الفصل العاشر

دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار

حرص المشرع على توفير الأرضية القانونية اللازمة لتشجيع الاستثمار، باعتباره أحسن وسيلة لإنماء المكاسب وتحقيق التطور الاقتصادي والاجتماعي[91]، دون أن يعرفه رغم كونه من أهم المصطلحات الرائجة ليس فقط في علم الاقتصاد،وإنما في غيرها من العلوم السياسية، والاجتماعية..ولكن ما هو المقصود به في عالم الاقتصاد؟ لكن يجدر بنا قبل ذلك تعريفه لغويا.

⋆**لغة**: يعني المصطلح الثمر حمل الشجر،وأنواع المال والولد،يقال ثمر الله مالك أي كثره ،وأثمر الرجل كثر ماله[92].

*__اقتصاديا:__ توجد عدة تعار يف منها:

1/"إرجاء أو تأجيل الاستهلاك لفترة قادمة،ثم توجيه هذه الأموال إلى الاستثمار وليس الاكتناز"[93]وهو أيضا العملية التي تنشا عن تدخل ايجابي يتمثل في إيجاد مال دائم يؤمن خدمات ومصالح آجلة ورغم الصعوبة البينة

91 Neji Baccouche , Incitations aux investissements et concurrence entre Etats .In OU VA le droit de l investissement ?Désordre normatif et recherche d équilibre ;Actes du colloque organise a Tunis les 3et4 mars2006 .Editions A. PEDONE-Paris page61 »l investissement est a la base de la croissance économique et du bien –être social »

92ابن منظور، لسان العرب(ط1، بيروت، دار صابر،1998)ج4،ص245

93عادل محمد رزق ،الاستثمارات في البنوك والمؤسسات المالية من منظور إداري ومحاسبي،القاهرة ،دار طيبة للنشر والتوزيع2004ص3 .

نظرا للطبيعة الاقتصادية للاستثمار [94] الذي يتميز بالتوسع وعدم الثبات فقد سعى الفقه إلى تعريفه فلاحظ الفقيه فيليب فشار [95] « Philippe Fauchard » "أنه لا يوجد مفهوم موحد لعبارة الاستثمار كون الاستثمار معنى مترامي الأطراف إذ يمكن أن يمتد ليشمل أشكالا متنوعة ويتضمن عدة ميادين لتحقيق أهداف مختلفة تتفاوت بحسب الحاجيات الاجتماعية".

ونذكر أنه في إطار تقرير أنجز حول إعادة هيكلة الحوافز المتعلقة بالاستثمار في تونس [96] أعطى خبراء البنك الدولي مجالا واسعا للإطار القانوني للاستثمار معتبرين إياه يهم التشريع المتعلق بالصرف، والتجارة الخارجية، والقوانين الجبائية والبنكية، وتلك المتعلقة بالائتمان عامة، والتشريع المنظم للسوق المالية.

وقد سعى المشرع التونسي[97] إلى ضبط بعض المفاهيم المتصلة بالاستثمار وبين المقصود منها بالفصل 3 من المشروع فعرف **الاستثمار**:

بأنه كل توظيف لأموال يقوم به شخص طبيعي أو معنوي، تونسي أو أجنبي، مقيم أو غير مقيم، لمدة معينة لانجاز مشروع بالبلاد التونسية من شأنه المساهمة في تنمية الاقتصاد التونسي مع تحمل مخاطره ويكون في شكل عمليات استثمار أو عمليات مساهمة.

---

94 Abdelhamid Abed, L'encadrement juridique des investissements, Doctorat d Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 1997, p.8.

95 Philippe Fauchard, les garantis accordées aux investissements étrangers en Tunisie RTD 1997 N°1,p.14.

96 يراجع الموقع الالكتروني الخاص بالبنك الدولي www.worldbank.com

97من خلال مشروع المجلة الجديدة للاستثمار-مشروع المجلة الجديدة للاستثمار في صيغته الأولى مؤرخة في27فيفري 2013.

وعرف عمليات الاستثمار:

بأنها كل إحداث لمشروع جديد مستقل بذاته بالبلاد التونسية بغرض إنتاج سلع أو إسداء خدمات أو كل عملية توسعة تقوم بها مؤسسة قائمة في إطار نفس المشروع من شأنها الرفع من قدرتها الإنتاجية[98].

يمكننا أن نخرج بمفهوم شامل للاستثمار، فنقول:"هو عملية يتم خلالها تشغيل أموال مختلفة المصادر في مختلف المجالات لفترة معينة من اجل تحقيق عوائد ومكاسب، هذه العوائد تتمثل في الأرباح بالنسبة للمشاريع الخاصة،والنمو الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع ..."[(99)].

من خلال ما سبق يمكن أن نستخلص خصائص عديدة للاستثمار منها:

⋆الاستثمار

يمكن التمييز بين نوعين من الاستثمار وهما الاستثمار الداخلي والاستثمار الخارجي الذي يعتبر ممولا لاقتصاد الوطني ،وعاملا أساسيا لاندماج الاقتصاد في الدورة الاقتصادية العالمية [(100)] وفي العلاقات

98 يتجه التفريق بين الاستثمار والادخار فيعرف الادخار بكونه جملة الأموال الإضافية أو الجزء من الدخل غير المخصص للاستهلاك، غير أن الاستثمار يتمثل في إضافة هذا الجزء من الدخل إلى الطاقة الإنتاجية وإلى رأس المال.لهذا التفريق أثر في التشريع الوطني التونسي إذ ينص الفصل 23 من القانون 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية إلى مفهوم " الادخار المستثمر"، وبالتالي فان التفرقة تبدو بارزة بين الادخار باعتباره سيولة مجمدة خالية من عنصر المخاطر وبين الاستثمار المتمثل في الإلقاء بهذه الوسيلة في الدورة الاقتصادية. كما يميز فقهاء القانون بين الاستثمار المباشر والاستثمار غير مباشر أو ما يعرف « L'investissement de porte feuille » إذ يفترض في الاستثمار المباشر زيادة عن توظيف الأموال مساهمة فعلية في رقابة المؤسسة التدخل في سياستها العامة بخلاف استثمارات الحافظة التي لا تؤدي إلى ممارسة سلطة مباشرة على إدارة المؤسسة.

99 عبد العزيز ميلودي، محددات تمويل الاستثمار في البنوك الإسلامية ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير،السنة الجامعية 2007/2006ص5.

100 ذلك أن معظم الدول تسعى إلى الاستثمارات الأجنبية وتوطين الاستثمارات الوطنية نظرا لآثارها الايجابية في القدرة الاقتصادية والصناعية والزراعية والسياحية للدول المضيفة للاستثمار فهي تتزود ما يقدمه المستثمر من رأس مال وخبرات فنية وإدارية وتكنولوجية حديثة مما يهيئ لها للانفتاح على الأسواق العالمية وزيادة صادرتها وإيجار فرص العمل لمواطنيها وبالتالي تحسين الوضع الاقتصادي والاجتماعي فيها.

التجارية الدولية بما يجيز القول بأن مستقبل العلاقات بين الدول يخضع تأثيرا وتأثرا بمدى تطور العلاقات التجارية الدولية التي هي من مظاهر التكامل والوحدة بين الدول، والأمثلة على ذلك كثيرة تظهر في مقدمتها العلاقات الدولية الأوروبية والعلاقات التجارية المقررة وفق معاهدات إتحاد دول المغرب العربي (الجزائر–تونس–ليبيا–موريتانيا–المغرب)، أو ما تسعى إليه دول الخليج العربي فيما يعرف بمجلس التعاون لدول الخليج العربي.

ومما لاشك أن الدول التي لا تتفاعل مع هذا النمط الجديد في العلاقات الدولية ستظل معزولة سياسيا، واقتصاديا عن كافة المجتمع الدولي بما يحتم عليها:

***الانضمام** إلى أحلاف أو **إنشاء** أحلاف مثل تنظيم السوق الأوروبية المشتركة ،والتكتل الاقتصادي الأمريكي، وتكتل دول شرق آسيا، والتكتلات العربية مثل السوق العربية المشتركة واتحاد دول المغرب العربي (الجزائر–تونس–ليبيا –موريتانيا–المغرب).

***تنظيم علاقتها** وفق اتفاقيات ثنائية أو جماعية في مختلف المعاملات الاقتصادية والتجارية سواء اتصلت بعمليات البيع الدولية أو بالاستثمارات التجارية الدولية أو عقود الاستيراد والتصدير[101].

***تطوير تشريعها** الوطني لطمأنة المستثمر ففي تونس مثلا رغم الحوافز التي أقرتها الدولة فإنها لا تزال ساعية إلى تطوير تشريع الاستثمار حتى تكون في صيغة تطمئن المستثمر.[102]

---

101 يمكن أن نحصي عدد كبير من الاتفاقيات الجماعية والثنائية وهي تعد بالآلاف ولا يتعلق الإشكال بذلك وإنما بتفعيلها عمليا لأنها لا تتفق مع مناخ الاستثمار أحيانا. وتتعدد النزاعات بالتالي بما يتطلب تدخلات أخرى و هو ما يولد حلقة مفرغة : يراجع في هذا المعنى، .OU VA L INVESTISSEMENT
Opcit .Rapport introductif, p5et6

ولكن هذه التكتلات لا يمكن أن تدفع الاستثمار وتجلب المستثمرين إلا بحسن تطبيق أحكام الاتفاقيات لأنه تنشأ عن علاقات الاستثمار منازعات بين أطرافها سواء في مرحلة إنشاء العلاقة أو في طور سريانها أو عند تنفيذها.

ترجع أسباب تلك المنازعات إلى أمرين هامين يتمثلان في :

- **الاختلاف** في مضمون الاتفاقيات وتأويل الحقوق والالتزامات .
- **نقض الدولة** المستضيفة للاستثمار لتعهداتها إزاء المستثمر.

وتتعدد في أطرافها وفي مضمونها.

- فعلى مستوى **الأطراف** تنشا المنازعات بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي ، وبين المستثمرين ومؤسسات الضمان،وبين الدولة المضيفة للاستثمار ومؤسسات ضمان الاستثمار ضد المخاطر التجارية.
- أما على مستوى **مضمون نزاعات** الاستثمار فهي يمكن أن تطال المعاملة في حد ذاتها،أو تفسير بنود الاتفاقية وتطبيقها،أو خرق بنودها...

