

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة شندني
كلية الدراسات العليا والبحث العلمي
قسم القانون

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون
الخاص بعنوان
التحكيم في منازعات عقود الاستثمار
(دراسة مقارنة)

إعداد الطالب: أحمد المصطفى محمد صالح الصادق
إشراف الدكتور: الوليد محمد أحمد عبد الكريم عابدون

1433هـ - 2012م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ
حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ
ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا
مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)
صدق الله العظيم

سورة النساء الآية {65}

إهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا أولاً وقبل كل شيء

إلى

صاحب الخلق العظيم محمد بن عبد الله عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم

إلى

والذي في الدار الآخرة التي لا تترقي إليها الأباطيل والظنون
الذي حرّضني على العلم والتعلم ... يا ولدي الماعندو علم
حرقان الفلم ... يا ولدي الماعندو ورقة ما في ليهو فرقة.

إلى

والدتي ... رمز الحنان والتضحية والوفاء ... الشمعة
التي أضاءت طريقي ، والوردة التي عطرت حياتي.

إلى
زوجتي ... وأولادي
من بهم تكتمل فرحتي ... وتأنس وحشتي ... وسندي
وقوتي .. وأجمل سطور خطها قدرني ... ربيعي وخريف عمري....
نوري وبصري ... في عتمة الليل هم فجرني.

إلى
وطني ... السودان ... وطن العز والإباء ... وطن الشموخ والكبرياء....
حب التراب ، عالي فوق السحاب ، عشق الحروف ، والنيل والجروف.

إلى
أخواني وجميع أهلي وأصدقائي وزملائي
وإلى كل من قدم لي عوناً وعلماً حرفاً

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

قال تعالى: (رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي
أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحاً تَرْضَاهُ
وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ)⁽¹⁾
الشكر أولاً وأخيراً لله ولي النعم وصاحب التوفيق...

إنه ليشرفني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر وعظيم الإمتنان إلى من بفكرهم علماء ... بتواضعهم عظماء
... بترفهم كبراء .. لآخائهم أوفياء ... من كان لهم فضل السبق ومداد القلم .. كانوا في نصحتهم وإرشادهم أمناء
... إلى القمم السماء ... أساتذة وفقهاء القانون .. بجامعة شندي على وجه أخص. ويمتد الشكر لجامعة شندي كلية
الدراسات العليا وكلية القانون.

الشكر والاحترام والتقدير لأستاذي : د. الوليد محمد أحمد الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه
الرسالة ، والذي تعهدني بتقديم النصيحة والتوجيه ، البروفيسور/ شهاب سليمان عبد الله ، الذي كان له شرف
السبق في وضع الملامح الرئيسية لموضوع الرسالة ، د. سيف الدين الياس حمدتو ، رفيق المكتب ، مجيب
المطلب ، الذي أسرني بعلمه وتواضعه ورقة تعامله ، د. جلال الدين بانقا الذي غمرني بعلمه وعلمه وسخائه ،
د. أسعد عبد الحميد إبراهيم الذي أعانني ببعض المراجع وظل مؤازراً ومشجعاً ، د. أحمد محمد أحمد الزين رمز
الوفاء الذي تعلمنا مهنة المحاماة على يديه ، د. صديق خالد الذي قام بمراجعة الرسالة لغوياً.

كما أتقدم بالشكر للبروفيسور يس عمر يوسف الذي كانت سيرته وعصاميته سبباً في عودتي لدروب
العلم والتعلم بعد فترة إنقطاع تزيد عن عشرين عاماً ، وكذلك يمتد الشكر للبروفيسور الحاج الدوش الذي ظل
متواصلاً ومشجعاً ، كما أتقدم بالشكر للأستاذة أميمة فاروق الحسين التي قامت بطباعة هذا البحث.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى العاملين في مكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ومكتبة كلية الحقوق
جامعة عين شمس ، ومكتبة كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر الشريف ، ومكتبة الإسكندرية العامة ، ومكتبة
كلية القانون جامعة شندي ، ومكتبة كلية القانون جامعة النيلين ، ومكتبة كلية الشريعة والقانون جامعة أم درمان
الإسلامية ، ومكتبة كلية القانون جامعة الرباط ، ومكتبة الهيئة القضائية .

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من قدم المساعدة في كتابتي للرسالة ، وألتمس العذر لكل من فاتني

نكرهم.

الباحث

⁽¹⁾ سورة النمل الآية { 19 }

مستخلص البحث

أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الإستثمار أصبح ضرورة ملحة يفرضها الواقع الاقتصادي الجديد ، ووسيلة أساسية للنهوض باقتصاديات الدول النامية وتحقيق التنمية المنشودة ، خاصة و أن أغلب الشركات تتمسك بشرط التحكيم في عقودها، لما يتسم به من مزايا كبيرة بالمقارنة مع إجراءات التقاضي العادي ، فضلاً عما يتمتع به من سرية تحفظ سمعة ومصالح تلك الشركات ، ويخفف من قلقها تجاه القانون الوطني للدولة المضيفة ، ذلك لأن التحكيم يتميز بخاصية أساسية ، ألا وهي تطبيق مبدأ سلطان الإرادة ، فلأطراف حرية الاتفاق على القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم أو حتى موضوع النزاع.

وقد أصبح التحكيم مطلباً من متطلبات التجارة الدولية والاستثمار ، ووسيلة للوقوف أمام أي إجراء يضر بمصالح المستثمر، وذلك على أساس الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم وبقائه قائماً على الرغم من فسخ العقد الأصلي ، أو أن تتخذ إجراءات تؤدي إلى سلب ممتلكات المستثمر ، إذ بيّنت آلية التحكيم - بصفة عامة - حدودها في مواجهة تلك الإجراءات ، وتمكين المستثمر من الحصول على التعويض العادل.

كما رسخ نظام التحكيم في القانون الدولي قاعدة أساسية زادت من فعاليته في تسوية منازعات عقود الإستثمار ، تمثلت في عدم جدوى تمسك الدول المضيفة بقوانينها أو سيادتها أو حصانتها القضائية للتوصل من إلزاماتها حيال إتفاق التحكيم الذي سبق أن أبرمته بمحض إرادتها ، كل هذه الخصائص أدت إلى إعتبار التحكيم من أهم الوسائل المثلى والفعالة في تسوية منازعات عقود الإستثمار.

أما تشريعات الاستثمار في السودان إحتوت على الكثير من المعوقات التي لم تساعد على جذب الإستثمارات بالرغم من احتوائها على الكثير من التسهيلات والإعفاءات الضريبية ، كما أن المشرع لم يتخذ سياسة تشريعية وفق خطط محددة وإنما جاءت في معظمها وفق رؤية الأيدلوجية الحاكمة ، كما أن قانون التحكيم شابه الكثير من القصور من حيث إحكام الصياغة ، أو قصور لازم مواده ، أو إغفاله تنظيم بعض المسائل المهمة، ذلك يحتم إصدار قانون جديد للتحكيم يتلافى عيوب وثغرات القانون الحالي ، ويتفادى حالة عدم الإتساق والتعارض في الصياغة والأحكام مع مشروع قانون الاستثمار الجديد.

Abstract

Setting a case of an investment contract conflict in a court becomes insisting necessity which is imposed by the novelous economic reality, and it is a basic tool for raising the developing countries economy and fulfilling the wished developing, specially, all the foreign firms hold condition of adjudicating in their contracts, as it bears wide characteristics in comparison with the normal judging processes in addition to the secrecy that conserves the reputation and the benefits of these firms. And it reduces their fear towards the national law of the hosting countries, and that because the adjudicating has a basic distinction, and that is the applying of the will, as the parties have the freedom of agreeing upon the law that governs the adjudicating procedures or even the matter of conflict.

The adjudicating becomes a demand of the international trade and investment, and a tool of protection against any case that stands against the firm that investing. And this is based up on the independence of the adjudicating condition and that it remains lawful even if the basic contract is vanished – or if procedures are adopted for pulling the investors properties. This is explained by the adjudicating tool, in general, illustrating its power boundaries in facing such procedures. And it enables the investor to achieve the fair substitution.

The adjudicating system furnishes in the international law a basic rule that enrich its effectiveness in dealing with the conflicts of the investment contracts. This is represented in the useless grasping on the laws of the hoisting country or on its power or its judicial fortification so as to escape its obligation to wards the adjudicating agreement which it held by it freely. All these distinctions make adjudicating be considered from the important ideal tools which is effective in disputing the investment contracts conflict.

Investment legislations in Sudan include many obstacles that make it difficult in attracting the investments, although there are many facilitators and free taxes. Moreover the legislator does not adopt legislative policy due to specific plans whereas most of them are taken in accordance with the ruling ideology, and that the adjudicating law is recognized with some defects in the case of formulation, or there is some defect in its acts, or it has not organized well in some of the important matters. And so there should be a new rule for adjudicating which avoids the lacks and the defects of the existing rule and escaping the unmatching and the formulating and the rules clash with the project of the novelous investment law.

فهرس الفهارس

فهرس الآيات
فهرس الأحاديث
فهرس المواضيع

فهرس الآيات

الرقم	الآية	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
-------	-------	------------	-----------	--------

28	35	سورة النساء	(وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)	1.
28	58	سورة النساء	(إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)	2.
59	65	سورة النساء	(فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا...)	3.
60	42	سورة المائدة	(وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ..)	4.
60	95	سورة المائدة	(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنْ...)	5.
116	34	سورة الكهف	(وَكَانَ لَهُ ثَمَرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا..)	6.

فهرس الأاحاديث

الرقم	نص الحديث	الصفحة
-------	-----------	--------

62	[إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم ، فرضى عنى الفريقان]	.1
62	[من حكم بين اثنين تراضيا عليه فلم يعدل بينهما فهو ملعون]	.2
63	[يا أمير المؤمنين أنصفي من نفسك ، وأجعل بيني وبينك حكماً ، فقال : بيني وبينك زيد بن ثابت]	.3

الصفحة	الموضوع
أ	الآية
ب	الإهداء
ج	الشكر
د - هـ	خلاصة البحث
و	Abstract
9-1	المقدمة
الباب الأول : ماهية التحكيم وتطوره التاريخي	
الفصل الأول: نشأة نظام التحكيم وتطوره	
13	المبحث الأول: التحكيم في الشرائع القديمة
13	المطلب الأول: التحكيم في العصور القديمة
17	المطلب الثاني: التحكيم في العصور الوسطى
20	المبحث الثاني: التحكيم في الشريعة الإسلامية
20	المطلب الأول: مشروعية التحكيم في القرآن الكريم
24	المطلب الثاني: التحكيم في السنة النبوية والإجماع
27	المبحث الثالث: التحكيم في النظم القانونية
27	المطلب الأول: التحكيم التجاري الدولي [فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية]
33	المطلب الثاني: التحكيم التجاري الدولي في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية [الثانية]
42	المطلب الثالث: التطور التاريخي للتحكيم في السودان
49	المطلب الرابع: التحكيم في ظل التطور التكنولوجي

الفصل الثاني: ماهية التحكيم	
56	المبحث الأول: تعريف التحكيم وتمييزه عن غيره.

56	المطلب الأول: تعريف التحكيم في اللغة والفقہ
63	المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن سواه من طرق تسوية المنازعات
70	المبحث الثاني: طبيعة التحكيم .
70	المطلب الأول: طبيعة التحكيم في الشريعة الإسلامية
75	المطلب الثاني: موقف القضاء والشرح من النظريات الوضعية
81	المبحث الثالث: مميزات وأنواع التحكيم.
81	المطلب الأول: مميزات وعيوب التحكيم
87	المطلب الثاني: أنواع التحكيم
الباب الثاني: عقود الاستثمار	
الفصل الأول: ماهية عقود الاستثمار	
96	المبحث الأول : تعريف الاستثمار وتطوره التاريخي
96	المطلب الأول :التطور التاريخي للاستثمار
104	المطلب الثاني: التطور التاريخي للاستثمار في السودان
108	المطلب الثالث:التعريف بالاستثمار
115	المبحث الثاني: تعريف عقود الاستثمار وأطرافها
115	المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار
119	المطلب الثاني: أطراف عقود الاستثمار
134	المبحث الثالث: صور ونماذج عقود الاستثمار
134	المطلب الأول: موضوع عقود الاستثمار
139	المطلب الثاني: نماذج لعقود الاستثمار
الفصل الثاني:التكليف القانوني لعقود الاستثمار	
151	المبحث الأول: خصائص عقود الاستثمار وطبيعتها القانونية
151	المطلب الأول:خصائص عقود الاستثمار 367
154	المطلب الثاني:الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار
160	المبحث الثاني: حقوق والتزامات أطراف عقود الاستثمار

160	المطلب الأول: حقوق أطراف عقود الاستثمار
165	المطلب الثاني: التزامات أطراف عقود الاستثمار
171	المبحث الثالث: أسباب منازعات عقود الاستثمار
171	المطلب الأول: منازعات القوة القاهرة
175	المطلب الثاني: المنازعات الناجمة عن شرط إعادة التفاوض
178	المطلب الثالث: المنازعات الناجمة عن استيلاء الدولة المضيفة للاستثمارات
184	المطلب الرابع: المنازعات الناجمة عن قيام الدولة المضيفة بتغيير تشريعاتها
الباب الثالث: تسوية منازعات عقود الاستثمار عن طريق التحكيم	
الفصل الأول: اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار	
192	المبحث الأول: مبادئ التحكيم في عقود الاستثمار
192	المطلب الأول: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي
199	المطلب الثاني: الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع
205	المطلب الثالث: الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة
211	المطلب الرابع: ضمان استمرار إجراءات التحكيم
218	المطلب الخامس: استئثار هيئة التحكيم بتسوية المنازعات
224	المبحث الثاني: التحكيم في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية
224	المطلب الأول: التحكيم في الاتفاقيات الدولية
237	المطلب الثاني: التحكيم في تشريعات الاستثمار الوطنية
243	المبحث الثالث: الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الاستثمار
243	المطلب الأول: شرط التحكيم في منازعات عقود الاستثمار
251	المطلب الثاني: مشاركة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار
255	المطلب الثالث: القانون واجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار
الفصل الثاني: حكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار	
264	المبحث الأول: مطلوبات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ³⁶⁸
264	المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم

272	المطلب الثاني: إجراءات التحكيم
284	المبحث الثاني: صياغة الحكم وإصداره
284	المطلب الأول: إصدار حكم التحكيم
288	المطلب الثاني: البيانات الحكم الشكلية
294	المطلب الثالث: بيانات الحكم الموضوعية
300	المطلب الرابع: حجية حكم التحكيم
303	المبحث الثالث: تنفيذ حكم التحكيم
303	المطلب الأول: تنفيذ حكم التحكيم في إتفاقية نيويورك
308	المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم في إتفاقية جامعة الدول العربية
315	المطلب الثالث: تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في التشريعات الوطنية
319	المبحث الرابع: حكم التحكيم الصادر وفقاً لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار
319	المطلب الأول: الرقابة على صحة أحكام تحكيم المركز
330	المطلب الثاني: تنفيذ أحكام تحكيم المركز
333	الخاتمة
333	النتائج
337	التوصيات
342	المراجع
فهرس الفهارس	
364	فهرس الآيات
365	فهرس الأحاديث
366	فهرس المواضيع

مقدمة

تحتاج معظم الدول إلى الإستثمار، لأنه يلعب دوراً أساسياً في عملية التنمية. فهو يمكّنها من إستغلال مواردها الطبيعية ، كما يسهم في تنمية بنيتها التحتية ، كالاتصالات والطرق والمطارات ، وكذلك تدريب الأيدي العاملة المحلية ، وتنمية وتطوير مختلف الصناعات ، لما يقدمه من أصول متنوعة ، منها رأس المال والتكنولوجيا والقدرات والمهارات الإدارية والوصول إلى الأسواق الأجنبية ، كما يعزز بناء القدرات التكنولوجية اللازمة للإنتاج والابتكار وروح المبادرة داخل الاقتصاد المحلي ، لذلك أضحى من الثابت أن أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية للدول في العصر الحالي ، ولا سيما الراغبة في النمو ، هو تطلعها بشكل لافت للنظر إلى مساهمة رأس المال في تمويل تنميتها الاقتصادية ، سواء كان ذلك في صورة استثمارات داخلية أم خارجية.

السودان واحد من الدول الباحثة عن رؤوس الأموال ، للمساهمة في إستغلال الموارد الطبيعية الهائلة التي يزخر بها ، ولقد أسهمت عدد من العوامل في خلق مناخ جاذب للإستثمار، وجذب المستثمرين العرب والأجانب. فبعد أزمة الغذاء نقلت تلك الدول إهتمامها إلى الإستثمار الزراعي لسد تلك الفجوة ، ولقد سبق لدولة الصين أن إفتتحت الاستثمار في مجال البترول الذي عزز الثقة في الاقتصاد السوداني ، والذي كان له الدور المحفز في التدفقات المالية التي شهدتها البلاد.

ذلك يحتم على الدولة ، توفير المناخ المناسب والملائم لهذه الاستثمارات وأن تقوم بوضع الضمانات الكفيلة التي تسهل عملية الاستثمار وتشجعه ، ومن تلك الضمانات إصدار قوانين تشجع وتحمي الاستثمار في نفس الوقت من تعسف القوانين الداخلية ، وتضمن للمستثمر حقوقه من التأمين والمصادرة ، أو فرض الضرائب المبالغ فيها ، أو أي إجراء آخر قد تقوم به الدولة تجاه المستثمر ، إما عن طريق الإتفاقيات الدولية ثنائية كانت أو جماعية التي تبرمها الدولة مع دولة المستثمر أو من خلال قانون الاستثمار والقوانين ذات الصلة.

والمستثمر عادة وقبل إقدامه على الاستثمار يقوم بدراسة قوانين تلك الدولة ، ويبحث مدى ملائمتها لحقوقه و ضماناته ، وإن كان في الغالب يفضل عدم الخضوع للقوانين الداخلية للدولة التي سيجري فيها استثماره ، إما لقصور تلك القوانين ، أو لعدم تنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر وفقاً لقانونها .

فقد أصبح التحكيم هو الوسيلة الفعالة التي يلجأ إليها المستثمر في سبيل فض المنازعات التي تثور بينه وبين الطرف الآخر ، سواء كان شخصاً عاماً أو خاصاً ، لما يوفره من مزايا و ضمانات للمستثمر . ومن ثم لا بد من التطرق إلى تنفيذ الحكم التحكيمي على المستوى الداخلي والدولي ، باعتباره ثمرة الحكم التي يترتبها المستثمر في قانون تحكيم الدولة المضيفة للاستثمار .

فالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، أضحي المبدأ الأساسي الذي يدعم ويشجع الاستثمار ، ويعمل على تحقيقه لدى الدول المحتاجة لذلك ، وفي هذه الدراسة تم البحث عن الجوانب المختلفة لعملية التحكيم ، والإتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية الخاصة بالتحكيم والمتعلقة بالإستثمار .

أهمية الموضوع:

1. يعتبر الاستثمار من أهم العوامل المساعدة في عملية التنمية وتطوير اقتصاديات الدول .
2. حاجة الدول الراغبة في النمو وعلى وجه التحديد إلى إستقطاب رؤوس الأموال في شكل عقود إستثمار .
3. إرتفاع التكلفة المالية لإقامة مشاريع البنية التحتية .
4. أحد طرفي العلاقة في الغالب دولة أو أحد مؤسساتها ، في حين الطرف الأخر شخص (طبيعي أو إعتباري) ، وطني أو أجنبي ينتمي بجنسيته لدولة أخرى .
5. رغبة أطراف العلاقة إلى وسيلة فعالة ومحايدة تسوي بها المنازعات التي تحدث من جراء تنفيذ هذه العقود ، لضمان استقرار العلاقة والاستمرارية بينهما .

أهداف الموضوع:

1. معرفة عقود الاستثمار ، وما قد يختلط بها من عقود الدولة الأخرى.
2. حقوق والتزامات أطرافها والأسباب التي تؤدي إلى المنازعات بشأنها.
3. معرفة الوسيلة المثلى لتسوية منازعاتها والقانون الواجب التطبيق عليها.
4. جوانب القصور في سياسة المشرع السوداني ، وفي القوانين ذات الصلة بالاستثمار وما قد يعترئها من مثالب ومعرفة الجوانب الإيجابية في هذه السياسة للخروج بنتائج قد تسهم في تحسين الأوضاع القانونية لخلق بيئة مواتية وجاذبة للاستثمارات.

أسباب إختيار الموضوع:

هناك العديد من الأسباب التي كانت المحفز لإختيار هذا الموضوع ، وتتلخص هذه الأسباب في:

- 1- الدور المتعاظم الذي تلعبه عقود الاستثمار في ردم الفجوة بين الموارد المحلية ومتطلبات التنمية الاقتصادية في الدولة ، والبعد الاقتصادي الدولي للدولة المصدرة لرأس المال ، فهي تمثل للأولى مصدراً لبناء بنيتها التحتية وداعماً لإنطلاقتها الاقتصادية ، وتعتبر للطرف صاحب المال تنمية لرأس ماله وفتح مزيد من فرص العمل.
- 2- الرغبة الجادة من قبل حكومة السودان في تطوير بيئة الاستثمار وجذب المستثمرين العرب والأجانب ، والتدفقات الكبيرة من المستثمرين الذين جاءوا إلى السودان بقصد تأسيس استثمارات في مجالات البترول والتعدين والزراعة وغيرها من المجالات الخدمية الأخرى.
- 3- مراعاة إمكانية إيجاد وسائل محايدة وفعالة وملائمة لتسوية منازعات عقود الاستثمار ، نظراً لطبيعة أطرافها كونها تبرم بين الدولة وأحد أشخاص القانون الدولي العام أو القانون الدولي الخاص.
- 4- لمعرفة مدى كفاية قانوني التحكيم والإستثمار السودانيين وإحاطتهما ومساهمتهما في خلق مناخ إستثماري مشجع لرؤوس الأموال الراغبة في الدخول في إستثمارات في السودان.

مشكلة البحث:

المشكلة التي تعالجها هذه الرسالة ، تنحصر في الإجابة على تساؤلات سبعة كانت تفرض نفسها عليّ عندما اخترت موضوع الرسالة وتتمثل في:

1. ماهية التحكيم:

أي تعريف التحكيم ، وتمييزه عما يتشابه به من طرق تسوية المنازعات، وما هي الطبيعة القانونية للتحكم في الفقه والشريعة الإسلامية؟ ومميزات وعيوب التحكيم وما هي أنواع التحكيم؟

2. ماذا عن نشأة التحكيم وتطوره؟

هل عرف التحكيم في الشرائع القديمة ؟ وما هي مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية ؟ أين موقعه في النظم القانونية الحديثة؟

3. ماهية عقود الاستثمار؟

أي تحديد المقصود بهذه العقود وبيان طبيعتها ، من هم أطرافها وما هي طبيعتهم ؟ و ما هو موضوعها وكذلك أهم نماذجها ؟ ما هي أهم الخصائص التي تميزها عن بقية العقود الأخرى ومن ثم تسهم في تحديد طبيعتها القانونية؟ ما مدى إتصالها بالطابع الدولي ، وما هو المعيار الذي يتعيّن الإعتداد به لإصباغ الصفة الدولية عليها.

4. ما هو التكييف القانوني لعقود الإستثمار؟

أهم خصائص عقود الاستثمار وطبيعتها القانونية؟ ما هي حقوق والتزامات أطرافها وأسباب منازعاتها؟

5. هل القوانين الوطنية تفي بمتطلبات تشجيع وحماية الاستثمار؟

قانون التحكيم وقانون الاستثمار ... ما مدى مقدرتها على جذب رأس المال ، وتشجيع المستثمرين من خلال التسهيلات المقدمة لهم؟ وما مدى المحافظة على حقوق المستثمرين باللجوء إلى التحكيم ، سواء كانت العلاقة العقدية مع مستثمر وطني أم أجنبي؟ ما مدى تنظيم المشرع السوداني للتحكيم ، الذي يحافظ على حقوق الأطراف المتعاقدة الوطنية والأجنبية ، في الوقت الذي يشجع فيه الاستثمارات الأجنبية.

6. كيفية الإتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار؟

ما هي المبادئ اللازمة للتحكيم في عقود الاستثمار؟ وهل يمكن أن يتم التحكيم فيها بدون إتفاق؟ وما هي صور الإتفاق على التحكيم؟

7. ما هي إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار؟

متطلبات التحكيم؟ كيف تشكل هيئة التحكيم وإجراءات سير التحكيم؟ ما هو القانون الواجب التطبيق؟ حكم التحكيم وكيفية إصداره والبيانات اللازمة فيه وحججه وكيفية تنفيذه؟

الدراسات السابقة:

من خلال طوافي على مكثبات الجامعات واطلاعي على الرسائل الجامعية في الجامعات السودانية لم أقف على دراسة تناولت عقود الاستثمار بنماذجها المختلفة ، فقط تم تناول أنموذج واحد منها حسب علم الباحث وهو:

1. التحكيم في عقود البترول ، مدينة منصور مالك ، 2009م ، رسالة ماجستير ، جامعة أم درمان الإسلامية ، وهذه الدراسة تحدثت عن أنموذج واحد من عقود الاستثمار ، والذي إستجدت من بعده وقائع عن الاستثمار في المجالات المختلفة البترول وغيره.

مصطلحات البحث:

- 1- الشُّراح : علماء الفقه القانوني
- 2- الفقهاء : علماء الفقه الإسلامي
- 3- B.L.T : Build Lease Transfer
عقود التمليك والتأجير ونقل الملكية
- 4- B.O.O : Build Own Operate
عقود البناء والتمليك والتشغيل
- 5- B. O.O.T : Build Ownership Operate Transfer
عقود البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية
- 6- B.O.T: Build Operate Transfer
عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
- 7- C.R.C.I.C.A: Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration
مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي
- 8- D.B.F : Design Build Finance Operate
عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل
- 9- F.I.D.I.C: Federation International Des Ingenieurs Conseils
عقود الفيديك
- 10-L.C.I.A: London Court International Arbitration
محكمة لندن للتحكيم الدولي
- 11-I.C.C : The International Court of Arbitration
محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية
- 12-I.C.S.I.D: The International Centre for Settlement Disputes
المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

منهج البحث:

- 1- تعتمد الدراسة على المنهج العلمي الحديث الذي يجمع بين الاستقراء والاستنباط بإعتباره أقرب مناهج البحث العلمي القانوني المقارن.
- 2- جمع المادة العلمية للبحث من مصادرها الأصلية وتوثيقها بهامش البحث.
- 3- عزو الآيات القرآنية إلى سورها وتخريج الأحاديث النبوية.
- 4- عزو كل قول لقائله ما أمكن.
- 5- الإكتفاء عند المقارنة بالفقه الإسلامي بالمذاهب الأربعة المشهورة.
- 6- عقد المقارنة بين القانون السوداني واليميني والمصري وبعض القوانين الأخرى كل ما كان ذلك لازماً ، إضافة للاتفاقيات الدولية المعنية بموضوع الدراسة ، وإبراز الفوارق وما يترتب عليها من أثر.
- 7- ربط الدراسة النظرية بالتطبيقات العملية وذلك بالاستشهاد بقضايا المحاكم في كل من السودان واليمن ومصر وبعض الدول الأخرى ، حسب الحاجة لذلك.

الصعوبات التي واجهت الباحث:

من الصعوبات التي واجهت الباحث صعوبة الحصول على المراجع التي تناولت موضوع البحث ، مما تطلب سفراً داخل السودان وخارجه (مصر والسعودية) كما أن ظروف العمل وعدم التفرغ الكلي للدراسة شكلت عائقاً كبيراً لإتمام البحث.

هيكل البحث:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة أبواب جاءت في ستة فصول ، وتسعة عشر مبحثاً ، وخاتمة ، تفصيل ذلك فيما يلي:

الباب الأول

ماهية التحكيم وتطوره التاريخي

تمهيد وتقسيم :

أود أن أبين بأن نظام التحكيم ا فترات زمنية متعاقبة في سبيل تطوره ، يرجع بعضها إلى أمد قديم إبتدأت نشأته في حقبة العصور القديمة ، حيث كان هذا النظام معروفاً لدى الجماعات البشرية القديمة ، والتي لجأت إلى نظام التحكيم لحل

مشاكلها ونزاعاتها ، وإن كانت أنماط هذا التحكيم تأخذ صوراً بدائية مختلفة ، إلا أنها في حقيقة الأمر تمثل مقياساً للعدالة بين الخصوم ، كما عرف نظام التحكيم لدى عرب الجاهلية الذين جعلوا منه قضاءً أساسياً يستند إلى وجهاء العشائر والقبائل العربية وشيوخها والذين يتمتعون بالأمانة والصدق ورجاحة العقل . لذا جاءت الشريعة الإسلامية لتقرر هذا النظام ، وهذا ما أكدته الآيات القرآنية والسنة النبوية الشريفة ، وظل هذا النظام في تطور مستمر حتى فترة العصور الوسطى ، حيث كان يلجأ إلى نظام التحكيم لحل المنازعات بين الأمراء في المقاطعات المختلفة في أوروبا، حتى أن بعض التشريعات في تلك الفترة قد نصت على ضرورة اللجوء إلى التحكيم كما سيرد تفصيله لاحقاً .

هذا التطور التاريخي كان لازماً وضرورياً لتبلور نظام التحكيم بالصورة التي آل إليها في وقتنا الحاضر . كما أن المتتبع لشؤونه قد يعتقد وللوهلة الأولى بأنه نظاماً حديثاً نسبياً ، أو أنه من إفرازات عصر العولمة الذي نعيشه ، لذا كان لزاماً أن يتم النظر للأصول التاريخية لهذا النظام وتطوره منذ الأزل حتى صيرورته نظاماً فريداً ذو سمات عملية متناسبة وطبيعة العلاقات التجارية الدولية وما تتطلبه من سرعة وسرية وثقة . ومن خلال هذا الباب سنسلط الضوء على ماهية هذا النظام ومزاياه وتمييزه عما يختلط به من النظم المشابهة له . مسهبين السرد في طبيعته القانونية التي أثارت جدلاً فقهياً واسعاً .

الفصل الأول

نشأة نظام التحكيم وتطوره

المبحث الأول: التحكيم في الشرائع القديمة
المبحث الثاني: التحكيم في الشريعة الإسلامية
المبحث الثالث: التحكيم في النظم القانونية

المبحث الأول

التحكيم في العصور القديمة

لقد عرف التحكيم في المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني عند الإنسان ، وقد مرّ بتطور تاريخي يجد أصوله الأولى في فترة العصور القديمة ، ثم تطور مع النمو الحضاري للبشرية ، ثم إستمر في تطوره إلى العصور الوسطى ، لذا سنتناول هاتين الفترتين كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

التحكيم في العصور القديمة

قد يكون القول بأن المجتمعات البدائية القديمة وبحضارتها البسيطة قد عرفت نظام التحكيم لحل خلافاتها الكثيرة مستغرباً ، ولكن الحقيقة أن عقلية هذه الجماعات تفتقت عن هذا النظام في مرحلة أزلية من مراحل تطورها ، وكانت هذه المجتمعات تلجأ للقوة تارة ، وخلق الجاني وتسليمه إلى جماعة المجني عليه تارة أخرى وقد تلجأ إلى القصاص والدية .

ففي المجتمع البدائي لم تكن هناك سلطة عامة تقوم بعبء تأمين العدالة حيث كان أفراد القبيلة يلجأون بأنفسهم إلى تحصيل حقوقهم عن طريق القوة ، فالقوة هي التي تنشئ الحق وتحميه ، ومع مرور الزمن تحول هذا النظام إلى أعراف وتقاليد تخلق أفراد المجتمع بمقتضاها عن القوة لتحصيل حقوقهم ، وأصبحوا يلجأون لشخص ثالث للفصل بينهم يختاره المتخاصمون بأنفسهم ، ولقد تعددت صور التحكيم قديماً ، فمنها الإحتكام إلى السماء ولعل في قصة هابيل وقابيل خير دليل على أولى حالات اللجوء إلى التحكيم ، حيث إحتكما إلى السماء، فقرب كل منهما قرباناً فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر ، حيث رفض قابيل الحكم وقتل أخاه هابيل⁽¹⁾. ومن هذه الأنماط أيضاً ما يأخذ شكل الإحتكام إلى مهارة الخصمين الفنية ، وهو ما عرفته بعض الجماعات اليونانية القديمة ، حيث كانت تلجأ إلى المساجلات الغنائية بين المتنازعين ، ومن يتابع دون تعب حتى النهاية يعتبر صاحب الحق ، ومن هذه الصور كان الإحتكام إلى المبارزة بين المتنازعين ، فمن ينتصر يكون صاحب الحق .

كما أن بعض القبائل كانت تحتكم إلى مجرد المصادفة ، حيث كانت تأمر المتنازعين بعرض طعام معين في مكان تكثر فيه الغريبان ، فمن أكلت طعامه أعتبر خاسراً لما يدعيه⁽²⁾. ومن الحضارات القديمة التي عرفت نظام التحكيم السومريون في جنوب العراق ، حيث كان القانون السومري يقر نظام التحكيم

(1) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، الكتاب (4/3) ، ص 50.

(2) د. عامر على رحيم ، التحكيم بين الشريعة والقانون ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع ، مصراته ، 1987م ، ص 21 - 22 .

باعتباره نظاماً يسبق القضاء ، وكان يتوجب عرض كل نزاع أولاً على محكم يحاول تسويته بطريقة ودية دون أن يلجأ المتنازعون إلى أحكام القانون⁽¹⁾.

كما عثر في أوائل العقد الأول من القرن المنصرم على لوح حجري يتضمن معاهدة صلح كتبت باللغة السومرية في القرن الحادي والثلاثين قبل الميلاد بين مدينة كيش ومدينة أروما ، بموجبها عين ملكا هاتين المدينتين ملكاً ثالثاً يقوم بدور المحكم وذلك للفصل في النزاع القائم بينهما، وقد نصت هذه المعاهدة على وجوب إحترام حكم المحكم ، وكذلك إحالة أي نزاع قد ينشأ بينهم بشأن الحدود إلى التحكيم⁽²⁾.

كذلك عرف التحكيم عند الرومانيين خاصة في العقود الرضائية ، حيث كانوا يتفقون على إختيار شخص لا لأن يفصل في النزاع فحسب ، بل لتكملة شروط العقد أو الإشراف على تنفيذه ، غير أن الرومان أقتصروا التحكيم في مجال القانون الخاص لأنهم أنكروا فكرة المساواة بين الدول بالإضافة لإحتقارهم للعمل التجاري في بادئ الأمر⁽³⁾.

أما الإغريق اليونان فقد عرفوا التحكيم ومارسوه منذ بداية العصور الكلاسيكية في الفترة بين القرن الرابع والسادس قبل الميلاد ، وكان كثيراً ما يلجأ للتحكيم لحل الخلافات التي كانت تنشب بين الطوائف السياسية ، فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم يفصل في المنازعات بين الدويلات والمدن اليونانية يسمى الأفغيكثيوفى ، كما فرق الفيلسوف اليوناني أرسطو بين المحكم والقاضي بقوله : أن

(1) د . قحطان عبد الرحمن الدورى ، عقد التحكيم في الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، مطبعة الخلود ، بغداد ، 1985م ، ص 36 .

(2) د. جمال عمران إغنية ، تنفيذ أحكام التحكيم التجارى الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2009م ، ص 13 .

(3) د . ابراهيم محمد أحمد دريج ، التحكيم الداخلي والدولي ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، الخرطوم ، ط1 ، 2008م ، ص 17 .

المحکم يسعى إلى العدالة، والقاضي يسعى إلى تطبيق القانون ،حيث أن التحكيم
إبتكر لتحقيق العدالة⁽¹⁾.

كما أن العرب في الجزيرة العربية وبلاد الشام واليمن في جاهلية ما قبل
الإسلام قد عرفوا نظام التحكيم ، حيث كان للقبائل حكامها الذين عرفوا برجاحة
العقل وسعة الإدراك والعدل والإبتعاد عن الدنيا ، فلم تكن هناك سلطة تشريعية
تسن القوانين ، وإنما كان أمر القضاء يعود إلى الناس إن شاءوا رجعوا إلى عقلاء
الحي وإن شاءوا إختاروا حكماً ليقضى بينهم ، وكان هذا التحكيم يعتمد بموجب
إتفاق يتضمن ذكر موضوع النزاع والحكم ، والتاريخ القبلى حافل بالأمثلة التحكيمية
المعروفة ومن الوقائع التحكيمية المشهورة عند العرب تحكيم سيدنا محمد (ع) قبل
البعثة في النزاع حول الحجر الأسود وغيرها كثير لا يسع المجال لذكرها ⁽²⁾ .
كما يوجد العديد من المحكمين العرب من ذوى الخبرة والكفاءة المشهود لهم
بالنزاهة ورجاحة العقل ، ومن بينهم الأحنف بن قيس ، وأكثم بن صيفى ، أبوطالب
بن هاشم وغيرهم ⁽³⁾.

(1) د . عبد المحسن القطيفى ، دور التحكيم في فض المنازعات الدولية ، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول ،
1996م ، ص 4 .

(2) د. عبد الحميد الأحذب ، التحكيم وأحكامه ومصادره ، ج1، مؤسسة نوفل ، بيروت، 1990م، ص 56.
(3) هو الأحنف بن قيس بن معاوية بن حصين بن حفص بن عبادة بن النزال بن مرة بن الحارث بن عمرو
السعدي ، وذكر إن اسمه الضحاك على المشهور وقيل صخر ويكنى أبا بحر ولقبه الأحنف وهو ممن أدرك
النبي (ص) ولم يجتمع به وكان أعور أحنف الرجل متراكب الأسنان خفيف العارضين ، وهو من حكام تميم
الحكام الدهاة العقلاء الحلماء ، ومن حكمه ، الكذوب لا حيل له ، والحسود لا راحة له ، والبخيل لا مروءة له ،
والمملول لا وفاء له .

هو أكثم بن صيفي بن رياح بن الحارث بن مخاشن بن معاوية بن شريف بن أسيد بن عمرو بن تميم ، كان من
حكماء العرب المشهورين في الجاهلية ، وأكثم من الكثمة وهو عظم البطن ، وهو من الخطباء البلغاء والحكام
الرؤساء ، ذكر أنه أدرك النبي (ص) فكان يوصي قومه بإتباعه ويحضهم عليه .

