي في المشروع الإستثماري بسبب تغير ظروف التعاقد تغيرًا جوهريًا يجعل الاستمرار في شروط التعاقد والالتزام بها من أحد الطرفين مرهقًا، مما يقضي مراجعة هذه الشروط كوسيلة لاعادة التوازن ، وإذا تعذرت المراجعة فأن التحكيم يبقى الملاذ الأخير لذلك[1].

الأساس القانوني للتحكيم

التحكيم هو نظام لحل النازعات القانونية امام محكمين يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع الذين يقبلون بالحكم الصادر عنهم بناء على اتفاقهم المسبق على ذلك، ويختلف التحكيم عن

---

[1] **د. سعيد يوسف البستاني:** قانون الأعمال والشركات، بيروت، منشورات الحلبى الحقوقية، الطبعة الثانية، 2008، ص45.

القضاء من جهة أن الأساس القانوني لاختصاص القاضي هو القانون بحيث أن المشرع هو الذي يخول القاضي قبول الاختصاص وممارسة الوظيفة القضائية في النزاع المطروح أمامه.

أما التحكيم فان اللجوء إليه ليس إذعانيًا بقوة المشرع وإنما هو رضائيًا يقوم على سلطان إرادة أطراف النزاع باللجوء إليه ، وبالنظر لأهمية الاستثمارات الأجنبية ودورها في النمو الاقتصادي في الدول النامية، فأن هذه الأخيرة مضطرة إلى طم أنة المستثمرين الأجانب بحماية استثماراتهم بتنازلها عن اختصاص قضائها واللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لحل نزاعات الاستثمار للشركات متعددة الجنسيات وذلك لعدة اسباب منها [1]:

أ. سرعة إجراءات التحكيم خصوصًا وأن محكمة التحكيم تبت حالاً في النزاع المعروض عليها دون غيره.

ب. تحديد القانون الواجب التطبيق بإختيار الخصوم للقواعد القانونية التي تناسب نزاعات الاستثمار.

ج. حياد هيئة التحكيم عادة بسبب الطريقة التي يتم بها اختيار المحكمين.

د. قطعية قرارات التحكيم وعدم القدرة على الطعن فيها.

هـ. استقلال هيئة التحكيم عن متطلبات السيادة الوطنية التي يفرضها القضاء الوطني ، وعليه فأن سلطة القضاء هي سلطة اجبارية إزاء أطراف النزاع بينما تكون سلطة التحكيم

---

[1] **د. سعيد يوسف البستاني:** مرجع سالف الذكر، ص66.

رضائية تقوم على رضاء أطراف النزاع معًا في اللجوء إليه لحل النزاع، وبذا يكون التحكيم إختياريًا من حيث الأصل وسنده القانوني هو اتفاق الطرفين المتنازعين.

شرط واتفاق التحكيم

شرط التحكيم:

هو نص يرد في عقد الاستثمار ويقضي بحق كل من طرفي العقد اللجوء إلى التحكيم قبل وقوع النزاع حتى و أن كان الطرف الآخر غير راغب في ذلك. فالرضائية في التحكيم تتمثل في إرادة كل منهما في اللجوء إلى التحكيم بناء على ما ارتضاه الطرفان إبتداءً في شرط التحكيم[١].

ويعود شرط التحكيم في نشأته إلى عقود الامتياز التي ابرمتها الشركات متعددة الجنسية مع الدول النامية لاستثمار مواردها الطبيعية كالنفط والمعادن في النصف الأول من القرن الماضي، والتي اعطت الحق لتلك الشركات باللجوء إلى التحكيم في حالة تعرضها إلى الاضرار والخسائر التي تلحق بعقد الامتياز بسبب تغير الظروف والتشريعات الحديثة التي أصدرتها الدولة النامية بعد حصولها على الاستقلال والتي استهدفت استعادة السيطرة على ثرواتها الطبيعية عن طريق التأميم[٢].

وقد ثار خلاف في فرنسا حول صحة شرط التحكيم نظرًا لعدم النص عليه في قانون المرافعات لأن موضوع هذا الشرط

---

[1] Mostefa Ttrafitani: la clause compromissoire these. Renne. 1985 p 12 .