ولإيجاد الحلول القانونية لفض هذه المنازعات فقد نص القانون على وسيلتين قانونيتين في ذلك تكون ودية وقضائية تشمل الأولى تقنيات المصالحة ،والاستعانة بأهل الخبرة وما يتم إنشاؤه من مجالس في اتفاقيات الاستثمار..أما الثانية فهي تتمثل في الوسائل القضائية الاتفاقية وتعني

102حسب تصريح وزير الاستثمار والتعاون الدولي بجريدة الصباح التونسية بعددها الصادر بتاريخ 7نوفبر 2012حيث أكد الوزير أن الدولة تسعى إلى إدخال عدة تعديلات على قوانين الاستثمار وان المجلة الجديدة هي رسالة طمأنة للمستثمر.

التحكيم وغير الاتفاقية وتعني التقاضي المؤسساتي سواء كان دوليا أو إقليميا أو وطنيا.

- **التحكيم**: يعتبر التحكيم وسيلة قضائية اتفاقية قديمة خاصة لفض المنازعات سواء عند **نشوء** المنازعة أو بعد نشوئها ،معترف بها سواء على مستوى القانون الدولي العام أو القانون الدولي الخاص أو قواعد القانون الوطني.

وهو من الوسائل البديلة عن قضاء الدولة وأصبحت في حاضرنا من القضاء الخاص الأكثر انتشارا لحسم النزاعات التجارية ،يلجا إليه أطراف النزاع بإرادة حرة لحل ما قد يطرأ من خلاف أو نزاع بينهما.

كما انه وسيلة مثلى لفض النزاع لما يتميز به من سرعة فصل الخلافات فيحافظ تبعا له على رؤوس الأموال من خلال إعادة تشغيلها في أقرب الآجال خلافا إلى القضاء العادي الذي يستغرق زمنا طويلا لإنهاء الخصومة تظل فيها العلاقة التجارية مجمدة.

- **اللجوء إلى القضاء**

يبقى اللجوء إلى القضاء لإنهاء منازعات الاستثمار الدولية رهين عدم اتفاق أطرافها على اللجوء للتحكيم ، فهو وسيلة غير اتفاقية لإنهاء الخصومة عكس ما هو سائد في التحكيم.

ويبرز دوره في إنفاذ وحسن تطبيق اتفاقيات الاستثمار وفهم معانيها وذلك عند التعهد مباشرة كجهة أصلية بالمنازعة **(الجزء الأول)** وعند التعهد بمراقبة قرارات التحكيم الصادرة في تلك المنازعات دون أن يتخلى عن دوره في حماية الاستثمار **(الجزء الثاني)**

تعهد القضاء كجهة أصلية لفض المنازعات:تعهد مباشر

نظرا لما يميز عقود الاستثمار– خاصة الضخمة منها– من تعقيدات بسبب تعدد أطرافها، فان معالجتها تحتاج إلى اتفاقات توفر بيئة استثمارية تطمئن المستثمر بما تقره من ضمانات قانونية واقتصادية ، وتحقق التوازن بين مصالح أطرافها، ومنه تتبين أهمية الاتفاقيات الدولية والإقليمية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار(**القسم الأول**) والدور الحاسم للقضاء في تفعيل أحكامها (**القسم الثاني**)

القسم الأول: أهمية الاتفاقات في تسوية منازعات الاستثمار

تتبين أهمية الاتفاقات في أنها تمثل الصيغة المحبذة من المستثمر لفض النزاعات (**الفقرة الأولى**) وفي أنها تنص على وسائل ودية أخذت بها الاتفاقيات العربية لفض النزاعات (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى : تفضيل المستثمر فض النزاعات الاستثمارية عن طريق الاتفاقيات

تتمثل الاتفاقيات الدولية الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية في اتفاقية البنك الدولي لعام 1965 (اتفاقية واشنطن) والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .وفي الاتفاقية المبرمة بين الدول العربية عام 1974 والتي أنشأت المجلس العربي لتسوية المنازعات ويضاف إليهما اتفاقيات جماعية دولية أو ثنائية تعقدها الدول المضيفة للاستثمار مع الدول المصدرة لها .

تتسم منازعات الاستثمار بالتعقيد، خاصة تلك التي تكون الدولة طرفا فيها،اذ تضفي على المنازعة مسالة السيادة الوطنية ويغلب فيها عدم رغبة

المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني لجهله بـــإجراءات التقاضـــي أو عدم اطمئنانه لحيادية واستقلالية قضاء الدولة المضيفة للاستثمار وحرصه على الاحتكام إلى القضاء الدولي لان الاتفاقيات الدوليـــة والإقليميـــة تقـــدم ضمانات قانونية لكل من المستثمر والدولة المضـــيفة للاســـتثمار لتســـوية المنازعات التي تطرأ بينهما، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي أنشأ ت المركز الدولي لتسوية منازعات وكذلك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربيـــة الأخرى لعام 1974[103]. يخضع تفعيل الاتفاقيات تـــوفر بعـــض الشـــروط إذ **يجب** :

1/أن يكون أحد الطرفين دولا متعاقدة والطرف الآخر مواطنا من دولة أخرى متعاقدة

2/أن يتوافق طرفا المنازعة الاستثمارية صراحة على إحالتهـــا إلـــى المراكز.

3/أن تكون المنازعات قانونية ومتعلقة بالاستثمار.

أما عن الوسائل المفضلة لفض المنازعات فهي ذات الصبغة الوديـــة وتتمثل في:

- **المصـــالحة :** تقتصر هذه الوسيلة على دعوة أطراف النزاع للتفـــاوض فيما بينهم للتقريب بين وجهات نظرهم. ففيها يتلقى المباشر لأعمـــال المصالحة طلبات الخصوم وردودهم ،ويدعوهم للاجتماع به، ســـواء

103 اتفاقية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمواطنين العرب بتاريخ 1974/06/10 التي دخلت حيز التنفيذ في 20 أوت 1976 بعد أن صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974.

بصورة منفردة أو بحضورهم جميعا ،ويستمع لأقـوالهم ويحـاول أن يقرب بين وجهات نظرهم ما أمكن، دون أي تدخل، إلى حين وصولهم إلى اتفاق.

- **الاستعانة بأهل الخبرة :** يمكن لأطراف النزاع تعيين خبير لتشخيص القضية محل الخلاف ،وذلك بتوفير التفاصيل الفنية المتعلقة بالوقـائع والأحداث وتحرير تقرير بهذه الأعمال لإنارة المحكمة عند الاقتضـاء بشأن بعض وقائع الدعوى.ومثاله ما قضت بـه محكمـة الاسـتثمار العربية في القضية **عدد2/7بتاريخ 27افريـل 2011** فقـد صـرحت المحكمة انه يتعذر عليها فصل النزاع على حاله وقضت بتكليف هيئة من الخبراء لسماع الأطراف ومن ترى لزوما لسماعه وإجراء ما يلزم من استقصاءات ميدانية وإظهـار الأخطـاء المرتكبـة والأضـرار الحاصلة.[104]
- **مجلس النزاعات :** هي هيئة دائمة تتمثل مهمتها في إيجاد الحلول لكل خلاف ينشأ بين الأطراف عند تنفيذ العقد. يتم إنشاء مثل هذه الهيئات عادة عند إبرام العقد وهي تتكون من عضو أو ثلاثة أعضاء.

تتميز الوسائل المذكورة بطابعها السلمي أو التفاوضي وهـي مقارنـة بالطرق القضائية تتسم بـ:

- **مرونة** الإجراءات من حيث انعقاد الجلسات وتنظيمها.

104وتعليقا عنه نرى انه وان كان من حق القضاء الاستعانة بأهل الخبرة في المسائل التقنية والفنية فانه ليس له أن يتخلى عن صلاحياته للخبراء حتى يقوم كل طرف بدوره ،إذ يبقى للمحكمة مراقبة أعمال الخبراء ولها أن لا تتقيد بآرائهم ،فهي وفق ما استقر عليه فقه القضاء التونسي خبيرة الخبراء بالاستناد إلى الفصل 112من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

- **السرعة** في فض النزاعات.
- **سرية** الإجراءات.
- **مساهمة** الأطراف في فض منازعاتهم.

الفقرة الثانية: الوسائل الاتفاقية التي تضمنتها الاتفاقيات العربية لفض المنازعات

نستعرض في هذه الفقرة الوسائل التي تضمنتها الاتفاقيات العربية من خلال اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الأخرى ومن خلال اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة2001.

1/المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار

تولد عن الاتفاقية الأولى التي أبرمت سنة1974 في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار ويختص بالفصل في المنازعات القانونية الناشئة مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة ومستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى وذلك عن طريق التوفيق أولا ثم التحكيم. ووفقا للمادة 89 من هذه الاتفاقية فإنها تهدف إلى إيجاد بيئة استثمارية سليمة ومؤهلة لجلب واستثمار رأس المال العربي وتوطينه في الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية.

أما الاتفاقية المبرمة في 6ديسمبر 2000 التي وافق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بقراره رقم72/1138بتاريخ6ديسمبر 2000،وصادقت عليها بعض الدول العربية منها الأردن والسودان وسوريا والعراق وليبيا ومصر واليمن وموريتانيا...

النافذة بين أطرافها فهي تهدف حسب فصلها **الثاني**" إلى حل أي نزاع ينشا عن احد الاستثمارات بين الدول العربية الأطراف المضيفة للاستثمار... وبين إحدى الدول العربية الأخرى الأطراف بما يضمن إيجاد منـــاخ ملائـــم يسهم في تشجيع قيام الاستثمارات العربية بصورة متزايـــدة داخـــل الـــدول العربية.. "

تماثل اتفاقية سنة 1974 اتفاقية واشنطن من حيث مضمونها وأحكامها وقواعدها ومعظم قواعدها الإجرائية، وتختلف عنها في صبغتها الإقليمية فهي تهدف إلى جلب الاستثمارات العربية وتقتصـــر علـــى مســـتثمري الـــدول الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية.

و بالرجوع إلى بعض بنود الاتفاقية نتبين هدفها وإجراءاتها فقد نصت بالمادة **2** على أن : الاتفاقية تهدف إلى حل أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة أو إحدى هيئاتها أو مؤسســـاتها العامة وبين مواطني الدول العربية الأخرى ســـواء كـــان شخصـــا طبيعيـــا أو معنويا بما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع قيـــام الاســـتثمارات العربية....

ونصت بالمادة **3**:على أن يبدأ حل المنازعات عن طريق التوفيق بين الأطراف المنازعة ويصير إلى التحكيم وفقا لقواعده المنصوص عليها فـــي هذه الاتفاقية إذا لم يتسن حل النزاع بطريق التوفيق.

يضطلع المجلس بتسوية منازعات الاستثمار عن طريـــق المصـــالحة أو التحكيم وهي وسائل بديلة لحل النزاعات ، يلجأ إليهـــا الأطـــراف بغيـــة التوصل لحل الخلافات عوضا عن القضاء العادي الذي يعد وســـيلة أصـــيلة

لحل المنازعات إذ أن الأصل هو اللجوء إلى المحاكم ومحاولة حل الخلافات عبر التقاضي.