هو أبو طالب بن عبد المطلب بن هاشم ، عم النبي (ص) ، ولد قبل النبي (ص) بخمس وثلاثين سنة ، ويسمى
عبد مناف ، وأشتهر بكنيته وكان من حكام قريش وساداتها ومرجعها في الملماة ، وزعم أنه كان مسلماً ومات
على الإسلام ، وهناك من يزعم أنه مات كافراً ، والأول أصح وأصدق وكان شاعراً..

د. عبد الكريم نصير ، التحكيم عند العرب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2002م ، ص 306.

مما تقدم يتضح جلياً أن نظام التحكيم في هذه الحقبة من تاريخ البشرية قد كان منقذاً لهذه الجماعات وملجأً لها بإعتباره بديلاً للإنتقام وأخذ الحقوق بالقوة . حيث كان بمثابة وسيلة للحل السلمي والإحتكام للعقل فيما ينشأ بين تلك الجماعات القديمة من منازعات .

المطلب الثاني

التحكيم في العصور الوسطى

شهد التحكيم في العصور الوسطى تطوراً كبيراً ، وهذا التطور جاء في ظل المبادئ التي نادى بها فقهاء الكنيسة ، فمبدأ قدسية العقد حيث اعتبرت الإرادة مصدر القوة الملزمة في العقد ، ومبدأ حسن النية قاعدة في تنفيذه وتفسيره، فكان للمتعاقدين الحرية في الإتفاق على التحكيم مع احترام والالتزام بقرار المحكم، وساعد في ذلك نفوذ البابا وبعض الحكام والملوك ، فكانت الدول المسيحية تحتكم في منازعاتها خلال تلك الفترة إلى البابا والإمبراطور ، وكان قرار التحكيم الصادر من احدهما يتخذ في الغالب صفة حكم قضائي صادر من جهة أعلى تتمتع بسلطة روحية وزمنية⁽¹⁾.

وأصبحت اتفاقيات التحكيم في ذلك الوقت خاصة في مراكز التجارة الدولية كالجهود الإيطالية والتي وجدت مباركة الكنيسة وذلك لأن التحكيم يتصف بأخلاق عالية وسامية تتفق وتعاليم الكنيسة كالتسامح والصلح والتضحية المتبادلة والاقتصاد⁽²⁾.

(1) د . قحطان عبد الرحمن الدورى ، عقد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 38 - 39 .

(2) د. ناريمان عبد القادر ، إتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1996م ، ص 33.

أما في إطار العائلة الدولية في أوروبا الغربية المسيحية ، فقد تطورت فكرة اللجوء للتحكيم في ذلك العصر وذلك نتيجة لعوامل اجتماعية ثلاثة: أولها يرجع إلى ما قامت به الكنيسة الكاثوليكية والبابا بدورها في الدعوة للتحكيم وإتباعه كوسيلة لتسوية المنازعات بين المسيحيين ، والثاني: هو أن الجماعات المحلية الأوروبية قد مارست التحكيم ، والعامل الثالث في إطار العلاقات بين البارونات والملوك في إطار المجتمع الإقطاعي فيما يقوم بينهم من خلافات ، أو نزاع بالملكية الإقليمية ، فكان يتم تسوية ذلك باللجوء للتحكيم (1)، حيث عرفت تلك الفترة مبدأ تحكيم الأقران، وبمقتضى هذا المبدأ يختار الملوك والأمراء المتنازعون محكماً من بين الأمراء ، نص فيها على الإجراءات الدائمة للتحكيم ، وكذلك تحتكم المدن المتنازعة إلى مدن أخرى.

أيضاً في العصور الوسطى أصدر الملك فرانسو الثاني مرسوماً عام 1560م ينص باتخاذ التحكيم إجبارياً في المسائل التجارية وقسمة التركات ، كذلك فقد نادت الثورة الفرنسية 1899م بالحرية في مختلف المجالات من بينها مجال التعاقد ، وأقرت مبدأ احترام إرادة المتنازعين في سلوك طريق التحكيم في تسوية منازعاتهم (2). كما صدرت التقنيات الفرنسية الموضوعية مثل القانون التجاري والذي جعل التحكيم إجبارياً ، ومنذ بداية القرن التاسع عشر وأثناء تطور الثورة الصناعية والتي كان لها الدور البارز في ظهور شركات الأموال الكبرى ، وتدفق رأس المال بصورة كبيرة ، أدى إلى تطور قانون التجارة الدولية واستعادة طابعه الدولي (3).

كما أصبحت العقود الأنموذجية لسندات الشحن وتأجير السفن وبوالص التأمين وعقود بيع البضائع وتسليمها واستغلال براءات الاختراع ، ومقاولات الإنشاء والمصانع وعقود تراخيص الإنتاج ومقاولات الأشغال الكبرى كإقامة الموانئ والمطارات والطرق وغيرها ، لا تخلو من شرط التحكيم في معظم الأحوال ، ونتيجة

(1) د. إبراهيم محمد العناني ، اللجوء إلى التحكيم الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1 ، 1973م ، ص13.
(2) المحاميان عبد الهادي عباس وهواش جهاد ، التحكيم ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ، ط1 ، 1982م ، ص15.
(3) د. مهند أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط1 ، 2005م ، ص20.

لهذه الظروف فقد تهيئ الجو الملائم للعودة إلى التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات بين التجار على المستوى الدولي في القرن العشرين (1).

كذلك إن النظم القانونية التجارية في العديد من الدول في الأزمنة المعاصرة مستمدة من المدن القديمة ، فإن التجارة الدولية ترجع في أصولها في القرون الوسطى في غرب أوروبا وحوض البحر الأبيض المتوسط ، على التجارة التي كانت تقوم عليها جمهوريات شمال إيطاليا منذ القرن الحادي عشر الميلادي ، كذلك التجارة التي تركزت في الأسواق والمعارض والمرافئ في بعض المدن الكبرى في غرب أوروبا فيما بين القرن الثاني عشر والقرن الرابع عشر الميلادي، وبذلك كله ظهرت أعراف وعادات أنشأها التجار، وهذه الأعراف والعادات والممارسات التجارية اكتسبت الصفة الدولية أي قواعد دولية ، وأصبحت عامة وموحدة وواجبة التطبيق في تلك المدن والأسواق على طبقة التجار المتعاملين فيها ، بصرف النظر كونهم أجنب ، بصورة تستقل عن أعرافهم الوطنية ، ذلك ما أطلق عليه قانون التجارة ذو الطابع الدولي الذي ساد أوروبا أيضاً وفي المشرق ، حتى أواخر القرون الوسطى (2).

وترتب على هذا النشاط الملحوظ في مجال التجارة - كنتيجة - ازدياد أهمية التحكيم لأن التجار وجدوا فيه الأسلوب الأمثل كوسيلة لحلّ مشاكلهم ومنازعاتهم ، والتراث المستمد أساساً من أعراف وتقاليد التجارة والمتراكم لسنوات طويلة ، فقد تم الاعتماد عليه فيما بين التجار ومن ثم فإن انتشار وشيوع أعراف وعادات المعارض والأسواق التجارية قد شمل الغرب والشرق على السواء (3).

خلاصة القول أن التحكيم كان موجوداً ومعروفاً في العصور الوسطى كوسيلة يلجأ إليها الأفراد والملوك والأمراء والتجار للفصل فيما ينشأ بينهم من نزاع وتسوي بها خلافاتهم ، واستمر في تطور دوؤب حتى تبلورت نظريته وإجراءاته ونظامه في

(1) د. مهند أحمد الصانوري ، مرجع سابق ، ص 26.

(2) د. كمال إبراهيم ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط 1 ، 1991م ، ص 33.

(3) د. ماهر محمد صالح عبد الفتاح ، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، 1996م ، ص 24.

العصر الحديث الذي شهد نشاطاً متواصلًا من أجل تطوير قواعد التحكيم الدولي لمواءمة مستجدات هذا العصر وخاصة في مجالات التجارة الدولية التي تمثل عصب الحياة وشريان الاقتصاد الوطني لجميع دول العالم.

المبحث الثاني

التحكيم في الشريعة الإسلامية

جاء الإسلام نظاماً شاملاً كاملاً منظماً لجميع أوجه الحياة ، فى مجتمع له معتقداته وأعرافه وعاداته وتقاليده ، فأقرّ منها ما كان يتوافق وكريم الأعمال من أقوال وأفعال ، وأبطل ما كان غير ذلك ، ولما كانت العرب في فترة ما قبل الإسلام تعرف التحكيم كنظام تُسوى به الخلافات ، وتصفى به المنازعات بين القبائل والجماعات والأفراد ، جاءت الشريعة الإسلامية بنصوص واضحة صريحة من القرآن الكريم والسنة المطهرة ، سبقاً منهجياً منظمة للتحكيم بشكله الشرعي الفريد الذي ظل إجماعاً للمسلمين حتى وقتنا الحاضر . وهذا ما سنتناوله فى هذا المبحث ، والذي نقسمه إلى مطلبين نبيين في الأول منه التحكيم كما أوردته الآيات القرآنية ، وأما المطلب الثاني فسنخصصه للتحكيم فى السنة النبوية وإجماع الصحابة .

المطلب الأول

مشروعية التحكيم فى القرآن الكريم

جاء القرآن الكريم فى كثير من آياته موافقاً ومقرراً لنظام التحكيم الذى كان سائداً عند العرب فى فترة ما قبل الإسلام ، حيث جاء فى محكم التنزيل قوله تعالى

{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا (1)} .

دلالة الآية الكريمة ، أن الحق سبحانه وتعالى العليم الخبير أمر ببعث الحكمين ، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة ، إذا ما خيفة وقوع الشقاق بينهما ، فكان ذلك نصاً منه تبارك وتعالى على جواز التحكيم في حق الزوجين ، وإذا ما جاز التحكيم في حق الزوجين دل ذلك على جوازه في سائر الدعاوي.

وإذا كان الله الرحمن الرحيم قد شرع التحكيم ، لرأب الصدع في كيان الأسرة وحفاظاً على تماسكها ، وعلى المودة والرحمة بين ركنيها ، وهي النواة الأولى لكيان المجتمع المسلم ، كان جوازه أولى فيما يقع بين أفراد المجتمع من خصومات ومنازعات ، حفاظاً على كيان المجتمع المسلم وتماسكه والوحدة بين أفرادها وقطع دابر الشر فيه ، وكان ذلك أدعى إلى استقراره (2).

فقد تضمنت هذه الآية حكماً صريحاً في مشروعية التحكيم بين الزوجين عند اختلافهما ، حكم من أهلها ترضيه ، وحكم من أهله يرتضيه لأن هذا النوع من النزاع من أهم المنازعات وأدقها وقد أختصه الشرع بهذا النوع من التقاضي لأهميته ، فمؤسسة الأسرة عزيزة على الإسلام ، بقدر خطورتها في بناء المجتمع (3).

ومن الآيات الكريمة أيضاً قوله تعالى : {فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا} (4).

فتأويل الآية: وربك يا محمد لا يؤمنون ، أي لا يصدقون بربك وبما أنزل إليك ، حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، أي حتى يجعلوك حكماً فيما اختلط بينهم من أمورهم ، فالتبس عليهم حكمه ، ثم لا يجدوا في أنفسهم ضيقاً مما قضيت ، ولا

(1) سورة النساء ، الآية (35).

(2) الخصاص ، أدب القاضي ، شرح الجصاص ، ص 584 ، بند 673.

(3) د. سيد قطب ، في ظلال القرآن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، (3 / 363).

(4) سورة النساء ، الآية (65).

تخرج أنفسهم ، ولا تأثم بإنكارها ما قضيت ، وشكها في طاعتك ، وإن الذي قضيت بهم حق لا يجوز لهم خلافه (1).

وأيضاً قوله تعالى : {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً} (2).
تقول الآية: أن الله يأمركم يا معشر ولاة المسلمين لأن تؤدوا ما أئتمنتكم عليه رعيتم ، من فيهم وحقوقهم ، وأموالهم وصدقاتهم إليهم على ما أمركم الله ، بأداء كل شيء من ذلك إلى من هو له بعد أن تصير في أيديكم ، ولا تظلموها أهلها ، وتسنأثروا بشيء منها ، ولا تضعوا شيئاً منها في غير موضعه ، ولا تأخذوها إلا من أذن الله لكم بأخذها منه ، قبل أن تصير في أيديكم ، ويأمركم إذا حكمتم بين رعيتم أن تحكموا بينهم بالعدل والإنصاف ، ذلك حكم الله الذي أنزله في كتابه ، وبينه على لسان رسوله ، ولا تعدوا ذلك فتجوروا عليه (3).

وأيضاً قوله تعالى : {وَكَيْفَ يُحْكُمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ} (4).

كيف تقرون أيها اليهود بحكم نبي محمد (ع) مع جحود نبوته ، وتكذيبهم إياه ، وأنتم تتركون حكماً الذي تقرون به أنه حق عليكم واجب ، جاءكم به موسى (عليه السلام) من عند الله يقول: إذا كنتم تتركون حكماً الذي جاءكم به موسى (عليه السلام) ، الذي تقرون بنبوته في كتابي ، فأنتم بترككم حكماً الذي يخبركم به نبي محمد (ع) إنه حكماً أخرى ، مع جحودكم نبوته (5).

وقوله تعالى : {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ

(1) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، تفسير الطبري ، المسمى: جامع البيان في تأويل القرآن ، ، تحقيق: هاني الحاج ، ذكي البارودي ، خيرى سعيد ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، (157/5).

(2) سورة النساء ، الآية (58).

(3) تفسير الطبري ، مرجع سابق ، (4/5) ، ص 146.

(4) سورة المائدة ، الآية (42).

(5) تفسير الطبري ، مرجع سابق ، (4/6) ، ص 247.

طَعَامُ مَسَاكِينٍ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَاماً لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ
فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ { (1).

نهى الحق سبحانه وتعالى عباده المؤمنين عن قتل الصيد ما داموا حراماً ،
وجعل على قتله الجزاء يحكم به عدلان ، وعموم الآية أعطى قاتل الصيد إقامة
عدلين للحكم عليه بالجزاء وبغير إذن الإمام ، ويجزئ إخراج الجزاء بناء على
حكمهما ، فدل ذلك على أن الآية نص على جواز التحكيم . وإلا لما أجزأ القاتل
للصيد ما أخرجه بناء على حكم غير المولين من قبل الإمام ، ولزمه رفع الأمر ثانية
إلى حكيمين مولين من قبل الإمام ، وإخراج الجزاء ثانية بناء على حكمهما وهذا ما
لم يجر به عمل الصحابة ، فلقد روى ابن جرير عبد الله البجلي أنه قال: (أصبت
صيداً وأنا حرم ، فأتيت عمر بن الخطاب فأخبرته ، فقال أنت رجلين من أصحابك
فليحكما عليك ، فأتيت عبد الرحمن بن عوف ، وسعيد بن مالك فحكما عليّ بتيسر
أعفر) (2).

الآية تعتبر أساساً في جواز التحكيم ، وما يملك الأفراد الاتفاق على إسقاطه
أو الإعفاء منه يجوز فيه التحكيم ، فإن التقاضي حق للأفراد وليس حقاً للقاضي .

(1) سورة المائدة ، الآية (95).

(2) تفسير الطبري ، مرجع سابق ، (5/7) ، ص 48.

المطلب الثاني

التحكيم في السنة النبوية والإجماع

إحتشدت آيات القرآن الكريم في إقرار شرعية التحكيم ، وجاءت السنة النبوية المطهرة مقررّة ومؤكدة إعتراف الشريعة الإسلامية بالتحكيم ، وكثير من الأحاديث الشريفة والأثر الطيب للرسول (ﷺ)، ومن السنة ما قال أبو شريح : يا رسول الله ، إن قومي إذا اختلفوا في شئ فأتوني فحكمت بينهم ، فرضى عنى الفريقان ، فقال عليه الصلاة والسلام : ما أحسن هذا (1). وأجمع على أنه (ﷺ) عمل بحكم سعد بن معاذ (رضي الله عنه) في بني قريظة لما إتفقت اليهود على الرضاء بحكمه فيهم مع رسول الله (ﷺ) (2) ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم (من حكم بين اثنين تراضيا عليه فلم يعدل بينهما فهو ملعون) (3).

وقد قبل الرسول (ﷺ) أن يكون حكماً في إحدى القضايا التي عُرضت عليه ، لمزيد من الدقة قد عيّن حكماً ، ووافق أطراف الخصومة على القرار الذي أصدره في النزاع ، كما نصح بعض القبائل بأن تعتمد حل نزاعاتها بواسطة التحكيم (4).
لما هاجر (ﷺ) إلى المدينة ، آخى بين المهاجرين والأنصار ، ثم أخذ يضع أسس ومبادئ الدولة الإسلامية بالمدينة ، وبدأ ينظم العلاقات بين الأمة الإسلامية بالمدينة المنورة والأمم الأخرى ، وأول ما بدأ باليهود الذين كانوا حول المدينة ، فأبرم معهم معاهدة ، وكانت بين المسلمين كأمة واليهود كأمة ، وأقرهم فيها على معتقداتهم وأموالهم ولا يجبرون على الإسلام ، وتضمنت هذه المعاهدة تنظيمًا دقيقاً للعلاقات

(1) رواه النسائي : في كتاب آداب القضاء ، باب إذا حكموا رجلاً ففضى بينهم ، (122/2).

(2) محمود محجوب عبد النور ، الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي ، دار الجيل ، بيروت ، بدون تاريخ ، ص 136.

(3) ابن قدامة ، المغنى ، مكتبة دار البيان ، بغداد ، 1392 هـ ، ج 11 ، 126 ، نقلاً عن البرقاوى ، التحكيم في الشريعة الإسلامية .

(4) د . عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح ، منشأة المعارف ، ط 2 ، 2000 م ص 13 .

الداخلية والخارجية ، والذي يعيننا في هذا المقام ، ما كان خاصاً بالاتفاق على التحكيم مسبقاً ، بين المسلمين كأمة واليهود كأمة ، وإخياره (ε) حكماً بين الطرفين فيما سيقع من نزاع مستقبلاً. وقد قبل الرسول (ε) أن يكون حكماً بين المسلمين واليهود في الخصومات التي قد تحدث مستقبلاً بين كلا الأمتين (1).

لقد أعتمد الخلفاء الراشدون نهج التحكيم وأجمع صحابة النبي رضوان الله عليهم على الاعتراف بصحته ، بعد حصول نزاع حاد ما بين الخليفة عمر بن الخطاب ، و أبي بن كعب(τ) ، اتفق الفريقان على حل النزاع بواسطة أحد الحكام ، روى البيهقي عن الشعبي قال: (إنه كانت بين عمر وأبي بن كعب خصومه في شئ فحمكا زيد بن ثابت ، فأتياه ، فخرج زيد فقال لعمر: هلا بعثت إليّ فأتيك يا أمير المؤمنين. فقال عمر (τ): في بيته يؤتى الحكم ، فدخلا بيته وكانت اليمين على عمر (τ) ، قال زيد لأبي بن كعب : لو أعفيت أمير المؤمنين ، فقال عمر يمين لزممتي. وفي رواية عن الشعبي قال: قال أبي ابن كعب لعمر: (يا أمير المؤمنين أنصفتني من نفسك ، وأجعل بيني وبينك حكماً ، فقال : بيني وبينك زيد بن ثابت)(2). قد لجأ الصحابة إلى التحكيم فيما هو ابعده من منازعات الأحوال الشخصية أو المعاملات المالية كما حدث عند تعيين خليفة لعمر بن الخطاب (τ) عندما عين الصحابة أهل الشورى عبد الرحمن بن عوف حكماً مهمته تعيين خليفة يختاره من بين الذين تم ترشيحهم للخلافة(3). كما أنه وقع تحكيم مشهور في التاريخ الإسلامي ، وهو الذي تم بين سيدنا علي (رضي الله عنه) وسيدنا معاوية (τ) في موقعة صفين ، وكان ذلك طريقاً لإنهاء الحرب بين طائفتين من المسلمين (4).

لقد أقرت المذاهب الإسلامية الأربعة التحكيم بصورة مطلقة حتى مع وجود قاضي في البلد ، واستدلوا في ذلك إلى ما جاء في القرآن والسنة والإجماع ، وقد

(1) المستشار علي علي منصور، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1982م، ص 212.

(2) سنن البيهقي ، كتاب أدب القاضي ، دار الفكر ، (10/144).

(3) د . قحطان الدورى ، عقد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 102 .

(4) د. محمد ناصر البجاد ، التحكيم في المملكة العربية السعودية ، مرجع سابق ، ص 25 .

إشترط الفقهاء في المحكم أن يكون حُرّاً بالغاً ، عاقلاً ، عدلاً ، مقبول الفتوى عالمياً بالشرعية ، والضابط فيه أن يكون ممن يجوز للإمام أن يوليه القضاء مطلقاً ، وقد إتفق الفقهاء على قصر مفعول الحكم بين المتحاكمين وعدم جواز تعديه إلى الغير إلا في مسألة الضمان الذي يلتزم به المسؤول بالمال (العائلة) كما في القتل الخطأ⁽¹⁾.

ولما كانت الشريعة الإسلامية قد أقرت التحكيم بصفة عامة ، إلا أن هناك قيوداً وضعت على بعض الأمور والمسائل التي لا يجوز التحكيم فيها . ومنها حقوق الله كحد الزنا وحد السرقة⁽²⁾.

مما سبق يتبين بجلاء أن التحكيم قاعدة شرعية ، أيدتها نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وعليه إجماع الأمة ، وجري به عمل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين.

المبحث الثالث

(1) عباس هوش ، التحكيم ، مرجع سابق ، ص 13 .
(2) على حيدر ، درر الأحكام ، شرح مجلة الأحكام ، منشورات مكتبة النهضة العربية ، بيروت ، دون سنة نشر ، ص 25 .

التحكيم في النظم القانونية

أصبح التحكيم التجاري الدولي في عصرنا الحديث يشهد تطوراً منتظماً ومتسارعاً ومتلاحقاً وذلك بفضل المجهودات التي تبذلها المنظمات والهيئات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية ، وكذلك يرجع ذلك إلى الحركة النشطة لرؤوس الأموال الفائضة لدى الدول المتقدمة التي تجد لها ملاذاً متعطشاً لدى الدول الراغبة أو الساعية للنمو ، كل هذا رسخ الوعي العام بضرورة هذا النظام الإستثنائي - أي التحكيم - لتصفية المنازعات ، مما حدا بالمجتمع الدولي إلى أن يخطو خطوات جادة لتقنين مختلف موضوعاته وتشجيع الدول لتقبله عند إبرامها لعقود التنمية الوطنية لبلدانها ، سعياً لمواكبة هذا التقدم ونزولاً عند متطلبات التجارة الدولية ، هذا ما سنتناوله في هذا المبحث ، نتناول في المطلب الأول التحكيم في فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية ، أما المطلب الثاني فسنخصصه للحديث عن تطور نظام التحكيم فيما بعد الحرب العالمية الثانية ، ثم نتطرق في مطلب ثالث وأخير إلى التحكيم في ظل العولمة.

المطلب الأول

التحكيم التجاري الدولي

فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية

بعد الحرب العالمية الأولى تغير الوضع العالمي ووعي المجتمع التجاري أن حسم المنازعات التجارية يكاد يتحول إلى عقبة تعيق وتعرقل نمو حركة التجارة الدولية ، فانصرف إلى تذليل العقبات وتنظيم مرور التجارة الدولية وتسهيلها ، وهكذا أخذ تحكيم التجارة الدولية يشهد تطوراً بعد الحرب العالمية الأولى ، فبعدها كان التحكيم مقتصرراً على العلاقات بين الدول وكان يستأثر به قانون النظام العام ، فإذا هو بعد الحرب العالمية الأولى يزدهر ليصبح بين أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام ، وتتقاسمه الدول من جهة والتجارة من جهة أخرى ، لا سيما بعد إكتشاف الثروات في دول العالم النامية⁽¹⁾.

(1) د . عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي ، مؤسسة نوفل للطباعة والنشر ، بدون تاريخ ، (2/3).

حيث بدأت الحكومات في هذه البلدان تعطى امتيازات الإستثمار لهؤلاء المستثمرين ، مما أحدث تطوراً في مجال التحكيم التجاري ، وبما أن أطراف التجارة الدولية ينتمون إلى جنسيات دول مختلفة فإنهم عندما يريدون الدخول في تعاقدات مع أشخاص أو دول أخرى لا يريدون الخضوع في تعاقداتهم إلى قضاء أجنبي يجهلونه مما قد يضر بمصالحهم الخاصة ، كما أن الخضوع في تعاقداتهم إلى قضاء أجنبي يبعث عدم الثقة وعدم الإطمئنان في النفوس . وبالتالي ظهرت الحاجة الملحة في فترة ما بعد الحرب العالمية الأولى إلى وجود قضاء مستقل عن أى سلطة أجنبية يتمثل هذا القضاء في نظام التحكيم⁽¹⁾ . لذا قامت القوة الاقتصادية الكبرى بمحاولات ترمي إلى إيجاد إتفاقيات دولية تنظم شؤون التحكيم وترعى مصالح أطرافه ، وإستجابة لذلك كله أخذت عصابة الأمم⁽²⁾ ببذل جهودها لتطوير التحكيم بإقرار مبدأ التحكيم وضمناً إستقلال الهيئات المشرفة عليه ، وعدم تحيزها ، فوضعت بروتوكول جنيف 1927م بشأن شروط التحكيم ثم قامت بوضع إتفاقية جنيف 1927م المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية⁽³⁾ .

أولاً: بروتوكول جنيف لسنة 1923م بشأن شروط التحكيم:

إنطلاقاً من معاهدة الأمم المتحدة حول الإجراءات المدنية لسنة 1905م بشأن مسائل التحكيم ، كان هناك عملين أعد لهما تحت إشراف عصابة الأمم ، وهما: بروتوكول جنيف لسنة 1923م⁽¹⁾ ، ومعاهدة جنيف لسنة 1927م ، ويعد بروتوكول

(1) وفي هذا المقام يقول الدكتور عبد الحميد الأحمد أن إزدهار التحكيم مرتبط بإزدهار التجارة الدولية ، ويتراجع كلما ضعفت التجارة الدولية ، فالتحكيم وجد من أجل التجارة الدولية ولم توجد من أجله .

(2) ارتبط قيام عصابة الأمم بإنهاء الحرب العالمية الأولى(1914-1918م) ، حيث نادى الدول المتحالفة إلى إنشاء منظمة عالمية ، بهدف تجنب تكرار الكوارث التي تسببها الحروب ، وقدم عدد من المقترحات ووضعت في صيغتها النهائية في 1919/4/28م ، ودخل حيز التنفيذ في 1920/1/10م .

(3) د . محمد عثمان خلف الله ، تنفيذ أحكام المحاكم وأحكام التحكيم الأجنبية ، محاضرة لطلاب الدراسات العليا ، ماجستير جامعة النيلين - القسم الخاص ، بتاريخ 2005/4/13م .

(4) أحمد أنعم الصلاحي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، نشر مركز البحوث والدراسات اليمني ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، صنعاء ، 1994م ، (3/ 278) . أيضاً: نص البروتوكول المنشور بسلسلة إتفاقيات الأمم المتحدة لسنة 1961م ، رقم 5742 .

جنيف من أقدم المحاولات التي قام بها المجتمع الدولي من أجل تنظيم مسائل التحكيم التجاري الدولي ، حيث أبرم بروتوكول جنيف - الخاص بشروط التحكيم - بإشراف عصابة الأمم المتحدة في 24 يوليو 1923م ، وقد صادقت عليه (53) دولة ، ويتكون بروتوكول جنيف من ثماني مواد ، ألزم الدول المنضمة إليه بأن تنفذ أحكام التحكيم الصادرة على أراضيها بواسطة سلطاتها طبقاً لقانونها الوطني ، كما جاء بأحكام تعزز نظام التحكيم التجاري كقضاء مستقل للتجارة الدولية ، حيث ألزم محاكم الدول المنضمة إليه ، بأن تحيل الأطراف المتنازعة إلى التحكيم إذا ما رفعت إليها الدعوى ابتداءً ، إذا كان هناك إتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم - إذا طلب أحد الأطراف ذلك - وبالتالي فإن ما نفهمه من نصوص بروتوكول جنيف ، أنه قد مثل محاولة أولية في مجال ضمان تنفيذ شروط إتفاقيات التحكيم على المستوى الدولي ، كما أنه وفرّ ضمانه لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفقاً لهذه الشروط في الدولة التي صدرت فيها هذه الأحكام، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من البروتوكول حيث أن الدولة المصدقة على بروتوكول جنيف ستكفل وتضمن تنفيذ الأحكام الصادرة عن قضاء التحكيم وستعترف به. أما من حيث المضمون فإن بروتوكول جنيف أقرّ المبادئ الأساسية التالية⁽²⁾:

- (1) وجوب الاعتراف بالقوة القانونية لإتفاق التحكيم سواء كان شرطاً تحكيمياً سابقاً للنزاع أو اتفاقاً تحكيمياً لاحقاً له.
- (2) وجوب إحالة الأطراف على القضاء التحكيمي كلما تمسك أحد الأطراف أمام المحكمة بشرط أو إتفاق التحكيم. وهذان المبدآن يقران سلطة الحكم للمحكم وأساسها التعاقدية.
- (3) مبدأ خضوع إجراءات التحكيم بما في ذلك تكوين المحكمة التحكيمية إلى إتفاق الأطراف وقانون بلد مكان التحكيم معاً.

(2) أ.د. الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ، مركز الدراسات القانونية والقضائية ، وزارة العدل وحقوق الإنسان ، الجمهورية التونسية ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، بيروت ، ط1، 2008م ، ص 99.

(4) التزام كل دولة متعاقدة بضمان تنفيذ حكم التحكيم الصادر على إقليمها بناء على إتفاقية تحكيم ينظمها البروتوكول ، أي حكم التحكيم الوطني لا الأجنبي.

ولكن البروتوكول يحيل في خصوص تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى إتفاقية خاصة ، وهو ما أوكل إلى إتفاقية جنيف لسنة 1927م.

إلا أنه وعلى الرغم من قلة نصوص هذا البروتوكول (ثمانى مواد) ، فإنه حاول توفير الحد الأدنى من التعاون الدولي لتنفيذ أحكام التحكيم من خلال بعض نصوصه التي عالجت مسألة التنفيذ. هذا البروتوكول لا يسري إلا على الدول الموقعة عليه والتي لا تمثل في حقيقة الأمر أي إجماع دولي ، كما أن العديد من الدول التي لها دور فاعل في مجال التجارة الدولية لم توقع على هذا البروتوكول كالاتحاد السوفيتي (سابقاً) و الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾.

ثانياً: إتفاقية جنيف لسنة 1927م بشأن تنفيذ أحكام التحكيم:

قد لاحظت عصابة من الأمم ، بأن ما أعدته من قواعد بروتوكول جنيف يحتاج إلى قواعد مكملة له مما دعاها إلى إبرام إتفاقية جنيف لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وذلك في 26 يوليو 1927م⁽²⁾ ، حيث جاءت هذه الإتفاقية لتلافي أوجه القصور التي اعترت بروتوكول جنيف ، وبالتالي فإنها تمثل تطوراً كبيراً مقارنة بالبروتوكول ، حيث ينسب لهذه الإتفاقية فضل السبق في محاولة إيجاد الحلول المناسبة لمشكلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. وقد إنضمت إلى هذه الإتفاقية (24) دولة وهي أقل بكثير من عدد الدول التي إنضمت إلى بروتوكول جنيف 1923م⁽¹⁾.

تتكون إتفاقية جنيف من إحدى عشرة مادة ، وقد ألزمت كل دولة من الدول المتعاقدة ، بأن تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة بناءً على شرط أو مشاركة التحكيم وتقوم بتنفيذها طبقاً للإجراءات المتبعة في الدولة التي يطلب فيها تنفيذ

(1) أحمد أنعم الصلاحي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 312.

(2) أ.د. الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ، مرجع سابق ، ص 107 .

(1) أحمد أنعم الصلاحي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 114.

الحكم ، إذا كان هذا الحكم قد صدر في دولة طرف فيها ، كما أن هذه الإتفاقية وضعت مجموعة من الشروط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، من هذه الشروط:

(1) أن يكون الحكم قد صدر بناءً على مشاركة تحكيم أو شرط تحكيم صحيح طبقاً للتشريع الواجب التطبيق لمعرفة صحة الإتفاق على التحكيم.

(2) أن يكون موضوع النزاع من الأمور التي يمكن حسمها بالتحكيم وفقاً لقانون الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها.

(3) أن يكون الحكم قد صدر من قبل هيئة تحكيم تم تشكيلها طبقاً لمشاركة التحكيم أو شرط التحكيم ، أو كان تشكيلها قد تم بإتفاق الأطراف وطبقاً للقواعد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

(4) أن يكون الحكم قد أصبح نهائياً في البلد الذي صدر فيه وغير قابل للطعن فيه.

(5) ألا يكون الإعتراف وتنفيذ الحكم مخالفاً للنظام العام أو لمبادئ القانون العام في الدولة المراد فيها الاعتراف به وتنفيذه⁽²⁾.

وعلى الرغم مما مثلته إتفاقية جنيف من نقد ملحوظ في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، إلا أن ما يؤخذ عليها من قبل الشراح ، إنها تضمنت نصوصاً لا تؤدي في الواقع إلى التنفيذ السريع والبسيط لأحكام التحكيم الأجنبية ، من حيث اشتراطها أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً من دولة متعاقدة ، ومن حيث إلقتها لعبء إثبات الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم على عاتق طالب التنفيذ. وذهب جانب آخر من الفقه⁽¹⁾ إلى القول بأن أحكام الإتفاقية تؤدي إلى التنفيذ المزدوج لأحكام التحكيم ، حيث تتطلب أن يكون الحكم نافذاً في دولة إصداره ، بالإضافة إلى دولة تنفيذه ، وبأن يكون نهائياً وغير قابل للطعن فيه بأي طريقة ، بحيث يصبح الحكم قابلاً للتنفيذ في دولة صدوره ودولة تنفيذه.

تجدر الإشارة إلى أن كلاً من بروتوكول وإتفاقية جنيف قد أوقف العمل بهما بموجب أحكام إتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958م بالنسبة

(2) أ. جمال عمران ، أغنية الورفلي ، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبي ، مرجع سابق ظن ص 155.

(1) د. عزت البحيري ، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1997م ، ص

164. د. عبد الحميد الأحمد ، موسوعة التحكيم ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 64.

للدول التي إنضمت إلى إتفاقية نيويورك وكانت أطرافاً في بروتوكول وإتفاقية جنيف ، حيث نصت المادة (2/7) من إتفاقية نيويورك على أنه: (يقف سريان أحكام بروتوكول جنيف لسنة 1923م بشأن شروط التحكيم وإتفاقية جنيف لسنة 1927م الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية من الدول المتعاقدة ابتداءً من اليوم الذي تصبح فيه تلك الدول مرتبطة بهذه الإتفاقية وبقدر إرتباطها) (2).

ويتضح مما سبق أن المجتمع الدولي وفي فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية، قد إهتم بأمر التحكيم ، وقد ظهر هذا الإهتمام بإصدار وثيقتين دوليتين أساسيتين في مجال التحكيم وهما بروتوكول جنيف 1923م ، وإتفاقية جنيف 1927م ، حيث كان من أبرز أهدافهما تسهيل وتدعيم نظام التحكيم بعيداً من تعقيدات القوانين الوطنية لبلدان العالم. غير أن هاتين الوثيقتين لم تعد تلبي حاجة المجتمع الدولي خاصة بعد الحرب العالمية الثانية ، في عهد إعادة بناء ما دمرته الحرب ، وفي حاجة ماسة للنهوض بالاستثمار الذي رشح التحكيم ليكون ضمانته الأساسية. ذلك قاد كبار الحقوقيين في العالم يبحثون عن كيفية تحقيق خطوة ثانية بعد بروتوكول وإتفاقية جنيف على درب تطوير التحكيم الدولي تضمن تخليصه من قبضة القانون الوطني وقيود التحكيم الداخلي ، وإخضاعه إلى سلطان الإدارة كأفضل أداة للنهوض به.

المطلب الثاني

التحكيم التجاري الدولي

مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية

تعتبر مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية مرحلة أساسية وحاسمة في بلورة نظام التحكيم في صورته الحالية ، ففي هذه المرحلة أضحت التحكيم التجاري في تعاظم ونمو مستمر ، قد يصبح معه ليس فقط قضاءً ضرورياً للتجارة الدولية ، بل أنه كما قال أحد الكتاب (1) قضاءً ثنائياً بجانب قضاء الدولة الواحدة . حيث شهد

(2) أ.د. الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ، مرجع سابق ، ص 122.

(1) د . محمد أحمد المخلافى ، أهمية دور التحكيم تجاه التطور ، مجلة التحكيم اليمنية ، العدد الثالث، 2000م ،

العالم في هذه الفترة قيام العديد من دول العالم الثالث وإستقلالها من الاحتلال ، وبدئها في وضع خطط تنمية إقتصادية وإجتماعية ، أدى كل ذلك إلى الإلتجاء إلى الشركات الأجنبية لتنفيذ مشروعاتها الإنمائية الطموحة ، وظهر صور جديدة للتحكيم التجاري عن طريق عُرف التجارة الدولية وبعض الهيئات التحكيمية المتخصصة الأخرى⁽¹⁾.

ولأهمية التحكيم التجاري في تسوية المنازعات التجارية فقد تم عقد عدة إتفاقيات ومعاهدات دولية وإقليمية ساعدت في إيجاد وتطوير قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، سنتعرض لبعضها حسب أهميتها الموضوعية.
أولاً: الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

1- القانون الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

بذلت لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة اليونسترال (Unictral) جهوداً كبيرة لتوحيد القواعد التي تنظم التجارة الدولية، وذلك بوضع قواعد موحدة للتحكيم غير المنظم إعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 15 ديسمبر 1976م ، وتطور الأمر إلى وضع القانون الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، أعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 يونيو 1985م وذلك في ختام دورتها السنوية الثامنة عشرة ، وأوصت الجمعية العامة في قرارها 40/72 المؤرخ في 11 ديسمبر 1985م بأن تعطى جميع الدول الإعتبار الواجب للقانون الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁽²⁾.

ويتناول القانون الأنموذجي جميع مراحل عملية التحكيم ، إبتداءً من إتفاق التحكيم إلى إصدار قرار التحكيم والاعتراف به وتنفيذه ، ويعبر عن توافق الآراء في العالم أجمع بشأن ممارسات التحكيم الدولي من جانب مختلف الأنظمة القانونية أو الاقتصادية في العالم. ولقد جاء وضعه في شكل قانون أنموذجي للمرونة التي يعطيها للدول عند إعداد قوانين جديدة للتحكيم.