[٢] منظمة الخليج للاستشارات الصناعية، الانفتاح نحو الاستثمار الأجنبي المباشر وأثاره المتوقعة على القطاع الصناعي في دول مجلس التعاون، الشركة الحديثة للطباعة، الدوحة، 2003، ص209.

احتمالي من جهة وغير محدد من جهة أخرى. وفي 1925/7/31 أجاز المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المواد التجارية.

واشترط القانون رقم 354 لسنة 1980 الملحق بقانون المرافعات أن يكون الشرط مكتوبًا في صلب العقد مع بيان كيفية تعيين المحكمين و إلا كان الشرط باطلاً. ويرد التحكيم في عقود الاستثمار بما يسمح به قانون الدولة المضيفة باشتراطه في هذه العقود[1].

نزاعات الاستثمار:

نزاعات الاستثمار هي نزاعات يجوز فيها الصلح، وبذلك يمكن أن تخرج عن اختصاص القضاء الوطني بحيث لا يؤثر اللجوء إلى التحكيم إلى انتهاك السيادة الوطنية والحصانة القضائية للتصرفات السيادية للدولة، لأن نزاعات الاستثمار تتعلق بشؤون القطاع التجاري الذي تمارسه الدولة باعتبارها شخصًا من أشخاص القانون الخاص لا يمارس عملاً من أعمال السيادة في نشاطه التجاري تمييزًا له عن التحكيم الدولي الذي يقوم بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام لا باعتبارها مؤسسة تجارية من أشخاص القانون الخاص ، وعليه فـأن التنازل عن

---

[1] **الدكتور/ صابر عمار الفار**، دراسة في التحكيم وتسوية المنازعات المدنية والتجارية، دراسة قانونية مقارنة، دراسة ماجستير في القانون الدولي الخاص المقارن، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007، ص 507.

الحصانة القضائية في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم إنما يتم في إطار النشاط التجاري[1].

وهو ما تقضي به المادة 46 من إتفاقية واشنطن لإنشاء مركز حل نزاعات الاستثمار لسنة 1965، وتختص محكمة التحكيم بالفصل بالنزاع الذي ينشأ عن العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم دون غيره.

وفي هذا النطاق فقد يصبح التحكيم إجباريًا باختيار طرفي العقد لهذا التحكيم ، بمعنى أن طرفي العقد قد اختارا التحكيم الإجباري لحل النزاع الذي ينشأ عن هذا العقد دون غيره، فمنشأ الصفة ا لإجبارية للتحكيم يتم بموجب شرط التحكيم بناءً على رضى الطرفين بذلك ، وهذا التحكيم الإجباري بموجب شرط التحكيم شبيه بالتحكيم الإجباري في المعاهدات التي تختار التحكيم الدولي لحل النزاعات الناجمة بينها بموجب المعاهدة التي اشترطت التحكيم الإجباري للنزاع الناش ئ عن هذه المعاهدة دون غيرها[2].

اتفاق التحكيم:

هو عقد يبرم بين طرفي النزاع يقضي باللجوء إلى التحكيم لحل نزاع قائم. وبموجبه ينعقد اختصاص محكمة التحكيم ، وهو عقد رضائي ملزم تتوفر فيه عناصر التصرفات القانونية من أهلية

---

[1] **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في النظرية العامة في التحكيم الدولي، منشورات الحلبي، بيروت، 2007، ص 277.

[2] حيث نصت المادة 4/27 منه على أنه (إذا كان أطراف النزاع خاضعين لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل بما فيها الـلجوء إلى التحكيم وفقا للقانون أو اية جهة أخرى معترف بها دوليا)

ورضاء ومحل ومشروعية ، حيث يرد هذا العقد على الحقوق المدنية التي يجوز لطرفي الخصومة التصرف بها ، ويكون العقد باطلاً إذا ورد على حقوق يوجبها النظام العام ولا يجوز للاشخاص التصرف بها ، فاتفاق التحكيم عقد ملزم للجانبين يرتب التزامات وحقوق متقابلة بما فيها عدم وجوب اللجوء إلى القضاء الوطني لحل النزاع، وإنما يتم حل النزاع عن طريق المحكمة التي ارتضاها طرفا النزاع والتزامهما بالامتثال للحكم الصادر عنها في مواجهتهم بناء على إرادتهما المسبقة[1].