ومن المهم بيان أن وسائل حل المنازعات البديلة التي تنص عليها الاتفاقيات تكون ذات طابع حر (ADHOC) أو مؤسساتي.

1/وسائل حل النزاعات البديلة الحرة:

هي الوسائل التي يحدد بموجبها أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين أو الخبراء أو الموفق ، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في النزاعات.. تتسم هذه الوسائل البديلة الحرة –الغير خاضعة للإدارة والإشراف – بالمرونة وانخفاض تكلفة مصاريفها، وبسرعتها في نفس الوقت، كل ذلك في حال تعاون أطراف النزاع مع بعضها البعض.

2/وسائل حل النزاعات البديلة المؤسساتية

فرضت وسائل حل النزاعات البديلة أهميتها وجدواها بل ضرورتها خصوصا في مجال علاقات التجارة الدولية، مما اقتضى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال وسائل حل النزاعات البديلة بما تملكه من إمكانات علمية وفنية مادية وعملية ولوائح وأنظمة خاصة في حل النزاعات ، ولقد أنشئت العديد من تلك الهيئات على المستويات الدولية نذكر منها نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية الذي حدد مهام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في حل النزاعات ذات الطابع الدولي في مجال الأعمال عن طريق التحكيم.

ولكن رغم أهمية الاتفاقيات فإنها تبقى دون جدوى إذا لم يتم تفعيل أحكامها.

القسم الثاني : تفعيل الاتفاقيات من طرف القضاء لفض منازعات الاستثمار

نتطرق إلى دور كل من القضاء الدولي والإقليمي والوطني في تسوية منازعات الاستثمار.

الفقرة الأولى :دور القضاء الدولي

يتبين من خلال التطبيقات تفضيل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الدولي لاعتقاده بأنه يتميز بالحيادية والاستقلالية وتوفير الضمانات القانونية للحفاظ على حقوقه، ودون أن تمانع الدول المضيفة في ذلك طالما أن الاختيار يطمئن المستثمر الأجنبي ويشجعه على توظيف أمواله في الدولة المضيفة للاستثمار.

يتمثل القضاء الدولي في كل من محكمة العدل الدولية التي أنشئت بموجب ميثاق الأمم المتحدة ،وفي محكمة التحكيم الدائمة والتي تتعهد منذ سنة1962 بمهمة تسوية المنازعات التي تقوم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي.

تدرك معظم الدول بأن اللجوء إلى الوسائل الدولية لتسوية المنازعات تطمئن المستثمر الأجنبي ولذلك فإن أغلب قوانينها الاستثمارية الوطنية تجيز هذا اللجوء .فالفصل 67مثلا من مجلة تشجيع الاستثمارات في تونس ينص على اختصاص المحاكم التونسية بالنظر في الخلافات التي تطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية ولكنه يجيز في نفس الوقت الاتفاق على فض النزاعات بالتحكيم سواء عن طريق إجراءات تحكيم خاصة أو تطبيق للإجراءات المنصوص عليها بـ:

- الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر.

- الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات والمصادق عليها بالمرسوم عدد 4 لسنة 1972 المؤرخة في 17 أكتوبر 1972 والمصادق عليه بالقانون عدد 71 لسنة 1972 المؤرخ في 11 نوفمبر 1972.

كما يجيز القانون المصري للاستثمار رقم 8 لعام 1997 تسوية منازعات الاستثمار بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين مصر ودولة المستثمر.

ويؤكد قانون الاستثمار اليميني رقم 22 لسنة 1991 على هذا الاتجاه ومثله قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم 16 لسنة 1995 والمعدل بالقانون رقم 13 لسنة 2000.

يتمثل القضاء الدولي في كل من محكمة العدل الدولية ومحكمة التحكيم الدائمة.

أولا : محكمة العدل الدولية :

تعد هذه المحكمة الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة وفق المادة الأولى من نظامها الأساسي ووفق المادة 92 من ميثاق الأمم المتحدة ، وتتألف من خمسة عشر قاضيا يمثلون ثقافات قانونية متنوعة ويتم انتخابهم بناء على ترشيح مجلس الأمن وموافقة الجمعية العامة للأمم المتحدة.

وتتمثل وظيفتها وفق المادة 38من نظامها الأساسي "في فصل المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي ،وهي تطبق في هذا الشأن:

أ- **الاتفاقات الدولية العامة والخاصة..**

ب- **العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال....**

ج – مبادئ القانون العام ....

د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين..."

ولكن لا يترتب عما ذكر نزع سلطة الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق الأطراف على ذلك.

وفيما يتعلق بدورها في فض منازعات الاستثمار يتبين وفقا للمادة 34 من نظامها الأساسي أن اختصاصها ينحصر في فصل المنازعات التي تنشأ بين الدول ف"للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافا في الدعاوى التي ترفع للمحكمة" بما يمنع المستثمر الأجنبي الفرد حق المثول مباشرة أمامها باعتباره لا يتمتع بالشخصية الدولية، وبالتالي لا يملك الأهلية القانونية للمطالبة بتعويض ضرره من عمل غير مشروع تسببت فيه الدولة المضيفة للاستثمار.

وتبعا له فان السبيل الوحيد لإثارة مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار هو طلب المستثمر من الدولة التي يحمل جنسيتها حمايته وهي "الحماية الدبلوماسية" ذلك إن الوسيلة الوحيدة لتعهدي المحكمة المذكورة يكون بقيام دولة المستثمر الأجنبي بعرض النزاع عليها انطلاقا من حماية حقوق ومصالح رعاياها بما يعطيها الأهلية والصفة في رفع دعوى أمام القضاء الدولي عند حصول اعتداء على هذه الحقوق[105].

يعتبر نظام الحماية الدبلوماسية تبعا لما ذكر ضمانا مهما لحماية الاستثمار[106] في حالة تعرضه لأضرار من قبل الدولة المضيفة للاستثمار

105 انظر، فرحات الحرشاني، تقديم وسائل تسوية المنازعات، أعمال ورشة عمل وطنية حول تسوية المنازعات في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية.الأمم المتحدة –اللجنة الاقتصادية و الاجتماعية لغرب آسيا.

106 عبد العزيز محمد سرحان، المبادئ العامة للقانون العام، القاهرة، دار النهضة العربية 1968 ص 418.

خاصة إذا كان يتعذر على المستثمر اللجوء إلى القضاء الوطني في تلك الدولة.

يخضع نشر الدعوى أمام محكمة العدل الدولية إلى الشروط التالية :

1/ وجود رابطة قانونية وسياسية بين المستثمر (الفرد أو الشركة) مدعي الضرر وبين الدولة التي تحميه.

2/ أن يكون المستثمر قد استنفذ طرق التقاضي الداخلية المنصوص عليها في قوانين الدولة المطلوبة لجبر ضرره وفق تشريعات الدولة المضيفة للاستثمار[107].

3/ أن لا يكون المستثمر قد ساهم بدوره في إحداث الضرر الذي أصابه [108].

ومن الجدير بالذكر أن استناد المستثمر إلى نظام الحماية الدبلوماسية لا يضمن له أحيانا مصالحه تجاه الدولة المضيفة للاستثمار ولا يعطي نتائج عملية هامة [109] بسبب تداخل الاعتبارات السياسية والاقتصادية وتعارض وتوافق المصالح بين الدول إذ قد تتوقف دولة المستثمر عن متابعة الدعوى القضائية أمام محكمة العدل الدولية، وقد تعقد اتفاق لإنهاء الدعوى وقبول تعويض معين.

كما أن التوسع في استعمال هذا المبدأ قد يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة على الأشخاص الذين يمارسون نشاطا في إقليمها،ويثير المخاوف من

107 عصام العطية، القانون الدولي العام، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد ص 357.
108 إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة 1875، ص54.
109 فرحات الحرشاني، مرجع سابق.

تسييس علاقات الاستثمار، وقد يرتب أزمة سياسية بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر.

والجدير بالذكر أن الحكم الذي تصدره المحكمة له قوة إلزامية نسبية من جهة أطرافه ومن جهة موضوعه ،فلا يكون للحكم وفق المادة **59** "قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص النزاع الذي فصل فيه" ولا يقبل الطعن بالاستئناف ويرجع للقضاة مهمة تفسير كل نزاع يحصل في معناه أو في مدلوله(**المادة60**) .

ولئن كان الحكم لا يقبل الطعن بالطرق العادية فانه يقبل التماس إعادة النظر فيه وفق المادة **61** بشرط اكتشاف "واقعة حاسمة في الدعوى كان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة والطرف الذي يلتمس إعادة النظر"

بقي أن نشير بان للمحكمة دورا إفتائيا فهي تفتي في أية مسالة قانونية بطلب من أية هيئة مرخص لها بميثاق الأمم المتحدة (**المادة65**).

ثانيا : محكمة التحكيم الدائمة :

يرجع تاريخ هذه المحكمة إلى مؤتمر السلام الدولي في لاهاي سنة 1899 وإلى مؤتمر السلام الثاني الذي عقد في لاهاي سنة 1907 حيث تم تعديل بعض بنودها.

لا ينظر لهذه المحكمة بالمعنى الفني الكلاسيكي الدقيق، لأنها تختص بالنظر في المنازعات بين الدول المتعاقدة دون غيرها.

وقد سبق لهذه المحكمة وأن وافقت على الاحتكام لقواعد التوفيق والتحكيم لتسوية المنازعات التي تقوم بين الدولة واحد أشخاص القانون الخاص وذلك عن طريق محكمين يختارهم أطراف النزاع، وبذلك أصبح بإمكان المحكمة أن تفصل في المنازعات بين الدولة المضيفة للاستثمار

والمستثمرين الأجانب،غير أن دورها يبقى محدودا فلا يفسح مجالها إلا أمام المستثمر التي تكون دولته طرفا في اتفاقية 1907 .

الفقرة الثانية : القضاء الإقليمي :محكمة الاستثمار العربية أنموذجا :

أنشئت محكمة الاستثمار العربية بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980 وتختص بتسوية المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقيات الاستثمار في البلدان العربية.فما هو موقعها المحكمة في فض منازعات الاستثمار؟وما هي المبادئ التي يمكن استخلاصها من فقه قضاءها؟

1-موقع المحكمة في فض منازعات الاستثمار:

يندرج صنف هذه المحكمة ضمن القضاء الإقليمي المتخصص في مادة الاستثمارات وهي أنشئت بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980،-وهي التي تمثل هيكلا قضائيا إقليميا مختصا- وقد وضع نظامها الأساسي من قبل الهيئة العربية للاستثمار عام 1985 وتم تشكيلها بموجب قرار المجلس الاقتصادي في سنة 1991 .