(1) أ. جمال عمران إغنية ، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009م ، ص 23 .

(2) د . ابراهيم محمد أحمد دريج ، التحكيم الداخلي والدولي ، مرجع سابق ، ص 23 .

من الأفضل أن يتبع القانون الأنموذجي إتباعاً حرفياً قدر المستطاع ، حيث أن ذلك يعد أحسن إسهام في التنسيق بين الدول ، ولقد إستهدت به كثير من الدول عند وضع تشريعاتها الوطنية الخاصة بالتحكيم (1).

وفى عام 1996م تم إنشاء موقع على شبكة الأنترنت الخاصة بـ Uncirtal لتمكين مستخدمى الشبكة من الإضطلاع على مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى قواعد Uncitral بهدف تشجيع التطبيق الموحد لنصوص القوانين بالإضافة إلى زيادة الإهتمام بتدريب المُحكِّمين والمحامين ومسئولى الدول عن وسائل التحكيم التجاري الدولي .

2- إتفاقية نيويورك لسنة 1958م بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:

إستجابة للتطوير الكبير الذي شهدته التجارة الدولية في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية ، ظهرت الحاجة الماسة والملحة إلى إيجاد نظام للتحكيم التجاري الدولي يكون أكثر ملائمة لاستيعاب هذه التطورات ، ويكون متمشياً مع متطلبات التجارة الدولية ، ويحل بعض مشاكلها المعقدة ومن بينها مشكلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، وذلك نظراً لقصور ومحدودية أحكام بروتوكول وإتفاقية جنيف. فكان لا بدّ من إيجاد قواعد دولية جديدة تنظم مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، لذا أعدت الغرفة التجارية الدولية (ICC) ، مشروعاً أقرته في مؤتمرها الرابع عشر والذي عقد في فيينا عام 1953م ، وفي فترة لاحقة قام المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة بتبني هذا المشروع لمناقشته ، وفي عام 1958م قرر المجلس عقد مؤتمر دولي للنظر في إقرار إتفاقية جديدة للإعتراف بإحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ، حيث عقد هذا المؤتمر في 20 مارس 1958م في مدينة نيويورك والتي حملت الإتفاقية إسمها. وبعد مناقشة دامت عشرين يوماً ، تمخض هذا المؤتمر عن التوقيع على إتفاقية نيويورك في 10 يونيو 1958م ، وأصبحت نافذة في 8 يونيو 1959م (2).

(1) أ. جمال عمران أغنية الورفلي ، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 155.

(2) د . الصادق حسين عامر ، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وقضاء الدولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2010م ، ص 127.

وتتكون هذه الإتفاقية⁽¹⁾ من ستة عشر مادة ، وتعد هذه الاتفاقية من أهم الاتفاقيات المعمول بها في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، نظراً لنجاحها في حل كثير من إشكاليات تنفيذ أحكام التحكيم.

يرى الباحث أن هناك تطوراً لازماً نصوص هذه الاتفاقية ، يتمثل في أن الاتفاقية ، جعلت القضاء الوطني هو المختص بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي ولا فكاك من ذلك باعتبار سيادة الدولة المراد التنفيذ على إقليمها ، في الوقت الذي حددت المادة (5) منها حالات كثيرة لقضاء الدولة أن يتذرع بها في عدم إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم ، مما يعتبر عيباً يلزم تلافيه.

3- إتفاقية واشنطن 1965م الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار:

لقد تمَّ إبرام إتفاقية واشنطن⁽²⁾ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير في 18 مارس 1965م ، ودخلت حيِّز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966م.

وتهدف هذه الإتفاقية إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية في الدول الساعية للنمو ، وتطمين أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة والذين يخشون على أموالهم من عمليات التأميم التي كانت سائدة في الدول النامية . فجاءت هذه الإتفاقية لتبث الثقة في نفوس المستثمرين ، وذلك بإنشائها مركزاً مستقلاً لتسوية منازعات الإستثمار ، وهو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (I.C.S.I.D) ، وهو الذي يعد من أهم مظاهر تميز هذه الإتفاقية.

يذهب بعض من الشراح⁽³⁾ ، إلى القول بأن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أحدث وضعاً جديداً في مجال التحكيم الدولي ، إذ أنه ولأول مرة يعطى أصحاب القانون الخاص ، طبيعة كانت أو إعتبارية الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي ، دون الحاجة إلى اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولهم ،

(1) إتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم لسنة 1958م.

(2) إتفاقية واشنطن لسنة 1965م لتسوية منازعات الاستثمار.

(3) د . جورج حزيون ، الاتجاهات الدولية في التحكيم الخاص ، مجلة نقابة المحامين الأردنية ، العدد الرابع ، 1988م ، ص 531.

مما يمكن معه القول بأن إتفاقية واشنطن قد أعطت أشخاص القانون الخاص الشخصية الدولية وهو أمر مستحدث في مجال القانون الدولي.

ويمكن القول أن أهم ما يميز إتفاقية واشنطن عن غيرها ما يلي:

(1) إنفرادات الإتفاقية فقط بتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، وأنشأت مركزاً خاصاً لهذا الغرض.

(2) أعطت الإتفاقية أشخاص القانون الخاص ، الشخصية الدولية وهذا ما لم يحدث من قبل.

(3) شملت الإتفاقية حكم التحكيم الأجنبي بميزة النفاذ المباشر داخل دولة التنفيذ دون الحاجة إلى فرض رقابة قضائية عليه (1).

(4) تبنت الإتفاقية أسلوب مراجعة داخلي (2) ، حيث حددت مجموعة من الحالات إذا توافر إحداها فإنه يجوز لأي من الطرفين أن يقدم طلباً كتابياً إلى السكرتير العام للمركز لإلغاء هذا الحكم دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء الوطني لفرض رقابته على هذه المسائل.

(5) إعتبرت الإتفاقية حكم التحكيم الصادر عن المركز ملزماً (3) للطرفين وغير قابل للاستئناف بأي طريقة عدا الحالات التي إستثنتها المادة (52) (4).

ثانياً : المعاهدات الإقليمية:

توجد العديد من الإتفاقيات الإقليمية (5) التي أبرمت بين الدول في الفترة ما بعد الحرب العالمية الثانية والتي تعني بالتحكيم كنظام أخذ موقعه في محيط التجارة

(1) إتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، المادة (1/54).

(2) إتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، المادة (52).

(3) إتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، المادة (1/53).

(4) إتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، المادة (52) .

(5) من الإتفاقيات الإقليمية المعروفة في مجال التحكيم التجاري ، الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 1961/4/21م ، وإتفاقية المؤسسة العامة لضمان الاستثمار لسنة 1970م ، وإتفاقية موسكو المبرمة 1976/5/26م ، وإتفاقية بنما الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 1976/6/26م ، والإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1980م. ولمزيد من التفصيل حول هذه الإتفاقيات: د. عصام الدين القسبي،

الدولية بين دول العالم ، غير أنه سوف نكتفي بالتعرّف على اثنتين منها هما إتفاقية الرياض وإتفاقية عمان العربية.

1- إتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983م:

أبرمت إتفاقية الرياض في 6 أبريل 1983م ، وأصبحت نافذة المفعول في 30 أكتوبر 1985م. حيث صادقت عليها (21) دولة عربية ، وتعتبر هذه الإتفاقية من أحدث المعاهدات المبرمة في نطاق الجامعة العربية ، وقد إشتملت على (72) مادة ، نظمت فيها مسائل تنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية فقط دون مسائل التحكيم الأخرى ، حيث تعتبر هذه الإتفاقية من الإتفاقيات المتخصصة في تنفيذ الأحكام. وقد أفردت هذه الإتفاقية لأحكام التحكيم الأجنبية المادة (37) ، والتي تنص على أنه: (مع عدم الإخلال بنص المادتين (28) ، (30) من هذه الإتفاقية يعترف بأحكام المحكمين وتنفذ لدى أي من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه ، ولا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم...⁽¹⁾)، كما أن هذه المادة اشترطت لتنفيذ الحكم أن يقدم طالب التنفيذ صورة من الحكم معتمدة ومصحوبة بشهادة صادرة من الجهة القضائية تفيد حيازة الحكم للقوة التنفيذية في الدولة التي صدر فيها الحكم.

ويتضح من نصوص الاتفاقية ، إنها تهدف إلى تعزيز التعاون القضائي بين الدول العربية ، وإلى تبسيط وتسهيل إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية ، كما أنها تتصف بالطابع الإقليمي ، فهي تقتصر فقط على مواطني الدول العربية الأطراف في الاتفاقية ، وكذلك على الأشخاص المعنوية الخاصة والعامة في هذه الدول. ذلك يعني أنها تسري على تنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية في حدود الدول

النفاز الدولي لأحكام التحكيم ، ص 10 ، د. فوزي سامي ، التحكيم التجاري ، ص 70 ، د. حمزة الحداد، الإتفاقيات العربية للتحكيم التجاري ، ص 3.

(¹) د. عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم ، الكتاب الثالث ، مرجع سابق، ص 337.

الأطراف فيها فقط ، أضيف إلى ذلك أنها ألغت إتفاقية الرياض⁽¹⁾ تنفيذ الأحكام لسنة 1952م.

2- إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987م:

تعتبر إتفاقية عمان من أهم الإتفاقيات العربية في مجال التحكيم التجاري لأنها الإتفاقية العربية الوحيدة التي نظمت التحكيم في إطار مؤسسي متكامل ، حيث أنشأت بموجب نصوصها مركز التحكيم العربي و لأول مرة ، ومقره الرباط، وقد تم إبرام إتفاقية عمان برعاية مجلس وزراء العدل العرب حيث تم عرض مشروع هذه الإتفاقية على المجلس في دورته الخامسة المنعقدة في عمان خلال الفترة من 11-14/4/1987م ، وقد تم إقرار هذه الإتفاقية والتوقيع عليها في هذه الدورة . ويعد المركز العربي للتحكيم من الأمور الأساسية الهامة التي جاءت بها الإتفاقية ، حيث يعد المركز مؤسسة تحكيمية دائمة تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة ، ويلحق إدارياً ومالياً بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب.

ومن وجهة نظر الباحث يمثل المركز تقدماً كبيراً في مجال المؤسسات التحكيمية المستقلة في الوطن العربي ، حيث أن وجود مؤسسة تحكيمية عربية هو هدف تسعى إليه معظم الدول العربية ، لما فيه من فائدة كبيرة للمنطقة العربية ، وقد نظم هذا المركز كافة جوانب نظام التحكيم ، إبتداءً من إتفاق التحكيم وإنتهاءً بإصدار حكم التحكيم. وعلى الرغم من أهمية إتفاقية عمان ، إلا أنه لم توقع عليها إلا أربعة عشر دولة عربية⁽²⁾ ، ولم تصادق عليها إلا ثماني دول⁽³⁾.

ومن أهم بنود هذه الإتفاقية نص المادة (34) التي تبنت آلية مراجعة داخلية لحكم التحكيم دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء الوطني في دولة التنفيذ في حالة

(1) ألغيت بموجب نص المادة (72) من إتفاقية الرياض ، فلم تعد سارية إلا في مواجهة الدول التي لم توقع على إتفاقية الرياض ، حمزة الحداد ، الإتفاقيات العربية للتحكيم التجاري ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الثالث للتحكيم العربي الأوربي المنعقد في عمان في الفترة من 23 - 25 / 10 / 1989م ، ص 4 وما بعدها .

(2) الدول العربية هي: تونس ، الجزائر ، جيبوتي ، موريتانيا ، سوريا ، اليمن الديمقراطية، العراق ، لبنان ، المغرب ، السودان ، الجمهورية العربية اليمنية ، فلسطين.

(3) وقع عليها بتاريخ 14/4/1987م ، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 25/6/1992م ، من الدول التي صادقت على إتفاقية عمان هي: الأردن ، تونس ، فلسطين ، العراق ، ليبيا ، اليمن العربي ، اليمن الديمقراطي ، السودان ، لبنان.

طلب إبطال الحكم التحكيمي ، وذلك بناءً على طلب كتابي يقدم إلى رئيس مركز التحكيم العربي ، إذا ما توافرت مجموعة من الحالات التي تؤدي إلى إبطال الحكم، وهي بهذا النص تسير على هدي إتفاقية واشنطن التي جاءت بنص مماثل في المادة (52) السابق الإشارة إليه. كما أعطت المادة (35)⁽¹⁾ من الاتفاقية المحكمة العليا حق إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي ، وهو حكم فريد لم تأت به أي من الاتفاقيات الدولية التي تم التعرض إليها. حيث حرص واضعوا نصوص الاتفاقية على أن يكون الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم غير قابل للطعن فيه ، وبالتالي يعد هذا الحكم من الأحكام المهمة التي جاءت بها الاتفاقية ، وذلك يهدف إلى تسهيل تنفيذ الحكم بعيداً عن سطوة القضاء الوطني لدولة التنفيذ.

ويذهب بعض فقهاء القانون⁽²⁾ إلى القول بأن اختيار المحكمة العليا لتقوم بمهمة إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم قصد به إعطاء أهمية كبيرة لحكم التحكيم وسرعة تنفيذه ، وذلك لأنه لا يوجد مرجع للطعن بقرار المحكمة العليا بهذا الشأن ، باعتبارها جهة النقص العليا.

ثالثاً: المراكز والهيئات التحكيمية:

هذا الإهتمام الذي لقيه التحكيم التجاري الدولي في هذه الفترة ، أدى إلى قيام العديد من الهيئات والمراكز المهنية المتخصصة في مجال التحكيم ، كما أدى ذلك إلى لجوء الدول لتقنيته في تشريعاتها الداخلية والإهتمام به والعمل على تطويره ومن أهم هذه الهيئات التحكيمية على الصعيدين الدولي والإقليمي ، نذكر منها⁽³⁾:

- 1- محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) .
- 2- محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي (LCIA) .
- 3- المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بواشنطن (ICSID) .
- 4- مركز التحكيم التابعة للمنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية (WIPO)

(1) إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987م ، المادة (35) .

(2) د. فوزي سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 94.

(3) د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، التحكيم الداخلي والدولي ، مرجع سابق ، ص 25. وأيضاً د. سيف الدين الياس حمدتو ، التحكيم الإلكتروني ، مجلة العلوم القانونية ، معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي ، الجزائر ، العدد الثالث ، يونيو 2011م ، ص (49 - 108 / 55) .

- 5- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) .
- 6- مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي .
- 7- مركز الإتحاد العربي للتحكيم الالكتروني .
- 8- مركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم .

ويمكن القول بأن مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية ، كانت لها انعكاساتها الإيجابية على القوانين الداخلية لدول العالم ومنها الدول العربية، وهذه الأخيرة قد تباينت مواقعها حيال تنظيم مسائل التحكيم بين إصدار قانون خاص بالتحكيم التجارى وبين إبقاء النصوص المنظمة له ضمن قوانين المرافعات المدنية. ونذكر من القوانين العربية ، موقف المشرع السوداني ، حيث تم إصدار قانون خاص بالتحكيم ، القانون رقم (15) لسنة 2005م، الغي هذا القانون الفصل الرابع من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م. أما في اليمن فقد صدر قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م ، المعدل بالقانون رقم (32) لسنة 1997م ، وكذلك الحال في مصر فقد صدر قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994م. ولقد أصدرت ما لا يقل عن سبعة عشر دولة عربية قوانين خاصة بالتحكيم ، تمشياً مع التطور المستمر في التحكيم ، ومواكبة لمقتضيات التجارة الدولية وحاجة العديد من الدول المتقدمة والراغبة في النمو للاستثمار ، والذي يعتبر التحكيم من أهم العوامل الداعمة لإزدهار واستقرار عقود الإستثمار .

المطلب الثالث

التطور التاريخي للتحكيم في السودان

لقد عرف التحكيم في السودان منذ زمن طويل بحكم تقاليد العربية والأفريقية والإسلامية ، وكان أول تقنين وتنظيم للتحكيم صدر بموجب المنشور رقم (17) لسنة 1915م في موضوع الأحوال الشخصية ، ومن ثم إنتقل مفهوم التحكيم ومعه التوفيق إلى القوانين الحديثة التي أخذت تصدر وكان آخرها قانون التحكيم لسنة 2005م ، كما صدرت العديد من اللوائح الخاصة بالتحكيم من بعض الجهات مثل لائحة النائب العام لسنة 1981م للتحكيم بين أجهزة الدولة ، كما نشأة عدد من المراكز المتخصصة في مجال التحكيم.

كان لكل مملكة من ممالك السودان نظمها الخاصة وأعرافها وتقاليدها في مجال الحكم والتجارة وغيرها ، وقد كانت هناك روابط وعلاقات تواصل بينها على كافة الأصعدة سواء كانت تجارية أو سياسية أو إجتماعية ، حيث كانت تتبع أعراف وتقاليد عن طريقها يتم تسوية ما يقع بينها من إحتكاكات ومنازعات ، وكانت ومازالت تقوم عدة منازعات بين القبائل مع بعضها البعض وبين الأفراد أيضاً بشأن العلاقات التجارية ، وبشأن الحدود والمراعي والمزارع ، وكان لقيادات القبائل (الإدارة الأهلية) دور كبير في المجتمع ، حيث يعتبر زعيم القبيلة هو الحاكم والقاضي داخل القبيلة ، بل في أحيين كثيرة يمتد نفوذهم خارج القبيلة، بغرض تسوية النزاعات التي تنشأ بين القبائل بعضها البعض ، وقبل قيام الدولة الحديثة وسلطاتها فقد كانت المجتمعات تحل منازعاتها عن طريق (الأجاويد) ، وهو نوع من التوفيق والتحكيم بالمعنى الحديث ، هؤلاء الأجاويد يقومون بدور الفصل في النزاع الذي يعرض

عليهم بواسطة شيخ القبيلة أو بواسطة المتنازعين (ويُعرف هؤلاء بالحكمة والعقل والحكمة وحصافة الرأي وسعة الإدراك والسخاء) على أن نظام التحكيم الذي كان سائداً منذ قديم الزمان لا يزال وحتى تاريخ اليوم في مجتمع القرية والبادية والريف و المدينة.

التطور التشريعي:

أولاً: القوانين:

1. قواعد التحكيم 1915م:

يمكن القول أن أول قواعد متعلقة بالتحكيم جاءت في المنشور رقم (17) لسنة 1915م في المادة (15) منه ، الذي أصدره متولي شؤون القضاء في ذلك الوقت ، وهي قواعد متعلقة بالأحوال الشخصية والتي بينت شروط الحكمين وعملهما ، وأحكام التحكيم فيها مستقاة من المذهب المالكي ، وهي متعلقة بالتحكيم في الشقاق بين الزوجين ، وتنص المادة (15) على ما يلي: (إذا تشاق الزوجان وتعددت شكاوى الزوجة من ضرر الزوج إياها بدون عذر شرعي ، ولم تستطع إثبات ذلك ، بعث القاضي حكمين واحد من أهله ، وواحد من أهلها أن أمكن ، والأفضل أن يكونا جارين ، فإن لم يكن ذلك بعث أجنيين، ويشترط أن يكون الحكمان عدلين عالمين بأحكام النشور ، فإن لم يكن عالمين علمهما القاضي ذلك.

يبدأ الحكمان بالصلح بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لدوام الألفة وحسن العشرة ، فإن استطاعا ذلك ووفق الله بينهما بيّنا لهما الطريق ورفعنا الأمر إلى القاضي ليقر ما إتفقا عليه ، ويأمر الزوجين بحسن العشرة.

وإن تعذر الإصلاح ، فإن تحقق الحكمان أن الإساءة من الزوج طلقا عليه طلاقة بائنة بلا مال ، وإن تحققا أن الإساءة من الزوجة وأحب الزوج الفراق أو علما إنه لا يستقيم لهما حال طلقا عليه بمال من الزوجة يقررانه بنظرهما ، وإن

كانت الإساءة منهما أو جهل الحال ، طلقا عليه بلا مال طلاقة بائنة ، وأتيا الحاكم وأخبراه بما فعلا ووجب عليه تنفيذ حكمهما⁽¹⁾.

ما تجدر الإشارة إليه أن قواعد المنشور رقم (17) المتعلق بالأحوال الشخصية أسبق في تنظيم التحكيم من قواعد القانون المصري في نفس المجال، حيث أن الأخير نظمهما لأول مرة في القانون رقم (25) لسنة 1929م في المواد من (6 - 11) منه⁽¹⁾.

2. قواعد التحكيم في قانون القضاء المدني لسنة 1929م:

هذا القانون نظم التحكيم في الفصل الحادي والعشرين من القسم الثامن ، المواد (149-167) منه ، حيث أجاز في المادة (149) للخصوم وقبل النطق بالحكم في أية دعوى ، إحالة النزاع للتحكيم ، وذلك بطلب كتابي للمحكمة المطروح أمامها النزاع⁽²⁾ ، على أن يحدد الإتفاق المسائل المحالة إلى التحكيم كتابةً ، كما نظمت بقية المواد الكيفية التي تسير عليها إجراءات التحكيم وصولاً للفصل فيها بصدر القرار التحكيمي.

وهذا القانون يعتبر تطوراً عما جاء في المنشور رقم (17) لسنة 1915م ، والذي قصر التحكيم فقط في الخلافات الأسرية المتمثلة في الشقاق بين الزوجين.

3. قواعد التحكيم في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م:

هذا القانون إستقى قواعده المتعلقة بالتحكيم من قانون القضاء المدني الملغي لسنة 1929م⁽³⁾ والذي ظل نافذاً حتى العام 1971م ، ولقد أفرد الفصل الرابع من القسم السادس ، المواد (139 - 156م) منه ، لتنظيم التحكيم ، فقد نص في المادة (139) بالقول: (إذا إتفق الخصوم في أية دعوى على إحالة النزاع للتحكيم جاز لهم

(1) محمود محبوب عبد النور ، الصلح ، دار الجيل ، بيروت ، ط1 ، 1987م ، ص 149 - 150.

(1) محمود محبوب عبد النور ، الصلح ، المرجع السابق ، ص 150.

(2) 149. (1) Where in any suit all the parties interested agree that any matter in issue between them shall be referred to arbitration they may at any time before judgment is pronounced apply to the Court for an order of reference .

(2) Every such application shall be writing and shall state the matter sought to be referred..

(3) قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1974م.

إلى ما قبل النطق بالحكم أن يطلبوا كتابة من المحكمة المطروح أمامها النزاع إصدار أمر بإحالة النزاع للتحكيم⁽⁴⁾ ، ويقضي هذا القانون بضرورة تقديم طلب الإحالة قبل النطق بالحكم ، وتناول في بقية المواد كل المسائل المتعلقة بإجراءات سير الدعوى التحكيمية حتى صدور قرار بالفصل فيها.

4. قواعد التحكيم في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م:

جاء هذا القانون على نسق سابقة ، حيث نظم التحكيم في الفصل الرابع من الباب السادس منه ، المواد (139 - 156م) ، حيث يفرق هذا القانون بين ثلاثة من أنواع من التحكيم:

(أ) التحكيم القضائي بطلب من الطرفين:

هذا التحكيم يتم باتفاق الطرفين بعد وقوع النزاع ، حيث يتقدم الطرفان بطلب كتابي إلى المحكمة التي تصدر قراراً بإحالة النزاع إلى التحكيم.

(ب) التحكيم المودع إتفاقه لدى المحكمة:

وهذا يتم إذا أبرم أشخاص فيما بينهم إتفاقاً كتابياً على أن يعرض أي خلاف يقع بينهم على محكمين ، فيجوز لأطراف هذا الإتفاق أو لأي واحد منهم ، أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر المسألة المتعلقة بهذا الإتفاق قبول إيداع الإتفاق المذكور في المحكمة ، وإذا لم يوجد سبب كافٍ يمنع من إيداع الإتفاق ، تأمر المحكمة بإيداعه.

(ج) التحكيم المودع قراره لدى المحكمة:

هو تحكيم لا يعرض على المحكمة ولا تشرف عليه ، وتطبق على هذا التحكيم قواعد التحكيم التي يضعها قانون التحكيم السوداني كلما أمكن ذلك، كما ذكر المشرع السوداني⁽¹⁾.

هذا القانون يجيز لأي خصم في الدعوى تقديم طلب إيقاف الدعوى وإحالتها للتحكيم وذلك (في أقرب فرصة ممكنة وقبل البدء في سماع الدعوى⁽²⁾) ، وذلك

(4) قانون الإجراءات المدنية رقم (66) لسنة 1974م ، الملغي ، المادة (139).

(1) قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م ، المادة (156) الملغاة.

(2) قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م ، المادة (1/154) الملغاة.

يخالف قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م ، والذي كان ينص بضرورة تقديم طلب الإحالة قبل النطق بالحكم⁽³⁾ ، وهذه خاصية تميّز بها هذا القانون على سابقه، إذ أن المشرع يلزم المدعي عليه بتقديم طلب الإحالة في مرحلة أولية من الدعوى فإن لم يلتزم بذلك فإن طلبه يرفض على اعتبار أنه في حكم المتنازل عن اتفاق التحكيم أو إعتبار هذا الإتفاق كأن لم يكن وفي ذلك سداً لذريعة التظويل والمماطلة في إجراءات التقاضي.

5. قانون التحكيم لسنة 2005م:

لقصور تلك المواد الواردة في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م ، والمتعلقة بالتحكيم ، ولعدم مواكبتها لمتطلبات التجارة والاستثمار وقواعد التحكيم الدولية ، تم إصدار القانون رقم (15) لسنة 2005م والخاص بالتحكيم ، ملغياً المواد (139 – 156) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م ، حيث جاء القانون في خمسة فصول محتويًا على (47) مادة ، إلا أن هذا القانون شابه الكثير من القصور وتخللته بعض العيوب ، وضح ذلك جلياً عند التطبيق العملي ، وذلك من حيث إحكام الصياغة ، أو قصور لازم مواده ، أو إغفاله لتنظيم بعض المواضيع كان يتعيّن عليه أن يشملها وينظمها.

ثانياً : اللوائح التحكيمية:

1-لائحة الغرفة التجارية السودانية ما قبل 1956م:

وضعت الغرفة التجارية السودانية قواعد التحكيم الخاصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين رجال الأعمال في السودان بغرض تسهيل المعاملات التجارية فيما بينهم ، هذه القواعد لا تشير إلى أي نص في قانون أو لائحة أو نظام يجيز إصدارها ، كما لا يوجد تاريخ لإصدارها ، ولكن ما يدل على أنها صدرت قبل إستقلال السودان في 1956م ، الإشارة الواردة في المادتين (3 ، 12) إلى الجنيه المصري ، وهي العملة التي كانت متداولة في السودان قبل أن يصدر السودان عملته الخاصة به بعد الاستقلال.

(3) قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1974م ، الملغي ، المادة (139).

المادة (2) تنص على: (يجوز لأطراف العقد التجاري في السودان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ورفع الخلاف بينهم لأعضاء الغرفة التجارية السودانية للفصل فيه ، وهذا الإتفاق يجب أن يكون مكتوباً) ، وتنص المادة (3): (من يرغب في اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب خلاف بينه وآخر ، أن يقدم طلباً لرئيس الغرفة التجارية السودانية مبيناً فيه المعلومات الآتية مع رسم قدره ثلاث جنيهات مصرية...⁽¹⁾).

2-لائحة النائب العام 1981م:

في عام 1981م أصدر النائب العام (لائحة النائب العام للتحكيم بين أجهزة الدولة) مستنداً في ذلك على المادة (20) من قانون النائب العام لسنة 1981م ، هذه اللائحة حسب تسميتها تقتصر فقط على التحكيم في النزاعات التي تنشأ بين مؤسسات الدولة فقط ، وتتكون من إحدى عشرة مادة ، تشمل على كيفية إحالة النزاع للتحكيم ، وتشكيل هيئة التحكيم ، وإجراءات نظر الدعوى ، وسلطة النائب العام في تأييد أو رفض قرار الهيئة⁽¹⁾.

3-لائحة إتحاد أصحاب العمل 1996م:

إستناداً على المادة (6) من النظام الأساسي للإتحاد ، أصدر إتحاد أصحاب العمل ، لائحة التوفيق والتحكيم لسنة 1996م ، إحتوت على ستة فصول في (50) مادة ، تناولت أحكام تمهيدية ولجنة التوفيق والتحكيم وتشكيلها وإجراءات نظر النزاع وتكاليف التحكيم ، هذه اللائحة راعت تطورات التحكيم على الصعيد الدولي والمبادئ الهامة التي قررتها اتفاقيات ومراكز وهيئات التحكيم الدولية⁽²⁾.

4-لائحة المجلس الهندسي لسنة 2005م:

أصدر المجلس الهندسي السوداني ، لائحة التحكيم في النزاعات الهندسية لسنة 2005م ، إستناداً على المادة (7) من النظام الأساسي للمجلس إحتوت اللائحة

(1) الحسن محمد سعيد ، التحكيم في السودان ، مجلة العدل السودانية ، الخرطوم ، العدد (12) ، أغسطس 2004م ، ص (22-32 ، 23).

(1) لائحة النائب العام للتحكيم بين أجهزة الدولة لسنة 1981م.

(2) نظام تحكيم إتحاد أصحاب العمل السوداني لسنة 1996م ، د. إبراهيم دريخ ، التحكيم الداخلي والدولي ، مطابع السودان للعملة ، الخرطوم ، 2003م ، ص 195.

على (47) مادة ، تطرقت لكل الجوانب المتعلقة بالتحكيم ، إبتداءً من تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات نظر الدعوى حتى صدور القرار التحكيمي ، غير أنها لم تتضمن أي خصوصية لحكم النزاعات الهندسية على غرار الفيديك⁽³⁾.

ثالثاً: مراكز التحكيم:

نسبة للاهتمام المتعاظم الذي لقيه التحكيم في السودان ، وتزايد المهتمين به، واللجوء إليه في تسوية المنازعات في مجالات التجارة والاستثمار والحدود وكثير من المسائل ، نشأة مراكز خاصة متخصصة في مجال التحكيم لها نظمها ولوائحها الخاصة بتنظيم إجراءات التحكيم ، يلجأ إليها الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين بغرض تسوية ما ينشأ بينهم من منازعات في المجالات المختلفة ، كما لعبت دوراً مقدراً في التعريف بالتحكيم والتثقيف به ، نذكر منها:

- أ. مركز الخرطوم للتحكيم.
- ب. المركز الوطني للتحكيم.
- ج. المركز العربي للتحكيم.
- د. المركز الأفريقي للتحكيم وتسوية المنازعات.
- هـ. مركز الخبراء للتحكيم الدولي⁽¹⁾.

خلاصة القول إن التحكيم عرف في السودان منذ أمد بعيد ، وتمت ممارسته جرياً على الأعراف والتقاليد التي كانت سائدة في المجتمع ، وذلك بحكم تكوينه وثقافته الممزوجة بالعربية والإفريقية ، كما أنه كان أسبق من بعض البلدان العربية في وضع قواعد قانونية تنظم العملية التحكيمية ، كما أنه عرف التحكيم المؤسسي قبل إستقلاله في عام 1956م ، وظل متدرجاً ومتطوراً إلى أن تم وضع تشريع خاص بالتحكيم في العام 2005م ، والذي وضح من خلال التطبيق العملي أنه توجد به كثير من النواقص والعيوب التي لازمتها سواء من حيث أحكام الصياغة ، أو قصوراً لازم بعض مواده ، أو إغفاله لبعض المسائل التي كان يلزم أن يشملها

(3) لائحة المجلس الهندسي للتحكيم في النزاعات الهندسية لسنة 2005م.

(1) مقابلة شخصية مع د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، مستشار بوزارة العدل السودانية ، بمكتبه بالخرطوم ، مفوضية الاستثمار ولاية الخرطوم ، في يوم الثلاثاء 2012/1/31م ، الساعة واحدة بعد الظهر.

بالتنظيم ، وإذا كل هذا يتعين إصدار قانون جديد للتحكيم يعالج نواقص القانون الحالي ويأتي متنسقاً مع غيره من القوانين ذات الصلة مثل قانون الاستثمار.

المطلب الرابع

التحكيم في ظل التطور التكنولوجي

يشهد العالم اليوم عصرًا جديدًا يطلق عليه العصر المعلوماتي أو عصر ثورة المعلومات ، وقد نشأت هذه الثورة من جماع طفرتين هما طفرة الاتصالات وطفرة تقنية المعلومات ، طفرة الاتصالات حولت العالم إلى قرية صغيرة ، وربطت بين الشعوب المتباعدة ، فأصبح الإنسان يستطيع أن يرصد ما يجري على الطرف الآخر من الكرة الأرضية بالصوت والصورة في لحظة قيام الحدث ، وأصبحت عملية تبادل المعلومات والمعارف سهلة وميسورة . كذلك فإن طفرة تقنية المعلومات والتي تمثلت في اختراع وتطوير الحاسب الآلي ، أضاف للإنسان قدرات هائلة على الإحتفاظ بالمعلومات ومعالجتها بسرعة خيالية. فمن المعروف أن عقل الحاسب الآلي يستطيع أن ينجز في ساعة من الزمن ما لا يستطيع عدد من العلماء إنجازه في سنة عمل متواصل⁽¹⁾.

وهكذا نشأ عن إجتماع تكنولوجيا الإتصالات وتكنولوجيا الحاسب الآلي ثورة حقيقية في المعلومات حيث أدت ثورة الإتصالات إلى تراكم مذهب في المعرفة وحصيلة هائلة من المعلومات تعجز الوسائل البشرية عن ملاحظتها وفهرستها واستخلاصها وتصنيفها ومعالجتها والاستفادة منها والسيطرة على تدفقها من مصادر متباينة ومتنوعة ، فجاءت تكنولوجيا الحاسب الآلي لتقدم خدمة جلية للإنسان بما يملكه هذا الاختراع من دقة وسرعة في جمع المعلومات ومعالجتها وتوزيعها واسترجاعها في وقت يسير وتحسين الانتفاع بها⁽²⁾.

(1) د. إيمان مأمون ، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية إبرام العقد وإثباته ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، 2006م ، ص 17.

(2) د. سيد أحمد محمود ، دور الحاسوب (الكمبيوتر) أمام القضاء المصري والكويتي (نحو الكترونية القضاء والقضاء الالكتروني) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2009م ، ص 6 - 7.

هذا التطور التكنولوجي في عالم الاتصالات والمعلومات الذي شاهدناه في السنوات القليلة الماضية ، أدى إلى ظهور مجتمع إفتراضي معلوماتي جديد على الساحة وقد تم استغلال ذلك التطور في مجال التجارة ، وأدى ذلك إلى ظهور التجارة الالكترونية ، ويوماً بعد يوم يتزايد عدد الأشخاص المتعاملين في مجال هذه التجارة والتي تتم باستخدام وسائل الاتصالات الالكترونية مثل شبكة الانترنت الدولية⁽¹⁾. والسودان كغيره من الدول أنشأ العديد من البنيات الأساسية للتجارة الالكترونية ، والتي تتمثل في شبكة الاتصالات وخدمات الانترنت وتقنية المعلومات ، كما عمل على تطوير وحوسبة النظام المصرفي ، وأصدر العديد من اللوائح والقوانين التي تعني بالمعاملات الالكترونية ومنها قانون المعاملات الالكترونية لسنة 2007م ، ولائحة المقاصة الالكترونية والدليل إلى عمليات محول القيود القومي (عمليات الصراف الآلي).

ومن أهم الأسباب التي دعت السودان وغيره من الدول لإصدار مثل هذه القوانين ، إنتشار ظاهرة العولمة وتكوين منظمة التجارة العالمية وانتشار وسائل الاتصال الرقمية ، بالإضافة للحاجة الماسة لوجود وسيط يربط البنوك في كافة أنحاء العالم بعضها البعض ، وذلك لإنجاز المعاملات في أقصر وقت ممكن⁽²⁾.

وجوهر التجارة الالكترونية لا يختلف عن نظيره التقليدي من حيث أن كل منهم يدور حول مضمون واحد وهو ممارسة الأطراف الصفقات التجارية وإبرام العقود فيما بينهم ، بيد أن التجارة الالكترونية تقوم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة في إتمام الصفقات التجارية بين أطرافها⁽³⁾. ذلك يعني إن التجارة الالكترونية فيها تتم عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات ، وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصال الحديثة عن بعد دون حاجة لانتقال الأطراف والتقاءهم في مكان معين.

(1) المستشار د. محمد مأمون سليمان ، التحكيم الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط1 ، 2011م ، ص 21.

(2) د. الواصل عطا المنان محمد أحمد ، الإطار القانوني للعقد الالكتروني والصيرفة الالكترونية ، الزيتونة للطباعة ، الخرطوم ، ط1 ، 2008م ، ص 10.

(3) د. محمد إبراهيم موسى ، سندات الشحن الالكترونية بين الواقع والمأمول ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2005م ، ص 7.

وإذا الانتشار المتزايد في حجم معاملات التجارة الالكترونية زيادة في معدل الخلافات والنزاعات الناجمة عنها مما استتبع البحث عن وسائل لتسوية منازعاتها بطريقة الكترونية تتمشى وطبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة وكونها تتم عبر شبكة الاتصالات ، فالجوء إلى القضاء ليس طريقاً مقبولاً لفض المنازعات الالكترونية وليس التحكيم العادي طريقاً سريعاً بدرجة كافية.

ونتيجة لزيادة حجم معاملات التجارة الالكترونية ، ظهر التحكيم الالكتروني أو التحكيم على الخط Arbitration on-line أو التحكيم الشبكي Cyber Arbitration ، وهو لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الطريقة التي يتم بها تمام إجراءات التحكيم ، حيث نجد أن التحكيم الالكتروني يتم بطريقة الكترونية باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في مجال تبادل المعلومات والاتصالات⁽¹⁾.

تعريف التحكيم الالكتروني:

يمكن تعريف التحكيم الالكتروني بأنه: عملية إجراء جميع أو بعض مراحل التحكيم ابتداءً من إبرام إتفاق التحكيم ، مروراً بإجراءاته وإنهاءً بإصدار الحكم التحكيمي وتنفيذه بالوسائل الالكترونية عبر الشبكة العنكبوتية⁽²⁾.

ويمكن تلخيص عملية التحكيم الالكتروني في المراحل التالية⁽³⁾:

- 1- الاتفاق على التحكيم يبرم من خلال تبادل الرسائل عبر البريد الالكتروني أو من خلال قيام المشتري بالنقر على زر موجود في موقع البائع ليعبر عن موافقته على الالتزام بالشروط والبنود التي يتضمنها الموقع.
- 2- حين نشوء النزاع تتم عملية التحكيم من إرسال لطلب التحكيم من قبل أحد الأطراف إلى الآخر ، أو المؤسسة التحكيمية في حال كان التحكيم مؤسسياً ،

(¹) د. خالد ممدوح إبراهيم ، التحكيم الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2008م ، ص 243.