وبناء على ما تقدم:

نرى أن التحكيم مؤسس على مصدر إتفاقي وليس بناء على القانون مباشرة ، وأنه ليس نظامًا إذعانيًا بل رضائيًا كما هو ليس إجباريًا بل اختياريًا ، وهذا هو شأن التحكيم في نزاعات الاستثمار ، أما نزاعات عقود الامتياز فهي أشبه بعقود الاذعان التي كانت تملى من قبل كبرى الشركات متعددة الجنسي ات وكان التحكيم يتم بناء على شرط التحكيم وليس بموجب اتفاق التحكيم.

ومهما يكن من الأمر فـأن التحكيم في نزاعات الاستثمار هو نظام عقدي رضائي وليس عقد إذعان وليس نظامًا قضائيًا ولا مختلطًا بين النظام الاتفاقي والنظام القضائي، لأنه يقوم على اتفاق الطرفين سواء كان في شرط التحكيم أو في اتفاق التحكيم ولا تحكيم خارج اتفاق الطرفين، فهو التزام قابل للتنفيذ العيني أمام

---

[1] **الدكتور عبد الحسين القطيفى:** دور التحكيم في فض المنازعات الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول 2006 ص 32 .

النظام القضائي عند عدم الوفاء به ،وأن شرط التحكيم عقد وليس مجرد وعد بالتقاضي كما كان عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية منذ سنة 1834 استنادا إلى المادة 1006 من قانون المرافعات القديم، وعدل عنه بتعديل 1980/5/14 حيث اعتبرت المادة 1442 أن شرط التحكيم هو اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود باخضاع المنازعات التي يمكن أن تنش أ بينهم في المستقبل للتحكيم ش أنه شأن إتفاق التحكيم ولم يعد هذا الشرط مجرد وعد بالتحكيم[١].

أساس التحكيم

أساس التحكيم هو الإرادة المعبر عنها في شرط التحكيم أو في اتفاق التحكيم وبموجب هذه الإرادة يتم التنازل عن الحق في اللجوء إلى القضاء الوطني ، ويهدف القضاء إلى تحقيق مصلحة عامة، فيما يسعى التحكيم إلى تحقيق مصلحة خاصة[٢].

ويحدد القضاء القانون الواجب التطبيق أو يترك ذلك لتقدير المحكمة في حالة السكوت بموجب القانون، فأن اطراف التحكيم –الشركات متعددة الجنسيات– هم الذين يختارون محكمة التحكيم والقانون الواجب التطبيق أو يتركا ذلك بإرادتهما للمحكمة التي أنشأوها ، ولذا فلا يعتبر حكم التحكيم حكمًا قضائيًا[٣].

---

[١] **محمود التحيوى:** أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 76.

[٢] **شعيب احمد سليمان:** التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، دار الحقانية، القاهرة، 2005، ص96.

[٣] **الدكتور عبد الكريم زيدان:** نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط 1 ،دارالحقيقة، الاردن، 2006 ص 291.

ويلزم القضاء القاضي بالحكم بموجب مصادر القاعدة القانونية من تشريع وعرف ومباد ئ الشريعة الإسلامية وعند عدم وجود قاعدة في هذه المصادر فأنه يحكم بموجب قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي ولا يستطيع الامتناع عن الحكم لعدم وجود مصدر للقانون ، بينما يلتزم المحكم بالقانون الذي يحدده الخصوم أو يتصرف بناء على تخويل منهم ويضطر إلى الاستنكاف عند عدم وجود قانون يحكم النزاع أو يطلب رأي الخصوم بالحكم بموجب مبادئ العدالة والانصاف.