تتشكل المحكمة من خمسة قضاة أصليين وعدد من الاحتياطيين ينتمون إلى جنسيات عربية مختلفة، وهي تختص بتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام الاتفاقية الموحدة.

كما تنص بعض الاتفاقيات العربية على اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية قولا بأنه تتم تسوية الخلافات المتعلقة بمختلف أوجه الاستثمار عن طريق التوفيق أو التحكيم أو القضاء المتخصص في البلد المضيف للاستثمار أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية المشكلة وفق الفصل 6من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية التي وافق عليها

المجلس الاقتصادي والاجتماعي العربي بقراره عدد 841 بتاريخ 1970/09/10.

تتمتع المحكمة بصلاحيات واسعة في مرحلتي الإجراءات الكتابية والشفاهة ، ولكل طرف في الدعوى إبداء دفعاته شفا هيا أو كتابيا،وتجرى المرافعات في المبدأ عمومية إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك بطلب من الأطراف أو احدهم أو بدونه فإنها تكون سرية.

وبموجب هذه الاتفاقية يمكن للمستثمر العربي اللجوء إلى القضاء الوطني أو إلى هذه المحكمة دون إقامة الدعوى في نفس الوقت أمام كل مهما وذلك استنادا إلى المادة 31 من الاتفاقية الموحدة، وعليه إذا أقام الدعوى أمام جهة معينة فإنه لا يستطيع إقامتها أمام الجهة الأخرى.

تصدر أحكام هذه المحكمة نهائيا بأغلبية الأصوات وهي غير قابلة للطعن ولا تقبل إلا تصحيح الخطأ المادي في الحساب أو الأسماء ،أو طلب شرح يعتريه بعض الغموض، أو طلب التماس إعادة النظر في حالات مضبوطة، وتنفذ في الدول العربية الأعضاء في الاتفاقية ولها حكم الأحكام الصادرة من محاكمها الوطنية، إلا أنه استنادا على المادة 35 من الاتفاقية الموحدة فإن المحكمة تستطيع إعادة النظر في الأحكام التي تصدرها إذا ما تضمنت انتهاكا جسيما وخطيرا لقاعدة أساسية في الاتفاقية الموحدة أو لإجراءات التقاضي أو عند اكتشاف وقائع جديدة، ويمكنها وقف تنفيذ حكمها لحين البت في التماس إعادة النظر وذلك وفق المادة 60 من الاتفاقية الموحدة.

أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لاختصاص المحكمة فنلاحظ وفق المادة 36 من الاتفاقية الموحدة أنها تختص في جانب بالنظر كهيئة قضائية

في المنازعات الاستثمارية الخاصة بتطبيق أحكام الاتفاقية، وتنص صراحة على اختصاص المحكمة بالفصل فيما يعرضه عليها احد طرفي الاستثمار من النزاعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها، وفي جانب آخر فهي تقدم الاستشارات القانونية بناء على طلب إحدى الدول الأعضاء في الاتفاقية، أو بناء على طلب الأمين العام لجامعة الدول العربية،أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي للجامعة.والمهم هنا أن المستثمر العربي يمكنه اللجوء مباشرة إلى هذه المحكمة وبصفته الشخصية لفض النزاع بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار وهو أمر يعتبره بعض الفقهاء في القانون تطورا ملموسا في المجتمع العربي في حسم منازعات الاستثمار ومنح المستثمر العربي الثقة والاطمئنان وبالتالي تشجيعه في توظيف أمواله في أعمال استثمارية [110].

وقد تبين أن المحكمة لم تقدم الإضافات المرجوة في فض منازعات الاستثمار، فرغم إحداثها منذ سنة 1985فانها تعهدت بأول منازعة في سنة 2004 [111]،وهي حسب المعطيات المستخرجة من الموقع الالكتروني للجامعة العربية لم تفصل إلى حد شهر ابريل من سنة2011 إلا عدد 9 قضايا تناولت فيها مسائل قانونية بشان اختصاص المحكمة وبشان مبدأ الحق في التقاضي وغيرها من المواضيع التي تؤكد أهمية دور القضاء في تفسير مضمون الاتفاقيات وكيفية تجسيمها وإنفاذها بصفة عملية.

ولكي تقوم بدورها بكل نخاعة وفاعلية لابد من توسيع اختصاصها لتنظر في مختلف منازعات الاستثمار التي يكون احد أطرافها عربيا بقطع

110انظر الدكتور كامران الصالحي ، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية .دراسة في إطار كلية القانون –جامعة الإمارات العربية المتحدة.

111 فرحات الحرشاني ،المرجع المذكور.

النظر إن كان مستثمرا خاصا أو دولة أو إحدى مؤسساتها لان ذلك يخول المحكمة حسم النزاعات التي تطرأ بين مستثمر أجنبي ودولة عربية أو تلك التي تقوم بين مستثمر عربي ودولة أجنبية. وربما يكون من المستحسن أن تتضمن الاتفاقات الاستثمارية التي تبرم بين الدول العربية إسناد الاختصاص لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار إلى محكمة الاستثمار العربية وذلك لمزيد تفعيل دورها .[112]

2 :بعض المبادئ من فقه قضاء المحكمة

تضمنت قرارات بعض المبادئ القضائية العامة وبعض الأحكام الخاصة بالتقاضي أمامها نستعرضها من خلال النوازل التي تطرقت إليها.

بينت المحكمة في القضية عدد 1/1 بتاريخ 12 أكتوبر 2004 **الأسس القانونية التي تستند عليها في إصدار أحكامها :

تتمثل الدعوى في قيام المدعو عادل صالح المداح ضد الدولة التونسية ولجنة تنظيم العاب البحر الأبيض المتوسط لطلب التعويض عما لحقه من خسائر ناجمة عن أخطاء البث الإذاعي والتلفزيون والإعلامي ولإشهاري لدورة العاب البحر الأبيض المتوسط تونس2001.

وكانت فرصه للمحكمة في بيان **الأسس** التي تحكم النزاع أمامها وتستند عليها في فصل القضايا وهي المادة 4 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية قولا بما يلي :

" يستهدى في استخلاص الأحكام المتعلقة بهذه الاتفاقية وفي تفسيرها بالمبادئ التي تقوم عليها والأهداف التي استلهمتها ثم بالقواعد والمبادئ

112 انظر الدكتور كامران الصالحي، مرجع سابق.

المشتركة في تشريعات الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية ثم بالمبادئ المعترف بها في القانون الدولي".

وأضافت "انه من المقرر في كافة تشريعات الدول الأعضاء في الاتفاقية الموحدة أن حقوق والتزامات كل من طرفي العقد يحددها ذات العقد وأنه يتعين تنفيذ العقد وفق مقتضيات حسن النية."

ولما رفض مطلبه التمس المدعي إعادة النظر فيه وأسس طلبه على قاعدة الفصل 35 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية وفي المادة 44 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية التي تنص على " يقبل التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة من المحكمة إذا تضمن الحكم تجاوزا خطيرا لقاعدة أساسية في الاتفاقية أو في إجراءات التقاضي" لأن الحكم صدر من عدد ثلاثة قضاة في حين أن الحد الأدنى أن تتكون المحكمة من خمسة قضاة وفق المادة 28 من الاتفاقية الموحدة والمادة الأولى من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية والمادة الثانية من اللائحة الداخلية لمحكمة الاستثمار العربية وهو ما" اعتبره الطاعن تجاوزا خطيرا".

ورفضت المحكمة الالتماس في حكمها **عدد 1/6ابتاريخ2010/12/06** وأجابت بصفة عامة حول تشكيلها وتركيبتها وعدد القضاة استنادا إلى المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة وأقرت المبدأ العام في ذلك قولا:" وهذا يدل على أنه يجوز للمحكمة أن تنعقد بكامل أعضائها في دائرة واحدة فضلا عن جواز انعقادها في أكثر من دائرة والشرط الوحيد هو ألا يقل عدد أعضاء المحكمة أو الدائرة عن ثلاثة أعضاء...".

ملاحظة: صدر الحكم موضوع الالتماس عن المحكمة دون التنصيص على أنه صادر عن إحدى دوائرها أو هيئة بل انه حكم صادر عن محكمة الاستثمار العربية.

ثم كان للمحكمة في نفس النزاع أن بينت رأيها في **عدم جواز الالتماس ثانية** بحكمها عدد **2/6 بتاريخ 2008/101/26** قولا " ليس في نظام محكمة الاستثمار رؤوس الأموال العربية ما يجيز الالتماس لمرة ثانية" ورفضت تبعا له مطلب الالتماس الثاني الذي رفعه الطالب.

كما بينت بالقضية عدد2/1 تاريخ21-08-2007** حول مفهوم المستثمر العربي قولا.

"حيث عرفت المادة الأولى من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المقصود بعبارة " المستثمر العربي" وذلك تحديدا بالفقرة السابعة بأنه هو المواطن العربي الذي يملك رأس مال عربي **ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها**..."**:**

أما بخصوص التقاضي أمام المحكمة فقد أوردت معطيين إجرائيين هامين يهم الأول إجراءات التقاضي والثاني مفهوم التعسف فيه قولا **ما يلي:**

1/"ث أن إجراءات التقاضي لدى محكمة الاستثمار العربية منظمة بقواعد وآليات موجودة بصفة حصيرية في نظامها الأساسي وفي لائحتها الداخلية...." وتأسيسا عليه " فإن الاحتجاج بعدم احترام إجراء أوجبه قانون وطني عند التقاضي أمام هذه المحكمة يكون في غير طريقه ويتعين بالتالي رفضه".

2/ كما أنها وضعت المبدأ العام في التقاضي وفسرت مفهوم التعسف فيه

"وحيث أن حق التقاضي من الحقوق الأساسية المقررة بجميع التشريعات العربية يقابل هذا الحق بواجب يتمثل في كون المتقاضي هو محمول **مبدئيا على الجدية وعلى حسن النية** والقول بخلاف ذلك يعتبر من قبيل التعسف في استعمال هذا الحق ويعطي الحق للغير المتضرر في تعويضات مالية".