(²) د. سامي الديب علي ، عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، ط1 ، 2010م ، ص 27.

(³) د. عزة علي محمد الحسن ، عقود التجارة الالكترونية وطرق تسوية منازعاتها ، بحث مقدم لدورة التحكيم المتقدمة التي نظمها مركز الخرطوم للتحكيم خلال الفترة من 17-20 أغسطس 2009م ، بقاعة شرطة المرور ، الخرطوم ، ص 15.

- فضلاً عن تبادل المستندات والوثائق والطلبات عبر البريد الإلكتروني. أما بالنسبة لسماع الشهود والخبراء وأطراف التحكيم ، فيمكن أن يتم ذلك عبر تقنية الاجتماعات المرئية والصوتية Video conference من دون الحاجة للحضور المادي أمام هيئة التحكيم وكذلك الأمر بالنسبة للهيئة نفسها.
- 3- يمكن للهيئة والأطراف التحقق من أن الرسائل التي تصل إليهم هي صادرة فعلاً ممن يدعي أنه إرسالها باستخدام تقنية التوقيع الرقمي.
- 4- يقوم المحكمون بإصدار الحكم والتوقيع عليه ومن ثم تبليغه للأطراف باستخدام الوسائل الإلكترونية.

خطوات سير التحكيم الإلكتروني⁽¹⁾:

- 1- التوجه لموقع مركز التحكيم المعين على شبكة الانترنت ، والنقر بعدها على مفتاح إحالة النزاع (Create a case) فيظهر على الشاشة نموذج طلب التحكيم المعد سلفاً من قبل مركز التحكيم.
- 2- يتعيّن على المحتكم أن يكتب في طلب التحكيم ما يلي:
 - أ. إيجاز عن طبيعة وظروف النزاع ، وأية حلول يراها مناسبة له.
 - ب. ذكر أسماء ممثليه في نظر النزاع ، وتحديد وسيلة الاتصال بهم (هاتف - فاكس - بريد الكتروني - فيديو كونفرنس)
 - ج. تحديد عدد المحكمين ، وعند إغفال ذلك سيعد قد إختار محكماً وحيداً (Solo Arbitrator) لنظر النزاع.
 - د. إختيار الإجراءات المتبعة خلال نظر النزاع. وإلا يعتبر راضياً بالقواعد التي إعتدها المحكم ، مع الإشارة إلى أن المركز وخلال أسبوع من استلامه طلب التحكيم سينبهه المحتكم إلى ضرورة اختيار الإجراءات ، مع منحه مهلة يوميين لتحديد هذه الإجراءات.
 - هـ. إرفاق نسخة من اتفاق التحكيم للمركز.

(1) د. سيف الدين الياس حمدتو ، التحكيم الإلكتروني ، مجلة العلوم القانونية ، معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي ، الجزائر ، العدد الثالث ، يونيو 2011م ، ص (49 - 108 / 81 ، 82).

و. إعداد قائمة بالأدلة والبيانات المستند إليها في دعواه وإرفاقها مع طلب التحكيم إذا رغب في ذلك.

ز. إرسال طلب التحكيم للمركز وللمحتكم ضده ، من الأفضل وفي حالة التحكيم المؤسسي أن يترك هذه المهمة للمركز.

ح. أداء الرسوم الإدارية المحددة وفقاً لجدول الرسوم.

التحكيم الإلكتروني لم يعد فقط أحد الوسائل البديلة لحسم المنازعات بل أيضاً أفضل وسائل حسم المنازعات عبر الإنترنت ، ويرجع ذلك لأنه تتم مباشرته منذ بدايته وحتى نهايته إلكترونياً عبر شبكة الانترنت الدولية ، والتي تكون متاحة للكافة في جميع أنحاء العالم ، ومن ثم يمكن الوصول إليه واللجوء إليه من قبل الأطراف في أي وقت ومن أي مكان ، حيث أنه يجعل الأطراف أقرب لبعضهم من الناحية الافتراضية بحيث يمكنهم مشاهدة بعضهم البعض في وقت واحد ، فلا حاجة للإنتقال من مكان إلى آخر ، أو التواجد الشخصي في مكان ما⁽¹⁾، وإنما تدار إجراءات التحكيم من خلال شاشات كمبيوتر والاجتماعات التلفازية التي يعقدونها لهذا الغرض ، فهو بذلك يمكّن من فصل النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم في وقت قصير ، ويوفر لأطرافه نفقات كبيرة نتيجة لإدارة الجلسات بشكل الكتروني ، مما يعد نجاحاً في خدمة المبادلات التجارية ، تجنباً لتعطيل مصالح المستثمرين ، وتقادياً للجوئهم إلى المحاكم القضائية.

كما هو الشأن في التحكيم التقليدي ، فإن نظام التحكيم الإلكتروني يقوم على إرادة الأطراف التي تمثلت في اتفاقهم على اختيار التحكيم الإلكتروني لحسم منازعاتهم ، أي أن هذا الاتفاق يعد أساس هذا النظام وبدونه لا يكون هناك تحكيم إلكتروني.

خلاصة القول أن التحكيم الإلكتروني ظاهرة إيجابية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية القائمة بين أطراف النزاع لما لها من سرية في إصدار الحكم بشأن النزاع المطروح ، وتوفر جهداً كبيراً من حيث عناء الإنتقال والسفر من خلال الجلسات الإلكترونية والاجتماعات التلفازية. كما أنه يمكن من خلاله تبادل كل المستندات

(1) د. محمد مأمون سليمان ، التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 63.

اللزامة للعملية التحكيمية الكترونياً ، ولهيئة التحكيم التيقن من أنها صادرة من أطرافها عن طريق إستخدام تقنية التوقيع الرقمي.

قواعد التحكيم الالكتروني لا تختلف عن قواعد التحكيم العادي إلا بما يرجع لطبيعتها الالكترونية ، لذا من المستحسن أن يتم تنظيم قواعد إبرام العقود الالكترونية وفض منازعاتها عن طريق التحكيم بواسطة قواعد قانونية محددة وشاملة للموضوع باعتباره واقعة مادية فرضت تطبيقها في عصر المعلوماتية وسرعة الاتصالات.

الفصل الثاني

ماهية التحكيم

المبحث الأول: تعريف التحكيم وتميزه

عن غيره.

المبحث الثاني: طبيعة التحكيم .

المبحث الثالث: مميزات وأنواع التحكيم.

المبحث الأول

تعريف الـ ن غيره

لقد دأب كل من الفقه والقضاء المقارن على إعطاء تعريف للتحكيم، وعلى الرغم من الخلافات والاختلافات حول المقصود بالتحكيم، يمكن القول بأن هذه التعريفات تحاول في مجملها تقديم تصور يكاد يكون متكاملًا لجوهر التحكيم وقواعده الأساسية، مما يشكل أثراً كبيراً في هذا المجال البالغ الأهمية، وإن كان بعض هذه التعريفات قد انحاز إلى جانب الطبيعة العقدية أو القضائية لنظام التحكيم. سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: تعريف التحكيم في اللغة وعند الفقهاء وفي القانون في مطلب أول، وتميزه عن غيره من طرق تسوية المنازعات في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

تعريف التحكيم في اللغة والفقه

أولاً: تعريف التحكيم في اللغة:

التحكيم لغة يعني التفويض في الحكم، يقال حَكَمَهُ في الشيء أي جعله حكماً وفوض إليه الحكم فيه، وحَكَمَهُ في الأمر أي أمره أن يحكم⁽¹⁾، وحكّمه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم، ويقال حَكَمْنَا فلاناً بيننا أي أجزنا حكمه بيننا⁽²⁾. إن أصل كلمة تحكيم في اللغة العربية من مصدر الفعل (حَكَمَ). بتشديد الكاف مع الفتح، يقال (حَكَمَ) بالأمر - حُكْمًا: قضى، حكم له وحكم عليه وحكم بينهم، حَكَمَ فلاناً في الشيء والأمر جعله حَكَمًا، (احْتَكَمَ) الخصمان إلى الحاكم: رفعاً خصومتها إليه واحتكم في الشيء والأمر: تصرف فيه كما يشاء، يقال: احْتَكَمَ في مال فلان واحتكَمَ في أمره⁽³⁾. وفي الصحاح يقال: حكم - الحُكْم: مصدر قولك حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أي قضى. وحكم له وحكم عليه⁽⁴⁾.

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز يادي، القاموس المحيط، مطبعة دار العلم للجميع، بيروت، (98/4).

(2) لسان العرب لمحمد بن علي بن حنبل بن منظور الأنصاري الأفرريقي المصري، طبعة دار صابر، بيروت، (142/12).

(3) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية والعلوم، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، 1990، ص190.

(4) الصحاح في اللغة العربية والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت، ص285.

وفي المعجم الوسيط : (حَكَمَ) بالأمر حكماً : قضى . يقال : حكم له وحكم عليه وحكم بينهم. وحَكَمَ فلاناً في الشيء والأمر : جعله حَكَمًا وحَكَمَهُ الخصمان إلى الحاكم : رفعاً خصومتها إليه وحَكَمَهُ في الشيء والأمر : تصرف فيه كما يشاء⁽¹⁾. وفي تاج العروس: الحُكْم بالضم القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس بكذا سواء لزم ذلك غيره أم لا ، وحاكمه إلى الحاكم وخاصمه في طلب الحكم ، ورافعه وحَكَمَهُ في الأمر تحكيمياً أمره أن يحكم بينهم أو أجاز حكمه فيما بينهم⁽²⁾.

ثانياً: تعريف التحكيم في الفقه:

يقصد بتعريف التحكيم في الفقه ، التعريف الاصطلاحي الذي أراده علماء الفقه الإسلامي ، وعبارات الفقهاء في جملتها لا تخرج عن المعنى اللغوي السابق بيانه، فقد جاء في شرح الدر المختار : (أن التحكيم هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر)⁽³⁾.

ويقول صاحب أدب القاضي : (أن التحكيم هو أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما يتنازعا)⁽⁴⁾.

وفي تبصرة الحكام : (أن الخصمين إذا حَكَمَا بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما جاز)⁽⁵⁾.

وفي المغني : (إذا تحاكم رجلان إلى رجل حَكَمَاهُ بينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز)⁽⁶⁾.

ويتضح من عبارات الفقهاء المسلمين وإن اختلفت في بعض ألفاظها ، إنها متحدة المعنى والمضمون في اعتبار التحكيم تولية وتقليداً من طرفي الخصومة لطرف ثالث ليفصل فيما تنازعا ، وهو بذلك يكون عقداً كعقد تولية القاضي القضاء

(1) أحمد حسن الزيات ، المعجم الوسيط ، قام بإخراجه إبراهيم مصطفى ، ط2، 1960، (190/1).

(2) تاج العروس من جواهر القاموس ، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت ، (252/8).

(3) الحصكفي ، الدر المختار ، (150/2).

(4) الماوردي ، أدب القاضي ، ج2، بند 3596.

(5) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، (43/1).

(6) ابن قدامة ، المغني ، (107/9).

، إلا أن تولية القاضي تصدر من الإمام ، أما تولية الحكم فلا يجب أن تتوفر في من يوليه تلك الصفة.

واعتبار التحكيم توليه وتقليد للحكم ، هو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾، فعرفت التحكيم في المادة (1790) بأنه : (اتخاذ الخصمين آخر حاكماً برضاها ليفصل في خصومتها ودعواهما).

ومما سبق يتضح أن التحكيم يمر بثلاث مراحل : المرحلة الأولى الاتفاق على التحكيم لحل النزاع ، المرحلة الثانية اختيار الحكم الذي يتولى الفصل في النزاع ، المرحلة الثالثة تبدأ بإجراء وتنتهي بحكم.

وفي ضوء تلك المراحل الثلاث يمكن تعريف التحكيم، بأنه اتفاق طرفي الخصومة على تولية شخص أو أكثر ممن هو أهلاً لذلك ليفصل فيما تنازعه بحكم الشرع دون القاضي المولى.

ثالثاً: تعريف التحكيم في التشريعات الوطنية:

لم تتصد التشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم لتحديد ما هو المقصود بالتحكيم بشكل مباشر ، ولعل ذلك يفسره أن معظم هذه التشريعات استوحى من القانون الأنموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي Uncitral ، والذي عرّف التحكيم في المادة السابعة منه بالتالي: (هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية⁽²⁾).

(1) مجلة الأحكام العدلية أول تشريع مدني إسلامي مقنن ، استقت موادها من الفقه عقيدة واجتهاداً، المتعلق بالمواد المدنية والمستقاة من الرأي السائد في المذهب الحنفي . وقد عهد بجمع وتقنين مواد المجلة، إلى لجنة يرأسها أحمد جودت باشا رئيس الديوان القضائي ، جرى تعيين اللجنة عام 1869م، وأنهت مهامها بعد 7 سنوات في عام 1876. وقد جرت دراسات عديدة للمجلة من عدد من الكتاب والمؤلفين ، وإن الكتاب التفسيري الأكثر اتساعاً وانتشاراً بصدها هو الذي كتبه بالتركية علي حيدر ، تحت عنوان: (درر الحكام في مجلة الأحكام)، وقد ترجمه إلى العربية المحامي فهمي الحسيني.

(2) قانون Uncitral الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 1985/6/21م ، المادة (7).

قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005 في المادة (4) منه عرّف التحكيم بأنه: (يقصد به اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم) (1).

تشريع التحكيم اليمني رقم(22) لسنة 1992م بشأن التحكيم، نص في المادة الأولى منه بأن التحكيم: (هو اختيار الخصمين برضاها شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات) (2).

أما قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، نصت المادة الرابعة الفقرة (1) منه بالقول: (ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركز دائم للتحكيم أم لم يكن ذلك) (3).

ويتضح مما سبق من تعريفات في التشريعات المتقدمة ، أن تعريف قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، جاء بصورة واضحة وشاملة ، بل يحق للخصمين الاتفاق بحرّ إرادتهما على حلّ النزاعات التي من المحتمل أن تنشأ في المستقبل عن طريق التحكيم ، كما في العقود المتراخية أو المتتالية في التنفيذ مثل عقود الفيديك(4)، بل أن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، توسع أكثر من القانون الأنموذجي Uncitral في تفسير مصطلح التحكيم إذ أن المادة (2) من القانون الأنموذجي تكتفي بالنص على أن تتولى التحكيم مؤسسة دائمة أو لا ، في حين أن تعريف القانون السوداني لم يقتصره على الهيئات والمؤسسات بل توسع ليشمل الأفراد.

رابعاً: تعريف القضاء للتحكيم:

(1) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م، المادة (4).

(2) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م، المادة (2).

(3) قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994م، المادة (1/4).

(4) يقصد بها الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين المعروف إختصاراً باسم الفيديك وهي الأحرف الأولى من

لم يقف الباحث على تعريف للتحكيم في الإجتهااد القضائي السوداني حتى لحظة إعداد هذا البحث ، في الوقت الذي كان فيه للقضاء المصري سهماً مقدراً في تعريف التحكيم ، فقد عرفته المحكمة الدستورية العليا بأنه:(عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتقويض منهما ، على ضوء شروط يحدانها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نائياً عن شبهة الممالاة، مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسي⁽¹⁾).

وعرفه القضاء اليمني بأنه : وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام أطرافها ، وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم، بالتالي بإسناد من الدولة⁽²⁾.

ومما تقدم وبجانب التعريفات التي جاءت بها التشريعات الوطنية ، أسهم القضاء في كل من اليمن ومصر في تعريف التحكيم ، في الوقت الذي يبدو فيه أن القضاء في السودان اكتفى بالتعريف الذي أتى به تشريع التحكيم السوداني لسنة 2005م الذي اتصف بالوضوح والشمول.

خامساً: تعريف التحكيم عند فقهاء القانون:

اهتم فقهاء القانون بوضع تعريف لما هو المقصود بالتحكيم ، وتعددت التعريفات وتكاد تكون جميعها متفقة في الخصائص التي يتميز بها التحكيم. وقد عرفه أحد الفقهاء بأنه:(الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين، وذلك بموجب اتفاق⁽¹⁾).

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية 1994/12/17م، القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية، ديسمبر 1994م، وهو الحكم الذي صدر بعدم دستورية نص المادة (18) من القانون رقم (48) لسنة 1977م، المنشئ لبنك فيصل الإسلامي والتي كانت تجعل التحكيم الطريق الوحيد لحل أي نزاع بين البنك والذين يتعاملون معه.

(2) المحكمة العليا اليمنية - الدائرة التجارية- طعن تجاري رقم 75 لعام 1421هـ - صدر بتاريخ 2001/5/14.

ويركز هذا التعريف على الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم ومصدره الإرادي ، وفي ذلك الاتجاه عرّف أيضاً بأنه: عبارة عن طريقة تهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق مُحَكِّم أو محكمين يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص بين الأطراف ويتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة⁽²⁾. وعرّف بأنه: اتفاق أو رغبة الطرفين على عرض النزاع القائم بينهما فعلاً أو الذي يمكن أن يثور في المستقبل بشأن علاقة بينهما أمام شخص أو أشخاص للفصل فيه دون القضاء المختص⁽³⁾. كما عرّف أيضاً بأنه: الاتفاق على حل النزاعات من قبل شخص أو أشخاص معينين يفصلون فيها بدلاً من أن يفصل فيها من قبل المحكمة القضائية المختصة⁽⁴⁾.

ومما تقدم من تعاريف ، يمكن تعريف التحكيم بأنه: النظام الذي بمقتضاه يخول الأطراف المعنية لهيئة التحكيم بتصفية منازعة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه ، بغرض تصفية المنازعة للتخلص من شوائب ورواسب الماضي والنظر إلى المستقبل في العلاقة بينهما.

ويتضح ما سبق ومن تعريفات الشراح للتحكيم ، أنه له خصائص ، تتمثل في أنه قضاء إرادي خاص، يتم باتفاق أطراف المنازعة وظيفته تصفية المنازعة بين الأطراف، بحكم ملزم.

خلاصة القول إن ما ورد من تعريف في التشريعات الوطنية وفي اجتهاد القضاء وعند شراح القانون، لا يختلف عن تعريفه في الفقه الإسلامي لاشتمال التعريف في أي منهما على مقومات التحكيم الأساسية التي تتمثل في نقاط ثلاث:

(1) أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص42.

(2) حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، 1977، ص 10.

(3) د. إبراهيم دريج ، التحكيم الداخلي والدولي ، شركة مطابع السودان للعملة ، الخرطوم ، ط2 ، 2008م، ص 15.

(4) د. انطوان فسييس ، الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم وقواعد الاختصاص القضائي في المنازعات على عقود شركات القطاع العام في سوريا ، مطبعة الوادي، دمشق، بيروت ، بدون سنة نشر ، ص76.

وجود خصوصية بين طرفين متنازعين ، اتفاق الأطراف المتنازعة على اللجوء للتحكيم ، واختيارهما وبرضاها جهة الفصل في النزاع مؤسسة كانت أم فرد.

المطلب الثاني

تمييز التحكيم عن سواه من طرق تسوية المنازعات

يتشابه التحكيم مع بعض النظم ويختلف عن بعض الأنظمة التي تتشابه معه

مثل القضاء، ، الصلح، التوفيق ، الخبرة ، الوكالة.

أولاً: التحكيم والقضاء:

التحكيم هو نوع من القضاء الخاص، يشابه القضاء العادي من حيث نظر النزاع ، والبت فيه بحكم ينهي المنازعة أو الخصومة وحجية الأحكام الصادرة من كليهما إلا أن هناك بعض التباين بينهما يتمثل في التالي⁽¹⁾:

1. التحكيم اختياري بينما القضاء إجباري ، التحكيم يفترض وجود اتفاق عليه ويتم اختيار المحكمين بناءً على رغبة الخصوم ، ويتقاضون أتعابهم منهم، أما القضاء فهو وقف عام ووظيفة في الدولة التي تعين القضاة وتحدد رواتبهم وامتيازاتهم وسلطاتهم وأحكامهم خاضعة للطعن وفق القانون وبمراحل يحددها.
2. حكم التحكيم لا يخضع أصلاً للطعن فيه ، وإن أجاز القانون للمحكوم عليه رفع دعوى مبتدأة بالبطلان ويحوز على الحجية بمجرد صدوره وقابل للتنفيذ بذاته ، أما حكم القاضي يخضع للطعن فيه ولا يصبح نهائياً وقابل للتنفيذ إلا إذا إستنفد الخصوم كافة طرق الطعن المتاحة قانوناً.
3. اللجوء إلى التحكيم يقتضي وجود إتفاق بين الأطراف بعرض نزاعهم أمام هيئة التحكيم وهو حق خاص للخصوم لا يمكن تجاوزه ويغني عن اللجوء إلى القضاء ، أما اللجوء إلى القضاء فهو حق عام مكفول لكل شخص بموجب القوانين والدستور نفسه ، وهو حق لا يمكن التنازل عنه.
4. في التحكيم يتوقف تطبيق القانون الإجرائي والموضوعي على إرادة الطرفين وما اتفقا عليه ثم إلى هيئة التحكيم عند عدم الاتفاق . أما القضاء عند عرض النزاع أمامه يطبق عليه القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون المعني.

(1) د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 16-17، د. محمد الحسن شرفي ، التحكيم بين الشريعة والقانون ، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة الخرطوم ، بدون تاريخ ، ص 14 ، د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، مكتبة الجلاء الجديدة، ط2، المنصورة ، 1998، ص 126-127، د. هيثم مصطفى سليمان، التحكيم الدولي والوطني، شركة الجزيرة للطباعة والنشر، ود مدني ، ط1، 2007م، ص46، د. عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط2006، ص33.

5. ينظم التحكيم قانون التحكيم لسنة 2005م ومن قبله الفصل الرابع من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، المواد من (139-156) بينما يحكم القضاء قانون الهيئة القضائية لسنة 1986م.

ثانياً: التحكيم والصلح:

الصلح عرفه قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، بأنه : عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتعاقدين بالتراضي⁽¹⁾. وقد يتنازل كل طرف من أطراف النزاع عن بعض المطالب ولا يصح المطالبة بها مرة أخرى، فإذا تمّ الصلح بشروطه أصبح ملزماً لطرفيه وللخلف العام⁽²⁾.

التحكيم إذا كان من الخصوم فهو صلح مبدئي لأن فيه إتفاقاً على تحكيم غير القاضي ، وعلى تحكيم شخص معين ، وعلى الحكم الذي يصدره ، من ذلك نجد أن التحكيم والصلح يتفقان في⁽³⁾:

2. يتم فيها الاتفاق على تحكيم غير القاضي.

3. الارتضاء على تحكيم شخص معين.

4. القبول بالحكم الذي يصدره.

إلا أن التحكيم يختلف عن الصلح في التالي:

1. الصلح مُنّه للخصومة ، وقاطع لإجراءاتها ، بخلاف التحكيم الذي مرحلة جديدة من مراحل الخصومة .

2. إجراءات التحكيم وقواعده يبينها قانون التحكيم ، أما الصلح فهو عقد من العقود المسماة⁽⁴⁾.

3. في التحكيم يقوم المحكم بمهمة القضاء ، أما الصلح عقد يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو من يمثلونهم.

(1) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، المادة (286).

(2) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، المادة (293).

(3) د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح، منشأة المصارف ، الإسكندرية، ط 2، 2000م، ص 33، محمود محجوب عبد النور ، الصلح وأثره في إنهاء الخصومة، دار الجيل، بيروت ، ط 1، 1987، ص 40.

(4) العقد المسمى هو الذي حدد له القانون اسماً معيناً وأورد له أحكاماً خاصة ، مثل عقد البيع والتأمين والهيبة والصلح.

4. التحكيم ينتج عنه حكم قضائي، بخلاف الصلح فإنه ينتج عنه عقد بتراضي الطرفين وفرق بين الحكم القضائي والعقد الرضائي.

5. التحكيم ليس فيه تنازل من الطرفين، أما الصلح فيه تنازل من أحد الطرفين أو كليهما.

6. في التحكيم يتعذر معرفة ما قد يمكن أن يحكم به المُحكّم ، أما في الصلح التجاوز عن الحق معلوم قبل تمامه.

وفي تقديري إن الصلح هو خيار الأطراف ، لأن اللجوء إلى التحكيم يفترض وجود صلح أولاً ، ذلك يعني أن الأطراف عند إختيارهم طريق التحكيم كأن ما أرادوا أن يحصلوا على حكم من غير حدة في الخصومة والمنازعة وأن التحكيم إذا كان من الخصوم كان صلحاً مبدئياً ، لأن الصلح يعني الاتفاق والرضاء ، فتحكيمهم شخصاً معيناً يبيت في نزاعهم يعني ارتضاءهم حكم غير القاضي ، وتحكيم شخص معين وارتضاء الحكم الذي يصدره ، فيتحقق في ذلك معنى الصلح ، وإذا اتفق الخصوم على تفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة والإنصاف، وحسناً فعل المشرع السوداني الذي قضى بذلك في حكم المادة (1/31) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، وهي تقابل أحكام المادة (4/39) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994م، والتي تنص على تطبيق قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون. وهذا يعد تطوراً تشريعياً موفقاً للمشرع السوداني في قانونه الجديد الخاص بالتحكيم إذ أنه في المواد من (139-156) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م الخاصة بالتحكيم وإجراءاته لم تتضمن نص يجيز التحكيم بالصلح.

ثالثاً: التحكيم والتوفيق:

التوفيق وسيلة لحل المنازعات بين الطرفين بطريقة ودية، وذلك بتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة للوصول إلى نتيجة ، بحيث تتبادل هذه الأطراف التنازلات وصولاً إلى حلول ترضيهم وقد لا ترضيهم ، ولعل المناسب في هذا المقام الذكر بأن الأحكام المتعلقة بالتحكيم في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، قد ألغيت بصدور قانون التحكيم لسنة 2005م فيما ظلت النصوص

المتعلقة بالتوفيق سارية المفعول . الملاحظ أن التحكيم والتوفيق يتفقان في بعض الأمور ويختلفان في غيرها⁽¹⁾. ومن ذلك يتفقان في التالي:

2. يتم التحكيم والتوفيق باتفاق أطراف النزاع.
3. تعيين الموفقين يتم بالطريقة التي يتفق عليها الخصوم ، كما هو الحال في تعيين المحكمين.

وفي ذات الوقت نجدهما يختلفان عن بعضهما البعض في التالي:

1. الموفق يصدر توصية غير ملزمة للأطراف ، في حين أن المحكم يصدر قراراً ملزماً لهم.
2. الإحالة للتحكيم تكون بطلب كتابي من الخصوم ، في حين التوفيق لا يتطلب ذلك.

3. يشترط في المحكمين أن يكون عددهم وتراً ، ولا يشترط ذلك التوفيق.
4. التوفيق يجب أن يتم في مدة لا تزيد عن شهر من تاريخ إحالة الدعوى للموفقين يمكن تمديدها ، على عكس التحكيم الذي يحق للأطراف تحديد مدته وتمديدها كلما كان ذلك لازماً.
5. تتم إجراءات التوفيق بالطريقة التي يراها الموفقون عادلة ومناسبة، في حين أن الخصوم في التحكيم يمكنهم تحديد القانون الموضوعي والإجرائي الواجب التطبيق على النزاع بينهم.

رابعاً: التحكيم والخبرة:

نظراً لتعدد أنماط الحياة وتنوع نشاطاتها ، فإن الخلاف لا بد قائم، ومن ثم لا بد من حدوث أمور يتنازع عليها لاختلاف الخصوم فيها ، وقد يلجأ الخصوم إلى القضاء أو إلى التحكيم وهنا لا مانع من طلب القاضي أو المحكم لرأي ذوي الخبرة

(1) د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، التحكيم التجاري الدولي ، مطابع الطنابي، القاهرة، 1986م، ج1، ص7، المستشار إدوارد رياض س كلا، التوفيق في القانون السوداني المقارن ، مطبعة الأمير، الخرطوم، 2010م، ص12-13. د. عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح، مرجع سابق ، ص33.

في بعض الأمور التخصصية والتي يتقنها صاحب الخبرة وذلك لمساعدة القاضي أو هيئة التحكيم في الوقوف على حقيقة النزاع⁽¹⁾.

وتعرف الخبرة بأنها: (نوع من المعاينة يقوم بها أهل الخبرة في المسائل الفنية التي لا يستطيع القاضي أن يفصل فيها بمفرده)⁽²⁾.

ولقد سبق المسلمون في هذا المضمار، وأكدوا على أهمية الخبرة والرجوع إلى الخبراء فيما أشكل من الأمور ، حتى أن القرآن الكريم أمر المسلمين بذلك كما في قوله تعالى: (فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ)⁽³⁾ ، أي أهل العلم والفن. وإذا كان في كل من التحكيم والخبرة يقوم المُحَكِّم والخبير بمهمته بتكليف من أطراف الخصومة ، إلا أنهما يختلفان في بعض الأمور منها⁽⁴⁾:

1. الخبير يبدئ رأياً فنياً في موضوع النزاع وهذا الرأي لا يلزم الخصوم ولا يلزم القاضي ولا يعدو كونه وسيلة من وسائل الإثبات ، بينما التحكيم يتناول المسائل المطروحة من حيث الواقع ويفصل في النزاع بأحكام ملزمة لأطرافه.

2. المُحَكِّم يصدر حكماً ويتقيد بالأوضاع والمواعيد والإجراءات المقررة في باب التحكيم ، بينما الخبير يكتب تقريراً ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة في قانون القاضي.

خامساً: التحكيم والوكالة:

الوكالة عرّفها الفقيه ابن نجيم: (إقامة إنسان مقام نفسه في تصرف معلوم ويجب أن يدل عليها الإيجاب والقبول ولو حكماً⁽⁵⁾). وتطلق الوكالة ويراد بها

(1) محمد ماجد عباس خلوصي، المطالبات ومحكمة التحكيم، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2008، ص 247.

(2) د. شهاب سليمان عبدالله ، قانون الإثبات السوداني لسنة 1994م ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2، 2007م ، ص190.

(3) سورة الأنبياء ، الآية (7).

(4) محمد ماجد عباس ، المطالبات ومحكمة التحكيم، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2008، ص 249، د. عبد الحميد الشواربي، التصالح والتحكيم، مرجع سابق، 34، محمود محجوب عبد النور، الصلح، مرجع سابق ، ص40.

(5) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الرقائق ، (143/9).

الحفظ كما ورد في القرآن الكريم : (حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ⁽¹⁾) ، أي قال المؤمنون الله كافينا وحافظنا ومتولي أمرنا ونعم الملجأ والمصير لمن توكل عليه جل وعلا⁽²⁾ . والوكالة وفقاً لقانون المعاملات المدنية لسنة 1984م : (عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم⁽³⁾) . وإذا كان وجه الشبه بين التحكيم والوكالة يتمثل في أن كل من الخصمين يمثلهما من ينوب عنهما باختيارهما ليفصل في نزاعهما ، غير أنهما يختلفان في التالي⁽⁴⁾ :

1. الوكيل يتبنى وجهة نظر الأصيل في الخصومة ويدافع عنها ، أما المحكم فإنه يمثل الشخص الذي اختاره في الخصومة ولكنه لا يتبنى وجهة نظره .
 2. الوكيل يكون مقصراً إذا لم يراع مصالح موكله ، أما المحكم مهمته هي إصدار قرار يحسم النزاع ولا يعتبر مقصراً إذا لم يراع مصلحة من يمثله في هيئة التحكيم .
 3. إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته يملك الموكل التوصل من عمل الوكيل ، بينما قرار التحكيم ملزم لأطراف الخصومة إلا إذا شابته عيب من العيوب .
 4. في الوكالة يجوز للموكل عزل وكيله في أي وقت يشاء وبدون إبداء أسباب ، أما في التحكيم فلا يجوز عزل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع بالإرادة المنفردة لأحد أطراف الخصومة ، وإنما هناك نظام لرد المحكم ويجب إتباع الإجراءات المحددة قانوناً .
- وخلاصة القول أن التحكيم والوكالة كل منهما يعتمد في وجوده على عقد ، في الأول يخول أطراف الخصومة إلى هيئة أو فرد الفصل في النزاع القائم بينهم بحكم ملزم لهم واجب النفاذ ولا يجوز لهم التوصل منه ، وفي الثاني لا يقوم الوكيل إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل الذي يملك التوصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته .

(1) سورة آل عمران ، الآية (173) .

(2) الشيخ محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، دار الصابوني ، القاهرة ، ط 1 ، 1997 م ، (130/1) .

(3) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م ، المادة (416) .

(4) د. هيثم مصطفى سليمان ، التحكيم الدولي والوطني ، مرجع سابق ، ص 50 . د. عبد الحميد الشواربي ، التصلح والتحكيم ، مرجع سابق ، ص 35 .

المبحث الثاني

طبيعة التحكيم

تعددت واختلفت آراء الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم، فظهرت أربع نظريات : النظرية التعاقدية ، النظرية القضائية، نظرية الطبيعة المختلطة، ونظرية الاستقلال(الذاتية)، وقبل الدخول في موقف الفقه والقضاء حول هذه النظريات في

المطلب الثاني، إنه من الأوفق أن نستعرض في المطلب الأول وبايجاز طبيعة التحكيم في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

طبيعة التحكيم في الشريعة الإسلامية

لقد نشأ خلاف بصدد نظرية التحكيم في الفقه الإسلامي ، تلك الخلافات نفسها واكبت في الواقع تطور مختلف القوانين الغربية ، بما فيها القوانين الأوروبية الأخرى الناتجة عن القانون الروماني⁽¹⁾، إضافة للقانون الانجليزي⁽²⁾.

بوجه عام فإن التحكيم يجد مشروعيته في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والإجماع، فالحكم الذي يصدر في التحكيم لابد أن يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية تتعكس في هذا الصدد نظريتان⁽³⁾:

النظرية الأولى: التحكيم هو مصالحة:

ترى هذه النظرية أن التحكيم لا يعدو كونه تحكيم بالصلح أو بالأحرى مصالحة غير إجبارية بين الفرقاء ، وتستند هذه النظرية للآية القرآنية ، قال تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا⁽¹⁾)، إن خشيتم أيها الحكام مخالفة وعداوة بين الزوجين فوجهوا حكماً عدلاً من أهل الزوج ، وحكماً عدلاً من أهل الزوجة يجتمعان فينظران في أمرهما ويفعلان ما فيه المصلحة ، أن قصدا إصلاح ذات البين ونيتهما صحيحة وقلوبهما ناصحة لوجه الله ، بورك في وساطتهما وأوقع الله

⁽¹⁾ يعتبر القانون الروماني بالنسبة لمعظم قوانين الدول الحديثة المصدر التاريخي الذي أخذت منه هذه القوانين، والأصل الذي تفرعت عنه ، قسم البعض تاريخ القانون الروماني إلى أربعة فصول: الأول (753 ق.م - 509 ق.م) ، الثاني (509 ق.م - 27 ق.م) ، الثالث (27 ق.م - 284م) و الرابع (284م - 565م)، وذلك بموت الإمبراطور جيسستيان. عبد المنعم البدرأوي تاريخ القانون الروماني ، دار نشر الثقافة ، الإسكندرية ، ط1 ، 1949م ، ص 12.

⁽²⁾ د. عبد الحميد الأحذب، التحكيم في البلدان العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ط2، 2008م، ص16.

⁽³⁾ شهاب الدين بن اسحق المعروف باسم ابن أبي الدم الحموي، كتاب شرح المذاهب(كتاب الأفضيات) ، أبحاث الدكتور وهبة الزحيلي ، منشورات المجمع العلمي ، دمشق ، (138/20-139).

⁽¹⁾ سورة النساء .الآية(35).

بين الزوجين الوفاق والإلفة وألقى في نفوسهما المودة والرحمة ، وأنه عليمًا بأحوال العباد حكيمًا في تشريعه لهم⁽¹⁾.

إن عدد الحكام في هذه الآية مزدوج ، حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، ولا يكون القرار التحكيمي نهائياً ولا إلزامياً ، إلا في الحالة التي يتم فيها القبول من قبل فرقاء النزاع⁽²⁾. وأن مؤيدي وإتباع هذه النظرية يعتبرون أنه في الحالة المعاكسة ، أي في حالة ما إذا كان القرار التحكيمي ملزماً للفريقين، فإن ذلك يعادل الطعن والتشكيك بالقضاة الحكوميين ، مما يشكل طعناً وتشكيكاً بسلطة الإمام والسلطات العامة.

ووفقاً لرأي أحد فقهاء المسلمين⁽³⁾، فإن القرار التحكيمي ليس قابلاً للتنفيذ، إلا بموجب توافق الفريقين على تنفيذه . لذلك نجد أن مذهب الإمام الشافعي يعتبر أن التحكيم ليس له الطابع القضائي ، بل هو يداني المصالحة وهو أقرب ما يكون إليها .

النظرية الثانية : الإلزامية:

تستند هي الأخرى إلى آية قرآنية كريمة، قال تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا⁽⁴⁾) ، إن الله يأمركم بأداء الأمانات إلى أهلها وهو يعم جميع الأمانات الواجبة على الإنسان ، ويأمركم أن تعدلوا بين الناس في أحكامكم ، ونعم الشيء الذي يعظكم به⁽⁵⁾.

ترى هذه النظرية أن يكون الحق للحاكم بالحكم، فذلك يعني إصدار أحكام ذات طابع إلزامي . وأن القرار الذي يصدر من المحكم ، والذي يقتضي أن يفصل في النزاع ، يتوجب أن يكون ملزماً للفرقاء . ينتج عن ذلك أن الهيئة المكلفة بالمهمة التحكيمية ، يقتضي أن تكون مشكلة بوضعية تمكنها من فصل النزاعات، أي

(1) الشيخ محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، مرجع سابق ، (252/2).

(2) د. إسماعيل الأسطل ، التحكيم في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1988م ، ص35.

(3) الماوردي ، أدب القاضي ، مرجع سابق ، (382/2).

(4) سورة النساء، الآية (58).

(5) الشيخ محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، مرجع سابق ، (261/2).

بطريقة تمكن الأغلبية من اتخاذ القرار ، إذا كان من المتعذر اتخاذه بالإجماع، وبالتالي فإن عدد الحكام يقتضي أن يكون وتراً⁽¹⁾ .