قواعد الموضوع

وهي القواعد التي تحدد حقوق والتزامات اطراف النزاع بموجب عقد الاستثمار بما ورد فيه من نص وفي غيره من المصادر مما لم يرد به نص وفي ظل نظام قانوني معين، فالاصل في هذه القواعد هو العقد الذي هو قانونه وعلى اطراف النزاع أو المحكم في حالة سكوته م تحديد القواعد غير الواردة في العقد والتي ينبغي أن تحكم في النزاع، وتسمى مجمل هذه القواعد بالقانون الواجب التطبيق من حيث الموضوع ، ولا اشكال في أن قانون العقد هو الاصل لتحديد القانون واجب التطبيق وان القواعد التي يحددها اطراف النزاع في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم تكون متممة لهذا القانون، فللنزاع يدور في القواعد التي لم يتم تحديدها من قبل اطراف النزاع سواء كان ذلك في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم ، وتقوم محكمة التحكيم بدور مهم في تحديد القانون الواجب التطبيق متبعة في ذلك الاتي:

أولاً- القانون الوطني:

يقضي شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم في الغالب اعتماد القانون الوطني للدولة المضيفة باعتباره القانون الواجب التطبيق ، ويعود هذا المبد أ إلى تقاليد عقود الامتياز التي تنص على ذلك، وهذا يتطابق مع قواعد القانون الدولي الخاص التي تقضي بان القانون الواجب التطبيق في النزاعات الدولية التي يكون أحد اطرافها من اشخاص القانون الخاص، هو قانون محل العقد أو محل تنفيذه على وجه الخصوص ،ويمكن أن يرد ذلك التحديد في عقد الاستثمار وفي قانون الاستثمار عادة[1].

ثانيًا- قانون المحكمة:

يعتبر اختيار مكان التحكيم مهمًا من حيث كيفية تكوين المحكمة من جهة ومن حيث الصلاحية التي تمتلكها المحكمة في تحديد القانون الواجب التطبيق عند سكوت شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم من جهة أخرى ، وفي هذا الاطار تختار المحكمة قانونها اي قانون موطن المحكمة ، بمعنى إذا اختار اطراف النزاع غرفة التجارة الدولية في باريس لتشكيل محكمة التحكيم فان القانون الفرنسي هو القانون المختار لحل النزاع[2].

ثالثًا- المبادئ العامة للقانون:

سواء تم تحديد القانون الوطني كقانون واجب التطبيق أو قانون المحكمة فان هناك من القواعد ما لايمكن العثور عليها في

---

[1] **زهير الحسني:** مصادر القانون الدولي العام، جامعة قاريونس، ليبيا، 2003، ص 199

[2] د.مصطفى كمال طه ، التحكيم والقانون التجاري لشركات الاموال ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية 2010، ص 105.

القانون الداخلي خاصة إذا كانت النزاعات متعلقة بالاستثمار وهي من النزاعات الجديدة التي تثير قضايا مستحدثة مما يجعل القانون الداخلي غير قادر على مواكبتها ، ولذا ينص في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم أو قانون الاستثمار على تطبيق المبادئ العامة للقانون ولكن تعبير المباديء العامة للقانون هو محل النزاع حيث:

1- المبادئ العامة للقانون الواردة في المادة 1/38/ ج من ميثاق الامم المتحدة ، فقد اثار هذا النص نزاعاً بين الفقهاء وامتد هذا النزاع إلى أحكام المحاكم الدولية حيث يتجه الرأي الغالب لتحديد هذه المبادئ بالمبادئ العامة للقانون الدولي ، وهو رأي لايتفق ومبادئ القانون الدولي الوضعي لأن المبادئ العامة في أي نظام قانوني انما تستند إلى نص يوضح مصدرها ومفادها ، والنص الوارد في هذه المادة لاينصرف إلى القانون الدولي العام، وانما يقصد به المبادئ العامة للقانون المقارن وذلك لعدم وجود نص تشريعي يحدد مرجعية هذه المبادئ حتى يمكن نسبتها إلى القانون الدولي العام.

ومن جهة أخرى، فان القانون الدولي العام يحكم العلاقات بين اشخاص القانون الدولي فقط ، والمستثمر الأجنبي ليس شخصاً دولياً ، وان النزاعات التي تدور في علاقة بين شخص دولي وشخص خاص تخضع للقانون الداخلي[1].