- كما أنها حددت ضوابط الاختصاص أمامها في الدعوى رقم 7/1 في 2010/02/06 من جهة أطراف النزاع وردتها لان احد أطرافها لا تنطبق عليه الاتفاقية وذلك في الدعوى الموجهة من رئيس اتحاد المقاولين ضد الأمانة العامة لجامعة الدول العربية يطلب بموجبها تصفية حقوق الشركة في مشروع إنشاء جامعة الدولة دول العربية في الجمهورية التونسية وانتهت المحكمة إلى القول بعدم اختصاصها لأن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ليست دولة في مفهوم الاتفاقية الموحدة.
- وفي نفس إطار الاختصاص أقرت المحكمة بحكمها عدد 4/2 بتاريخ 2007/08/21 (التماس)" أن لكل دولة عضو في الاتفاقية اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية أمنها كلها أمور داخلية لا شان لهذه المحكمة بها".
- **القضية عدد 7/2** التامة بتاريخ **27افريل 2011** تفيد وقائعها أن ممثل شركة أفق للمشروعات السياحية رفع دعواه أمام المحكمة ضد عدد 5 مصالح وإدارات مصرية (محافظ البحر الأحمر ورئيس مدينة الغردقة وغيرهما) يعرض أن الشركة ضخت أموالا للاستثمار داخل

مصرفي الميدان السياحي وبدأت بموجب عقود ثابتة في بناء 7 وحدات فندقية وتواصل العمل من سنة 1997 إلى 2005 غير أنها لقيت عدة عراقيل وصعوبات ولم تتحصل على التراخيص الإدارية لإتمام كافة المباني زيادة على التعديات الحاصلة على المساحات المقتناة وهو ما ألحق بها ضررا ماديا فيما أنفقته لإنشاء المباني السياحية وفيما بذلته للخبراء والمهندسين ولتحضير آلات وأدوات العمل وزيادة أيضا لما فاتها من كسب بسبب عدم تمكنها من تنفيذ المشروع وردت الجهات المطلوبة بأن الشركة خالفت الترتيب الإدارية والإجراءات القانونية وليس لها المطالبة بالتعويض.

عرفت المحكمة في هذه الدعوى المستثمر **أولا** لان الشركة المدعية مصرية وأن المدعى عليهم مصريون وأكدت بأن المادة 7 من الاتفاقية الموحدة تعرف المستثمر العربي بأنه ذلك المواطن العربي الذي **يملك** رأسمال عربي ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها.

ثم تطرقت ثانيا إلى النزاعات مناط اختصاصها وفق المادة 23 من النظام الأساسي للمحكمة والمادة 29 من الاتفاقية والتي تجتمع في عناصر **أساسية وهي**:

- وجود طرف عربي استثماري في المنازعة وذلك بقطع النظر من شكل الشركة وتسجيلها في سجل الشركات الاستثمارية.
- فالمنظور ليس التسجيل بالبلاد المستضيفة وإنما هو جنسية المستثمر أولا ومصدر رأس المال المستثمر ثانيا وقد اتضح للمحكمة في النزاع الحالي أن صاحب الشركة سعودي وأن رأس المال المستمر هو رأس

مال سعودي عربي بالإضافة ثالثا إلى معيار النشاط الـذي يجـب أن يكون استثماريا عربيا.

الفقرة الثالثة: تعهيد القضاء الوطني

يعتبر الاحتكام إلى القضاء الوطني لتسوية منازعات الاستثمار من أهم مظاهر ممارسة السيادة الوطنية.فمن المقرر في القانون الدولي العرفي أن أي استثمار في دولة ما يخضع لسيادة تلك الدولة التي تمارس جميـع سـلطتها السيادية داخل أراضيها.

ولذلك تحرص جميع الدول على إخضاع المنازعات التي تنشأ علـى ترابها إلى محاكمها وقوانينها –بما فيما منازعات عقود الاستثمار– للقضـاء الوطني أسوة بالمنازعات التي تنشأ عن تنفيـذ عقـود داخـل إقلـيم هـذه الدولة[113].

ويمكن تبعا لذلك للسلطة ذات السيادة في الدولة أن تصـدر القـوانين واللوائح المنظمة لأنشطة المستثمرين الأجانب وشـروط قبـول المشـاريع الاستثمارية الأجنبية وأنواعها.

ومن المقبول أيضا في العرف الدولي إن تشترط الدولـة إحالـة كـل منازعات الاستثمار الأجنبي التي تنشا أو تثار في أراضيها إلى محاكم هـذه الدولة للفصل فيها.

غير أن الواقع العملي يصطدم بعراقيل قانونيـة مردهـا أن القواعـد السابقة غير مطلقة ولذلك تشترط بعض الدول أحيانا أن يتنـازل المسـتثمر الأجنبي عن الحماية الدبلوماسية لدولته ،وفي أحيان أخرى تتردد في تبنـي

113 د.محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية الكويت 1983،ص 491.

قضايا مواطنيها ضد دولة أخرى على المستوى الدولي أو تـرفض تبنيهـا لأسباب مختلفة .

كما يصطدم بعراقيل عملية ولاسيما في عقود الاستثمارات التي يتفوق فيها نفوذ الشركات الاقتصادية الاستثمارية على الدول المضيفة للاسـتثمار إذ تتردد هذه الشركات في الغالب في قبول التقاضي أمام القضـاء الـوطني بعلة أن إجراءات التقاضي في الدولة المضيفة للاستثمار غير مألوفة لديها ، إلى جانب الخشية من عدم حماية حقـوقهم ومصـالحهم بقـوانين الدولـة المستضيفة لأنه قد لا تتوافق مع مستوى الحماية المطلوبة،أو لأنـه يمكـن تغيير هذه القوانين من وقت لأخر بواسطة السلطة السياسية .بالإضافة إلـى تخوفها من تأثر القاضي الوطني بمصالح دولته وعدم التزامه بالحياد وبالتالي عدم توفر نظام قضائي مستقل يمكنه التصـدي بطريقـة محايـدة لقضـايا ومنازعات المستثمرين الأجانب، زيادة عن تخوف المستثمر الأجنبي مـن بطء إجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني.

يمثل اللجوء إلى المحاكم الوطنية الفكرة الأولى التـي تتبـادر إلـى الذهن [114] وهي الآلية الأولى التي تنص عليها عدة اتفاقيات ثنائيـة والتـي عادة ما تصبغ البند في أنه إذا ما تعذر على الطرف المتعاقد وكذلك المستثمر الوصول إلى اتفاق خلال ستة أشهر فيمكن أن يطلب المسـتثمر وباختيـاره عرض الخلاف للحل عن طريق محكمة مختصة للطرف المتعاقد الذي أُنجر الاستثمار في إقليمه.

114 FERHAT HORCHANI, L'investissement inter- arabe CERP Tunis 1992, p.390, n°613.

ولكن رغم بعض الاتفاقات التي تنص على اللجوء الإجباري للمحاكم الوطنية فإن المستثمر هو الذي يختار هذا الحل أو اللجوء إلى التحكيم الدولي وهو اختيار ممنوح للمستثمر دون غيره ويمثل ضمانا أساسيا للاستثمار لأن المحاكم الوطنية عادة –على الأقل في نظر المستثمرين الأجانب– لا تـــوفر الضمانات الضرورية لمحاكمة يعامل فيها الطرفان على قدم المساواة زيـــادة عن إشكالية حياد القضاء الوطني وعدم تخصصه أحيانا وبطء الإجراءات في إصدار الأحكام أو تعدد طرق الطعن [115] أو أحيانا الشك في قدرة المحاكم الوطنية لاسيما في الدول النامية في البت في المنازعات التقنيـــة والقانونيـــة المعقدة الناشئة عن عقود الاستثمارات.

ولذلك لا تصر الدول على جعل القضاء الوطني الوسيلة الوحيدة لحسم وتسوية منازعات الاستثمار .كما أنها قد لا ترغب في انعقـــاد الاختصـــاص القضائي لمحاكم دولة المستثمر الأجنبي. ولذا قلما يلجأ أطراف النزاع إلـــى حسم المنازعات عن طريق محاكم دولـــة طالبـــة الاســـتثمار أو المضـــيفة للاستثمار أو محاكم دولة ثالثة ويفضلان في الغالب إناطة مهمة الفصل فـــي المنازعات إلى إحدى الهياكل القضائية الدولية باعتبارهـــا أكثـــر حياديـــة، واستقلالية، خاصة وأنها تلقى قبولا واسعا من لدن المستثمرين الأجانب ومن قبل الدول المضيفة للاستثمار والساعية إلى جلب رأس المال الأجنبي لتحقيق أهدافها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

سعت الاتفاقية الموحدة إلى تفادي التعهد المزدوج للمحـــاكم الوطنيـــة ومحكمة الاستثمار العربية حتى لا تتضارب الأحكام ولذلك نصت بالفصـــل

115 عبد الواحد الفار، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتب ، ص 173.

31 أن "للمستثمر العربي أن يلجا إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الاستثمار طبقا لقواعد الاختصاص فيها وذلك في الأمور التي تدخل في اختصاص المحكمة على انه إذا رفع المستثمر العربي الدعوى أمام إحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى".

فسرت المحكمة مقتضيات الفصل المذكور ردا عن الدفع الذي أثير أمامها من عدم جواز نظرها في الدعوى المتعهدة بها لسبق لجوء الشركة المدعية إلى القضاء المصري –المحاكم الوطنية– وهذا يعني وفق رأي المحكمة أنه ليس المستثمر الحق في رفع دعواه أمام محكمة الاستثمار وأمام المحاكم الوطنية للدولة التي يقع فيها هذا الاستثمار في آن واحد وإلا تكون دعواه غير مقبولة واستبعدت من نظرها بناءا على ذلك جزاءا من النزاع هو محل نظر أمام المحكمة الوطنية.

ويطرح السؤال حول وجوبيه اتحاد الموضوع والأطراف لتطبيق الفصل **31** من الاتفاقية الموحدة فهل تتخلى محكمة الاستثمار مهما كان وجه تعهد المحاكم الوطنية ؟ يستخلص من رأي المحكمة وجوبيه اتحاد طبيعة الموضوع المتنازع فيه عندما قبلت النظر في أحد أجزاء النزاع لصبغته المدنية وردت الدفع بتعهد جهة قضائية أخرى لأنها جهة إدارية تنظر في بعض القرارات الإدارية دون موضوع الدعوى الذي هو في تعويض عن أضرار مادية وأدبية .

غير أن تعهد المحكمة لا ينحصر في تعهدها المباشر إذ انه يأخذ شكلا آخر وهو التعهد الرقابي .