وكان لكل من كبار علماء وفقهاء ومفكري الفقه الإسلامي رأيه الخاص الذي يخالف رأي الآخرين ، وذلك فيما يتعلق بالموضوع التحكيمي، إلا أن جميع وجهات النظر كانت تنتسب بالنتيجة إلى إحدى النظريتين الأساسيتين المشار إليهما. ويمكن تلخيص الخلافات الفقهية بشأن طبيعة التحكيم في الشريعة الإسلامية وفقاً للمذاهب السنية على الوجه التالي:

المذهب الحنفي:

يعتبر المذهب الحنفي أن التحكيم عملاً مشروعاً، انطلاقاً من أنه مجاز في القرآن الكريم والسنة والإجماع والقياس، وأن أئمة هذا المذهب يرون أنه مجاز ومشروع على صعيد اجتماعي آخر، ذلك أنه يلبي حاجات اجتماعية مهمة ، إذ يبسط إجراءات اللجوء إلى المحاكم ، وهو أقل منها تعقيداً. ويعتبر المذهب الحنفي أخيراً أن التحكيم يقترب كثيراً من التفويض بالمصالحة⁽²⁾.

المذهب المالكي:

يعطي المذهب المالكي للتحكيم ثقة كبيرة ، إلى درجة أنه يخول أحد الفرقاء أن يكون حكماً في قضية إذا كان خصمه قد اختاره لهذه المهمة ، وتبرير ذلك أن هذا النهج ، يعيد حلّ النزاع إلى ضمير الخصم، كما هو الأمر في اليمين الحاسمة، التي تقترب في هذا المنحى من التحكيم.

ويعتبر المذهب المالكي أن قرار المحكم له الصفة الإلزامية إلا في الحالة التي يبرز فيها ظلم فاضح في القرار . ومن جهة أخرى وفقاً لأئمة هذا المذهب، لا يكون من نتائج التحكيم كف يد القاضي الذي يحتفظ ببعض من سلطة الرقابة على القرار التحكيمي.

(1) د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم في البلدان العربية ، مرجع سابق ، ص35.

(2) ابن منصور ، معين الحكام ، ص24-25، شرح فتح القدير ، الفتاوى الهندية، القاهرة، (468/3).

وأخيراً وفقاً للمذهب المالكي ، فإن نتائج التحكيم محصورة بين الفرقاء ، ولا يمكن أن تطال الغير بآثارها وقراراتها (1).

المذهب الشافعي:

يعتبر أئمة هذا المدرسة أن تعيين شخص من قبل الفرقاء للفصل في نزاع قائم بينهم يشكل عملاً سليماً وقانونياً ، بغض النظر عما إذا كان هناك قاضٍ معين في المكان الذي نشأ فيه النزاع أم لا.

ويبرر هذا المذهب شرعية التحكيم استناداً إلى التاريخ الإسلامي ، حيث ذهب المسلمون إلى الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) واختاروه حكماً للفصل في نزاعاتها.

يعتبر هذا المذهب أن للمحكم دوراً وموقفاً يقل عن موقع القضاة، إذ بالإمكان عزله، بينما يتعذر ذلك بالنسبة للقاضي، ويعتبر أن التحكيم تزداد أهميته وضرورته ، في المراحل التي ينتشر فيها الفساد في الجسم القضائي (2).

المذهب الحنبلي:

يعتبر مجتهدو المذهب الحنبلي أن القرار الصادر من المحكم له نفس الصفة الإلزامية التي يتمتع بها حكم القاضي . والمحكم الذي يقتضي أن يكون أهلاً لممارسة مهام القاضي، تكون قراراته ملزمة للجانبين الذين عمداً إلى تعيينه، وأن حكم التحكيم يتعين عرضه على القاضي ، وهو ملزم بقبوله وتنفيذه ، شأنه في ذلك شأن الحكم الصادر من قاضي غيره، ما لم يكن جوراً أو مخالفاً للشرع (3)، وذلك بهدف بسط رقابة القضاء للتحقق من توافر الشروط المطلوبة في الحكم، وأن المنازعة مما يجوز فيها التحكيم.

أما المجلة العثمانية تقول: أن التحكيم هو مصالحة ، وأنه لا يمكن رد المحكم إذا أجازته القاضي ، أو وافق على تعيينه ، وهو بهذه الحالة ممثلاً ومنتدباً من القاضي.

(1) ابن فرحوم، تبصرة الأحكام، مرجع سابق ، القاهرة،(55/1).

(2) ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق ، (482/4).

(3) ابن قدامة، المغني ، النشرة الثالثة، القاهرة،1367هـ، (107/9)- ابن عابدين ، رد المحتار ، ص482.

وخلص القول أن التحكيم عند غالبية الفقهاء المسلمين قضاء ، مما يتوجب أن يكون المُحَكِّم أهلاً للقضاء، لأنه بمنزلة القاضي بالنظر في القضايا بالدقة والإحاطة المطلوبة ، لئلا يتطرق إلى حكمه الفساد، وهو أيضاً بمنزلة في نفاذ حكمه، لذلك يشترط أن يكون في المُحَكِّم الشروط الواجب توافرها في القاضي.

المطلب الثاني

موقف القضاء والشراح من النظريات الوضعية

أولاً : موقف القضاء:

تميل أحكام القضاء السوداني إلى ترجيح الطبيعة القضائية لنظام التحكيم، وما يدل على ذلك ما جاء في حكم لمحكمة الاستئناف : (بمجرد صدور حكم

التحكيم، فإن هذا الحكم ينال حجتيه وقوته ويفقد ذاتيته كمجرد قرار صادر من محكمة خاصة ويتحول إلى حكم صادر من محكمة مختصة⁽¹⁾.

كما جاء في قضية البنك الزراعي السوداني ضد مصفي شركة التجارة والشحن والتي تتلخص وقائعها في التالي : اتفق البنك مع الشركة على بيع كمية من الذرة، ونص العقد على أن يحال ما قد ينشأ بينهما من نزاع للتحكيم، ادعت الشركة أن البنك أخل بالتزامه التعاقدية في تسليم الذرة، صدر قرار التحكيم لصالح البنك، فطعن الشركة بإبعاد قرار التحكيم أو إعادته للجنة التحكيم. تقدم البنك باستئناف لمحكمة الاستئناف مطالباً بالحكم له بما قضت به لجنة التحكيم واستبعاد طعن الشركة . وجاء في الحكم المستأنف : (أن قرار التحكيم نهائي وملزم وأن المحاكم لا تتدخل إلا في نطاق ضيق طالما أثر الطرفان الاحتكام إلى الجهة التي حددها، وأن المحكمة لا تتدخل إلا في حالات المخالفة الخطيرة والتعسف في إجراءات التقاضي)⁽²⁾.

يورد أحد القضاة في هذه السابقة على صفحة (56) مجلة الأحكام الشهرية التالي:

(إن السوابق القضائية قد تحدثت كثيراً عن قرارات التحكيم ، وعن ابتعاد المحاكم ما أمكن التدخل فيها ، وأن الاتجاه الذي سارت فيه المحاكم السودانية هو ذات الاتجاه للمحاكم الهندية والانجليزية وتشريعاتها مماثلة لتشريعاتنا ، وقد أبرزت هذه الجهات طبيعة قرار التحكيم وحكمته ، فالأطراف يرغبون في الابتعاد عن المحاكم ومشقة التقاضي وما تستغرقه من وقت وجهد ، فهم بذلك يحتكمون لجهة محددة، يتفقون عليها وقد رغبوا عن محاكم الدولة، واختاروا حكماً يرتضون بحكمه فيما احتكموا فيه، وهذا الحكم لا يصل الاستئناف وأن أعطى المشرع مجالاً ضيقاً للطعن في إجراءات التحكيم طالما لم يعط حق الاستئناف⁽³⁾.

(1) مجلة الأحكام القضائية، 1968م، ص152.

(2) مجلة الأحكام الشهرية ، أكتوبر، نوفمبر، ديسمبر، 1979م، ص 53.

(3) مجلة الأحكام الشهرية لسنة 1979م ، مرجع سابق ، ص56.

وحاء في قضاء آخر للمحكمة العليا: (إذا كان قرار التحكيم قد أودع وصدر الحكم بقوته الملزمة ، لذا فإنه يفقد صفته كقرار هيئة خاصة ويتحول إلى حكم محكمة مختصة⁽¹⁾).

أما القضاء المصري فقد رجح أولاً الطابع الاتفاقي لنظام التحكيم، حيث جاء في حكم لمحكمة النقض: (قوام التحكيم الخروج على طرق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات ، فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكز أساساً لحكم القانون الوضعي والذي استثناءً سلب الاختصاص من جهات القضاء ، إلا أنه ينبني مباشرة- في كل حالة على حده - على اتفاق الطرفين. وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم وتتخذة قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها الخ...⁽²⁾)

لم تستقر أحكام القضاء المصري في تأييدها للطبيعة التعاقدية حيث بدأت تميل في بعض أحكامها إلى الطبيعة القضائية للتحكيم ، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض التالي: (ولاية الفصل في المنازعات تتعقد في الأصل للمحاكم واستثناءً هو جواز اتفاق الخصوم على عرض ما ينشأ بينهم من نزاع على محكمين يختارونهم للفصل فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم....⁽³⁾).

أما القضاء الفرنسي الذي ينتمي للمدرسة اللاتينية ، ذات المدرسة التي ينتمي إليها القضاء المصري ، قد سبق في تبني الطبيعة التعاقدية ، إذ وجدت نظرية الطبيعة التعاقدية صدى لدى محكمة النقض الفرنسية، حيث جاء في حكم لها في 27 يوليو 1937م، التالي: (إن قرارات التحكيم الصادرة على أسس مشاركة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية⁽⁴⁾)،

(1) مجلة الأحكام القضائية ، 1967 م ، ص 114.

(2) محكمة النقض المصرية ، طعن رقم 167، جلسته 1966/7/5م.

(3) طعن رقم 142 لسنة 1951م، وطعن رقم 2186 لسنة 1952م، وطعن رقم 2278 الصادر في 1990/6/2م، أشار إليهما المرجع السابق د. محمد السيد عمر ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، ص 236.

(4) محكمة النقض الفرنسية ، طعن رقم 618، 1937/7/27م.

وهذه ما أكدته في العديد من أحكامها اللاحقة في الأعوام (1954-1957-1960م⁽¹⁾).

غير أن محكمة النقض الفرنسية بدأت في التراجع عن ذلك التكييف في أحكامها اللاحقة متبينة النظرية القضائية لنظام التحكيم. فقد أشارت في حكم لها إلى أن: (التحكيم يعتبر قضاءً استثنائياً تملك فيه المحكمة سلطة ذاتية ومستقلة بالفصل في النزاعات التي يطرحها عليها الخصوم)، كما جاء في حكم آخر لها التالي: (إن أطراف الخصومة باتجاههم إلى نظام التحكيم، إنما يعبرون عن إرادتهم في إعطاء الغير - هيئة التحكيم- سلطة قضائية⁽²⁾).

والذي يترجح مما سبق أن القضاء السوداني يميل إلى ترجيح الطبيعة القضائية لنظام التحكيم ، مقتفياً أثر الفقه الإسلامي الذي يعتبر غالبية الفقهاء فيه أن التحكيم قضاءً ، وهذا الميل يرحبه قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م والذي يتحدث عن إلزامية حكم التحكيم وتنفيذه تلقائياً ، كما أن القضاء الفرنسي وسائره القضاء المصري تراجع عن تبنيه نظرية الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم ، معتقفاً النظرية القضائية ، وذلك يرجع في تقديري إلى حاجة أحكام التحكيم لقوة الجبر عند التنفيذ أن كان هناك مقتضى ، كما أن غالبية التشريعات المقارنة تميل إلى اعتبار التحكيم عملاً قضائياً يجري تنفيذه بالطريقة التي تنفذ بها الأحكام القضائية .

ثانياً موقف الفقه القانوني:

اختلفت آراء الفقهاء حول تحديد طبيعة نظام التحكيم ، منهم من يرى أنها ذات طبيعة تعاقدية وفقاً للأسس التي قامت عليها النظرية وما تؤيده أحكام

(1) أشار إلى هذه الأحكام د. خالد محمد القاضي ، التحكيم الداخلي والدولي في المواد المدنية والتجارية، دار المعارف ، الإسكندرية ، ط1، 1995م، ص110-111، ود. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الإسكندرية ، ط1، 1981م، ص25، د. محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مطبعة المعارف، الإسكندرية ، ط1، 2003م، ص 58-59.

(2) د. محمود السيد عمر ، مرجع سابق ، ص 60-61، د. أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص28، وقد أشار إلى أحكام محكمة النقض الفرنسية التي أيدت الأخذ بالتكييف القضائي لنظام التحكيم.

القضاء . ومنهم من يرجح الطبيعة القضائية⁽¹⁾، باعتبار أن التحكيم يخضع لقواعد قانون المرافعات المدنية من حيث آثاره ونفاذه وإجراءاته والطعن فيه كأحكام القضاء وتنفيذه كما تنفذ أحكام القضاء ، واستندوا في ذلك بأحكام القضاء التي سبق أن سقناها.

يرى الباحث أن هذا الطرح كان يتناسب مع قواعد التحكيم التي كانت مضمنة في قانون المرافعات المدنية ، وكانت تخضع له في الإجراءات والطعن والتنفيذ قبل استحداثها في قانون خاص منفصل عن هذا القانون ولا يتأثر به الآن إلى ذلك المدى، والبعض الآن يرجع الطبيعة المختلطة⁽²⁾.

فيما يرى آخرون استقلال التحكيم بنظامه وأصالته في الفصل في المنازعات التي تدخل أصلاً في الولاية القضائية للقضاء العام في الدولة . وأخيراً ذهبت المذكرة التفسيرية لقانون التحكيم والبعض⁽³⁾ إلى طبيعة نظام التحكيم هو شبه قضائي .

لا يتفق الباحث مع هذا الرأي ، ذلك أن القرارات شبه القضائية تخضع للطعن فيها بطرق الطعن العادية المتدرجة بينما أن قرارات التحكيم لا تخضع أصلاً للطعن فيها ، وإن أجاز القانون للمحكوم عليه في التحكيم رفع دعوى مبتداه بالبطلان أمام المحكمة المختصة فإذا فشلت تلك الدعوى صار الحكم نهائياً وقابلاً للتنفيذ تلقائياً ومحصناً من الطعن فيه بأي صورة من صور الطعن.

في تقديري أن كل نظرية من هذه النظريات لها قدر من الصحة ، فطبيعة التحكيم تمثل كل طرح من هذه النظريات ، وهذا يتوافق مع ما نص عليه

(1) من أنصار هذه النظرية د.أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص27. وكذلك د. عبد العزيز سرحان ، مبادئ القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط1، 1994، ص15.

(2) د. على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2002م ، ص47. كذلك د. خالد محمد القاضي ، النظام الإداري لخصومة التحكيم، دار الشروق ، القاهرة ، ط1، ص114، وهو من أنصار هذه النظرية.

(3) د. هيثم مصطفى سليمان ، التحكيم الدولي والوطني ، مرجع سابق ، ص45.

المشروع السوداني في قانون التحكيم لسنة 2005م، فهو نظام تعاقدى لا يقوم التحكيم إلا به ، وهو بمثابة الدافع والمحرك للتحكيم. وهو قضاء خاص استثنائي متفرد لا يتطابق مع القضاء العام في الدولة للاختلافات الجوهرية بينهما وإن كان يماثل أحكام القضاء التي تجوز حجية الأمر المقضي فيه .

منح المشرع المحكمة المختصة للتحكيم سلطة إصدار الحكم النهائي سواء بإبطال قرارات التحكيم إذا توافرت شروط تلك أو تنفيذها ، ولا يخضع حكمها في ذلك للرقابة القضائية الأعلى إلا في حدود ضيقة جداً ، وهذه ميزة خص المشرع بها نظام التحكيم.

هذه النظريات (العقدية ، الذاتية ، القضائية ، المختلطة) في الواقع تثير جدلاً حول مدى الصلة بين نظام التحكيم والقضاء العادي فيما يتعلق بالأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم ، وفي ذات الوقت تسلّم جميعها بأن للقضاء العادي دوره الذي لا ينكر .

أن تدخل القضاء في نظام التحكيم قد يتوقف على إرادة الخصوم في المنازعة. فإذا اتفق الأطراف على التحكيم ، وقاموا بتعيين المحكمة وقبول الإجراءات التي تمت أمام هيئة التحكيم والحكم الذي تصدره وقبول تنفيذه طواعية دون منازعة، فإن القضاء يظل بعيداً ولا يتدخل ، وذلك لعدم وجود مبرر لتدخله . أما إذا نازع أحد الأطراف في أي إجراء من إجراءات التحكيم، أو رأت هيئة التحكيم ضرورة الاستعانة بالمحكمة المختصة في أي إجراء من الإجراءات ، مثل الإجراءات التحفظية وغيرها ، أو نازع المحكوم عليه في الحكم وطالب بإبطاله، أو بالمقابل طالب المحكوم له تنفيذ حكم التحكيم فلا غرابة في تدخل القضاء، وفي تدخله حماية لنظام التحكيم نفسه وفقاً لإرادة المشرع الذي نظم قواعد التحكيم بتشريع وجعل من السلطة القضائية حامية له عند المنازعة .

إن إرادة الخصوم - عدا التحكيم الإجباري - تلعب دوراً في تدخل أو عدم تدخل القضاء في نظام التحكيم ، وهذه الإرادة تجعل من قضاء التحكيم قضاءً خاصاً واستثنائياً ويتوقف تنفيذ أحكامه أو إبطالها على القضاء . ذلك أن المشرع يهدف إلى وضع حد للمنازعات واستقرار المعاملات بين الأفراد . وفي

هذا تحقيق مصلحة خاصة للمتنازعين في اللجوء للتحكيم ومصلحة عامة للدولة
تبتغيها لسلامة أمنها ومواطنيها.

خلاصة القول أن طبيعة التحكيم يحددها التحكيم نفسه والذي تتكامل
فيه كل النظريات، أي أن نظام التحكيم بناء مركب تتفاعل فيه ثلاث إرادات
: إرادة أطراف النزاع ، وإرادة المشرع، وأخيراً إرادة هيئة التحكيم.

المبحث الثالث

مميزات وأنواع التحكيم

للتحكيم مميزات تدعو الكثير من الأطراف وخاصة في المعاملات
التجارية ، تفضيله على قضاء الدولة، على أن هذه المزايا لا تحول دون تقرير
أن للتحكيم مساوئه وهذا ما سنتعرض له في المطلب الأول . كما أن هنالك
العديد من أنواع التحكيم حيث يتنوع حسب الزاوية التي ينظر منها إليه، فمن

حيث حرية الرضى والإرادة في اللجوء إليه ، يقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري ، أما من حيث كيفية إرادة التحكيم وتنظيمه ، فينقسم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي ، أما من حيث مدى سلطة المحكمين في الفصل في النزاع يقسم إلى التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، وهذا سنخصص له المطلب الثاني.

المطلب الأول

مميزات وعيوب التحكيم

أولاً: مميزات التحكيم:

1. سرعة الفصل في النزاع:

تأتي في مقدمة مميزات الالتجاء إلى التحكيم ، الحجة المتمثلة في رغبة أطراف العلاقة القانونية تفادي طرح نزاعاتهم على القضاء ، خوفاً من استطالة أمد التقاضي ، وإمكانية الطعن في الأحكام ، وتقديم إشكالات التنفيذ التي تحكمها اعتبارات الشدة في الخصومة والمماطلة التي تحقق القول بأن العدالة البطيئة نوعاً من الظلم⁽¹⁾.

لذلك فإن تسوية المنازعات بواسطة التحكيم تحقق السرعة والبساطة في الإجراءات ، وقد اشترطت معظم أنظمة ومؤسسات التحكيم التجاري الدولي وضع مدة معينة يتوجب صدور حكم التحكيم فيها لتفادي التأخير ، إذا لم يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم.

2. تشجيع الاستثمارات الأجنبية ودعم عملية التنمية الاقتصادية الشاملة:

أضحى قضاء الدولة غير مناسب بنظمه وقواعد عمله لتسوية منازعات التجارة الحديثة، وقد أثبت الواقع أن البديل الملائم هو التحكيم الذي عمل على ترسيخ مجموعة من الحلول التي تتجاوز وخصوصية مشكلات التجارة الدولية وعقودها . فالتحكيم وسيلة للإشراف والرقابة في منازعات عقود التنمية الدولية والاقتصادية ، فيصعب خضوع دول لقضاء دول أجنبية، خاصة مع زيادة الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية ، قد قابل ذلك اشتراط المستثمرين الأجانب

(1) أ.د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، ط3، 2007م، ص9.

لشروطهم على تلك الدول، ومن بينهما إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن الاستثمارات لقضاء التحكيم بدلاً من القضاء الوطني الذي يكون مختصاً عادة بنظر هذه المنازعات إعمالاً للقواعد العامة في الاختصاص القضائي الدولي⁽¹⁾.

3. الحفاظ على أسرار الخصوم :

تنص معظم عقود التجارة الدولية على اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات لتجنب مبدأ العلنية الذي يعتبر من أسس النظام القضائي، فالتحكيم يكون سرياً، حيث يحق للأطراف كذلك اشتراط عدم نشر الأحكام⁽²⁾، وهو الأمر غير الموجود في القضاء ، حيث بعد مبدأ العلنية من أسس القضاء وضمانة لتحقيق العدالة إلا أنها قد تتقلب وبالأعلى على التجار إذا كان من شأنها إفشاء أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرّاً مكتوماً⁽³⁾.

فقضاء التحكيم هو الذي يحفظ أسرارهم وسمعتهم ، ولا يتم نشرها إلا بإرادة الأطراف والمحكمين ، علاوة على أن عامل السرية لا يتوفر في كل عقود التجارة الدولية ، ولكن يظل زمام الأمر دائماً في يد الأطراف والمحكمين.

4. كفاءة وخبرة المحكمين :

قد يكون القاضي بارعاً في تخصصه، ولكنه في أغلب الأحيان يكون قليل الخبرة في مجال التجارة الدولية ، واتفاقيات الاستثمار ، الأمر الذي قد يتعذر معه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلا بعد الاستعانة بخبير فني يعينه في كشف ما كان غامضاً عليه من جوانب النزاع ، مما يؤدي لإضاعة الوقت وتحمل نفقات إضافية. لذلك يكون الأوفق اللجوء إلى الخبير مباشرة ، واختياره محكماً، حيث يتيح نظام التحكيم للأطراف اختيار من يشاءون من

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط1، 2006م، ص11.

(2) في قانون التحكيم السوداني لسنة2005م، لم نجد نصاً يحظر نشر أحكام التحكيم، وهو على غير ما جرى به العمل في قانون التحكيم المصري لسنة 1994م، والذي نص في المادة (2/44) بأنه لا يجوز نشر حكم التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين . وكان الأوفق أن ينص المشروع السوداني على حظر نشر أحكام التحكيم ، حيث يشكل حماية الأطراف إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم شرطاً بذلك.

(3) د. محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص14.

خبراء مختصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت ، حيث أن تعدد المحكمين يتيح فرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة المختصة في الفصل في النزاع . الأمر الذي يؤدي للفصل في النزاع على نحو أفضل⁽¹⁾.

فالأطراف يمكنهم اختيار محكماً مؤهلاً لفهم طبيعة النزاع دون أن يضطر للاستعانة بخبراء ، فيمكن اختيار مهندساً ، أو اقتصادياً ، أو محامياً، أو حرفياً، أو تاجراً ، أو طبيبياً... ، ليصدر حكماً يفصل في النزاع ، بحكم يحوز ثقة الأطراف وينهي الخصومة ، غير أنه من الأفضل أن تضم هيئة التحكيم رجل قانون.

5. حرية المحكمين في تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق:

من مميزات التحكيم مقارنة بالقضاء، عدم خضوع الخصومة فيه لأي قانون غير الذي اختاره المحكمين ، حيث يحق للأطراف الاتفاق على المحكمين في النزاع المعروض عليهم ، ويمكن ترك هذا الاختيار للمحكمين، فإن المحكم يتمتع بسلطة اختيار القانون الذي يراه معبراً عن الإرادة الضمنية للأطراف ، وهذا بعكس القضاة في المحاكم الذين عليهم الالتزام بالقانون الوطني.

6. قلة النفقات :

من سمات التحكيم قلة التكاليف مقارنة بإجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة بدرجاتها المختلفة ، وما تتطلبه من رسوم ومصاريف وأتعاب المحامين، وفي مجال التجارة الدولية تنصب المنازعات على مبالغ طائلة ، غير أن أتعاب المحكمين مهما كبرت فلا يمكن مقارنتها بالمبلغ المتنازع عليه.

7. حفظ العلاقة بين الأطراف:

(1) د. هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، المجلد الأول ، 2008، ص30.

التحكيم يسهم في حفظ العلاقة بين أطراف النزاع ، فهو ليس طريقاً هجوماً عنيفاً، وإنما هو أقرب إلى التفاهم بين الطرفين ، فالأطراف يدخلون إلى القضاء العادي وهم ينظرون إلى الورا ، بينما يدخلون التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام (1).

ثانياً : عيوب التحكيم:

1. عدم إمكانية الإدخال :

في التحكيم إذا تفرغ عن النزاع الذي اتفق الأطراف على التحكيم بشأنه أنزعه أخرى مرتبطة به أو مسّ التحكيم مصالح أشخاص آخرين ، أو كان من اللازم إدخالهم في التحكيم للحصول على حماية قضائية كاملة ، فإنه لا سبيل لتوسيع نطاق التحكيم دون رضا ذوي الشأن ، في حين أن نطاق الخصومة أمام القضاء يمكن أن يتسع من الناحية الموضوعية - الطلبات المرتبطة- ومن ناحية الأشخاص- تدخل الغير واختصامه - دون رضائهم جميعاً (2).

2. تحمّل المصاريف:

في التحكيم يتحمل الأطراف مصاريف التحكيم معاً وكذلك أتعاب المحامين، في حين أنه في القضاء أمام القضاء العادي لا يدفع الأطراف أتعاب القاضي ولا يتحمل المدعي إبتداءً إلا الرسوم البسيطة ولا يحكم بالمصاريف إلا على من يخسر الدعوى بعد انتهاء الخصومة بحكم نهائي (3).

3. وسيلة إحتلالية:

يرى البعض أن التحكيم ما هو إلا آلية من آليات النظام الرأسمالي، وهو وسيلة إحتلالية ، وضعت لصالح المستثمر الأجنبي، فالتحكيم يقصد به أساساً منع القضاء الوطني في الدول الراغبة في النمو من نظر منازعات

(1) د. محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، شركة مطابع الطنابي ، 1986م،(7/1).

(2) كرم محمد زيد النجار، التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م، ص37.

(3) د. محمود هاشم ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مطبعة النهضة العربية ، القاهرة، 1990م، (4/1).

عقود التنمية الاقتصادية ، حتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تمثل طرفاً هاماً في هذه العقود لتطبيق القوانين الوطنية وما ينتج عنه من تأثير القاضي الوطني بما تقتضيه مصالح بلاده الاقتصادية .

فالتحكيم يمثل طوق النجاة للشركات العملاقة في مواجهة القاضي الوطني، ويجعل الدول الراغبة في النمو تحت رحمة المحكم ، وإن كان المحكم غير النزيه مطعون فيه ولا يقبل تحكيمه (1).

4. باهظ التكاليف:

يرى البعض أن تكاليف القضاء مهما بلغت فهي أقل من تكاليف التحكيم، خاصة إذا كان التحكيم يتم في أكثر من دولة لما يستتجه من نفقات سفر وأجور باهظة للمحكّمين، وأنه في ارتفاع تكلفة التحكيم ومكافآت المحكّمين في بعض مراكز التحكيم ومؤسساته ما قد يؤدي إلى خوف وهروب بعض المتنازعين من ولوج هذا الطريق مفضلين اللجوء إلى القضاء نظراً لقلّة تكاليفه (2).

إلا أنه يراعى أنّ هذا العيب يجب ألا يقدر بمعزل عن العامل الزمني، فللوقت قيمة كبيرة خاصة في المعاملات التجارية، إذ أن إنهاء النزاع خلال مدة قصيرة قد تكون له قيمة كبيرة في ذاته ، وتبدو خطورة الالتجاء إلى التحكيم في هذا المجال إذا ما طال أمد النزاع حيث تصبح التكاليف باهظة .

خلاصة القول أن المقارنة بين مميزات التحكيم وعيوبه لا تخلو من المبالغة، فليس صحيحاً القول : أن التحكيم وسيلة استعمارية ، فالعالم المتقدم يحتكر أسرار التقنية ويهيمن على توجيه دفة الاقتصاد العالمي الذي تلتقي فيه مصالح الدول الراغبة في النمو مع مصالح الدول المتقدمة . إذن لا بد من التوفيق بين مصالحنا ومصالح العالم المتقدم ، فليس بإمكان الدول الراغبة في جلب الاستثمار الاعتراض على شرط اللجوء إلى التحكيم وذلك

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز عين شمس ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، 22-27/1/2000م.

(2) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ، ص 222.

رغبة منها في تشجيع الاستثمار كما أن الشركات الأجنبية تجعل تقديم خدماتها واستثماراتها مشروطة بالالتجاء إلى التحكيم ، أضف إلى ذلك متطلبات التجارة الدولية يلزمها السرعة في فصل المنازعات والسرية في إجراءاتها وجعل العلاقة مستقرة ومستمرة بين أطرافها.ويمكن معالجة عيوب التحكيم بالتجويد والتطوير التشريعي المستمر لسد الثغرات ، فمثلاً في قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، لم نجد نصاً يحظر أو يشير إلى حظر نشر حكم التحكيم إلا إذا وافق الأطراف عليه.

وأخيراً أن التحكيم يتطلب حسن استخدامه وفهمه لخلق توازن في المصالح بين ما يريده المستثمر وتتطلبه مقتضيات التجارة الدولية ، وما نحن بحاجة إليه من تقنية وتكنولوجيا . ذلك يقتضي أن تنشأ مؤسسات تحكيمية في دول العالم النامية ، ترفد بكوادر مؤهلة لها الرغبة في التدريب والتأهيل وتطوير الذات، وأن ينص على تحكيم هذه المؤسسات في العقود الدولية المتعلقة بهذه الدول.

المطلب الثاني

أنواع التحكيم

أولاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجمالي:

يقصد بالتحكيم الاختياري ذلك الذي يعطي لأطرافه مكنة الاختيار والإرادة في اللجوء إليه ، فيكونون مطلقي الحرية في اختيارهم لنظام التحكيم دون سواه، فهم يختارون المحكمين ، وكذلك القانون الواجب التطبيق على المنازعة ، واختيار إجراءات التحكيم المناسبة لنزاعاتهم، والأصل دائماً أن يكون التحكيم اختيارياً.

أما التحكيم الإجمالي هو التحكيم الذي يفرضه الشارع على الخصوم بنص القانون، بمعنى أن إرادة الأطراف لم تعد أساساً للتحكيم ، لأن إرادة المشرع هي

الأساس في إقراره، ومن هنا جاءت تسميته إجبارياً لأنه مفروض على الخصوم، حيث أنه تم تهميش إرادتهم في اختياره، ومن الأمثلة على التحكيم الإجباري في السودان ، نص قانون العمل لسنة 1997م، في المادة (112) منه على حل النزاع الذي ينشأ بين العامل ورب العمل عن طريق التحكيم، وحدد القانون في المواد (113- 123) كيفية تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات نظر النزاع والقانون الواجب التطبيق. وأيضاً نص قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل (2000-2001م) في المادة (32) على حل منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم⁽¹⁾.

ومن أمثلة التحكيم الإجباري في التشريع السوداني ما نصت عليه المادة (163) من قانون الأحوال الشخصية⁽²⁾ بقولها: (إذا لم يثبت الضرر ، وإستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر الإصلاح ، وعادت الزوجة بعد ثلاثة أشهر لطلب التطلق ، فيعيّن القاضي حكّمين من أهلها ، إن أمكن ، إلا فمن يتوسم فيهما القدرة على الإصلاح). والتحكيم الإجباري على نوعين فقد يكتفي الشارع بهذا القدر من التدخل فيضع تنظيمياً إلزامياً لإجراءات التحكيم ، ويذهب بعض إلى التمييز بين التحكيم الاختياري والإجباري بالقول أن التحكيم الاختياري يكون مستنداً لشروط أو مشاركة تحكيم، في حين لا يتوفر هذا الشرط أو المشاركة في حالة التحكيم الإجباري ، حيث يحل النص القانوني محلها⁽³⁾.

ثانياً: التحكيم الحرّ والتحكيم المؤسسي:

يقصد بالتحكيم الحر [AD HOC Arbitration] التحكيم الذي يتم من قبل مُحَكِّمٍ أو أكثر يتم تعيينهم وتحديد مهامهم ومكان عملهم وغير ذلك من الأمور الخاصة بعملية التحكيم من قبل أطراف المنازعة، أي أنه يتم بشكل إرادي صرف، وهناك من يسميه بالتحكيم الخاص . ويرى الباحث أن اصطلاح التحكيم الخاص لم

(1) د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، التحكيم الداخلي والدولي ، مرجع سابق ، ص23.

(2) قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م، المادة (163).

(3) مقال عوني عبيدان، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التحكيم التجاري الدولي ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية، 1999م، ص9.

يكن موفقاً ، حيث أنها توحى بأن هناك نظاماً خاصاً وقواعد معينة تحكم هذا النوع من التحكيم وبالتالي فإن تسمية التحكيم الحر أنسب لأنها أكثر دقة وتمثلية مع جوهر التحكيم الذي تنظمه إرادة أطرافه.

أما التحكيم المؤسسي [Insituational Arbitration] فيقصد به التحكيم الذي يتم بإشراف هيئة متخصصة في التحكيم ، بحيث يتفق أطراف النزاع على أن يجري التحكيم وفق قواعدها وبإشرافها ، ومن المؤسسات التحكيمية الدولية ، محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس [ICC] ⁽¹⁾ ، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن [ICSID] ⁽²⁾ ، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي [LCIA] ، والمركز العربي للتحكيم التجاري ⁽³⁾ ، ومركز مكة المكرمة للتوفيق والتحكيم، ومركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية .

وعلى الرغم من انتشار هيئات التحكيم الدائمة، فلا يزال للتحكيم الحر مكان في التجارة الدولية ، بل أن نسبته في بعض أنواع التجارة (كتجارة التصدير) تروى على نسبة التحكيم المؤسسي ، وهذه الظاهرة لا تخلو من الغرابة ، إذ كان المنتظر أن تطغى هيئات التحكيم الدائمة على سوق التحكيم فلا تبقى للتحكيم الحر شيئاً ⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لتطور نظام التحكيم المؤسسي في القوانين الوطنية هناك بعض القوانين التي نصت صراحة على انتهاج نظام التحكيم المؤسسي ومنها ما لم ينص على ذلك، فقانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م لم نجده فيه نصاً يقضي بالزامية انتهاج التحكيم المؤسسي ، وكان من الأصوب أن ينص فيه على ضرورة إنتاج التحكيم المؤسسي لجلب الطمأنينة للتدفقات المالية التي تشهدها البلاد في مجالات الاستثمار المختلفة.

ومن أهم قواعد التحكيم الحر وأبرزها في المجال الدولي القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي Uncitral عام 1976م، والتي لاقت

(1) تأسست بباريس عام 1920م بجهود رجال أعمال فرنسيين وهي منظمة غير حكومية ولا هيئة دولية عامة ، ويعتمد عليها في الشؤون الدولية التجارية.

(2) أنشئ بموجب اتفاقية واشنطن 1965م.

(3) أنشئ بموجب اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987م.

(4) د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص38.

اهتماماً كبيراً في المجال الدولي حتى صارت بعض المؤسسات التحكيمية الدولية تلجأ إليها كمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري. قانون التحكيم اليمني هو من طائفة القوانين التي نصت على التحكيم المؤسسي ، حيث جاء في المادة (2) منه: (التحكيم المؤسسي هو التحكيم الذي يتم من خلال مركز أو مؤسسة متخصصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه (2)).

أما قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، فهو ينتمي إلى طائفة القوانين التي نصت على انتهاج التحكيم المؤسسي ، حيث جاء في المادة (1/4) منه : ينصرف لفظ التحكيم في هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم منظمة أو مركز دائم للتحكيم (3). أما في الأردن قانون التحكيم الجديد لسنة 2001م، في المادة (24) منه نص على أنه : لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها (1). مما يعد جوازاً صريحاً بجواز اللجوء إلى التحكيم المؤسسي.

وعلى النطاق الدولي أجازت بعض الاتفاقيات (3) وبشكل صريح التحكيم المؤسسي ومنها اتفاقية نيويورك لسنة 1958م، بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية(4) ، كما أن القانون الأنموذجي أخذ بالحكم نفسه كما تقدم ذكره .

ويتضح مما سبق أن عدد مقدر من الاتفاقيات الدولية الرئيسية في هذا المجال وكذلك غالبية التشريعات الوطنية للدول العربية وغيرها انتهجت التحكيم المؤسسي، مما يحتم على المشرع السوداني أن ينص على التحكيم المؤسسي خاصة

(2) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992 م ، المعدل بالقانون رقم (32) لسنة 1997م.

(3) قانون التحكيم المصري لسنة 1994م، المادة (1/4).

(4) قانون التحكيم الأردني لسنة 1992، المادة (24).

(3) تأتي على رأس هذه الاتفاقيات اتفاقيات واشنطن لسنة 1965م، بشأن الاستثمار والتي نظمت التحكيم التجاري الدولي في شكل مؤسسي فريد ومتميز بإنشائها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، ولمزيد من التفصيل راجع في ذلك نصوص الاتفاقية.

(4) اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958 م ، المادة (1/2) .

وأن هناك مشاريع ضخمة في المجالات المختلفة، وذلك بعد التدفقات الكبيرة لرؤوس الأموال الأجنبية الباحثة عن الاستثمار ، حيث أن ذلك يبعث الثقة والاطمئنان ويحفز على جلب المزيد من الأموال التي تبحث عن حضان آمن يحقق لها الاستقرار والربحية . كما يلزم وضع قيود وضوابط على لجوء الشركات العامة والمؤسسات والوزارات والهيئات إلى مراكز التحكيم، وأن يتم اشتراط موافقة مجلس الوزراء على المركز أو المؤسسة التحكيمية حتى يجنب البلاد من استغلال الشركات الأجنبية وتحجيم تكبد الدولة لمبالغ باهظة.