---

[1] كما جاء في قضية الزيت الايرانية امام محكمة العدل الدولية لسنة 1952 التي قضت بعدم الاختصاص لهذا السبب ، وهذا الحكم مبني على قضية الديون الصربية لمحكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها سنة 1929

2- المبادئ العامة للقانون المقارن ، وهو تفسير مناسب حيث تستطيع محكمة التحكيم انتقاء القواعد المناسبة لنزاعات الاستثمار من بين أفضل القوانين الوطنية التي تخص هذه النزاعات، وهذا ما جاء في تحكيم ابو ظبي 1951 حيث اختار المحكم (سكوت) القانون السويسري لحل النزاع.

3- قواعد التجارة الدولية. Lex Mercatoria، وهي المبادئ العامة التي تحكم نزاعات عقود البيوع الدولية وغيرها من النزاعات التي تخص التجارة الدولية والتي يمكن استنباطها من التعامل التجاري الدولي ، وهي قواعد لاتتناسب حلولها والعلاقات القانونية الناشئة عن عقود الاستثمار، ومع هذا، فان بعض الاتفاقيات الدولية لتشجيع وحماية الاستثمار تنص على تطبيق قواعد القانون الدولي لحل نزاعات الاستثمار بين دولة ومستثمر اجنبي وهو امر غير صحيح لأن القانون الدولي العام هو قانون علاقات دولية وليس قانون تجارة دولية أو استثمار، ولايوجد قانون دولي للعقود.

رابعا: قانون العقد Lex contractus

وبموجبه فان ارادة المتعاقدين تنشئ نظاما قانونيا مستقلا للالتزامات القائمة بين الدولة المضيفة والمستثمر استنادا إلى مبد أ العقد شريعة المتعاقدين، كما دافع عن هذا القانون فردروس وبوركان في 1960/1959 وانتقده بروسبكت فيي Cours.LaHaye.1991.pp.181-182).) والواقع فان الالتزامات التي يرتبها عقد الاستثمار امام محكمة التحكيم هي

التزامات من جانب واحد وليست التزامات متقابلة ولا يعمل مبد أ العقد شريعة المتعاقدين في تأسيس هذه الالتزامات ، كما أن قانون العقد لا يكون نافذا الا في ظل نظام قانوني ينشأ في احضانه هذا العقد ، ولا يوجد عقد في الفراغ يقوم ككيان قانوني في حدّ ذاته ، كما لايمكن لقواعد BIT أن تؤسس لهذا النظام ولا لشروط نفاذه[1].

معاهدات واتفاقات التحكيم الثنائية ومتعددة الأطراف

تعني كلمتا معاهدات واتفاقات شيئًا واحدًا في القانون الدولي العام ، فكل منهما يعني أنه اتفاق بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام يرتب بينهما آثارًا قانونية دولية معينة، أما في القانون الدستوري فـأن المعاهدة هي الاتفاق الذي يحتاج إلى التصديق وفق الإجراءات الدستورية المتبعة في دولة ما، أما الاتفاق (التنفيذي) فهو الذي يدخل حيز النفاذ بمجرد التوقيع عليه ودون الحاجة إلى اجراءات دستورية إضافية تتضمن موافقة السلطة التشريعية على التصديق عليه [2]. ويفرق الدستور الامريكي لسنة 1776 بين المعاهدة التي تخضع لموافقة مجلس الشيوخ بأغلبية الثلثين وبين الاتفاق التنفيذي الذي يكفي في نفاذه توقيع رئيس الجمهورية الأمريكي أو من يخوله.

وبقدر ما يتعلق ا لأمر بنزاعات الاستثمار فـأن المعاهدات الموقع عليها لحماية الاستثمار تنشد تشجيع وضمان الاستثمارات

---

[1] **مجدى عادل:** مصادر القانون الدولي العام، جامعة قاريونس، ليبيا، 2003، ص 199

[2] **هدى عبد الحميد:** المشروعات المتعددة القوميات والشركات القابضة، مجلة مصر المعاصرة، العدد 610، اكتوبر 2009م، ص105.

للشركات متعددة الجنسيات في الدول الأطراف وذلك ب آليتين متميزتين هما:

أ. حل النزاعات الناشئة بين أحد أطرافها بشأن الاستثمار باللجوء إلى التحكيم الدولي ال ذي يتم بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام أو اكثر[1].