الجزء الثاني :

تعهد القضاء بالمنازعات كطرف مراقب: تعهد غير مباشر

يتولى القضاء، إلى جانب تعهده أصالة بفض منازعات الاستثمار، مراقبة ما يصدر بشأنها بموجب القرارات التحكمية في حالات مضبوطة (القسم الأول) ويتدخل لحماية الاستثمار (القسم الثاني)

القسم الأول : مبدأ الطعن وأسبابه :

يتداول البعض في قبول مبدأ الطعن(الفقرة الأولى) وفي أسبابه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مبدأ الطعن

نتحدث عن المبدأ بوجه عام **(1)**وعن تفعيله**(2)**

1:**المبدأ:**

تختلف الدول في اعتماد طرق الطعن فبعضها يتيح للخصوم اللجوء إلى طرق متعددة ومختلفة، وفق شروط وقيود محددة، أو اللجوء إلى بعضها أو إلى أحداها دون بعضها الآخر.

ومن المعلوم أن طرق الطعن المتعارف عليها في الأنظمة الإجرائية هي الاستئناف والاعتراض من الغير، والتماس إعادة النظر، والتعقيب .

أما الطعن في الأحكام التحكيمية فانه يخضع لأحكام خاصة. ذلك أن بعض التشريعات لا تأخذ بالطرق العادية وتربطه في أحيان بصور خاصة فاستئناف الحكم التحكيمي مثلا في تونس مقيد بشرط التنصيص عليه في اتفاقية التحكيم لان الفصل 39 من مجلة التحكيم ينص **على ما يلي :** "لا يجوز الطعن بالاستئناف1/في أحكام المحكمين المصالحين.

2/في أحكام التحكيم ما لم تنص اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك"

يعكس التضييق في الطعن الاتجاه التشريعي الذي يرغب في المحافظة على مزايا التحكيم وخاصة منها السرعة في فصل النزاعات ،وحتى يكـــون مستقلا عن القضاء العدلي.

ومن المفيد بيان انه لا يجوز الطعن بالاستئناف في مجـــال التحكـــيم الدولي،فالمشرع في تونس لم يأخذ إلا بوسيلة طعن وحيدة وهـــي الإبطـــال التي يجوز استبعادها من الأطراف وفق شروط الفصـــل 6/78مـــن مجلـــة التحكيم.

يمكن تفسير الحد من الطعون بقاعدة منطقية مفادها أن ميدان التحكيم يتسم بخصوصية تمتع الأطراف بحرية كبيرة فـــي تنظـــيم التحكـــيم وهـــي خصوصية تبرر التقليص في حق الطعن في القرارات الصادرة فـــي مـــادة التحكيم.[116]

وعلى هذا الأساس ينتقد البعض مبدأ الطعن والرقابة اللاحقة للقرارات التحكيمية قولا بأنها:

- تعيق التنفيذ وتطيل إجراءاته
- تشكل نوعا من الازدواجية في العدالة (التحكيمية والقضائية) التي قـــد تنتهي إلى تغليب القضائية منها على التحكيمية.

ومما لاشك فيه أن طرق الطعن في القرارات التحكيمية، تظل رغـــم انتقاداتها أمرا طبيعيا تمليه المبادئ العامة للتقاضي بشكل عام، وضـــرورات الرقابة القضائية على أحكام المحكمين لتأمين حسن سير العدالة.

---

116 يراجع في هذا المعنى القرارعدد 33 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 26اكتوبر 1999،مجلة القضاء والتشريع عدد4،افريل 2001الصفحة205و222.

ولذلك لا ينظر إلى الرقابة كآلية طعن تؤدي إلى إفراغ التحكيم من مقصده الأساسي، وهو استبعاد القضاء العدلي من النظر في أصل النزاع، وإنما كصيغة توفيقية بين موقفين موقف الخصوم الذين تخلوا منذ البداية عن ولاية المحاكم القضائية بإرادتهم وبترخيص من المشرع، وبين دور القضاء في استعادة سلطته على النزاع في مرحلة لاحقة لمراقبة مدى تطابق الفصل فيه مع الإجراءات والشكليات المستوجبة في الحكم التحكيمي.[117]

وباعتبار إن الطعن في القرارات التحكيمية يمثل نوعا من الرقابة القضائية اللاحقة لها، فان بعض الدول تتشدد في ممارسته في حين تتساهل أخرى في تحديد شروطه وإجراءاته.

ويمكن القول حاليا: إن دعوى بطلان حكم المحكمين أصبحت في كثير من الدول، ولاسيما العربية، هي السبيل الوحيد المتاح للطعن بهذه الأحكام، ولاسيما تلك المتأثرة بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كليا أو جزئيا، سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي.

2-تفعيل مبدأ الطعن

يختلف تفعيل المبدأ بحسب طبيعة التحكيم إن كان داخليا أو دوليا[118]

أ-الطعن في القرارات الصادرة في التحكيم الداخلي :

يمكن التمييز في هذا الشأن بين عدة اتجاهات في التشريعات العربية المقارنة:

117وبموجب الحق في ممارسة الطعن يمكن للخصوم سلوك طريق الطعن بالإبطال في القرار التحكيمي الدولي ، ولأسباب تتصل بحالات التعهد ،وتشكل الهيئة،والنظام العام...وهي لا تتعلق بالوقائع وبأصل النزاع .

118يراجع في هذا المعنى الأستاذ فؤاد ديب ، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية-المجلد 27-العدد الثالث، 2011 ،ص 55 وما يليها.

1-في تونس:

أخذ المشرع بمبدأ عدم قابلية القرار التحكيمي للاستئناف ما لم تنص اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك صراحة (الفقرة 2 من المادة 39 من مجلة التحكيم التونسية لعام 1993). واستبعد الطعن بالإبطال ضد قرارات التحكيم القابلة للاستئناف (المادة 40 من هذه المجلة). ولكنه أجاز الطعن في أحكام هيئة التحكيم بطريق اعتراض الغير وفق المادة 41 ويرمي بذلك إلى تحقيق العدل وتكريس حق الدفاع حتى لا يضار إنسان من حكم لم يبد فيه دفعوه .

كما أجاز للخصوم طلب إبطال حكم هيئة التحكيم الصادر نهائيا ولو اتفقوا على خلاف ذلك في الحالات المشار إليها في المادة 42 من الباب الثاني المتعلق بالتحكيم الداخلي وهي تتعلق بصدور القرار التحكيمي دون الاعتماد على اتفاقية تحكيم أو صدوره خارج نطاق اتفاقية التحكيم أو على اتفاقية باطلة أو خارج أجال التحكيم أو شاملا لأمور لم تكن موضوع طلب أو كان خارقا للنظام العام أو صدر من هيئة غير متركبة بصفة قانونية.

وعليه لا يمكن قبول إبطال قرار تحكيمي إذا لم يكن مندرجا ضمن الحالات المنصوص عليها حصرا بالفصل 42 المذكور كما لا يمكن الاتفاق مسبقا على استبعاد الطعن بالإبطال وذلك خلافا لما ورد في مجال التحكيم الدولي.إذ مكن الفصل 6/78الاطراف الذين ليس لهم مقرا بتونس أو محل إقامة أصلي أو محل عمل الاتفاق على استبعاد الطعن بصفة كلية أو جزئية.[119]

119 نور الدين قارة ، قانون التحكيم (مقدمة عامة-التحكيم الداخلي)مركز النشر الجامعي تونس2007 الصفحة206.

وفي إطار تفعيل التضييق في الطعن فان الطعن بالأبطال لا يجيز للمحكمة مراجعة القرار التحكيمي لان دور القضاء في هذه المرحلة يقتصر على مراقبة صحة القرار من الوجهة الشكلية فالقاضي المتعهد لا ينتصب كمحكمة استئناف تعيد النظر في وقائع النزاع ولا كمحكمة تعقيب تراقب مدى سلامة تأويل القانون وتطبيقه وإنما تسلط رقابة شكلية على الحكم الصادر عن هيئة التحكيم ووفق الحالات المنصوص عليها بالفصل 42من القانون التي يتأكد من تأملها أنها تتعلق بمسائل شكلية كسلامة تركيبة الهيئة ومدى احترام الآجال وقواعد النظام العام..[120]

وقد أبدت محكمة التعقيب التونسية رأيها قائلة بوجوب احترام القضاء الخاص والاعتراف باستقلاليته ورفضت توسيع دور القاضي ليتحول إلى مراجعة موضوعية وأصلية للحكم التحكيمي.[121]

2-في لبنان :

يميز قانون الأصول المدنية المعدل سنة 1983 بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ويجيز الطعن في القرار التحكيمي بطريق اعتراض الغير أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع (المادة 2-798) كما يجيز استئنافه أيضا ما لم يكن الخصوم قد تخلوا عن ذلك في اتفاقية التحكيم (المادة 799). وإذا كان الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف أو لم يحتفظوا صراحة بحق الاستئناف (المقرر في المادة 799) يبقى لهم الحق في الطعن في القرار

120 قرار عدد 25 في 10فيفري 1998 مجلة القضاء والتشريع عدد5ماي 1999 الصفحة 227و227 ومثله القرار عدد39في15جوان 1999 مجلة القضاء والتشريع افريل2001الصفحة129

24 قرار تعقيبي مدني عدد7560مؤرخ في 13افريل 2005(غير منشور)،أورده الأستاذ نور الدين قارة مرجع سابق الصفحة203

121 قرار تعقيبي مدني عدد7560مؤرخ في 13افريل 2005(غير منشور)،أورده الأستاذ نور الدين قارة، مرجع سابق، الصفحة203

الصادر عن المحكمين بطريق الإبطال على الرغم من أي اتفاق مخالف، وذلك في حالات محددة، وفضلا عن الطرق السابقة أخذ المشرع اللبناني أيضا بطريق إعادة المحاكمة للأسباب والشروط المعينة للطعن في الأحكام القضائية (المادة 808).

3- في الجزائر:

نص المشرع الجزائري في المواد 1032و1033و1034 من قانون الطرق البديلة لحل المنازعات لعام 2008 **على ما يأتي:**

- عدم قابلية حكم التحكيم للاعتراض.
- قابلية الحكم المذكور للطعن فيه بطريق اعتراض الغير (المادة 1032) وبطريق الاستئناف إلا إذا اتفق الخصوم باتفاق التحكيم على التخلي عنه.

4-في المغرب:

أقر المشرع المغربي في المادة 327/34 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية لعام 2007 أن لا يقبل حكم التحكيم لأي طريق من طرق الطعن، على إن تراعى أحكام المادتين (35/327) التي تنص على إمكانية الطعن فيه عن طريق اعتراض الغير أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع والمادة 36/327 التي جعلت هذا الحكم قابلا للطعن فيه بطريق الإلغاء على الرغم من كل اتفاق مخالف بين الخصوم.