ثالثاً: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

التحكيم بالقانون هو ما تعارفت عليه غالبية الأنظمة القانونية، ويقوم على تقيد المحكم بقواعد القانون الإجرائية والموضوعية التي يفصل ويحسم النزاع من خلالها أو عدم تقيده بذلك⁽¹⁾، هذا ويقبل قرار المحكم بالقضاء الطعن وفقاً للأسباب التي تحددها تشريعات التحكيم⁽²⁾.

أما في التحكيم المطلق أو كما يعرف التحكيم بالصلح يعفى المحكم من اتباع هذه القواعد والإجراءات التي نص عليها القانون فيما عدا القواعد التي تتعلق بالنظام العام ، ولا يملك المحكم العادي أو بالقضاء إجراء الصلح بين طرفي التحكيم إلا إذا انصرفت إرادتهم إلى تفويضه بذلك على نحو حازم لا يدع مجالاً للشك⁽³⁾.

على الرغم من أن الاختلاف في تعريف هذين النوعين من التحكيم ، إلا أنه في جميع الأحوال وفي كلا النوعين يكون المحكم ملزماً بمراعاة القواعد الخاصة بالتحكيم الواردة في قوانين التحكيم بالإضافة إلى الالتزام بالأسس العامة للتقاضي⁽⁴⁾. وقد أجازت القوانين محل الدراسة التحكيم بالصلح، حيث نص قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، في المادة (1/31) على جواز التحكيم بالصلح إذا اتفق طرفا النزاع على تفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها أن تفصل في النزاع وفق

(1) د. محمد عبد الخالق الزغبى، قانون التحكيم، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1، 2010، ص 30.

(2) منير حنا خضر ، قوة حكم التحكيم والزاميته، منشأة المعارف ، ط1، 2005م، ص7.

(3) د. مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، بدون دار نشر ، 1998م،(4/1).

(4) سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، 1985م، ص14.

قواعد العدالة والإنصاف⁽¹⁾، وهذا يعد تطوراً للمشرع السوداني إذ أنه في المواد (139-156) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م الخاصة بالتحكيم وإجراءاته لم تتضمن نصاً يجيز التحكيم بالصلح.

وعلى المستوى الدولي فقد أجازت بعض الاتفاقيات الدولية نظام التحكيم بالصلح ، حيث نصّت عليه اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير لعام 1965م في مادتها (3/43) وكذلك قواعد اليونسترال في المادة (2/33) واتفاقية عمان في المادة (2/21) على التحكيم بالصلح كما أن قانون التحكيم الأردني الجديد لسنة 2001م أجاز التحكيم بالصلح في مادته (5/36) بقولها : يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

رابعاً: التحكيم الكلي والتحكيم الجزئي:

يقصد بالتحكيم الكلي ، التحكيم الذي يتفق من خلاله على عرض أي نزاع ينشأ عن تفسير هذا العقد موضوع العلاقة بينهما أو تطبيقه على التحكيم⁽²⁾، ويكون التحكيم جزئياً عندما يحدد أطراف العلاقة القانونية ما يخضع للتحكيم عند نشوء نزاع حوله ، حيث تكون بقية عناصر العلاقة عند نشوء النزاع حولها غير خاضعة للتحكيم⁽³⁾. وبالتالي فإن المحكمين لا يستطيعون تجاوز هذا الجزء والتعرض لمسائل لم تتفق الأطراف على شمولها التحكيم.

وفي تقديري يمكن تأكيد هذا النوع من التحكيم أن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، في المادة (1/1/41) أجاز للمحكوم ضده أن يتقدم بطلب إلغاء حكم التحكيم إذا فصل في مسائل لا يشملها، اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق، كما أن القانون الأنموذجي Uncitral نص في المادة (3/أ/2/34) : للمحكمة أن تلغي أي قرار تحكيم إذا تناول نزاعاً لا يقصده أو يشمل اتفاق العرض على التحكيم ، أو

(1) قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، المادة (1/31).

(2) منير حنا خضر، قوة حكم التحكيم الإلزامية، مرجع سابق، ص7.

(3) سراج أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق، ص36.

أنه يشتمل على قرارات في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق . ووفقاً لذلك هذا هو جواز فصل أجزاء من الحكم الداخلة في التحكيم عن تلك الخارجة عنه ، وهنا الإلغاء ينصب فقط على الجزء المتعلق بالمسائل غير المعروضة على التحكيم.

الباب الثاني

عقود الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

تحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمرين بغرض الحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق التنمية الاقتصادية بأهمية كبيرة، ويرجع ذلك إلى الدور الذي تلعبه في الاقتصاد القومي لكل من الدولة المضيفة للإستثمار والدول التي يتبعها المستثمرون ، فهي بالنسبة للدول المضيفة للإستثمار والتي غالباً ما تكون من الدول الراغبة في النمو ، الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدولة ، وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة ، على نحو يجعل من هذه العقود عاملاً حيويًا ورئيسياً في تحقيق خططها الاقتصادية ، كما تشكل بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمرون مزيداً من فرص العمل ، ومزيداً من الاستثمارات ونمو لرأس المال. إن تحديد ماهية عقود الاستثمار يتطلب تحديد ملامحها الأساسية التي تميزها عن غيرها من عقود الدولة وكذلك عن سائر العلاقات التعاقدية الأخرى ، الأمر الذي يتطلب أن نقوم بتحديد أطرافها ، وكذلك أنواعها وموضوعها وأهم نماذجها ، ثم نتعرض للتطور التاريخي الذي شهده الاستثمار خلال فترة ما قبل الحرب العالمية الأولى إلى العصر الحديث.

التكييف القانوني لعقود الاستثمار ، يستلزم تحديد خصائصها التي تميزها عما يختلط بها من عقود الدولة الأخرى ، وكذلك الوقوف على طبيعتها القانونية ، وحقوق والتزامات أطرافها ، والأسباب التي تؤدي إلى إثارة المنازعات بين أطرافها. وعلى ضوء ما تقدم نقسم هذا الباب إلى فصلين ، نتعرف في الأول على ماهية عقود الاستثمار ، ونتطرق في الثاني إلى التكييف القانوني لعقود الاستثمار.

الفصل الأول

ماهية عقود الاستثمار

المبحث الأول : تعريف الاستثمار وتطوره التاريخي

المبحث الثاني : تعريف عقود الاستثمار وأطرافها.

المبحث الثالث: موضوع ونماذج عقود الاستثمار .

المبحث الأول

تعريف الاستثمار وتطوره التاريخي

إن ظاهرة الاستثمار عبر الحدود الوطنية ليست في الواقع بالظاهرة الموهلة في القدم. إذ إنها ارتبطت بقيام الثورة الصناعية في مستهل القرن التاسع عشر، ثم نمت وتطورت حتى وصلت ذروتها في الأعوام (1996م - 2000م)⁽¹⁾. ولا شك أن تلك النشأة وهذا النمو والتطور كان نتيجة لجملة من العوامل والأسباب التي تمخضت عنها هذه الظاهرة القانونية الاقتصادية ألا وهي الاستثمار . عليه فإن البحث في عوامل تطور الاستثمار يقتضي التعريف بالمقصود به في مطلب أول ، ومن ثم نتبع تطوره التاريخي في مطلب ثاني وأخيراً نتطرق لهذا التطور في السودان في مطلب ثالث.

المطلب الأول

التعريف بالاستثمار

نتناول في هذا المطلب تعريف الاستثمار في اللغة والمصطلح الاقتصادي ومن

ثم القانوني، وكما يلي:

أولاً: تعريف الاستثمار لغة:

أصل كلمة استثمار في اللغة يقال ثمر الشجر ثموراً ، ظهر ثمره قبل أن ينضج فهو مثمر ، وشجرة ثمراء : أي ذات ثمر ، والثامر الذي بلغ أوان الاستثمار ونضج ، والمثمر الذي فيه ثمر⁽²⁾.

يقال أثمر الرجل: كثر ماله ، وثمر الرجل ماله: أحسن القيام عليه ، ومال ثمر: مال كثير ، واستثمر المال: ثمره وجعله يثمر ، وثمار المال: ما ينتجه في أوقات دورية⁽³⁾.

(1) المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لعام 1998م (الكويت : المؤسسة ، 1999م)، ص 14.

(2) ابن منظور لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، بدون تاريخ ، (4/107).

(3) أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، بيروت ، (84/1).

والثمر كثرة المال المستفاد كما في قوله تعالى: { وَكَانَ لَهُ ثَمَرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا ⁽¹⁾ } ، فالاستثمار هو استخدام المال وتشغيله بقصد تحقيق ثمرة هذا الاستخدام فيكثر المال وينمو على مدى الزمن ⁽²⁾.
من التعريفات المتقدمة حول الاستثمار ، تبين أن الاستثمار في اللغة يعني
الزيادة والنماء.

ثانياً: تعريف الإستثمار في الاصطلاح الاقتصادي:

يعد الاستثمار عنصراً رئيسياً في النشاط الاقتصادي لما له من مكانة بارزة في نظرية الدخل والتشغيل، فالاستثمار مصدر للتوسع في الطاقة الإنتاجية من ناحية، وجزء مهم من الطلب الكلي من ناحية أخرى، لذلك كان الاقتصاديون - وعلى خلاف شراح القانون - أكثر حسماً وسرعة في تعريف الاستثمار عندما عرضوا عدة تعريفات من الوجهة الاقتصادية ⁽³⁾، أذكر بعضها على نحو ما يلي:

1- التوظيف المنتج لرأس المال من خلال توجيه المدخرات نحو استخدامات تؤدي إلى إنتاج سلع وخدمات تؤدي إلى إشباع الحاجات الاقتصادية للمجتمع وزيادة رفاهيته ⁽⁴⁾.

2- استعمال الموجودات اللاتي هي من صنع الإنسان في إنتاج السلع الاستهلاكية والرأسمالية ⁽⁵⁾.

3- تكوين رأس المال العيني الجديد الذي يتمثل في زيادة الطاقة الإنتاجية ⁽⁶⁾،

(1) سورة الكهف ، الآية (34).

(2) د. عباس زيدان مطر ، الاستثمار في البلاد العربية ، الواقع والمأمول ، منشورات الحلبي الجغرافية ، بيروت ، ط1 ، 2011م ، ص 23.

(3) د. محمد عبد العزيز عجمية ود. عبد الرحمن يسري أحمد، التنمية الاقتصادية، دار الجامعة المصرية، الإسكندرية، 1980 ، ص 20.

(4) د. ناظم محمد نوري الشمري وآخرون، أساسيات الاستثمار اليمني المالي، دار الأوتل للطباعة والنشر، عمان ، الأردن ، ط1، 1999م، ص 51.

(5) د. محمد عبد العزيز، الاستثمار الأجنبي المباشر ، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1 ، 2005م ، ص 15.

(6) د. عبد الله المالكي، تدابير تشجيع استثمار رؤوس الأموال العربية في المشاريع الصناعية والسياحية العمرانية، مجلس البحث العلمي ، عمان، الأردن، ط1، 1974م، ص 12.

4- الزيادة في رأس المال الحقيقي للمجتمع كالمعدات والمباني والمخزون من السلع⁽¹⁾.

5- تحويل المدخرات إلى أصول رأسمالية أي آلية عدد وآليات ومباني، ويتضمن الاستثمار بهذا المعنى، الانفاق الرأسمالي لإنشاء مشروعات جديدة أو استكمال مشروعات قائمة، وكذلك الأموال التي تنفق من أجل الامتلاك الكلي أو الجزئي لمشروع قائم عن طريق الشراء المباشر له أو شراء أسهم فيه⁽²⁾.

6- تلك الأنشطة التي تتعلق بشراء أصول الإنتاج للبضائع أو الخدمات وذلك بهدف زيادة الثروات إلى حدها الأعلى⁽³⁾، وأنه توجيه المدخرات إلى مجالات إنتاجية تسد حاجة اقتصادية من ناحية، وتوفر عائداً من الناحية الأخرى⁽⁴⁾.

التعريفات السابقة تركز على جوانب المخاطرة والسعي نحو الربح وعلى أن الاستثمار ينطوي على إضافة إجمالية إلى رؤوس الأموال أو السلع الإنتاجية المستعملة في عمليات الإنتاج⁽⁵⁾. ويبدو ذلك أمراً منطقياً ومعقولاً، إذ أن تحقيق جانب من الربح يعتبر أمراً مهماً وضرورياً لإبقاء المستثمرين على استثماراتهم القائمة، ولدفعهم للمضي قدماً في مواصلة إنجاز مشروعاتهم الإنتاجية والخدمية وتحفيزهم على الدخول في توظيفات مالية مستقبلية في مختلف القطاعات الاقتصادية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تبدل مختلف الظروف والمتغيرات، الاقتصادية والاجتماعية والسياسية (وهو ما يعبر عنه بالمناخ الاقتصادي) ذات التأثير على ربحية وأداء المشروع المستقبلي، من شأنه أن يهدد المكتسبات والمنافع المتوقعة من جراء تنفيذ هذا الاستثمار.

(1) د. محمد صالح جبر، الاستثمار بالأسهم والسندات، دار الرشيد للنشر، بغداد، ط1، 1982م، ص 28.

(2) د. سيد عبد المولى، أصول الاقتصاد، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط1، 1997م، ص 288.

(3) د. عاصم أحمد علي، الاستثمار في سوق الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2010م، ص 19.

(4) سهام سوادى الطائي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، حقوق جامعة القاهرة، 2010م، ص 15.

(5) د. مصطفى خالد مصطفى، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية، الدار العالمية ودار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2002م، ص 12.

فالاستثمار بالنسبة للاقتصاديين هو إضافة جديدة إلى الأصول الإنتاجية في المجتمع بقصد زيادة الناتج في الأوقات التالية، أو مجموع الإضافات الصافية من المنتجات الرأسمالية إلى الثروة القومية، أي مجموع المنتجات التي لا تستهلك خلال مدة احتساب الناتج القومي، بل تضاف إلى الثروة القومية أو إلى رصيد المجتمع من رأس المال⁽¹⁾.

ومما سبق يمكن تعريف الإستثمار بأنه إضافة طاقات إنتاجية جديدة إلى الأصول الإنتاجية الموجودة في المجتمع بإنشاء مشروعات جديدة أو التوسع في مشروعات قائمة، أو إحلال أو تجديد مشروعات إنتهى عمرها الافتراضي.

ثالثاً: تعريف الاستثمار في الاصطلاح القانوني:

مثلما لم يجمع الاقتصاديون في وضع تعريف متفق عليه للاستثمار، كذلك الحال بالنسبة للقانونيين في ذلك أيضاً، حيث تعددت تعريفاتهم للاستثمار دون أن يتفقوا على تعريف محدد له، وفيما يلي نعرض لبعض التعريفات التي وردت في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وعند الشراح.

1- تعريفات الجهات الدولية:

فيما يتعلق بتعريف الاستثمار في الاتفاقيات الجماعية نجد أن هذه الاتفاقيات منها ما أغفل عن عمد تعريف الاستثمار، وقسم آخر اعتمد مفهوماً موسعاً للاستثمار. ويأتي على رأس هذه الاتفاقيات التي أغفلت وضع تعريف للاستثمار، اتفاقية واشنطن لعام 1965م، المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث لم تتضمن هذه الاتفاقية تعريفاً واضحاً للاستثمار ذلك للحيلولة دون قصر دور المركز على مجموعة محددة من المنازعات تاركة ذلك لاتفاق الأطراف، وبناء على ذلك فقد أمكن من التوسع في أنواع الاستثمارات التي يمكن إخضاع المنازعات الناجمة عنها لاختصاص مراكز التحكيم⁽²⁾.

(1) د. عبد الحميد الغزالي، مقدمة في الاقتصاديات الكلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1995م، ص 91.
(2) بحث الأبعاد المعاصرة لدور الأجهزة الأمنية في تهيئة المناخ الاستثماري في مصر، المؤتمر القومي نحو إستراتيجية أمنية لتشجيع الاستثمار في مصر، تحت رعاية اللواء حسن الألفي وزير الداخلية الأسبق، القاهرة، 1996/3/24م، ص 86.

عرّف معهد القانون الدولي الاستثمار الأجنبي بأنه: توريد الأموال والخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي، ويمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية⁽¹⁾. كما عرفته اللجنة المنبثقة عن مؤتمر اتحاد القانون الدولي الحادي والخمسين بأنه: تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو المستفيد بغير تنظيم مباشر⁽²⁾. وجاء في وثيقة قرارات مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية عام 1999م أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو تشغيل لرأس المال عبر حدود الدول شريطة أن يملك المستثمر على الأقل 10% من الأسهم ذات الحق في التصويت في المشروع، سواء أكان المشروع جديداً أو عاملاً وقائماً بالفعل⁽³⁾.

وأقترحت جمعية القانون الدولي تعريف الاستثمار الأجنبي بأنه: حركة رؤوس الأموال من دولة مستثمرة إلى دولة مستفيدة دون تنظيم فوري⁽⁴⁾. ويلاحظ أن الجهات الدولية فقط تعرف الاستثمار الأجنبي ولا علاقة لها بتعريف الاستثمار الوطني. وعرفه صندوق النقد الدولي بأنه: الاستثمارات التي تتم في إطار هدف الحصول على فائدة دائمة ومستمرة من خلال مشروع يمارس نشاطاً معيناً على إقليم دولة أخرى⁽⁵⁾.

2. في التشريعات الوطنية:

عرّف قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل سنة 2003م، المال المستثمر في المادة (2/5) منه بالقول: المال المستثمر يقصد به النقد الأجنبي القابل للتحويل، المحوّل عن طريق أحد المصارف المسجلة لدى بنك السودان، الذي يستخدم في إنشاء المشروع أو تشغيله أو تحديثه أو إعادة تعميره أو التوسع فيه.

(1) د. عبد العزيز سعد يحيى ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002م ، ص 21 - 22.

(2) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أخطار القانون الدولي، مرجع سابق ، ص 22.

(3) د. نسرين نصر الدين أحمد حسين، الاستثمار الأجنبي في مصر المعاملة والمحصلة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2006م ، ص 15.

(4) د. عبد الحليم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان، دار النهضة العربية، ط1، 1990م ، ص 40.

(5) د. حسين السيد حسين القاضي، مبادئ التشريعات الاقتصادية، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، 2004م، ص9.

يلاحظ أن قانون الاستثمار السوداني تجنب وضع تعريف محدد للاستثمار، واكتفى بأن يعرف المال الأجنبي المستثمر على أساس أن اصطلاح المال الأجنبي المستثمر يعبر عن طوائف الأموال التي يراد استثمارها.

وعلى ذات النهج سار قانون الاستثمار اليمني الحالي رقم (22) لسنة 2002م، حيث عرّفت المادة (17/2) منه المال المستثمر بأنه: يقصد بالمال المستثمر في تطبيق هذا القانون القيمة المقدرة بالمال الأجنبي أو المحلي المستثمر في المشروع. أما قانون الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997م بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار فقد أنتهج سياسة مغايرة عند تعريفه للاستثمار تختلف عن القوانين العربية المقارنة، وتختلف أيضاً عن القوانين المصرية السابقة الخاصة بتشجيع الاستثمار، وذلك أنه لم يعرف الاستثمار الأجنبي كما فعل قانون الاستثمار الكويتي الذي عرفه بأنه: (توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون)، ونظام الاستثمار السعودي الذي جاء بتعريف مشابه لسابقه: (توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام)، كما أنه لم يحدد المال المستثمر كما فعل قانون الاستثمار اليمني وبقية قوانين الاستثمار العربية، ولكنه عدد أوجه مجالات الاستثمار التي سوف تستفيد من أحكامه⁽¹⁾، وذلك في المادة الأولى منه والتي ذكرت عدداً كبيراً من المجالات الاقتصادية التي يمكن الاستثمار فيها مع إمكانية إضافة مجالات أخرى قد تتطلبها حاجة البلاد وذلك بواسطة مجلس الوزراء.

مما تقدم يمكن القول أن معظم التشريعات العربية الخاصة بتشجيع الاستثمار تجنبت وضع تعريف معين للاستثمار، وقامت مقابل ذلك بوضع بيان تفصيلي للمال المستثمر، الذي لا يخرج في مجمله عن الأموال السائلة والعينية والحقوق المعنوية والأرباح القابلة للتحويل للخارج إذا أعيد استثمارها بالداخل.

3- تعريف الإستثمار في الفقه القانوني:

بالنسبة لشرح القانون فقد تعددت تعريفات الاستثمار تعدداً كبيراً بحيث يصعب حصرها، ولتعدد هذه التعريفات لم يتم التوصل إلى تعريف محدد متفق عليه، ومن ناحية ثانية لم يتم التوصل أيضاً إلى تعريف جامع مانع للاستثمار، حيث أرتكز كل

(1) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2006م، ص 15.

تعريف على واحدة أو أكثر من خصائص الاستثمار التي يَتميّز بها، لكن كل هذه التعريفات تدور حول مفهوم أو فكرة معينة للاستثمار، وهي انتقال رؤوس الأموال أو الخبرات الفنية والإدارية عبر الحدود من أجل تحقيق مصلحة المستثمر التي تتمثل في تحقيق أكبر ربح ممكن، ومصلحة البلد المضيف المتمثلة في إحداث إضافة اقتصادية تضاف إلى الثروة القومية لهذا البلد⁽¹⁾.

ومن هذه التعريفات، تعريف الاستثمار:

1. انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة⁽²⁾.
2. انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في النمو الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز⁽³⁾.

ويلاحظ من التعريفين السابقين رغم عدم تطابقهما واتفاقهما على ارتباط الاستثمار الأجنبي بفكرة انتقال رؤوس الأموال وعوامل الإنتاج عبر الحدود بين الدول، بحيث أصبح الاستثمار الأجنبي مرادفاً لانتقال رؤوس الأموال، ومن ناحية ثانية يلاحظ عليهما أنهما لم يحيطا بجميع عناصر الاستثمار الأجنبي، كما أنهما أدخلتا عليه عناصر ليست منه وذلك مثل أنهما لم يبيّنا حق المستثمر في إعادة رأس ماله وتحويل أرباحه، وأدخلا فيه انتقال الأموال في صورة التبرعات والإعانات وغير ذلك⁽⁴⁾.

1. استخدام أصول ماليه مهما كانت طبيعتها أو نوعها، من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته، وسواء خوله هذا الاستقلال والسلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أم لا، بهدف تحقيق عائد مجز⁽⁵⁾.

(¹) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص 25.

(²) د. جميل الشرفاوي، المقاصد الأساسية لقوانين ضمان الاستثمار في البلاد العربية، مصر، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، 1998م، ص 33.

(³) د. حازم حسن جمعة، الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1981م، ص 168.

(⁴) د. عبد الحليم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص 40.

(⁵) د. علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمار، مرجع سابق، ص 66.

2. أسهام غير وطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمال أو خبرة، في مشروع محدد، بقصد الحصول على عوائد مجزية، وفقاً للقانون⁽¹⁾.
مما تقدم يتضح أنه من الصعب التوصل إلى تعريف اقتصادي وقانوني محدد متفق عليه في الاتفاقيات الدولية والقوانين وعند الشراح للاستثمار ، وذلك لتعدد الجوانب الاقتصادية والسياسية والقانونية التي تعرض نفسها عند وضع هذا التعريف، فهو ليس بالواقعة الاقتصادية أو القانونية المحددة التي يمكن حصرها في إطار تعريف يتسم بالثبات والجمود، بل على العكس من ذلك إنه يمثل مفهوماً متغيراً ومتطوراً، يتغير ويتطور بتطور الظروف والأوضاع ليس على مستوى الدولة فحسب وإنما على المستوى الدولي أيضاً. ولكن على الرغم من كل ذلك يمكن أن نقول بأن تعريف الإستثمار على ضوء ما إستقر عليه التشريع والفقهاء القانوني والقضاء السوداني هو: إستقطاب رؤوس الأموال بغية إنشاء مشاريع جديدة أو ما هو قائم ، تحقق الربحية للمستثمر وتسهم في زيادة الإنتاج والتنمية للدولة المضيفة.

المطلب الثاني

التطور التاريخي للاستثمار

أولاً: فترة ما قبل الحرب العالمية الأولى:

تمثل الاستثمارات في فترة قبل الحرب العالمية الأولى مرحلة ازدهار الاستثمارات الدولية، إذ بلغت فيها تلك الاستثمارات قمتها. ويرجع ذلك إلى عوامل قيام الثورة الصناعية وزيادة الإنتاج والموارد، الأمر الذي نبه الاقتصاديين ورجال الأعمال

(1) د. عبد العزيز سعد يحيى ، المركز الثانوي للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص 21 - 22.

إلى ضرورة اللجوء إلى الادخار والاستثمار في الداخل ثم في الخارج تلبية لمتطلبات الصناعة والتجارة، وتتميز هذه المرحلة كذلك ببروز دول أوروبا الغربية وعلى وجه الخصوص بريطانيا في مجال الاستثمار الدولي بوصفها الدولة المصدرة الأولى لرأس المال ، فقد كانت الصناعة الإنجليزية متفوقة على ما عداها تفوقاً ملحوظاً، وكانت تجارتها الخارجية منظمة، بحيث أن تصديرها للسلع لم تكن تقابله عوائق فنية (1)، إذ تسببت النهضة الصناعية في تركيز قواها في مجال التصنيع، واستيراد مقدار كبير من احتياجاتها من المواد الأولية من الخارج، كما نعمت باستقرار سياسي وتوسع كبير في نشاطها الاقتصادي الداخلي مكنها من زيادة مدخراتها التي كانت بدورها دافعاً لإنشاء سوق المال في لندن، فضلاً عن مستعمراتها وتوابعها قد هيا لها مجالاً واسعاً وأماناً للاستثمار.

وقد توجهت الاستثمارات في هذه المرحلة إلى القارة الأوروبية وساعدت في نمو الثورة الصناعية فيها. ثم توجيه قسم كبير منها، في نهاية القرن التاسع عشر إلى الدول المنتجة للمواد الأولية كالولايات المتحدة الأمريكية وكندا والأرجنتين وأستراليا ونيوزلندا والهند، ولم تستقطب الدول النامية في آسيا وإفريقيا إلا قدرًا ضئيلاً لا يتجاوز (6.8%) من مجموعها. وقد استمر هذا التوزيع الجغرافي للاستثمار الأجنبي حتى عام 1913م. أما القطاعات الاقتصادية التي كانت مركز الاستثمار الدولي في هذه المرحلة ، فهي قطاع النقل في السكك الحديدية الذي حطى بنسبة (40.6%) من مجموع الاستثمارات، يليه القروض العامة بنسبة (29%)، ثم الاستثمار في المواد الأولية بنسبة (8.4%)، وأخيراً التجارة والصناعة بنسبة (5.5%) من المجموع (2).

ثانياً : فترة ما بين الحربين العالميتين :

تسببت الحرب العالمية الأولى في فقدان كثير من الدول المصدرة لرأس المال، مثل بريطانيا وفرنسا وألمانيا، وجزء كبير من استثماراتها في الخارج، سواء كان بالبيع لمواجهة نفقات الحرب، أم بالتدمير المادي أم المصادرة ، وتتميز هذه الفترة بظهور

(1) د. باهر عتلم، د. سامي السيد، الاقتصاد الدولي، دار النهضة العربية ، ط1 ، 1996م ، ص 160 – 166.

(2) د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية،

بيروت الأجنبية الموسوعات والأخطار، بيت الحكمة، بغداد، 1998م ، ص 27.

دول أخرى في مجال الاستثمار الأجنبي كالولايات المتحدة الأمريكية، حيث بلغ حجم رؤوس الأموال الأمريكية المستثمرة في الخارج في متوسط العقد (1920 - 1929م) حوالي اثنين بليون دولار سنوياً⁽¹⁾.

وقد شهدت هذه الفترة تراجعاً بسبب الحربين العالميتين، وعدم الاستقرار الاقتصادي والسياسي الذي ساد فترة ما بينهما ، كما أن الظروف الاقتصادية الدولية في تلك الفترة لم تكن تسمح بنمو أكبر للاستثمارات بسبب عدم استقرار الأوضاع النقدية في أوروبا نتيجة التضخم الذي ساد معظم الدول في العشرينات، وبسبب الكساد الاقتصادي الكبير الذي حلّ بالنظام الرأسمالي، فضلاً عن ذلك غياب تنظيم قانوني دولي موحد للتجارة الدولية ولاسيما فيما يتعلّق باختلاف السياسة الجمركية من دولة لأخرى كان يشكل هو الآخر عائقاً أمام نمو الاستثمارات الأجنبية⁽²⁾.

ثالثاً: فترة بعد الحرب العالمية الثانية:

إن أهم الآثار التي ترتبت على قيام الحرب العالمية الثانية، تمثلت في تصفية كثير من الاستثمارات ، فقد تم بيع كثير منها، بجانب مصادرة جانب مهم منها نظراً لما صاحب الحرب وما لحقها من ظروف سياسية وعسكرية واجتماعية في دول العالم. وقد أدت هذه الظروف التي تعد في الواقع إنها نتائج الحرب المذكورة إلى تحول دول كبيرة كانت مصدره لرأس المال، لتصبح في مركز مدين في مواجهة الدول الأخرى، فقد أصبحت بريطانيا على سبيل المثال مدينة لمصر والهند، والكثير من الدول النامية الأخرى، كما اقتضت أموالاً كبيرة من الولايات المتحدة الأمريكية⁽³⁾.

وتسببت الحرب المذكورة من جهة أخرى في زيادة أهمية الولايات المتحدة واعتبارها مركزاً رئيسياً لتصدير الأموال على الخارج، سواء للدول المتقدمة أو النامية، إذ بلغ حجم زيادة رؤوس الأموال الأمريكية الخاصة المستثمرة بين عامي 1946 - 1952م حوالي (788.1) بليون دولار⁽⁴⁾.

(1) هناء عبد الغفار السامرائي، الاستثمارات الأجنبية الموسوعات والأخطار، بيت، الحكمة، بغداد ، 1998م ، ص 27.

(2) د. عمر محي الدين، التخلف والتنمية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1975م ، ص 497 - 498.

(3) د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق ، ص 74.

(4) د. أحمد بديع مليح، الاقتصاد الدولي (مدلول ميزان المدفوعات المصري وتطور الاقتصاد الدولي)، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ص 112.

وتتميز هذه الفترة كذلك بانتقال رأس المال العام، بشكل خاص من الولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي سابقاً (روسيا حالياً) إلى الدول المختلفة في هيئة قروض وإعانات بهدف إعادة أعمار وتنمية اقتصادياتها، فضلاً عن ظهور هيئات التمويل الدولية كالبنك الدولي وصندوق الأمم المتحدة الخاص للتنمية الاقتصادية، ويرجع ذلك في الواقع إلى عزوف رأس المال الخاص عن الاستثمار في كثير من الدول ولاسيما أوروبا الغربية، نتيجة للمعوقات السياسية والقانونية والاقتصادية التي خلفتها الحرب الأخيرة⁽¹⁾.

مع ذلك لا بد من الإشارة إلى بروز أهمية الاستثمار المباشر في هذه الفترة، بينما انخفضت أهمية الاستثمار غير المباشر، حيث بلغ مقداره بين عامي 1946 - 1952م حوالي (664) بليون دولار ، ويلمس الواقع نفسه في الأعوام 1975 - 1977م حيث تراجعت الاستثمارات المباشرة بسبب حدوث الأزمة النفطية الثانية، إلا أنها عاودت الازدهار بعد ذلك، فقد بلغ مقدارها عام 1996م مثلاً حوالي (359) مليار دولار وتطورت عام 2000م حتى وصل مقدارها (1480) مليار دولار⁽²⁾.

المهم أن نثبت هنا بأن الاستثمار المباشر قد تراوح بين نسب متقاربة من حيث نسبته في الدول المتقدمة عنه في الدول النامية. فقد بلغ نصيب الدول المتقدمة (58%) من الإجمالي، في حين بلغ نصيب الدول النامية (37%) فقط. وقد تطور الاستثمار غير المباشر هو الآخر فبلغ 45 بليون عام 1993م إلا إنه انخفض عام 1994م بنسبة 27%، وفي عام 1995م بنسبة 2%، لكنة عاود الارتفاع عام 1996م حيث زاد حجم رؤوس الأموال التي جمعتها أسواق رأس المال الدولية فوصلت قيمتها إلى (15) بليون دولار⁽³⁾.

ومما تقدم ذكره تلك الخطوط العريضة التي توضح الملامح الرئيسية للاستثمارات ومراحل التطور التي مرت بها من الفترة السابقة للحرب العالمية الأولى وإلى واقعنا المعاصر ، ويتضح من هذا العرض أن الاستثمار وحركته في نمو مستمر

(1) د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق ، ص 83.

(2) عمرو محي الدين ، التخلف والتنمية، مرجع سابق ، ص 482.

(3) رفعت المحجوب، المالية العامة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975م ، (2/ 220).

وتطور متواصل ، لكن هذا النمو والتطور لم يأت عبثاً، وإنما أسهمت فيه جملة عوامل
كان لها أثراً كبيراً في الاتجاه نحو الاستثمار عبر الحدود الوطنية وتطوره.

المطلب الثالث

التطور التاريخي للإستثمار في السودان

منذ نهاية الحرب العالمية الثانية يحاول الاقتصاديون تأصيل أسباب التخلف الاقتصادي والتعرف على السياسات والأساليب التي من شأنها أن تأخذ بيد البلدان النامية وتساعد على تحقيق تنميتها الاقتصادية والاجتماعية. وقد أجمع الاقتصاديون على أن رأس المال من أهم العوامل اللازمة لتحقيق التنمية الاقتصادية وأنه العامل الذي يتضافر مع الموارد الطبيعية والبشرية في العملية الإنتاجية ، كما أجمعوا على أنه من أهم الخصائص الاقتصادية للبلدان النامية ندرة ونقص رأس المال الذي يتوافر لدى هذه الدول ، وعدم كفايته لتمويل الاستثمارات اللازمة لتحريك عملية التنمية (1).

وعلى الرغم من أن رصيد البلدان النامية من رأس المال يعتبر أقل من المستوى اللازم لعملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، فإن هذا الرصيد المتواضع يُساء استخدامه بواسطة عوامل كثيرة منها: الانفاق الترفي ، الاستيلاء على هذه الأموال من قبل رجال السلطة والمقربين منهم ، زيادة الانفاق العسكري الذي وصل مثلاً في السودان في فترة قبل اتفاقية السلام 2005م ، لأكثر من (2.5) مليون دولار في اليوم كمتوسط (2). والتطور للإستثمار في السودان مر بمراحل مختلفة يمكن تفصيلها في أمرين: التخطيط للإستثمار والتطور التشريعي ، وتفصيل ذلك فيما يلي:

أولاً: إنطلاقة الإستثمار في السودان:

عرف السودان الاستثمار منذ أربعينات القرن الماضي ، وتم وضع أول برنامج إستثماري يغطي الفترة من (1946 - 1951م) ، وذلك بعد الحرب العالمية الثانية مباشرة ، وتم إنشاء إدارة في مصلحة المالية تحت مسمى إدارة الإنشاء والتعمير ، وتم وضع خمسة برامج للإستثمار في الفترة من (1945م - 1960م) ، وكانت عبارة عن حسابات جارية للتنمية ، وكان التركيز في الاستثمار على مشاريع الإنتاج لزيادة

(1) د. نزيه عبد المقصود ميروك ، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2006م ، ص 4.

(2) تصريح لوزير الدفاع السوداني عبد الرحيم محمد حسين ، لقاء قيادات ، الخرطوم ، معسكر العيلفون ، بتاريخ 2005/3/3م.

الدخل ، وكانت معظم الاستثمارات تقوم بها الحكومة ، وأعتمد البرنامج الأول والثاني على فوائد الميزانية العامة في التمويل دون اللجوء إلى الإستدانة من الداخل أو الخارج. ونجد أن هذه الإستثمارات لم ترتبط بأهداف اقتصادية أو اجتماعية ، بل أن الأسلوب المتبع كان يعتمد على تجميع المشروعات دون ربطها بأي أهداف⁽¹⁾.

وتعتبر الخطة العشرية (62/61 - 1971/70م) هي أول خطة لتوجيه الإستثمار ، وقد كانت مبنية على برامج وأهداف إقتصادية ، حيث إنتقلت البرامج الاقتصادية من مرحلة المشروعات العفوية ، إلى الخطة المبنية على أهداف كمية ونوعية ، حيث كانت الخطة متكاملة وإشتملت على مشروعات القطاع الخاص إلى جانب المشروعات العامة للدولة⁽²⁾.

ثم توالى خطط الاستثمار ، الخطة الخمسية (71 - 1975م) ، والخطة الستية (77-1982م) ، وبرنامج الاستثمار الثلاثي (80 - 1982م) ، والبرنامج الرباعي للانقاذ والإصلاح والتنمية (88-1991م) ، والبرنامج الثلاثي للانقاذ الاقتصادي (90-1992م) ، وبرنامج الإستراتيجية القومية الشاملة (92-2002م)، ثم أعقبها موجهاً الإستراتيجية الربع القرنية والبرنامج الاقتصادي متوسط المدى (2004م - 2010م)⁽³⁾ ، وأخيراً الخطة الخمسية الإيساعافية (2011م - 2016م) التي أعقبها إنفصال الجنوب.

يمكن القول بأن تجربة التنمية وتخطيط الاستثمار في السودان منذ الستينات وحتى أواخر الثمانينات ، كشفت عن ضعف إرتباطها بمنهج إنمائي موحد يعبر عن فلسفة الحكم والإدارة وفشل هذه الخطط في الربط بين مجموعة الاستراتيجيات والأهداف ، كما أن ضعف حصيلة الإستثمار خلال هذه الفترة ناتج عن ضعف الإدارة الاقتصادية.

ذلك عكس فترة التسعينات وما بعدها ، والتي كان الاستثمار خلالها يتم وفق تخطيط مسبق ورؤية واضحة ومنهجية ، وما يدل على ذلك إنشاء شبكة واسعة من

(¹) د. محمد الحسن مكاوي ، المتغيرات في النظام الإنمائي في السودان ، المركز القومي للإنتاج الإعلامي ، الخرطوم ، 2005م ، ص 60.

(²) د. خالد عبد العزيز حسن محمد ، سياسة التحرير الاقتصادي على مستقبل جذب الاستثمار في السودان ، رسالة دكتوراه ، جامعة شندي ، 2009م ، ص 152.

(³) د. خالد عبد العزيز حسن محمد ، سياسة التحرير الاقتصادي ، مرجع سابق ، ص 164.