ب. حل النزاعات الناشئة بين أحد أطراف المعاهدة وبين المستثمر الذي يستثمر أمواله لدى الطرف المضيف وبخصوص نزاع ينشأ عن عقد الاستثمار الذي يشترط في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي[2].

وهكذا يحصل المستثمر الأجنبي على نوعين من الضمانات، الأولى بموجب اتفاق تشجيع وضمان الاستثمار الذي يشترط حل النزاع بالتحكيم بين الدولتين لحماية المستثمرين التابعين لكل منها ، والثانية بموجب عقد الاستثمار لحل النزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي بالتحكيم بينهما ، وترد معاهدات تشجيع الاستثمارعلى نوعين:

(1) معاهدات الاستثمار الثنائية:

تتم بين دولتين وتعتبر مصدرًا غير مباشر للتحكيم التجاري الدولي بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي بعد أن كانت هذه المعاهدات تقتصر في السابق على ضمان الاستثمار بالتحكيم بين الدول فقط ، ويأتي قبول الدول بالتحكيم بينها وبين

---

[1] **برهام عطا الله:** القواعد الخاصة بإتفاق التحكيم في ظل القانون المصري رقم 27 لسنة 1994، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2000، ص 102.

[2] **إبراهيم شحاتة:** "بحث التحكيم" مجلة السياسة الدولية، العدد(46) أكتوبر 1976، ص 98.

المستثمر الأجنبي إلى حاجتها للاستثمار في سبيل زيادة النمو الاقتصادي، ويلعب شرط التحكيم في هذه المعاهدات دورين هما:

1. التحكيم بين الشركتين المتعاقدتين لحل النزاع الناشئ عن تفسير وتنفيذ هذه المعاهدات ، حيث تنص أحكامها على اللجوء إلى المفاوضات المباشرة لحل النزاع وديًا فأن تعذر أو تعذرت الطرق الدبلوماسية الأخرى، فلن لأحد طرفي المعاهدة حق اللجوء إلى التحكيم بدعوة الطرف الآخر لإنشاء محكمة تحكيم لحل النزاع وذلك بتطبيق قواعد التحكيم الدولي[1].

2. التحكيم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي لحل النزاع الناشئ بينهما بخصوص تنفيذ المشروع الإستثماري ، حيث تقضي المعاهدة بلجوء الطرفين لحل النزاع بالطرق الودية ، فأن اخفقت يصار إلى قيام المستثمر بدعوة الدولة المضيفة لإنشاء محكمة تحكيم لحل النزاع طبقًا لقواعد التحكيم التجاري الدولي[2].

وهكذا توفر معاهدات الاستثمار الثنائية نظامًا مركبًا لحماية وضمان الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم الإجباري بين الدولتين أولا وبين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي ثانياً ، وبموجب عقد الاستثمار ثالثاً وبموجب قانون الاستثمار رابعاً ، وهذه الضمانات تبعث على الاطمئنان وتشجع المستثمر الأجنبي على تحمل مخاطر المشروع الإستثماري في ظل ضمانات

---

[1] **د. سعيد يوسف البستاني:** مرجع سبق ذكره، ص89.

[2] **محمود السيد التحيوي:** الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 125.

الحماية المذكورة. ولتسهيل اللجوء إلى التحكيم وبغية تجاوز عراقيل تشكيل محكمة التحكيم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي فـأن معاهدات الاستثمار الثنائية درجت على اشتراط اللجوء إلى محاكم التحكيم المؤسساتية القائمة في بلدان متعددة[1].

(2) معاهدات الاستثمار متعددة الاطراف:

تنعقد هذه المعاهدات بين عدد من الدول أما على صعيد عالمي أو صعيد اقليمي ، بغية حماية وضمان الاستثمارات الأجنبية ، وتتميز هذه المعاهدات بانشاء مركز تحكيم تلج أ إليه الدول الأطراف لحل نزاعات الاستثمار[2].