وعلى الرغم من أن المشرع الفلسطيني قد ميّز بين التحكيم المحلي والتحكيم الدولي إلا أنه أجاز بشكل عام لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قررا التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب المشار إليها في المادة 43 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

ب- طرق الطعن في القرارات التحكيمية الصادرة في التحكيم الدولي:

تخضع القرارات التحكيمية الصادرة في التحكيم الدولي لدى كثير من التشريعات العربية والأجنبية لمعاملة خاصة، ولنظام مختلف من جهة طرق الطعن باختلاف الدول، ويعود ذلك إلى خصوصية هذا التحكيم أو إلى استقلاليته التي يتمتع بها في نظر بعض التشريعات.

1 – جعل المشرع التونسي، من الطعن بطريق الإبطال طريقا وحيدا للطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في التحكيم **الدولي** حسب الفصل1/78 من مجلة التحكيم التونسية. واستلزم في أسباب إبطال حكم المحكمين في التحكيم الدولي حسب الفقرة 2 من الفصل78 متطلبات خاصة تمليها مبادئ القانون الدولي الخاص في التحكيم الدولي، وذلك في أمرين اثنين:

الأول يتعلق بصحة اتفاق التحكيم. إذ جعلها المشرع التونسي خاضعة لقانون الإرادة أي للقانون الذي اختاره أطراف هذا الاتفاق أو للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص إن لم يعينوا القانون المنطبق.

والثاني يتعلق بمفهوم النظام العام، فقد ميز المشرع التونسي بين مسألة خرق قاعدة من قواعد النظام العام كسبب لإبطال حكم المحكمين الداخلي وبين مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص.

والنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص هو بالضرورة مجموعة القواعد والمفاهيم الأساسية المؤهلة لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية ولاسيما العقود الدولية التي تتطلب بالضرورة تنظيم التعايش والتنسيق بين مختلف النظم القانونية واستبعاد القواعد المعرقلة لهذه المتطلبات.

وما يميز نظام إبطال حكم المحكمين في القانون التونسي :

أولا إمكانية اتفاق الأطراف على استبعاد الطعن بالإبطال في التحكيم الدولي إذا لم يكن للأطراف مقرا بالبلاد التونسية وذلك وفقا للفصل 6/78 من مجلة التحكيم.

وثانيا أن المحكمة المختصة تتمتع بإمكانية إبطال حكم المحكمين كليا وجزئيا.

و**ثالثا** إن المدفوع التي يمكن إثارتها في دعوى الإبطال تتقيد وفق الفصل 50 من المجلة المذكورة بالمبدأ الأصولي الذي يقتضي عدم الأخذ بالاحتراز الذي لا يثار في الإبان أمام هيئة التحكيم.

2- في لبنان ،على غرار المشرع التونسي ، وبموجب المادة 819 من قانون أصول المدنية اللبناني، "المتضمن قانون التحكيم" يقبل القرار التحكيمي الدولي الصادر في لبنان الطعن بطريق الإبطال فقط، دون غيره من طرق الطعن التي يخضع لها القرار التحكيمي الداخلي المشار إليها سابقا وذلك وفق **الشروط التالية :**

- صدور القرار التحكيمي دون اتفاق تحكيمي أو بناء على اتفاق تحكيمي باطل أو ساقط بانقضاء المهلة.
- صدور القرار ألتحكيمي عن محكمين لم يعينوا طبقا للقانون.
- خروج القرار ألتحكيمي عن حدود المهمة المعينة للمحكم أو المحكمين.
- صدور القرار دون مراعاة حق الدفاع للخصوم.

3- والطعن بالبطلان هو أيضا الطريق الوحيد للطعن بحكم المحكمين الصادر في التحكيم الدولي في **القانون المغربي** للتحكيم والوساطة الاتفاقية لعام 2007، وفق ما نصت عليه المادة (51/327).

4- وفي **الجزائر**، حيث يُستبعد البطلان كطريق للطعن بأحكام المحكمين الداخلية، أخذ المشرع بهذا الطريق، كسبيل وحيد للطعن بحكم التحكيم الصادر في الجزائر في التحكيم الدولي، وذلك بموجب أحكام المادة 1085 من القانون الجزائري والمتعلق بالطرق البديلة لحل المنازعات لعام 2008.

ومما يتفرد به التشريع الجزائري، في مجال تنظيم دعوى بطلان حكم المحكمين، إخضاع القرار الصادر عن المحكمة المتعهدة بدعوى البطلان للطعن بطريق النقض، عملا بالمادة 1061 من قانون الوسائل البديلة لحل المنازعات، سواء كان القرار ينطوي على قبول طلب الإبطال أو رفضه.

5- أما في **مملكة البحرين** التي تأخذ بنظام قانون مزدوج للتحكيم أحدهما للتحكيم الداخلي والثاني للتحكيم الدولي ويحكمه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ويخضع حكم التحكيم الدولي للطعن أو (الإلغاء) وفق أحكام المادة 34 من هذا القانون، وللأسباب المحددة في الفقرتين 1 و2 منها.

6- ومن القواعد المعمول بها في التشريعات العربية احترام حق المحكوم عليه بممارسة دعوى البطلان ولو سبق له التنازل عنها قبل صدور حكم التحكيم، كما هو الحال في قانون التحكيم السوري (المادة 1/51) والمصري.

الفقرة الثانية :أسباب الطعن :

أما فيما يتعلق بأسباب الطعن في قرار التحكيم فإن القوانين الوطنية تختلف في تعداد أسبابها ، وإجمالا يمكن تصنيف الأسباب التي بموجبها يتم الطعن في قرار التحكيم إلى أربع أقسام:

أولا: الأسباب التي تتعلق بمضمون القرار، فالطرف الذي يقدم طلب الطعن يستند إلى أن قرار التحكيم لا يتفق مع ما يطلبه قانون البلد الذي صدر فيه أو قانون الإجراءات الواجب التطبيق.

ثانيا : الأسباب التي تتعلق باختصاص هيئة التحكيم ، فهذه الهيئة هي التي تملك سلطة النظر في النزاع وإصدار القرار الخاص بشأنه.

فإذا كان النزاع غير داخل في سلطة الهيئة وفقا لقانون بلد التحكيم، والقانون الواجب التطبيق فانه يجوز الطعن في القرار الذي تصدره [122].

ثالثا : الأسباب التي تتصل بإجراءات التحكيم . في هذه الحالة يبنى الطعن على أن هيئة التحكيم لم تحترم القواعد الإجرائية التي تضمن صحة تشكيل هيئة التحكيم ،وتضمن الحفاظ على حقوق الطرفين المتنازعين ، ومن الأمور الإجرائية التي يمكن الاستناد عليها للطعن في القرار التحكيمي خرق إجراءات التبليغ ،أو عدم معاملة الطرفين على قدم المساواة، في المرافعة أو في التبليغات أو عدم ضمان حق الدفاع لأحد الطرفين وذلك بإعطائه الفرصة الكافية لتقديم طلباته

122 يثار عادة الدفع بعدم اختصاص الهيئة أثناء إجراءات التحكيم وأحيانا يطعن احد الأطراف في القرار لطلب إبطال جزء منه لتجاوز هيئة التحكيم سلطاتها واختصاصها كأن تقرر في أمور لم يتفق على تسويتها بالتحكيم. وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة التي تنظر بالطعن أن تبطل الجزء المذكور من القرار إذا كان يقبل التجزئة..

ودفاعه. وهو أمر تكاد تجمع عليه كافة الاتفاقيات الدولية، باعتباره من الحالات التي يمكن الاستناد إليها للطعن في قرار التحكيم[123].

رابعا : الأسباب التي تستند إلى مخالفة قواعد النظام العام. اذ تجمع القواعد الدولية والتشريعات الوطنية على أن مخالفة القرار لقاعدة من **قواعد** النظام العام يوجب بطلانه وعدم تنفيذه، ويحق للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم إذا كان مخالفا للنظام العام [124]، فتقضى بالبطلان استنادا إلى مخالفة النظام العام وحده حتى لو استند مثير البطلان على سبب آخر غير متحقق فعلا [125].

القسم الثاني : دور القضاء في حماية الاستثمار:

يساهم القضاء من خلال حماية الاستثمار في التوفيق بين المصالح المشروعة للمستثمرين وحاجة المستثمر الأجنبي للضمان ومصالح الدول المستقطبة للاستثمار وحاجتها إلى رأس المال الأجنبي.

ويتبين دوره إلى جانب تعهده مباشرة في النزاعات قصد تسويتها ورقابة أحكام المحكمين في تسليط جزاء مدني على من يخرق الاتفاقات **(الفقرة الأولى)** ويتجاوزه أحيانا لتسليط عقوبات جزائية **(الفقرة الثانية).**

123 فيما يتعلق باتفاقية نيويورك لعام 1958 فقد جاء في المادة الخامسة منها إمكانية إبطال القرار التحكيمي من قبل محاكم الدولة التي صدر فيها القرار ومن قبل الدولة التي صدر القرار بموجبها قانونا، وهذا يفهم من المادة المذكورة حيث نصت على حالة أن القرار لم يصبح بعد إلزاميا بالنسبة للأطراف أو انه كان قد تم إبطاله أو إيقافه من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه أو من قبل سلطة البلد الذي كان القرار قد صدر بموجب قانونه.

124 بركات علي، الطعن في أحكام التحكيم، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 92.

125 عمر نبيل إسماعيل، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط.1.الإسكندرية دار الجامعة الجديدة، 2004، 276-277.

الفقرة الأولى : تفعيل الدور الحنائي على الصعيد المدني

يبرز دور القاضي –في المسائل ذات الصبغة المدنية والتجارية المتعقلة بالاستثمار– عند نظره في النزاعات القائمة بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية، وعند نظره في النزاعات القائمة بين المستثمرين عامة سواء كانوا أجانب أو تونسيين .

1-البت في النزاعات القائمة بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية

نص المشرع على هذا الدور الفصل 67 من مجلة التشجيع على الاستثمارات قولا " تختص المحاكم التونسية بالنظر في كل خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية إلا في حالة اتفاق ينص عليه شرط التحكيم أو يخول لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة أو تطبيقا للإجراءات الصالحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات التالية ...".

أخذ المشرع التونسي في هذا النص بمبدأ اختصاص المحاكم التونسية للنظر في النزاعات التي تنشأ بين الدولة التونسية والمستثمر الأجنبي نظرا للثقة التي يوليها لقضائه الوطني، غير أنه اقر له عدة استثناءات أفرغته من محتواه خاصة عند اشتراط المستثمر اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المستقبلة سواء كان تحكيما مؤسساتيا أو تحكيما حرا لما يتسم به التحكيم من سرعة في فصل النزاعات.