الطرق والاتصالات ووسائل النقل باعتبارها بنية تحتية لازمة لعملية التنمية ، وتوج ذلك باستخراج البترول وقيام بعض الصناعات الإستراتيجية مثل صناعة الأسمت والحديد ، وعمليات التعدين والتوسع في بعض المشروعات القائمة مثل صناعة السكر وغيرها من الصناعات الضرورية ، وأهمها الطاقة الكهربائية.

واعتمدت الاستثمارات في السودان بشكل أساسي على الاستثمارات الأجنبية والتي تركزت في قطاع البترول بنسبة كبيرة جداً ، ثم قطاع الصناعة ، ثم قطاع الخدمات وأخيراً قطاع الزراعة.

ثانياً: مراحل التطور التشريعي للإستثمار بالسودان:

تأتي السياسة التشريعية على رأس السياسات باعتبار أن البيئة والأوضاع القانونية في الدولة هي إحدى أهم العوامل لجذب الاستثمارات ، فالتشريع هو أداة الدولة للتعبير عن رغبتها في قبول الاستثمارات والترحيب بها أو العكس. إن الدولة في سعيها لتشجيع الاستثمار ، لا يكفيتها منح الامتيازات فحسب ، وإنما بتشريع الحد الأدنى من القوانين التي تضمن قضاءً عادلاً متفاعلاً مع المجتمع الدولي ، ينكر ما ينطهر ويقر ما يقره ، فلا يشذ ولا يستعصم بقوانينه الوطنية⁽¹⁾. وقد بدأت الدولة بسياسة تنمية الاستثمار في السودان تأخذ شكلاً قانونياً منذ فجر إستقلال السودان في عام 1956م ، حيث أصدرت العديد من التشريعات التي تنظمه ، والتي نوجزها فيما يلي:

1. قانون الميزات الممنوحة لسنة 1956م:

هو أول قانون صدر للإستثمار في السودان⁽²⁾ ، وكان يشجع الاستثمار في القطاع الصناعي فقط ولم يشجع الاستثمارات الأجنبية.

2. قانون تشجيع وتنظيم الإستثمار الصناعي لسنة 1967م:

قضى هذا القانون بتشجيع الاستثمارات الأجنبية⁽³⁾ ومنحها الضمانات الأمنية والإمتيازات وكذلك التسهيلات التي تمنح للاستثمارات الوطنية.

(¹) أ. عثمان محمد الشريف ، شرط التحكيم البحري في سياق التحكيم الدولي ، بحث منشور في مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 2001م ، (238-273/246)

(²) قانون الميزات الممنوحة لسنة 1956م.

(³) قانون تشجيع وتنظيم الاستثمار الصناعي لسنة 1967م.

3. قانون التنمية وتشجيع الاستثمار الصناعي لسنة 1973م:
منح هذا القانون⁽¹⁾ المزيد من الإمتيازات والتسهيلات والتأكيد على عدم التأميم والمصادرة للمشاريع الاستثمارية إلا بأمر قضائي.
4. قانون تشجيع الإستثمار في الخدمات الاقتصادية لسنة 1973م:
شجع هذا القانون الاستثمار⁽²⁾ في قطاع الخدمات الاقتصادية عامة وقطاع النقل بصفة خاصة.
5. قانون التنمية وتشجيع الاستثمار الصناعي لسنة 1974م:
أصدر هذا القانون⁽³⁾ لمعالجة سلبيات قانون 1973م.
6. قانون تنمية الاستثمار الزراعي وتشجيعه لسنة 1976م:
صدر هذا القانون بغرض تشجيع الاستثمار⁽⁴⁾ في القطاع الزراعي بشقيه الحيواني والنباتي.
7. قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1980م:
برز إتجاه عام لتوحيد قوانين الاستثمار وتوحيد الجهة التي تشرف على الاستثمار في السودان وذلك عام 1980م ، ومن أجل ذلك صدر قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1989م⁽⁵⁾ بهدف تجاوز سلبيات تطبيق القوانين السابقة التي صدرت في ذلك الشأن مع الإهتمام بتجارب الدول الرائدة في مجال الإستثمار والإلتزام بتطبيق نصوص وأحكام الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1982م.
8. قانون تشجيع الإستثمار لسنة 1990م المعدل في 1991م:
شجع هذا القانون الاستثمارات⁽⁶⁾ في كل المجالات (صناعي ، خدمي ، زراعي وحيواني) وقد جاء شاملاً لكل مزايا الاستثمار وتسهيلاته.

(1) قانون التنمية وتشجيع الاستثمار الصناعي لسنة 1973م.

(2) قانون تشجيع الاستثمار في الخدمات الاقتصادية لسنة 1973م.

(3) قانون التنمية وتشجيع الاستثمار الصناعي لسنة 1974م.

(4) قانون التنمية الاستثمار الزراعي وتشجيعه لسنة 1976م.

(5) قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1980م.

(6) قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1990م المعدل لسنة 1991م.

9. قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1996م:

صدر هذا القانون⁽¹⁾ لمعالجة السلبات التي صاحبت تطبيق أحكام قانون 1990م ، حيث أعطى صلاحية منح الميزات للمشروعات الإتحادية والعبارة للولايات والاستثمار الأجنبي والمختلط للوزارات الاتحادية.

10. قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999م المعدل في 2000م:

من سمات هذا القانون⁽²⁾ أنه منح الامتيازات للمشروعات الإستراتيجية وغير الإستراتيجية ، حيث خصص لكل منها ميزات خاصة من حيث الإعفاء من الرسوم الجمركية والإعفاء من مدخلات الإنتاج وضريبة أرباح الأعمال وغيرها.

11. قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999م تعديل 2003م ولائحته التنفيذية:

هذا القانون⁽³⁾ شرع في سياق التطور التدريجي للتشريعات الاستثمارية السابقة، ولمواكبة المتغيرات الاقتصادية والسياسية والتشريعية على الساحة المحلية، وأيضاً لمواكبة الاستثمار الأجنبي المباشر أو المشارك الذي أصبح يلعب على الساحة الدولية والإقليمية دوراً بارزاً ومؤثراً في حركة إنتقال رؤوس الأموال الدولية والإقليمية ، وهو بذلك يهدف إلى تشجيع الاستثمار في المشاريع التي تحقق أهداف خطط التنمية والمبادرات الاستثمارية من قبل القطاع السوداني وغير السوداني والقطاع التعاوني والمختلط والعام وفقاً لما جاء بالمادة (6) منه.

12. مشروع قانون تشجيع الاستثمار لسنة 2011م:

تم وضع مسودة لقانون جديد⁽⁴⁾ للاستثمار ، عالج كافة المشاكل والعقبات التي كانت تعترض المستثمرين في قضايا الإعفاءات والحوافز والأرض، متضمناً تكوين المجلس الأعلى للاستثمار برئاسة رئيس الجمهورية وتكوين لجنة للفصل في إشكاليات المستثمرين وتذليل كافة العقبات أمامهم، إضافة إلى إنشاء عدد من المراكز للتحكيم والتوفيق. وما يجدر الإشارة إليه أن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م

(1) قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1996م.

(2) قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999م المعدل لسنة 2000م.

(3) قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999م ، تعديل 2003م.

(4) جريدة الرأي العام السودانية ، العدد 5087 ، بتاريخ 5/12/2011م.

وفي المادة (20) منه نص بجواز إنشاء هيئات تحكيم مستقلة ومتخصصة بموافقة وزير العدل⁽¹⁾.

وفي إطار أهداف الدولة المتعلقة بتشجيع وحماية لاستثمار أصدر رئيس القضاء سنة 1999م قراراً بخصوص عدم الحجز على أملاك المستثمر أو الآليات إلا بموجب قضاء وموافقة ، كذلك أصدر وزير العدل المنشور رقم (22) لسنة 2011م بعدم القبض على المستثمرين والحجز على أموال وعقارات المشروعات الإستثمارية إلا بإذن ، أيضاً أصدر رئيس القضاء قراراً سنة 2011م بتشكيل محكمة خاصة للإستثمار . ولكن يثور السؤال هل تشكيل محكمة خاصة بالإستثمار يعد تراجعاً لمكانة التحكيم في السودان ؟ الإجابة على ذلك بالنفي ، إذ أن التحكيم يقوم على إرادة الأطراف بالإتفاق عليه سواء بوضعه بنداً في العقد أو جاء لاحقاً بعد وقوع النزاع ، غير أنه في الحالة التي لا يوجد فيها شرط التحكيم أو الإتفاق عليه ، فإن ما يقع من منازعات يكون محلها الطبيعي هو القضاء ، وتشكيل محكمة خاصة بالإستثمار فيه تسهيل وتيسير للمستثمر وذلك بتحديد المحكمة المختصة التي يلجأ إليها مباشرة ، رغم ذلك يظل التحكيم هو الأنسب لتسوية منازعات الاستثمار للميزات التي يتصف بها.

كل ذلك يوضح رغبة الدولة في خلق بيئة مواتية ومناخ إستثماري جاذب لرؤوس الأموال ، من أجل إقامة شراكات إستراتيجية تحقق مصالح الدولة والمستثمر والمواطن ، غير أنه توجد بعض التحديات التشريعية التي تواجه الاستثمار في السودان تتمثل في:

1. تداخل الإختصاص الإتحادي والولائي والمحلي.
2. تعدد مصادر السلطات التشريعية.
3. عدم التنسيق بين التشريعات المنظمة للعمل الإقتصادي.
4. عدم وضوح المرجعية التشريعية.
5. مشاكل التشريعات ذات الصلة بالإستثمار (قوانين العمل ، قوانين تملك الأرض ، قانون الجمارك ، قوانين تحويل الأرباح ...).

(¹) قانون التحكيم السوداني رقم (15) المادة (1/20).

وحتى يتم الإسهام في خلق مناخ استثماري مؤاتي ، وبيئة استثمارية جاذبة ، بتعيّن توفير بعض الوسائل اللازمة لذلك منها ، أن تكون هناك جاهزية تشريعية ، وقانون استثمار ملائم ، وأن تصحبه لائحة واضحة ، وأن تكون القوانين ذات الصلة متنسقة معه ، وكذلك أن تكون السياسات الاقتصادية ، والضريبية وتسعير الأرض ملائمة وجاذبة⁽¹⁾.

ومما سبق يمكن القول أن معرفة السودان للإستثمار جاءت في بداية النصف الثاني من القرن الماضي ، كما يلاحظ عدم وجود المنهجية والخطة الإستراتيجية المستقبلية طويلة المدى مع إستقراء للمستقبل ، أضف إلى ذلك عدم الترتيب الجيد للأولويات ، حيث تذيلت الزراعة الترتيب في الاستثمارات ، إضافة إلى عدم الاستقلال الأمثل لثروات الأرض ويتمثل ذلك في التعدين العشوائي أو ما يعرف بالتعدين الأهلي عن الذهب.

كما أن التطور التشريعي لتشجيع الإستثمار قد مرّ بخطوات متلاحقة ومتسارعة وما زال ، من أجل خلق بيئة جاذبة لرؤوس الأموال ، غير أنه في بداياته إتسم بعدم الشمولية حيث نجده اقتصر على أنشطة دون غيرها ، مما يدل على إنعدام التخطيط وضعف الإدارة ، لينتهي منفتحاً على أوجه الإستثمار في مجالاتها المختلفة ، مقدماً لها الحوافز والضمانات ، متخطياً مرحلتي عدم الترحيب والتحفظ، وصولاً لمرحلة التشجيع المتزايد للاستثمار وطنياً كان أو أجنبياً.

المبحث الثاني

تعريف عقود الاستثمار وأطرافها

(¹) أ.د. أحمد مجذوب أحمد ، ورقة تمويل التنمية بولاية البحر الأحمر ، ملتقى الاستثمار الثاني ، ولاية البحر الأحمر بالتعاون مع اتحاد أصحاب العمل ، قاعة السلام ، بورتسودان ، خلال الفترة من 14 - 15 ديسمبر 2011م ، (1-28 ، 15).

تتال عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين بغرض تشجيع الاستثمار ، لتحقيق التنمية الاقتصادية بأهمية كبيرة ، وقد تشعبت الآراء حول تحديد ماهيتها ، والاتفاق على تعريف لها ، نسبة لعقود الدولة المتعددة والمتنوعة في المجالات الأخرى ، هذا ما سنعرض له في المطلب الأول ، كما أن هذه العقود كغيرها تقوم على تلاقي إرادتين بغرض أحداث أثر قانوني معين، تمثل أطراف العقد ، الدولة المضيفة لرأس المال (الطرف الأول) ، والدولة المصدرة لرأس المال (الطرف الثاني) وما بينهما من هيئات ومؤسسات وأشخاص طبيعية ، هذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف عقود الاستثمار

لقد تعددت وجهات النظر ، واختلفت المضامين المعطاة لهذه العقود من أجل تحديد ماهيتها ، وذلك يرجع إلى الخلط بينها وبين عقود الدولة الأخرى ، كما أنه لا يوجد عقد مسمى نستطيع أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار ، ففكرة هذه العقود هي أقرب ما تكون إلى كونها فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة⁽¹⁾. وقد عرفت بأنها:

1- كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد⁽²⁾.

2- مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية ، بهدف المساعدة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية

(1) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، القاهرة ، 2004م ، ص 11.

(2) د. عصام الدين القسبي ، خصوصية التحكم في منازعات عقود الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط 1 ، 1993م ، ص 10.

والاجتماعية للبلد المضيف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صور مالية أو عينية⁽¹⁾.

كذلك تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد المقصود بهذه العقود ، حيث وصفها أحد المُحكِّمين في تحكيم SAPHIRE ضد شركة النفط الإيرانية عقد الاستثمار بأنه : "عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام ، وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي ، وكل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية ، إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية الحق في استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة ، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام"⁽²⁾.

يلاحظ في القوانين الخاصة بالاستثمار لم تعرف عملية الاستثمار في إطار التعريف الفني كعقد ، ولعل هذا الأسلوب يتناسب مع عمليات المشروع الاستثماري وتنوعها ، إذ تتم بعض هذه العمليات من أطراف مختلفة كالبنوك التي تقوم بها ضمن عملياتها المصرفية والتمويل ، خاصة البنوك الإسلامية في صور عقود المضاربة والمرابحة وعقود السلم ، إلا أن هذا لا يقف حجرة عثرة مانعة أمام المحكمة في تكييف هذه العقود ، هذا ما نلاحظه في القوانين الخاصة بالاستثمار في القانون السوداني وهي عديدة⁽³⁾.

ومن تعريفات عقد الإستثمار يلاحظ أن أحد أطرافه دائماً ما يكون الدولة المضيفة ، وهذا لا يمنع من أن يكون أحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين التابعة لجنسية الدولة المضيفة تبرم مثل هذه العقود مع المستثمر الأجنبي ، وذلك من أجل تنمية الدولة المضيفة اقتصادياً واجتماعياً وبخاصة المجالات المختلفة ، بمعنى أن عقود الاستثمار ليست قاصرة على قيام الدولة المضيفة وحدها بأن تبرمها مع المستثمر الأجنبي ، بل يمكن لشخص طبيعي وليكن رجل أعمال بمفرده ، أو شركة اعتبارية ذات كيان قانوني مستقل عن الدولة يقوم أو تقوم بعمل مثل هذه العقود لنقل التكنولوجيا التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي والتقدم العلمي . ذلك لتنمية الاقتصاد

(1) د. علي إبراهيم علي ، العلاقات الدولية وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997-1998م ، ص 317.

(2) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 12 - 13.

(3) رنا سيد بيومي ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة النيلين ، 2008م ، ص 7.

الوطني والعمل على رفع تقدمها ، فمثلاً يجوز لشركة سودانية أن تبرم عقد استثمار مع شركة أجنبية (مستثمر) في مجال معين ، وليكن مجال صناعة السيارات أو الآلات الزراعية أو معدات صناعة الطرق أو نشاط عقاري ، وتكون الدولة ليست طرفاً فيه ، حيث أن العقد من أجل استثمارات مشتركة بين شركتين ، سواء بإنشاء شركة مشتركة بينهما أو عمل وكالة تجارية للشركة السودانية (شركة الدولة المضيفة) ، فمثل هذه العقود تعتبر عقود استثمار لرأس المال الأجنبي.

هذا من ناحية الطرف الأول وهو طرف الدولة المضيفة ، كما أنه لا مانع من أن يكون الطرف الثاني طرف الدولة المصدرة لرأس المال ، أي أن تكون هي الدولة المضيفة نفسها متمثلة في الحكومة أو هيئات تابعة لها ، فلا يشترط أن يكون الطرف الثاني فرداً أو شركة طالما أن العقد المبرم بين الدولتين المضيفة والمصدرة لرأس المال من أجل التنمية الاقتصادية واستثمار لرأس المال ففي هذه الحالة ينطبق عليها وصف عقد الاستثمار.

وفي الواقع المعاصر لا يستطيع أحد الجزم بأن المشروعات الصناعية الكبيرة في أي بلد بأنها وطنية بجميع عناصرها وأشكالها وتفصيلها ، وفي الغالب لا بد من توافر عنصر أجنبي أو أكثر في مثل هذه المشروعات ، وقد يقوم العنصر الأجنبي بالتمويل ، والمتمثل في وجود مساهمين أو مقرضين أجنب ، أو في الخبرة ، أو براءة الاختراع ، أو في المادة الأولية...⁽¹⁾. كما استعانت الدول الآخذة في هذا النمو بالاستثمار الأجنبي الخاص وذلك لتوفير رأس المال اللازم وفي ظروف مختلفة بإنشاء صناعات متطورة في عدة مجالات⁽²⁾.

يتفق الباحث مع الرأي الذي أورده أحد الشراح لعقود الاستثمار بأنها: "هي تلك الطائفة من العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري ، يلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أراضيها ، والتي تتعدد

(1) د. إبراهيم شحاتة ، المشروعات الاقتصادية الدولية المشتركة ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1999م ، ص 6.

(2) د. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1993م ، ص 9.

نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية ، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيئة والريح للمستثمر⁽¹⁾.

غير أن هذا التعريف قصرها على الشخص الخاص دون العام ، وعلى الشخص الأجنبي دون الوطني ، في الوقت الذي يمكن أن يكون فيه أحد الأطراف الموقعة مع الدولة المضيئة للإستثمار دولة أخرى ، أو شخص وطني من رعاياها. ومما سبق يمكن تعريف عقود الإستثمار بأنها: تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص عام أو خاص ، طبيعي أو إعتباري ، أجنبي أو وطني ، يلتزم بمقتضاها المستثمر بنقل قيم إقتصادية إلى الدولة المضيئة لإستغلالها في مشروعات على أراضيها ، والتي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية ، بهدف تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة المضيئة والريح للمستثمر والرفاهية للمواطن.

المطلب الثاني

(1) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 485.

أطراف عقود الاستثمار

تقوم عقود الاستثمار كأى عقود أخرى عند تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين⁽¹⁾ ، حيث أنها تتميز في أغلبها بحقيقة هامة ، وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها ، وذلك عندما يكون أحد أطراف العقد هو شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو الدولي ، وهو ما يتمثل في الدولة عندما تباشر أعمال أخرى التي لا تتعلق بالسيادة⁽²⁾، في حين أن الطرف الثاني هو شخص خاص - طبيعي اعتباري - لا يتمتع على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية بركن السيادة ، وهو غالباً ما يكون الطرف المستثمر⁽³⁾.

أولاً: الطرف الأول: الدولة المضيفة

طرف الدولة المضيفة قد يكون:

1. الشخص الطبيعي أو الاعتباري كطرف في عقد الاستثمار:

كما وضح عند تعريف عقد الاستثمار أنه يتم من أجل التنمية الاقتصادية في كافة المجالات للدولة المضيفة وتنفيذاً لخطة تنميتها ، ووضح أن عقد الاستثمار ليس قاصراً على الدولة المضيفة فقط ، حيث يمكن للشخص الطبيعي - فرد عادي - وشخصية اعتبارية تتمتع بجنسية الدولة المضيفة أن تبرم مثل هذه العقود وتسري عليها أحكامها وتتمتع بالحماية القانونية الخاصة بها ، وذلك في حالة إذا كانت هذه العقود تتم من أجل إنشاء مشروع كبير إقتصادي تستفيد منه الدولة المضيفة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر وعادة ما يتم من خلال إنشاء شركة مشتركة بين الشخص الوطني والمستثمر الأجنبي لإنشاء مشروع ضخم سواء في المجال الصناعي أو الزراعي (استصلاح الأراضي وزراعتها....) حيث أن مثل المشاريع لا تكون الدولة طرفاً فيها على الرغم من أنها تتعلق باستثمارات تختص برأس المال للمستثمر الأجنبي داخل الدولة المضيفة ، على الرغم من أن الشخص الوطني يسعى إلى الربح ولكن مقابل تحقيقه للربح تعود هذه النوعية من العقود على الدولة المضيفة بفائدة كبيرة فهي تعمل على توفير فرص العمل وتخفيف

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1992م ، ص 56.

(2) د. عبد العزيز نجم ، حصانات السيادة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1989م ، ص 42.

(3) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الحديثة ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2009م ، ص 17.

البطالة ، وهو ما يساعدها لحلّ هذه المشكلة ، وتقوم الدولة بتحصيل الضرائب عن أرباح هذه المشاريع ، ودخول عملة أجنبية داخل الدولة وتحقيقاً لتميتها ، وفقاً لما تتجز من خطط موضوعة من قبلها ، وكل هذا يتفق مع سيادة الدولة المضيفة بمشاركة القطاع الخاص في تنميتها والعمل على تقدمها.

وقد بدأت الدعوة لدور أكثر فاعلية للقطاع الخاص منذ السبعينات وحتى الآن في معظم دول العالم المتقدمة والنامية حتى تكاد تكون نسبة القطاع الخاص أكثر من نسبة القطاع العام في معظم الدول⁽¹⁾.

في الفترة الأخيرة إتجهت معظم الدول المضيفة إلى مشاركة القطاع الخاص في تنميتها ، فقد كان سابقاً لا يقوم القطاع الخاص بمثل هذه العقود ، ولكن مع التقدم العلمي والسماح للقطاع الخاص بالمشاركة بدأ هؤلاء بإبرام العقود ، بدأت تظهر على الساحة الدولية مشاركة المستثمرين الوطنيين في الدولة في تنميتها وتنفيذ خططها الاقتصادية مما جعلهم يبرمون هذه العقود⁽²⁾.

على الرغم من مشاركة القطاع الخاص (الشخص الطبيعي أو الاعتباري) ، رجال الأعمال الوطنيين في إبرام عقود الاستثمار التي تتم مع المستثمر الأجنبي من أجل تنمية الدولة المضيفة ، تنفيذاً لخططها الاقتصادية إلا أن هذه العقود لا تكون أكثر من العقود التي تبرمها الدولة المضيفة ، بمعنى أن عقود الاستثمار غالباً ما تتم أغليبتها عن طريق الدولة المضيفة. من أمثلة ذلك:

توقيع شركتين كويتيتين عقد إستثمار سكنى ضخم يطل على الحرم المكي بقيمة 390 مليون دولار (مجموعة عارف الاستثمارية) و (الشركة الدولية للايجارة والاستثمار) في جدة على عقد استثمار مشروع جديد وفريد من نوعه باسم "برج زمزم" تبلغ تكلفته الإجمالية 390 مليون دولار أمريكي⁽³⁾.

(1) د. هدى محمد صبحي مصطفى ، دور الاستثمار الخاص في تحقيق التنمية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط1 ، 1988م ، ص 74.

(2) د. غسان علي ، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم.. ، مرجع سابق ، ص 221.

(3) وقد وقع العقد عن مجموعة عارف الاستثمارية رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب الدكتور علي الفهد الزميع وعن الشركة الدولية للايجارة والاستثمار رئيس مجلس الإدارة والرئيس التنفيذي خالد راشد الهاجري وعن مجموعة بن لادن السعودية - مطور المشروع - بكر بن لادن رئيس مجلس الإدارة. ويهدف العقد الموقع إلى استثمار "برج زمزم" الذي يعد أحد أبراج مشروع "مجمع أبراج البيت" الذي تمتلكه المجموعة والواقع ضمن أوقاف

2. الدولة كطرف في عقد الاستثمار:

تقدم الدولة في سعيها إلى تحقيق تميمتها الاقتصادية العديد من العقود اللازمة لذلك مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها إلى تنفيذ خططها الاقتصادية ، وعندما تبرم الدولة هذه العقود غالباً ما تبرمها بطريق مباشر عن طريق رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء ، أو تبرمها بطريق غير مباشر عن طريق أحد المؤسسات أو الهيئات التابعة لها بإبرامها.

لما كان ذلك من المتفق عليه أنه في حالة قيام الدولة بإبرام عقود الاستثمار بشكل مباشر عن طريق الحكومة لا يثير أي صعوبة ، حيث أن الدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الدولي لها الحق أن تبرم مثل هذه العقود فلا مجال هنا في هذا البحث لشرح التفاصيل الخاصة بمفهوم الدولة⁽¹⁾.

الملك عبد العزيز المخصصة لخدمة الحرمين الشريفين ، لمدة تصل إلى 24 عاماً هجرياً وفقاً لنظام ل BOT ، كما يهدف أيضاً للاستفادة من الحاجة المتنامية لتوفير وحدات سكنية وعلى مدى تلك السنوات في منطقة الحرم الشريف وبشكل يخدم الأهداف الإستراتيجية للمستثمرين والمنتهجين من هذا المشروع على حد سواء. ويشمل عقد الاستثمار استثمار 31 طابقاً من برج زمزم الذي تبلغ مساحته الكلية 91326 متراً مربعاً ، حيث ستقوم بطرح الوحدات السكنية الموجودة ضمن البرج والبالغ عددها 1457 وحدة سكنية صممت وفق أفضل المواصفات الفنية على الجمهور من مستثمرين وأفراد للاستفادة منها وفقاً لما يعرف باسم (صكوك الإجارة) وضمن صيغة تم تطويرها خصيصاً من أجل هذا المشروع وبشكل يتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية وتلبي متطلبات الجمهور في شتى بلدان العالمين العربي والإسلامي . ويمتاز مشروع برج زمزم بإطلال وحداته مباشرة على الحرم المكي الشريف ، حيث تطل 40% من وحداته السكنية على الحرم المكي ، فيما تطل 41% على الكعبة المشرفة مباشرة. ويمتاز المشروع بمرونة تصميمه الداخلية ، بالإضافة لتمتعه بأنظمة أمن وسلامة متطورة ، وأنظمة خاصة لنقل الأذان والإقامة المباشرة من الحرم المكي للوحدات السكنية في الأبراج ، ونظام جديد لمعالجة ونقل النفايات ، ونظام التكيف المركزي ، وتكمن أهمية مشروع "برج زمزم" في أن الشركتين المستثمرتين في المشروع تعتبران من أكبر الشركات الاستثمارية الإسلامية الكويتية. أما الجانب السعودي المشارك في المشروع فهو "مجموعة بن لادن" السعودية المطورة للمشروع ، إحدى أكبر شركات المقاولات السعودية. ستتولى إدارة البرج شركة عالمية متخصصة في مجال إدارة الفنادق والمنتجات ، ويعد مشروع برج زمزم فرصة فريدة للمستثمرين الراغبين في الدخول في استثمارات قصيرة إلى متوسطة الأجل في مكة المكرمة أثبتت الدراسات أنها تحقق عوائد مجزية يشار إلى مشروع أبراج البيت يضم أربعة أبراج سكنية هي (الصفا - زمزم - هاجر - المرؤة) ، ويبلغ عدد الوحدات السكنية لهذه الأبراج 5500 وحدة سكنية ، كما يشتمل المشروع أيضاً على فندق خمسة نجوم ومجمع تجاري ضخم للتسويق . ولمزيد من التفاصيل الموقع الإلكتروني: <http://www.Asharqulawsat.com/details.asp?section=68&article=165320&issueno=8920>

(1) د. عبد العزيز عبد الغفار نجم ، حصانات السيادة ، مرجع سابق ، ص 59.

بينما تثار الصعوبة عندما يكون الطرف الأول الذي أبرم عقد الاستثمار مؤسسة أو هيئة عامة تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة عن الدولة ، ولكن في ذات الوقت توجد علاقة تبعية بينها وبين الدولة ، فهل تعتبر الدولة طرفاً في عقد الاستثمار؟

بالرجوع للقضاء والشرح نجد أن هناك معيارين أساسيين يمكن اللجوء إليهم لتحديد آثار العقد الذي تبرمه هيئة عامة أو مؤسسة تابعة للدولة يمكن تلخيصها فيما يلي⁽²⁾:

المعيار الأول: المعيار القانوني:

يعتمد هذا المعيار على عملية التوقيع المادي على العقد والاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الهيئة الحكومية التي قامت بالتوقيع على العقد⁽³⁾، بمعنى أنه طالما أن الذي وقع على العقد وأبرمه هو الهيئة أو المؤسسة التي تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة ولها ميزانيتها المالية الخاصة وغيرها من الأمور ، فيجب أن تتحمل المسؤولية الكاملة الناتجة عن هذا العقد ولا دخل للدولة فيه ، وبالتالي استناداً لهذا المعيار لا تكون الدولة طرفاً في العقد المبرم بواسطة المؤسسات أو الهيئات طالما هذه الأجهزة تتمتع بذمة مالية وشخصية قانونية مستقلة عن الدولة ، وقد أخذ بهذا المعيار العديد من أحكام التحكيم ، منها على سبيل المثال قضية هضبة الأهرام⁽⁴⁾.

(2) د. رمضان على عبد الكريم ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2009م ، ص 102.

(3) د. سلافة فرس عزب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، 1998م ، ص 99.

(4) يتعلق النزاع في هذه القضية بعقد أصلي أبرم في 1974/9/23م بين وزير السياحة المصري ممثلاً لحكومة جمهورية مصر العربية والهيئة العامة للسياحة والفنادق المصرية (إيجوث) EGOth من جهة وشركة ممتلكات جنوب الباسفيك S.P.P وشركة جنوب الباسفيك الشرق الأوسط S.P.P.M.E بهونج كونج طرف ثاني. وذلك بهدف إنشاء مركزين سياحيين أحدهما يجاور مقر الإهرامات والآخر برأس الحكمة . يولد هذا العقد إلتزامات على عاتق الطرفين. تلا ذلك في 1974/12/12م إتفاق وقعته شركة الفنادق المصرية وشركة جنوب الباسفيك ، إشارة إلى الإتفاق الأصلي المتقدم ذكره ، وكان وزير السياحة حاضراً عند توقيع الإتفاقية ، وفي نهاية عقد الإتفاق وخط يده كتب عبارة: (وفقاً عليه مؤكد ومصدق) ، وفي نفس تاريخ التوقيع 1974/12/12م أكد وزير الإسكان والتعمير لمدير شركة الباسفيك أن الدولة بسبيل مد المرافق لمقر المشروع.

وحيث أن تحديد الطرف في العقد سيترتب عليه تحديد مساحة الضمان والأمان الذي سوف يتوفر للمستثمر الأجنبي عند نشوب نزاع يتعلق بالعقد.

وفي تقدير الباحث أن الأخذ بهذا المعيار القانوني سيترتب عليه تضيق نظام الضمان والأمان الذي يتوفر للمتعاقد الآخر ، وهو المتمثل في المستثمر الأجنبي الذي يبحث عن الضمانات الكافية والأمان لاستثمار أمواله من أجل تحقيق أكبر ربح ممكن دون التعرض لأي خسارة مستقبلية هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن الأخذ به بغض النظر عن أشخاص قد مارسوا دوراً فعالاً ومؤثراً في تكوين العقد أو تنفيذه على الرغم من أنهم لم يوقعوا على العقد مادياً.

هذا المعيار يمتاز بتحقيق الاستقرار القانوني في الروابط العقدية ، حيث يعرف كل طرف مقدماً من سيكون ملتزماً أمامه بتنفيذ العقد والآثار المترتبة عليه.

المعيار الثاني: المعيار الاقتصادي:

يستند هذا المعيار على تحديد مفهوم الطرف في العقد على الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تمارسها الدولة من جراء العقود التي تبرمها المؤسسات والهيئات التابعة لها⁽¹⁾ ، بمعنى أن مجرد تمتع المؤسسات والهيئات العامة بالشخصية القانونية يجب ألا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني ، طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد وقعت عليه مادياً تقوم بتطبيق وتنفيذ سياسات مرسومة سلفاً من قبل الدولة التي تنتمي إليها وتمثل مصالحها العامة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية على الرغم من تمتعها

ولقد ورد العقد الأصلي خالياً من شرط التحكيم ، بينما تضمن العقد الثاني شرط تحكيم لدى غرفة التجارة الدولية I.C.C بباريس. وإزاء معارضة شعبية وطنية جارفة للمشروع اضطرت السلطات المصرية إلى الرضوخ لها وإعتبار هضبة الإهرام منطقة أثرية ، ووفق أعمال المشروع ، وعدم صحة نقل حيازة الأراضي وتعيين إدارة قضائية على الشركة المشتركة (شركة التنمية السياحية) وإلغاء المشروع ككل.

فتمسكت شركة الباسفيك بشرط التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ، ورفعت دعوى تحكيم ضد الحكومة المصرية وشركة الفنادق المصرية ، فدفعت الحكومة المصرية بحصانتها وأنها ليست طرفاً في العقد ، ففضى حكم التحكيم لصالح الشركة ، فلجأت مصر إلى محكمة استئناف باريس بدعوى إبطال حكم التحكيم متمسكة بحصانتها ، وانتهت المحكمة إلى ابطال حكم التحكيم ، باعتبار أن الهيئة العامة للفنادق لها شخصية مستقلة عن الدولة. د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 105.

(1) د. شريف محمد غانم ، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 299.

بالشخصية المستقلة عن الدولة ، إلا أن هذه المؤسسات أو الهيئات العامة في حالة تبعية للدولة تمارس الأخيرة عليها الرقابة والإشراف والتوجيه سواء فيما يتعلق برأس مالها أو إدارتها أو بالأعمال التي تقوم بها ، حيث يصعب فصلها عن الدولة في هذه الحالات⁽¹⁾.

يمتاز هذه المعيار بأنه تتسع فيه مساحة الأمان والضمان أمام الطرف الآخر وهو المستثمر الأجنبي عند نشوب أي خلاف ، حيث يضيفي صفة الطرف على الأشخاص ذوي النفوذ الاقتصادية والمقدرة الاقتصادية الواسعة ، بما يعنيه ذلك التزامهم بتنفيذ بنود العقد على الرغم من أنهم يمارسون دورهم سواء في مرحلة تكوين العقد أو مرحلة تنفيذه بشكل مستتر خلف آخر يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة ، في هذا المعيار يتم تحديد صفة الطرف على أساس وظيفي يتحرى حقيقة الواقع الاقتصادي للعملية التعاقدية في مجملها ، وبالتالي النظر خارج الوثيقة العقدية (العقد) لتحديد من يعدُّ طرفاً ومن يعدُّ من الغير⁽²⁾ من أمثلة ذلك:

الحكم الصادر عن هيئة تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 94/51⁽³⁾ ، وذلك بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الأفريقية ووزير إسكان وجهاز حكومي أفريقي خاص بالصرف الصحي.

فإذا تم عقد مقارنة بين المعيارين القانوني والإقتصادي نجد أنهما:

1. المعيار القانوني تضيق فيه مساحة الضمان والأمان للمستثمر ، بينما يمتاز المعيار الإقتصادي باتساع تلك المساحة أمام الطرف الآخر.
2. المعيار القانوني يحقق إستقرار الروابط العقدية وذلك بتحديد الطرف الملتمزم بتنفيذ العقد ، في حين أنه في المعيار الإقتصادي قد تتداخل وتتعدد الأطراف الملتمزة بالتنفيذ.

(1) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 20.

(2) د. سلافة فارس عزب ، اختلال العلاقات العقدية ، مرجع سابق ، ص 100.

(3) هذه القضية بالتفصيل في :د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي (1984 - 2000م) ، ط 1 ، 2002 ، ص 48.

3. المعيار القانوني لا يؤدي إلى إشباع رغبة الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تنشدها في حين أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي يؤدي إلى ذلك الإشباع وتحقيق تلك الرغبة.

يرجح الباحث المعيار الاقتصادي في تحديد الطرف في عقود الاستثمار التي تقوم بإبرامها المؤسسات والهيئات العامة⁽¹⁾ وذلك على أساسين هما:
الأول: أن العائد الاقتصادي والاجتماعي لعقود الاستثمار التي تبرمها المؤسسات والهيئات العامة التابعة للدولة ، يتمشى بشكل مباشر و أساسي مع المصالح الاقتصادية والاجتماعية التابعة لها. حيث أن الدولة قامت بإنشاء هذه المؤسسات والهيئات ومنحتها الشخصية القانونية المستقلة للاستفادة منها ومن العائد ، والأثر الناتج عن مباشرة هذه المؤسسات والهيئات لعملها والتي لا تعد سوى الأداة المنفذة لسياسة الدولة التي تتبعها وتستخدمها كيفما تشاء.

الثاني: أن الأخذ بهذا المعيار تنتسج فيه مساحة الضمان والأمان أمام الطرف الآخر ، وهو في هذه الحالة المستثمر الذي يبحث عن استثماره لأمواله إلى الضمانات والأمان الكافي لاستثماراته حتى تعود له بالربح ، واستناداً على هذا المعيار يمكن للمستثمر الرجوع على الدولة عند نشوب أي نزاع ينشأ بينه وبين المؤسسة أو الهيئة العامة التابعة للدولة.

خلاصة ما تقدم أن الطرف الأول في عقود الاستثمار (طرف الدولة المضيفة) قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً (شركة) تتمتع بجنسية الدولة المضيفة، وقد تكون الدولة بمفهومها المعروف في القانون الدولي العام ، الدولة ذات السيادة ، سواء تعاقدت مع الطرف الآخر المستثمر الأجنبي إما بشكل مباشر بواسطة حكومتها ، أو التعاقد معه بواسطة أحد الهيئات العامة والمؤسسات التابعة لها ، وفي الحالتين تنصرف آثار العقد إلى الدولة المضيفة طالما أن هذه الهيئات العامة والمؤسسات تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة المضيفة دون أن يؤثر ذلك في تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات والمؤسسات بالشخصية القانونية المستقلة.

ثانياً : الطرف الثاني:

المستثمر الوطني:

(1) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 20.

ويقصد بالمستثمر الوطني في الدولة ذلك الشخص الذي يحمل جنسيتها ، ويتمتع بكافة الحقوق السياسية ، سواء كان يقيم فيها إقامة دائمة أو مستقراً في دولة أخرى ويحمل جنسيتها ، إذ أن قانون الجنسية السوداني يتيح لمن يحمل الجنسية السودانية أن يتمتع بجنسية دولة أخرى ، أضف إلى ذلك إمتيازات عقود الإستثمار في قانون تشجيع الإستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل 2003م متاحة للوطنيين والأجانب.