ونذكر من النوع الأول اتفاقية واشنطن الموقع عليها في 1965/3/18 التي تقضي بانشاء مركز دولي لتسوية نزاعات الاستثمار بطريق التوفيق والتحكيم ، وتتضمن الاتفاقية النظام الاساسي لهذا المركز الذي يختص بحل النزاعات القانونية الناشئة عن الاستثمار عن طريق محكمة تحكيم دولية تابعة للمركز مع اجراءات اقامة الدعوى واللجوء إلى اجراءات التوفيق التي غالباً ما تسبق اللجوء إلى التحكيم ،ويتميز النظام القانوني للمركز بالاختصاص الاختياري للتحكيم بحيث أن اللجوء إليه لا يتم الا بعد أن تتفق اطراف النزاع على ذلك ، فلا يوجد تحكيم اجباري تلقائي، وينعقد الاختصاص أما بناءً على شرط التحكيم أو اتفاق

---

[1] **أحمد أبو الوفا:** عقد التحكيم وإجراءاته، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 22.

[2] **محمود عبد الحميد حسن:** الشركات الاحتكارية المتعددة الجنسيات، دار الثورة للصحافة والنشر ،بغداد ، 2003، ص105.

التحكيم، كما يمكن لقانون الاستثمار في البلد المضيف ا لإشارة إلى هذا المركز على أن يتم الاختصاص بناء على شرط التحكيم الموجود في عقد الاستثمار[1].

انشأت اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار المبرمة في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية لسنة 1980، المجلس العربي لتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول العربية الأعضاء في الاتفاقية المذكورة، ويتميز التحكيم فيه بكونه اختياريًا ًكذلك ولا ينعقد الا بموجب شرط أو اتفاق تحكيم ويماثل هذا المركز نظيره في واشنطن، وقد تم تعديل نظام محكمة الاستثمار العربية في القاهرة لحل نزاعات الاستثمار لسنة 1980، وتتكون المحكمة من تسعة أعضاء بدلاً من خمسة مع أعضاء احتياط ويخضع نظامها لأحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال في الدول العربية في 1980[2].

وينبغي التنويه إلى أن عقود ومعاهدات الاستثمار الثنائية منها ومتعددة الأطراف التي تهدف أساسًا لحماية المستثمر الأجنبي بواسطة التحكيم الإجباري ، قد اتخذت منحًا جديدًا بتأسيس قانون خاص للاستثمار الأجنبي عن طريق الآتي:

أ. تقييد حرية الدولة في توجيه الاقتصاد الوطني وذلك باشتراط شرط التثبيت على التشريعات طبقا لمبدا usus

---

[1] **سامية راشد:** التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003، ص 69.

[2] **أحمد أبو الوفاء**: مرجع سبق ذكره، ص 20.

modernus لحماية المستثمر الأجنبي من التدابير الهادفة لتحقيق التنمية الدائمة[1].

ب. تقرير مسؤولية الدولة عن أفعال شركاتها العامة التجارية رغم تمتع ا لأخيرة بالشخصية المعنوية استنادا الي مبدأ alter ego.

ج. تقرير مبدأ شرط المعاملة الوطنية وعدم التمييز بين المستثمر الأجنبي والقطاعين الوطنيين العام والخاص، خاصة في حق هذا المستثمر للاستفادة من المزايا التي يتمتع بها القطاعين المذكورين في القانون الوطني ومن الاستفادة من التسهيلات الممنوحة للشركات الوطنية للحصول على المواد الاولية والتسهيلات الضريبية وغيرها مما يحول دون حماية المنتج الوطني ، وهذه شروط تؤدي في نهاية المطاف إلى نفاذها بطريق الاثر المباشر effet direct في القانون الداخلي في شكل قواعد غير اتفاقية ذات أثر قانوني دولي[2].

د. فقدان عقود ومعاهدات الاستثمار طبيعتها المعاوضية واتجاهها نحو اتفاقات ذات التزامات من جانب واحد تقع على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار ، ويصبح المستثمر الأجنبي ليس فقط ندًا لها بل يمتلك حقوقًا غير معهودة في عالم التجارة الدولية ،

---

[1] **د. خالد محمد القاضي:** "موسوعة التحكيم التجاري الدولي"، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 45.