لكن يبقى دور القاضي هاما في مراقبة القرارات التحكيمية الداخلية أو الدولية والإشراف على سير إجراءات التحكيم والنظر في تنفيذ تلك القرارات.

فالقاضي وفقا لما سبق بيانه له سلطة إبطال القرارات التحكيمية في صورة وجود عقد تحكيمي غير صحيح، أو مخالفة تشكيل المحكمة التحكيمية، أو عدم التقيد بالمهمة الموكولة للمحكمين، أو عدم احترام قاعدة المواجهة أمام المحكمة وحق الدفاع ، أو كان الحكم التحكيمي مخالفا للنظام العام في مفهومه الدولي وهو ما كرسه الفصل 78 من مجلة التحكيم.

2-فض النزاعات القائمة بين المستثمرين عامة

عهد المشرع التونسي للقاضي سلطة فض النزاعات التي تنشئ بين المستثمرين والمستقبلين، فقد عهد للقضاء مهمة مراقبة إجراءات تكوين الشركات التجارية وتسييرها (سواء كانت شركات استثمار أو غيرها) نظرا لما تحتله الشركات التجارية من أهمية داخل في النسيج الاقتصادي باعتبارها أهم وسيلة للاستثمار. ولذلك خصه بمهمة تصحيح تكوين الشركة وإصلاح الوضعية الباطلة « La régularisation de la nullité » وفقا لمقتضيات الفصل 17 من مجلة الشركات التجارية حتى تتمتع هذه الذات بوجود شرعي داخل الدورة الاقتصادية، فللقاضي سلطة تقويم العقود والاتفاقات وإخراجها من العدم إلى الوجود بتسوية بعض الوضعيات المنصوص عليها بأحكام المجلة.

كما أنه في صورة الإخلال بالقواعد المنظمة للشركات ذات المسؤولية المحدودة فإنه يمكن للقاضي المختص أن يمنح أجلا إضافيا لتمكين الشركاء من تلافي الخلل .ويعد الفصل 107 من مجلة الشركات التجارية القاعدة العامة لتصحيح قيام الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فيزول كل بطلان بزوال سببه وتنقرض دعوى البطلان بانتفاء سببه، إلا إذا كان البطلان مؤسسا على عدم مشروعية موضوع الشركة.

ونظرا لتطور مفهوم الشركة فإن المشرع مكن القاضي من مراقبة إجراءات تسيير الشركات التجارية وعيا منه بان القاضي في كثير من الأحيان مطالب بإعطاء رأي اقتصادي بحت حول إمكانية إنقاذ الشركة والحكم باستمرارها أو بتفليس.

يبرز هنا الدور الفعال للقاضي في إخراج مؤسسات الاستثمار من وضعية التعثر إلى وضعية الاستقرار وهي "العلاقة الجدلية بين القاضي والحدث الاقتصادي" التي دفعت الأستاذ ميشال كبرياك إلى القول بتطور العلاقات بين القاضي التجاري والحدث الاقتصادي.

وهكذا يتضح أن دور القاضي في إنفاذ الاتفاقيات الدولية ينبني على نخاعة الحلول التي يتخذها لحل المشاكل والنزاعات التي تعوق السير العادي والطبيعي للنشاط الاستثماري ومدى قابليتها للتجسيم وقد ذهب بعض الشرح[126] إلى اعتبار رجل القضاء مراقبا تفرضه صفته كممثل للدولة أو مبعوث لها أمام ما تكتسبه الشركة من قيمة اقتصادية.

كما لم يكتف المشرع بتعهد القاضي بمهمة مراقبة تكوين وسير الشركات التجارية بل منحه دورا عاجلا متمثلا في اتخاذ التدابير اللازمة في صورة مرور المؤسسة بصعوبات اقتصادية وذلك من خلال إعداد برنامج إنقاذها طبقا لقانون 17افريل1995[(127)]حول "إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية "سواء بالمصادقة على مواصلة المؤسسة لنشاطها بنفسها

126 عبد الله الهلالي، دور القاضي في الشركات التجارية، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي الذي نظم حول مجلة الشركات التجارية يومي 5و6 أفريل 2000، مركز الدراسات القانونية والقضائية.

127 هو القانون عدد 35 لسنة1995 المؤرخ في 17افريل 1995المنقح بالقانون عدد63لسنة1999مؤرخ في 15جويلية1999ثم بالقانون عدد79لسنة 2003مؤرخفي 29ديسمبر 2003 يتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية

،أو كرائها، أو إحالتها للغير في إطار وكالة حرة أو إحالتها للغير قصد محاولة إنقاذ وإعادة إدماجها في الدورة الاقتصادية خدمة وتشجيعا للاستثمار.

وإلى جانب الدور العلاجي للقضاء في حماية الاستثمار من خلال تدخله على الصعيد المدني، فقد مكنه المشرع من عديد الصلاحيات عند نظره في المسائل ذات الصبغة الجزائية والمتعقلة بالاستثمار.

الفقرة الثانية : تفعيل الدور العلاجي على الصعيد الجزائي :

لم يكتف المشرع عند تنظيمه للإطار القانوني للاستثمار بإقرار جزاء وحلول مدنية وتجارية بل تجاوزها بإقرار عقوبات جزائية ضد كل مرتكب لأي فعل قد يمس سواء بالقرار الاستثماري أو بالمال المستثمر رغم وجود اتجاه فقهي [128] ينادي بعدم وضع قواعد جنائية خاصة معتبرا أن عالم التجار لا مجال فيه للأخلاقيات السامية حتى يتدخل قانون العقوبات.

لا يتوقف دور القاضي الجزائي في حماية الاستثمار في تكييف الأفعال موضوع التجريم بل بتجاوزه للنظر في تسليط العقوبة المناسبة على مرتكب ذلك الفعل بما يتماشى وروح النص لأن المشرع يمنحه سلطة تقديرية واسعة في تسليط العقوبة المناسبة وذلك من خلال وضع الحد الأدنى والحد الأقصى للعقوبة كما خوله مراعاة ظروف التخفيف المنصوص عليها بالفصل 53 م.ج. خاصة أن هذه الجرائم تعتبر ذات صبغة اقتصادية ويغلب عليها الطابع المالي.

وبذلك فإن دور القضاء الجزائي في حماية الاستثمار يتأكد كلما طبق العقوبة المناسبة ضد مرتكب الفعل المجرم وذلك من شأنه أن يحقق النخاعة

128 Touffait et JB Herzog, Observation sur l'évolution du droit pénal des sociétés. Revu .Sc. .Crime ,p.777.

المطلوبة خاصة في ظل اقتصاد يقوم على المنافسة، فنشر مضامين الأحكام مثلا بالصحف أو بالمؤسسات الاقتصادية كعقوبة تكميلية طبق قانون المنافسة والملكية يمكن أن يكون له دور هام وناجع.

يتضح مما سبق أهمية الاستثمار في أنه لا يقتصر على كونه مصدر تمويل ولاسيما للبلدان النامية ولكن أيضا للمنافع التي تترتب عنه كنقل التكنولوجيا، وتوفير فرص العمل، المحلية، والانفتاح على الأسواق العالمية، وبالتالي تحسين الوضع الاقتصادي والاجتماعي في البلدان المضيفة للاستثمار.

ونظرا للطبيعة الخاصة لاتفاقيات الاستثمار وتعدد أطرافها فإنه من الطبيعي أن تنشا بين أطرافها منازعات حول تطبيقها أو تفسير بنودها مما استوجب توفير وسائل ودية محايدة وفعالة لتسويتها، كالمفاوضات، والتوفيق، والتحكيم، إلى جانب الوسائل القضائية كاللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة للاستثمار، وإلى القضاء الدولي، والاتفاقيات الدولية الخاصة بمنازعات الاستثمار.

وقد تبين من خلال البحث أن اللجوء إلى القضاء الدولي، لا يخلو من صعوبات قانونية، فبالنسبة لمحكمة العدل الدولية تبين لنا تعذر لجوء المستثمر إليها إلا إذا ساندته دولته في قضيته عملا بمبدأ الحماية الدبلوماسية، أما بالنسبة لمحكمة التحكيم الدائمة فإنه يشترط للجوء المستثمر إليها أن تكون كل من الدولة التي يحمل جنسيتها والدولة المستضيفة للاستثمار طرفا في اتفاقية تأسيسها.

أما بالنسبة لمحكمة الاستثمار العربية فإن اختصاصاها محدود ويقتصر على المنازعات بين الدول العربية نفسها أو بين دولة عربية وبين المؤسسات التابعة للدول العربية ويحتاج تفعيل دورها إلى توسيع صلاحياتها بحيث

تستطيع الفصل في المنازعات الاستثمارية التي يكون أحد أطرافها عربيا، سواء كان هذا الطرف مستثمرا خاصا أو دولة أو إحدى مؤسساتها العامة، وبذلك تستطيع تسوية المنازعات التي تثور بين مستثمر أجنبي ودولة عربية.

كما انه ينبغي على القضاء لضمان نخاعة الاستثمار وحسن الفصل في المنازعات الناشئة عنه التوفيق بين مصلحتين :

الأولى تحقيق قيمة إضافية للاقتصاد الوطني للدولة من خلال توظيف رؤوس أموال أجنبية لديها. و**الثانية** تحقيق أرباح من قبل المستثمرين بقطع النظر عن مدى القيمة المضافة التي تؤديها هذه الاستثمارات للدولة المضيفة.

وقد تلتقي هاتان المصلحتان أو تفترقان، وعند ه تبحث كل مصلحة عن وسائل حمايتها بقطع النظر عن المصلحة الأخرى، وهذا هو مناط النزاع ولذلك يلجأ المستثمرون الأجانب إلى التحكيم التجاري الدولي لأسباب في مقدمتها عدم الاطمئنان لحياد القضاء الوطني من جهة، ولسرعة إجراءات التحكيم مقارنة بالإجراءات القضائية التي تأخذ وقتا طويلا من جهة أخرى.

ولا يمكن اعتبار اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي انتهاكا للسيادة الوطنية **طالما** أن القضاء الوطني يملك دور الرقابة فيتدخل لضمان نخاعة العملية التحكيمية ومطابقتها لأسبابها الإجرائية والموضوعية دون المساس بالعلاقات التعاقدية للأطراف التي هي أساس التحكيم و**طالما** أنه يسعى لتوفير الضمانات الكافية لسلامة القرار التحكيمي لضمان الموازنة بين المصالح والحقوق.على انه ينبغي للدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية حماية مصالحها الوطنية بحسن صياغة عقود الاستثمار وإتقان الاتفاقيات الدولية للاستثمار بصيغ دقيقة بدلا عن الصياغات العامة التي تشير إلى المبادئ العامة للقانون.