[2] كما يقضي بذلك القانون المصري للاستثمار رقم 8 لسنة 1997 والقانون الاردني رقم 16 لسنة 1995.

مما يجعل للشركات متعددة الجنسي ات سلطة قانونية في مواجهة الدول[١].

هـ. انتقال الالتزامات العقدية للدولة المضيفة إلى التزامات دولية بسبب شروط المظلة (umbrella claus) الواردة في معاهدات الاستثمار خلافًا لقواعد القانون الدولي العام ، كل ذلك من ش أنه أن ينشأ قانونًا جديدًا للاستثمارات الأجنبية في طور النشأة[٢].

---

[١] حسام الدين كامل الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم (القابلية للتحكيم)، إتحاد المحامين العرب، 1998، ص 41.

[2] soft law Tomas Walde. Nouveaux horizons pour le droit hnternation des investessements. Cours et travaux d` Instutut des Hautes Etudes Internations de Paris.Pedone 2004.p.71 et ss .

المراجع

أولاً: المراجع الأجنبية

- Mostefa Ttrafitani: la clause compromissoire these. Renne. 1985 .
- soft law Tomas Walde. Nouveaux horizons pour le droit hnternation des investessements. Cours et travaux d` Instutut des Hautes Etudes Internations de Paris.Pedone 2004.p.71 et ss .

ثانياً: المراجع العربية

- **أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.**
- **برهام عطا الله: القواعد الخاصة بإتفاق التحكيم في ظل القانون المصري رقم 27 لسنة 1994، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2000.**
- **حسام الدين كامل الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم (القابلية للتحكيم)، إتحاد المحامين العرب، 1998.**
- **حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم الدولي، منشورات الحلبي، بيروت، 2007.**
- **د. خالد محمد القاضي: "موسوعة التحكيم التجاري الدولي"، دار الشروق، القاهرة، 2002.**
- **سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003.**
- **د. سعيد يوسف البستانى: قانون الأعمال والشركات، بيروت، منشورات الحلبى الحقوقية، الطبعة الثانية، 2008.**
- **شعيب احمد سليمان: التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، دار الحقانية، القاهرة، 2005.**
- **الدكتور عبد الحسين القطيفى: دور التحكيم في فض المنازعات الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية**
- **الدكتور صابر عمار الفار، دراسة في التحكيم وتسوية المنازعات المدنية والتجارية، دراسة قانونية مقارنة،**
- **الدكتور عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط 1، دارالحقيقة، الاردن، 2006.**
- **زهير الحسني: مصادر القانون الدولي العام، جامعة قاريونس، ليبيا، 2003.**
- **محمود السيد التحيوي: الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.**
- **محمود التحيوى: أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.**

- محمود عبد الحميد حسن: الشركات الاحتكارية المتعددة الجنسيات، دار الثورة للصحافة والنشر ،بغداد ، 2003.
- مجدى عادل: مصادر القانون الدولي العام، جامعة قاريونس، ليبيا، 2003.
- د. مصطفى كمال طه ، التحكيم والقانون التجاري لشركات الاموال ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية 2010.

ثالثاً: الجرائد والمجلات

- إبراهيم شحاتة: "بحث التحكيم" مجلة السياسة الدولية، العدد(46) أكتوبر 1976.
- عمر الفاروق البرزي: مطالعة حول الاستثمار الأجنبي المباشر ونقل التكنولوجيا،مجلة التعاون الصناعي في الخليج العربي، العدد(86)، أكتوبر، 2001.
- منظمة الخليج للاستشارات الصناعية، الانفتاح نحو الاستثمار الأجنبي المباشر وأثاره المتوقعة على القطاع الصناعي في دول مجلس التعاون، الشركة الحديثة للطباعة، الدوحة، 2003.
- القانون المصري للاستثمار رقم 8 لسنة 1997 والقانون الاردني رقم 16 لسنة 1995.
- هدى عبد الحميد: المشروعات المتعددة القوميات والشركات القابضة، مجلة مصر المعاصرة، العدد 610، اكتوبر 2009م.

رابعاً: المواقع الالكترنية

- http://ar.wikipedia.org