المستثمر الأجنبي:

يقصد بالأجنبي في الدولة ذلك الذي لا يتمتع بوطنيتها ، وبمفهوم آخر هو كل من لا يحمل جنسيتها طبقاً لأحكام قانون الجنسية الوطنية ، ولا تنفي عنه الأجنبية ، عندما تتوثق صلته بالدولة عن طريق التوطن أو الإقامة ، فيظل أجنبياً وإن كان إتصاله بالدولة عابراً ، أم طال إقامته بها⁽¹⁾.

ونتيجة لأن الدولة لا تستطيع عزل نفسها عن العائلة الدولية ، لوجود الترابط بين مصالح الدول في المجتمع الدولي وقيامه ، وسهولة الاتصال المتبادل فيما بينها في جميع مختلف النواحي الاقتصادية والتجارية ، وهذه الظروف دفعت الدول إلى عقد إتفاقيات مشتركة أو دولية بشأن تنظيم مركز الأجانب⁽²⁾.

فالمراد بالأجنبي في القانون الدولي الخاص ، بالنسبة لدولة ما كل من لا يحمل جنسيتها. وهذا التعريف السالب لتحديد من هو الأجنبي ، يشمل بشكل عام جميع الأجانب الطبيعيين والاعتباريين ، سواء من كان منهم منتمياً إلى جنسية دولة معينة ، أو يكون مجرداً من الجنسية ، وسواء كان الأجنبي عابراً أم مقيماً أم

(1) د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط3 ، 1968م ، ص 331.

(2) د. أحمد قسمت الجداوي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الجنسية ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1977م ، ص 351.

متوطناً في إقليم الدولة⁽¹⁾. والجنسية كما عرفها أحد الشراح هي (رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة)⁽²⁾.

وعليه فإن الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار ، هو المستثمر الأجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

واشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965م لانعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني مع الدولة المضيفة مستثمراً أجنبياً منتمياً لدولة أجنبية أخرى طرف في الإتفاقية ، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصاً طبيعياً أو إعتبارياً . فنصت في المادة (2/25) منها على أنه يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي⁽³⁾:

1. كل شخص يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

2. كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

وكذلك أيضاً مشروع اتفاقية الاستثمار المتعددة الأطراف (MAI) والذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) والذي عرّف المستثمر بأنه: ليس فقط هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة ولكنه أيضاً من المقيمين بصفة قانونية دائمة ، وهو أي شخص حقيقي أو اعتباري حتى وأن كان النشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح.

قانون الاستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل سنة 2003م ، خلا من أي تعريف للمستثمر سواء كان وطنياً أو أجنبياً ، وعلى ذات النهج كان قانون الإستثمار المصري الحالي رقم (8) لسنة 1997م لم يتضمن تعريفاً للمستثمر.

(1) د. عبد العزيز سعد يحي النعمان ، القانون الدولي الخاص مركز الأجنب ، دار الشوكاني للطباعة والنشر ، صنعاء ، ط1 ، 2004م ، ص 16.

(2) د. هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2002 ، ص 144.

(3) د. حفيفة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 2001م ، ص 112 - 113.

أما قانون الاستثمار اليمني رقم (22) لسنة 2002م عرّف المستثمر في المادة (14/2) بأنه: (كل شخص طبيعي أو اعتباري يمني أو عربي أو أجنبي يرغب بالاستثمار أو يملك مشروعاً أو يسهم فيه طبقاً لأحكام هذا القانون)⁽¹⁾. وهذا التعريف يقصر الأجنبي عن غير العربي وغير اليمني ، بمعنى أن الأجنبي ليس عربياً ، وأن العربي ليس أجنبياً ، وإن لم يكن يمينياً ، وبهذا ينتفي صفة الأجنبي عن كل عربي لا يحمل الجنسية اليمنية ، بينما القوانين التي تقدمت لم تعرّف المستثمر تعريفاً دقيقاً ، وأعدمت في ذلك على ممارسة النشاط لتعريف المستثمر .

مما سبق يتضح أن المستثمر الأجنبي كطرف ثاني في عقد الاستثمار هو الشخص الخاص التابع لدولة أخرى سواء كان اعتبارياً أو طبيعياً .

ولكن يمكن التحفظ على ذلك ، حيث سبق البيان عند تحديد الطرف الأول في عقد الاستثمار والمتمثل في الدولة المضيفة أو أحد رعاياها ، يمكن أن يكون الطرف الثاني لعقد الاستثمار أيضاً هو دولة مصدر رأس المال ، سواء كانت طرف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق هيئات ومؤسسات تابعة لها . فالمنطق لا يمنع من أن يكون للدولة المصدرة لرأس المال والراغبة في استثمار أموالها لدى الدولة المستوردة لرأس المال (المضيضة) أن تكون طرفاً في عقود الاستثمار ، حيث استناداً لمبدأ سيادة الدولة في مفهوم القانون الدولي العام أن تبرم العقود ، ومن هذه الفكرة يمكن القول بأن الطرف الثاني في عقود الاستثمار (طرف رأس المال) قد يكون الدولة المصدرة لرأس المال ذاتها ، وقد يكون الشخص الطبيعي ، وقد يكون الشخص الاعتباري طالما يتمتع بجنسية أخرى خلاف جنسية الدولة المضيفة (الطرف الأول) ، فلا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار أن يكون الطرف الثاني (الأجنبي) المتعاقد مع الدولة المضيفة (الطرف الأول) ، هي الدولة المصدرة لرأس المال ، طالما أن محل العقد ومضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطويرها ، وبالتالي يكون الطرف الآخر (الثاني) لعقد الاستثمار هو إما أن يكون:

1. الدولة المصدرة لرأس المال سواء كانت طرفاً أصيلاً أو أحد الهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها .

(1) قانون الاستثمار اليمني رقم (22) لسنة 2002م ، المادة (14).

2. الشخص الطبيعي الأجنبي الذي يتمتع بجنسية الدولة المصدرة لرأس المال.
3. الشخص الاعتباري الذي يتمتع بجنسية الدولة المصدرة لرأس المال.
بالنسبة للدولة المصدرة لرأس المال عندما تكون طرفاً ثانياً مع الدولة المضيفة أو أحد رعاياها في عقود الاستثمار لا تثير أي مشكلة سواء تم التعاقد مع الدولة الأجنبية مباشرة أو مع أحد المؤسسات أو الهيئات التابعة لها⁽¹⁾.
بينما عندما يكون الطرف الآخر أو المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً فهناك مشكلة ما هو المعيار الذي يعتبر بواسطته هذا المستثمر الأجنبي (الشخص الطبيعي) أجنبياً بالنسبة للدولة المضيفة المتعاقدة معه.

من هو الأجنبي:

حيث أن المعيار المأخوذ به في هذه الحالة للتمييز بين الوطنيين والأجانب هو الجنسية وهي رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة.
تكفي تشريعات الجنسية في مختلف الدول بتحديد من هو الوطني دون أن تعني من هو الأجنبي ، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة ، والأجنبي هو من لا يتمتع بها⁽²⁾.

من الثابت أن الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة إذا كان لا يتمتع بجنسيتها فالأمر لا يسبب مشكلة ، بينما إذا كان هذا الشخص الطبيعي يحمل ذات جنسية الدولة المتعاقدة المضيفة (أي مزدوج الجنسية) ، فهل يعتبر هذا الشخص أجنبياً بالنسبة للدولة المضيفة على الرغم من أنه يحمل جنسيتها.

وفقاً للقواعد العامة أنه لا يمكن اعتبار شخص ما أجنبياً في دولة يحمل جنسيتها لمجرد تمتعه بجنسية دولة أخرى حيث أن المستقر عليه أن تعدد الجنسيات يعالج في إحدى الدول التي يحمل الفرد جنسيتها بتغليب هذه الجنسية عما عداها⁽³⁾.
ولقد اشترطت اتفاقية واشنطن عام 1965م في الشخص الطبيعي لانعقاد الاختصاص للمركز ما يلي⁽¹⁾:

(1) د. رمضان علي عبد الكريم ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 247.

(2) د. عادل محمد خير ، مقدمة في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995م ، ص 43.

(3) فؤاد محمد محمد أبوطالب ، التحكيم الدولي ... ، مرجع سابق ، ص 121.

(1) أ.د. محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 74.

1. أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي وافق عليه الطرفان على القيام بالتوثيق أو التحكيم ، وكذلك أيضاً التاريخ الذي سجل فيه طلب التوثيق أو التحكيم.

2. ألا يكون قد حصل على جنسية الدولة طرف النزاع في أي من تاريخي يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوثيق أو التحكيم وكذلك يوم تسجيل الطلب.

3. وبالتالي لا يكون الشخص الطبيعي الذي يحوز كل من جنسية الدولة طرف النزاع والدولة المتعاقدة الأخرى لا يعد مواطناً أجنبياً ومن ثم لا يخضع لاختصاص المركز.

مما سبق يتضح أن الضابط في تحديد أجنبية الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة المضيفة أو أحد رعاياها هو ضابط الجنسية التي يتمتع بها.

يتخذ الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار شكل شركة ، وهذه الشركة غالباً ما تكون متعددة الجنسيات أو مشروع مشترك ، وبالتالي أن الصفة الأجنبية للشركة هي التي تميزها عن الشركات الوطنية ، وأن رابطة الجنسية هي التي يتم الاستناد إليها للفرقة بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية والأجنبية ، حيث يتم تحديد الصفة الأجنبية للشركة بالاستناد إلى ضابط الجنسية، لذلك تعتبر الشركة الأجنبية كل شركة تتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة المضيفة (الطرف الأول في العقد)⁽²⁾.

ثار الخلاف حول كيفية تحديد جنسية الشركات فهناك عدة معايير تم اللجوء إليها لتحديد جنسية الشركات ومن أهمها⁽³⁾:

1-معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء:

(2) د. عصام بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 211.

(3) د. بشار الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 29.

تحدد جنسية الشخص الاعتباري على أساس جنسية الأعضاء المكونين له ،
وفي حالة إختلاف جنسية الأعضاء تكون جنسية الشخص الاعتباري هي جنسية
أغلبهم.

2- معيار التأسيس:

تحدد جنسية الشركة وفقاً لجنسية الدولة التي تأسست بمقتضى قوانينها ، و
باعتبار أن قانون الدولة التي تأسست بها الشركة هو الذي يمنحها الجنسية
القانونية.

3- معيار مركز الاستغلال:

تحدد جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز نشاطها الرئيسي باعتباره المكان الذي
تتجمع فيه مصالحها الحقيقية.

4- معيار مركز الإدارة الرئيسي:

يحدد جنسية الشركة بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي ،
ومركز الإدارة الرئيسي هو المكان الذي توجد به أجهزة الشركة المختصة بإصدار
القرارات المتعلقة بأمره كمجلس الإدارة والإدارة المالية والأجهزة الإدارية والفنية
الأخرى.

5- معيار الرقابة:

تعتبر الشركة أجنبية متى كانت تخضع لرقابة أو سيطرة أجنبية سواء من حيث
الأموال ، أو من حيث تمتع القائمين على الإدارة بجنسية دولة أجنبية التي لو كان
مركز الإدارة الرئيسي الفعلي أو محل النشاط أو مكان التأسيس في الإقليم
الوطني.

يرى الباحث ترجيح الأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي في تحديد جنسية
الشركة ، حيث أنه يتميز بالواقعية وكذلك إنتفاء الإحتيال على القانون ، إضافة
إلى ثباته مما أدى لأن يصبح المرجح بين المعايير المتقدم ذكرها وفقاً للرأي
الراجح⁽¹⁾ ، غير أنه يؤخذ عليه إذا كان رأس مالها أجنبياً أو تدار بواسطة أجنب
، فهو يتجافى مع الشركات الوطنية التي تستفيد من بعض التمييز للشركات
الوطنية ، حيث دفعت الإعترافات الوطنية القضاء في بعض الدول إلى الخروج

(1) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1997م ، (739/1).

عن معيار المركز الرئيسي في بعض الأحيان ، من ذلك ما ذهب إليه المحاكم المختلطة في مصر من إعتبار شركة قناة السويس مصرية على الرغم من إتخاذ باريس مركزاً رئيسياً لها⁽¹⁾. وهو ما ذهب إليه قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م في المادة (24/2/د) منه ، والتي تتحدث عن الشخص الاعتباري : (.. ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته..)، وكلمة موطنه تعني أنه ينتمي إلى جنسية هذا الموطن.

وقد نصت المادة (25) من اتفاقية واشنطن لعام 1965م في تحديدها لاختصاص المركز على أنه: (يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى ، والتي تتصل إتصلاً مباشراً بأحد الاستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع على طرحها على المركز ... ويقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي⁽²⁾:

1. كل شخص طبيعي يحمل جنسية خلاف جنسية الدولة المتعاقدة.
 2. كل شخص يحمل جنسية أحد الدول المتعاقدة الأخرى بخلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق والتحكيم ، وأيضاً كل شخص معنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ ويتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بغض النظر عن الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية.
- يتضح من النص سالف الذكر أن إتفاقية واشنطن قد اعتمدت ضابط الجنسية كمعيار لتحديد الصفة الأجنبية للشركة ، حيث أن اختصاص المركز قاصر على نظر منازعات الاستثمار بين دولاً متعاقدة ومستثمراً يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة ، أي أنه يشترط لانعقاد هذا الاختصاص ألا يكون النزاع بين دولة ومستثمر يتمتع بجنسية ذات الدولة الطرف في العقد.

ولكن هناك استثناء من هذا الأصل ، فقد استثنيت الاتفاقية من ذلك الشخص الاعتباري الذي يحمل جنسية الدول الطرف في النزاع إذا اتفق الأطراف معاملته معاملة المستثمر الأجنبي ، وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه ،

(1) استئناف مصري مختلط ، في 20 مارس 1988م ، المجموعة المصرية.

(2) د. محمد عبد الخالق الزغبى ، قانون التحكيم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م ، ص 222.

ويستوي في ذلك أن يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً ، أي يتم إستخلاصه من الظروف المحيطة بالعقد المبرم⁽¹⁾.

ومما تقدم ذكره أن الطرف الثاني لعقد الاستثمار هو المستثمر ، أما أن يكون الدولة المصدرة لرأس المال نفسها سواء هي التي أبرمت العقد مع الطرف الأول مباشرة أو عن طريق أحد هيئاتها العامة بطريقة مباشرة ، و أما أن يكون شخصاً طبيعياً وأما شخصاً معنوياً ، دون أن يؤثر ذلك في طبيعة هذه العقود طالما موضوعها يتعلق بتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

المبحث الثالث

موضوع ونماذج عقود الاستثمار

إن عدم توفر رؤوس الأموال الكافية واللازمة التي تسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، لدى الغالبية العظمى من الدول النامية ، جعلها تفتح الباب واسعاً أمام تدفق رأس المال من الدول المصدرة في شكل عقود استثمار من خلال

(1) فؤاد محمد محمد أبوطالب ، التحكيم الدولي... ، مرجع سابق ، ص 134.

استقلال القدرات التكنولوجية والمالية والإدارية للطرف المستثمر، وذلك في عمليات استغلال الموارد الطبيعية والتصنيع والإنشاء وغيرها من المشروعات المحددة في خطط الدولة التنموية.

أتناول في هذا المبحث موضوع عقود الاستثمار ، وكذلك لأهم نماذج تلك العقود وأكثرها شيوعاً بما يمكن من إدراك ماهيتها. كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

موضوع عقود الاستثمار

يتضمن الاستثمار الأجنبي أنواع عديدة من العمليات المختلفة ، والتي يمكن التمييز بينها وفق طرق عدة أهمها:

أولاً: نوعية الاستثمار:

1. الاستثمار العام:

وهذا النوع من الاستثمار يتم عادة بناءً على اتفاقية ثنائية أحد أطرافها مقرض - ويكون عادة وكالة حكومية أو مؤسسة مالية دولية مثل البنك الدولي للإنشاء والتعمير - والطرف الآخر مقترض في دولة ما ، ويكون في العادة مؤسسة أو هيئة حكومية ، والتي تمثل أحد المشروعات العامة التي تضمنها الحكومة.

2. الاستثمارات الخاصة:

وهي ما يقدم للأفراد والحكومات من قروض أو سلفيات ، أيضاً الاستثمارات التي تتم بطريقة مباشرة ، كسواء العقارات في الدولة المضيفة مثل المصانع وحقول البترول والمناجم والمزارع⁽¹⁾.

ثانياً : نوعية الاستثمار وصفة القائم به:

وهذا النوع من التمييز يفرق بين الاستثمار الخاص الذي يقوم به فرد خاص، أو شركة خاصة ، وبين الاستثمار العام الذي تقوم به دولة ، أو مجموعة دول ، أو جهاز نو كيان عام ، أو دولي ، وبين الاستثمار المختلط والذي يجمع بين

(1) فؤاد محمد أبو طالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية،

النوعين السابقين (أي الاستثمار الذي يجمع بين الاستثمار الخاص والعام) وهذا الاستثمار يسمى ثنائي الأطراف ، كما قد يكون متعدد الأطراف⁽¹⁾.
وأن عملية انتقال الاستثمار الأجنبي من بلد لآخر تتم بإحدى طريقتين:

1. صورة مساهمة مالية:

المساهمة المالية أو الحصة المالية تكون بصورة عامة ، إما في شكل استثمار مباشر أو غير مباشر ، وهذا الاستثمار يتم بهذه الطريقة عندما تكون الدولة المضيفة تقتصر إلى رأس المال الأجنبي ، وتحتاج إلى مستثمر أجنبي يملك المال ، وتقوم بالاتفاق معه بإنشاء مشروع في إقليمها ، سواء أكانت ملكية المستثمر الأجنبي بمفرده ، أم مشتركة فيما بين الطرفين.

2. الحصة الفنية:

الحصة الفنية تتمثل في تقديم التكنولوجيا ، أو أي شكل من أشكال فن الإنتاج وبراءة الاختراع ، أو حق استعمال النماذج والعلامات التجارية ، أو العمل الفني المدرب ، حيث أن الدول النامية عندما تملك رأس المال النقدي ، ولكنها بحاجة إلى الخبرة الفنية والتكنولوجيا ، وهو ما تجده لدى الشركات متعددة الجنسيات ، وهذا يعد أحد عوامل الاستثمارات الأجنبية التي تعمل هذه الدول على جذبها⁽²⁾.
أن الإسهام المالي أو الحصة المالية تكون إما في شكل استثمار مباشر أو غير مباشر والذي نتعرض له بالدراسة وبصورة موجزة:

(أ) الاستثمار المباشر:

تعددت تعريفات الشراح للاستثمار المباشر منها:

1- تلك المشروعات المملوكة للأجانب سواء كانت الملكية كاملة ، أو كانت بالاشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني ، بما يكفل السيطرة على إدارة

(1) د. منى محمود مصطفى ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي وفقاً لقوانين الاستثمار ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1984م ، ص 33.

(2) د. فيصل حسن صالح الزهاوي ، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1982م ، ص 52.

المشروع ، ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر الأجنبي فرداً ، أو شركه أجنبية ، أو فرعاً لإحدى الشركات الأجنبية ، أو مؤسسة خاصة⁽¹⁾.

2- قيام المستثمر سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، بإستثمار أمواله داخل الدولة المضيفة ، وذلك بإنشاء مشروع يحتفظ لنفسه فيه بحق السيطرة والإدارة وإتخاذ القرار.

في هذا النوع يملك المستثمر الرقابة على المشروع الإستثماري والسيطرة عليه ، بحيث يكون له وحده الحق في اتخاذ القرار في الإدارة ، سواء كان يملك المشروع بكامله أم يملك جزءاً منه⁽²⁾ ، ومن الإستثمارات التي تتم فيه القيام بإنشاء مشاريع جديدة ، أو توسعة مشاريع قائمة ، سواء أكان المستثمر يملك هذه المشاريع بالكامل ، أم كان يمتلك أسهم إحدى الشركات في نفس الوقت. أما الإستثمار في الأوراق المالية ، فهو تملك الأفراد والهيئات والشركات على بعض الأوراق المالية ، بدون أن يكون هناك أي نوع من أنواع الرقابة أو المشاركة في إدارة المشروع الإستثماري وتنظيمه ، وهو استثمار قصير الأجل مقارنة بالإستثمار المباشر⁽³⁾. وعلى ضوء ما تقدم يمكن تعريف الإستثمار المباشر ، هو عبارة عن إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة أو جزئية ، أو حصص تمكنهم من السيطرة والرقابة على هذه المشروعات ، وتمنحهم حق الإدارة واتخاذ القرار.

(ب) الإستثمار غير المباشر:

عرّف الإستثمار غير المباشر بأنه:

(قيام المؤسسات أو الأفراد بشراء أحد الأصول المالية ، التي تنتج عوائد معينة في فترة زمنية معينة وذلك بأقل الأخطار الممكنة)⁽¹⁾.

(1) د. عبد الواحد محمد الفار ، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط1 ، 1999م ، ص 97.

(2) د. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الإستثمار التكنولوجي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2010م ، 99.

(3) د. عبد السلام قحف ، اقتصاديات الإستثمار الأجنبي، المكتب العربي الحديث ، القاهرة ، ط3 ، 1991م ، ص 21.

(1) د. محمد صالح جبر ، مرجع سابق ، ص 101.

هذا النوع يقصر دور المستثمر على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة، لتقوم هي بهذا الاستثمار دون أن يكون له أي سيطرة على المشروع. فالاستثمار غير المباشر يعني ، توظيف الأموال النقدية في موجودات مالية (كأسهم والسندات) تقل عائداً ، أما في صورة أرباح سنوية أو فوائد سنوية ، بعبارة أخرى ، يراد بالاستثمار غير المباشر قيام الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين باستخدام أموالهم المدخرة في شراء الأسهم والسندات التي تصدرها الحكومة أو الشركات العامة أو الخاصة ، بقصد الحصول على إيراد سنوي من توظيفها في السندات أو الاستفادة من فروقات الأسعار ، وهي الفروقات التي تنشأ عادة من التقلبات السوقية في قيمة الأصول⁽²⁾.

ويكتنف الاستثمار غير المباشر مخاطر معينة ، تتمثل في انحراف العائد الفعلي من العائد المتوقع ، أي احتمالية الحصول على عائد يختلف مقداره عما يتوقعه المستثمر ، والمخاطر التي تنطوي عليها الأوراق المالية (الأسهم والسندات) تتفاوت فيما بينها ، فمثلاً ، أن الأوراق المالية التي تصدرها الدولة تعتبر خالية من المخاطر ، بمعنى أن درجة الخطر فيها تساوي صفراً ، لعدم احتمال النكول عن سداد المبالغ الموظفة مع الفوائد عند تاريخ استحقاقها ، بعكس الأوراق المالية غير الحكومية⁽³⁾.

الاستثمار بشقيه المباشر وغير المباشر ، مازال قائماً إلا أن الاستثمار المباشر أصبح الشكل السائد ، لأنه يساعد على خلق فرص جديدة للعمل ، أيضاً يساعد على تنمية الموارد البشرية في الدولة النامية وتدريبها واستغلالها ، وبعد مصدراً جيداً وفعالاً لنقل التكنولوجيا والتقنيات الحديثة والمتطورة إلى الدول المضيفة ، وبعد عاملاً مهماً من عوامل التنمية الاقتصادية التي تسعى الدول النامية لجذبها⁽¹⁾.

(2) د. عبد الغفار حنفي ، الاستثمار في الأوراق المالية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م ، ص 25.

(3) د. محمد صالح جبر ، الاستثمار بالأسهم والسندات ، دار الرشيد للنشر ، بغداد ، ط1 ، 2010م ، ص 28.

(1) د. جلال وفاء محمدين ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر ، ص 7.

ويتضح مما سبق أن الفرق بين الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة ، هو أن الاستثمارات المباشرة يقترن فيها انتقال رأس المال بانتقال العمل والإدارة للمستثمر ، ولكن في الاستثمارات غير المباشرة يقتصر الانتقال عادة على عنصر رأس المال فقط. كذلك أهمية الدور الذي يقوم به الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول المضيفة بصفة عامة والنامية بصفة خاصة ، الأمر الذي يتحتم معه ضرورة تهيئة الظروف الملائمة لجذب المزيد منه ، خاصة الدول النامية في ظل ما تقوم به من برامج إصلاح اقتصادي وتعديل هيكله ، وما يتطلبه ذلك من توافر التمويل المناسب لتمويل برامجها الاستثمارية اللازمة لتحقيق معدلات النمو المستهدفة.

المطلب الثاني

نماذج لعقود الاستثمار

تتنوع العقود التي تبرمها الدولة المضيفة لرأس المال الأجنبي ، مع أصحاب رؤوس الأموال بهدف الاستثمار في إقليمها ، وتتعدد صورها حسب حاجة تلك الدولة من مشاريع تنموية سواء أكان ذلك في الجانب الاقتصادي أو الخدمي أو ما تتطلبه البنية التحتية اللازمة لوضع الدولة على طريق الانطلاق. ولعل من أهم

النماذج وأكثرها شيوعاً وانتشاراً عقود البترول ، عقود التعاون الصناعي ، عقود الأشغال العامة الدولية.

أولاً: عقود البترول:

تعتبر عقود البترول من العقود الحديثة النشأة نسبياً إذا ما قورنت بالعقود الأخرى المتعارف عليها في المواد المدنية والتجارية ، سواء في مجال المعاملات الداخلية أو في مجال المعاملات الدولية الخاصة . فهذه العقود ، بالنظر إلى كونها بمثابة الأداة القانونية لاستغلال الثروات البترولية ، لم تظهر إلى حيز الوجود إلا بعد اكتشاف البترول وتطور صناعته. أي منذ أواخر القرن العشرين. ومع ذلك ، فإنه بانتشار عقود البترول في النصف الأول من القرن الحالي ، أصبحت هذه العقود محلاً للكثير من الدراسات الفقهية ، ومجالاً خصباً لأعمال العديد من الأفكار والنظريات التقليدية والحديثة على حد سواء⁽¹⁾.

ويتطلب استقلال طاقة البترول الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية ، وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى ، والغالب أن يكون هذا الطرف من الشركات الكبرى المتخصصة القادمة من الدول الصناعية المستهلكة للطاقة ، والتي تملك من الأموال والخبرة التكنولوجية ما يمكنها من الدخول في هذا الميدان⁽²⁾.

شهدت العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال عدة تطورات متلاحقة ، فقد اتخذت في البداية شكل عقود الامتياز ، ثم ظهرت إلى الوجود أشكال تعاقدية جديدة يمكن حصرها في ثلاثة : عقود المشاركة ، وعقود المقاوله وعقود قسمة الإنتاج.

1. عقود الامتياز:

تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن المواد البترولية الكامنة في إقليمها أو في جزء منه ، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها خلال فترة زمنية معينة ، في مقابل حصول هذه الدولة على

(1) د. عبد الرحيم محمد سعيد ، النظام القانوني لعقود البترول ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2007م ، ص 2 ، هامش رقم 1.

(2) د. أكرم أمين الخولي ، التحكيم في منازعات الطاقة ، مجلة التحكيم العربي ، العدد الثاني ، يناير 2000م ، ص 46.

فرائض مالية معينة⁽¹⁾. وهذا النوع يمنح الشركات الأجنبية الحق المطلق ، ولمدة تفوق المعقول في مساحات شاسعة من إقليم الدولة ، وحصانة دولية حقيقية ، مقابل إتاحة أو نسبة مئوية أو إيجاره بمبلغ يتم دفعه سنوياً ، مع إنفراد الشركات بالحق في استقلال البترول دون استنفادة الكادر البشري الوطني من التدريب والتعرف على التكنولوجيا والتقنية المستخدمة في هذا المجال⁽²⁾.

وقد ظهرت اتفاقيات الامتياز أول الأمر في اندونيسيا وبعض الأقطار الأخرى في نهاية القرن الماضي. أما امتيازات الشرق الأوسط فإنها بدأت بالامتياز البريطاني (امتياز دراسي) سنة 1901م والذي أبرم في إيران⁽³⁾ ، وهذا وقد منحت الحكومة السودانية أول ترخيص للتقيب عن البترول ، عن طريق اتفاق امتياز لشركة شيفرون الأمريكية سنة 1972م.

2. عقود المشاركة:

عقود المشاركة تعني المشاركة في رأس المال والإدارة واقتضاء حصة من الأرباح بنسبة المساهمة في رأس المال باعتبارها عائداً لرأس المال المستثمر وليس باعتبارها ضريبة على دخل الشركة المنقبة.

تتخذ عقود المشاركة من حيث أطرافها ، إحدى صور ثلاث: إما أن يبرم العقد بين الدولة المنتجة ذاتها والشركة الأجنبية ، وإما أن يبرم العقد بين الدولة من ناحية وبين إحدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى ، وأخيراً قد يبرم عقد المشاركة بين إحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة المنتجة والشركة الأجنبية. وتتص عقود المشاركة على أن يقوم طرفي العقد بتأسيس شركة في الدولة المنتجة تتمتع بجنسيتها ، يشارك الجانب الوطني بحصة في رأس مال الشركة القائمة بالعمليات ، كما تكون ملكية البترول المنتج من حق كل الشريكين الوطني والأجنبي كل حسب حصته المتفق عليها ، وأن يتحمل الشريك الأجنبي وحده مصاريف البحث والتقيب⁽¹⁾ ، كما يتضمن جانب من هذه العقود نصاً يلزم

(1) د. عبد الباري أحمد عبد الباري ، النظام القانوني لعمليات البترول ، بدون ناشر ، ط1 ، 1408هـ ، ص 58.

(2) د. سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 2010م ، ص 45.

(3) د. أحمد المفتي ، عقود البترول وتسوية منازعاتها ، مجلة العدل ، العدد 24 ، أغسطس 2008م (18-

56، 20).

(1) د. أكثم الخولي ، التحكيم في منازعات الطاقة ، مجلة التحكيم العربي ، العدد الثاني ، يناير 2000م ، ص 57.

الشركة القائمة بالاستغلال بإنشاء معمل أو أكثر لتكرير البترول في إقليم الدولة المنتجة . وتتميز عقود المشاركة بأنها قصيرة المدة مقارنة بعقود الامتياز ، كما أن معظم عقود المشاركة تضمنت نصاً يقضي بتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد بطريقة التحكيم⁽²⁾.

أول مشاركة تمت في الامتيازات القائمة ، هي ما قامت به حكومة الجزائر في 1968/10/19م ، ففي ذلك التاريخ عدلت الجزائر الإمتياز الذي سبق أن منحتة لشركة جيتي وحصلت شركة البترول الوطنية (سونا طراك) على 51% من مصالح شركة جيتي في الجزائر إعتباراً من 1967/12/31م ، وتم تعويض جيتي بترول خام يسلم على دفعات لمدة أربع سنوات⁽³⁾ ، ومن نماذج عقود المشاركة في البترول السوداني ، الإتفاق الموقع بين الحكومة السودانية وشركة هجليج لخدمات البترول والاستثمار المحدودة⁽⁴⁾.

مما تقدم يمكن القول بأن عقود المشاركة تحقق للدولة المنتجة العديد من المزايا مقارنة بعقود الامتياز ، حيث أنها تلقي على عاتق الشركة الأجنبية مسؤولية البحث والتنقيب عن البترول واكتشافه ، مع إتاحة الفرصة للدولة المنتجة في عمليات تسويق البترول ، وتكوين جيل من الخبراء المتخصصين في شتى مراحل صناعة البترول . كما تحقق هذه العقود للشركات الأجنبية نوعاً من الاستقرار والاطمئنان في علاقاتها مع الدول المنتجة وذلك باعتبار أنها أصبحت شريكاً لها.

3. عقود المقابولة⁽¹⁾ :

وطبقاً لهذا النوع من العقود ، فإن الشركة الأجنبية المتعاقدة لا تعتبر صاحبة امتياز ، كما كان عليه الحال في عقود الامتياز ، أو شريكاً فيه ، على نحو ما

(2) د. سراج حسين أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 49.

(3) د. أحمد المقتي ، عقود البترول وتسوية منازعاتها ، مجلة العدل ، العدد 24 ، أغسطس 2008م (18-56، 28).

(4) مقابلة شخصية مع: عثمان صديق محمد طه ، مدير عام شركة هجليج لخدمات البترول والاستثمار المحدودة ، بمكتبه بالخرطوم ، حي الصفا ، شارع عبيد ختم ، في يوم الاثنين الموافق 2012/1/30م ، الساعة العاشرة صباحاً (1) د. عبد الرحيم محمد سعيد ، النظام القانوني لعقد البترول ، مرجع سابق ، ص 141 ، د. سراج حسين أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 79 ، د. عبد الباري أحمد عبد الباري ، النظام القانوني لعمليات البترول ، مرجع سابق ، ص 50.

هو متبع في عقود المشاركة . وإنما تعتبر مجرد مقاول يعمل لحساب الشركة الوطنية المتعاقدة معها. وتتولى الشركة الأجنبية القيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وإنتاجه وتسويقه. وتتحمل وحدها النفقات اللازمة لأعمال البحث والتنقيب عن البترول مع التزامها بإنفاق مبالغ معينة كحد أدنى بالكيفية المتفق عليها في العقد. فإذا لم تسفر أعمال البحث والتنقيب عن اكتشاف البترول بكميات تجارية فإن المبالغ التي أنفقتها تضيع عليها نهائياً ، أما إذا أكتشف البترول بكميات تصلح للاستقلال التجاري فإن هذه المبالغ تعتبر قروضاً بدون فائدة تسدها الشركة الوطنية خلال المدة المتفق عليها. كما تلتزم الشركة الأجنبية بتوفير الأموال اللازمة لتمويل عمليات تقييم وتطوير حقول البترول المكتشفة. على أن هذه الأموال تعتبر قرضاً بفائدة تلتزم الشركة الوطنية بسدادها. كما تتولى الشركة الأجنبية مساعدة الشركة الوطنية في تسويق جزء من كميات البترول المنتج.

في مقابل هذه الالتزامات التي تتحمل بها الشركة الأجنبية ، يكون لها الحق في شراء نسبة معينة من البترول المنتج بأسعار خاصة طوال مدة العقد.

من أمثلة ذلك أن شركة واراب التي تملكها الحكومة الفرنسية أبرمت عقد مقاوله (خدمة) في إيران والعراق في عامي 1966م و 1968م على التوالي وكانت الشركة الفرنسية مجرد وكيل يعمل بمقابل ويقع عليه عبء توفير كافة الأموال اللازمة للعمليات البترولية⁽¹⁾.

والذي يترجح أن عقود المقاوله هي الأفضل من بين العقود المتقدم ذكرها إذ تعتبر الشركة الوطنية المتعاقدة مع الشركة الأجنبية هي المالك الوحيد للبترول المنتج ، على الرغم من التزام الشركة الأجنبية بتوفير الأموال اللازمة للبحث والتنقيب عن البترول ، مع التزامها بتسويق جزء من البترول المنتج متى طلبت الشركة الوطنية ذلك . في مقابل تمتعها بسعر تفضيلي وفقاً لما هو متفق عليه في العقد ، مع عدم إلزامها بدفع أي إيجارات أو عوائد ، كما تعفى من دفع الضرائب والرسوم التي تقع على عاتق الشركة الوطنية.

عقود البترول في السودان:

(1) د. أحمد المفتي ، عقود البترول وتسوية منازعاتها ، مجلة العدل ، العدد 24 ، أغسطس 2008م - (18)

بالنظر إلى بداية النظام التشريعي الخاص بالتقريب عن البترول في السودان، وهو قانون الثروة البترولية، نجد أن ذلك القانون عند صدوره عام 1972م، قد ألزم المسؤولين بأن يكون تعاقدهم مع شركات البترول إما باتفاقيات امتياز حديثة تنص على أتاوة وضريبة على أرباح الشركات، أو اتفاقيات مشاركة في رأس مال الشركة المنقبة⁽²⁾.

وتجد الإشارة إلى أن شركة شيفرون قد بدأت نشاطها التقريبي في السودان بترخيص صادر بموجب ذلك القانون، وفي عام 1975م تم تعديل القانون المذكور أعلاه حيث أضيفت إليه مادة جديدة وهي المادة (35) التي تنص على: (على الرغم من أحكام هذا القانون يجوز لوزير الطاقة والتعدين بموافقة رئيس الجمهورية أن يعقد أي إتفاقيات للبحث عن البترول وتنميته واستغلاله، وتنص على قسمة الإنتاج بين الحكومة والطرف المتعاقد الآخر وفقاً للشروط والتعهدات والأحكام المضمنة في تلك الاتفاقيات أو تنص على البحث عن البترول وتنميته واستغلاله بأي صورة أخرى يتم الاتفاق عليها وتحكم تلك الاتفاقيات حقوق ومصالح والتزامات الطرفين المتعاقدين وتسود نصوصها على أي حكم مخالف من أحكام هذا القانون بالقدر الذي يزيل التعارض بينهما)⁽¹⁾

وهكذا فتح ذلك التعديل الباب على مصراعيه للتعاقد وفق أي نوع من أنواع اتفاقيات البترول بعد أن كان التعاقد مقصوراً على إبرام امتيازات حديثة أو عقود مشاركة. ولقد استفادت شركة شيفرون من تلك المرونة حيث دمجت كافة التراخيص التي منحت لها في إتفاقية اقتسام إنتاج واحدة، ومن ناحية أخرى نجد أن كافة اتفاقيات البترول الأخرى التي أبرمت في السودان في ذلك الوقت هي عبارة عن اتفاقيات اقتسام إنتاج، أما الوضع الحالي في ظل قانون الثروة النفطية لسنة 1998م، قد اتخذ طابعاً أكثر مرونة، حيث ترك الباب مفتوحاً لاختيار نوع التعاقد المناسب لكل حالة على حدى.

وفي تقديري أنه بالإمكان أن تباشر الدولة العمليات البترولية بنفسها، وتتحمل كافة النفقات التي تتطلبها العمليات البترولية وخاصة تلك الدول التي سبقت في

(2) قانون الثروة البترولية السوداني لسنة 1972م، المواد (11،14).

(1) قانون الثروة البترولية السوداني لسنة 1972م، تعديل 1975م، المادة (16).

إنتاج البترول ، حيث أن الخبرات الفنية يمكن توظيفها بمقابل ، والمبالغ المطلوبة يمكن إقتراضها.

ثانياً: عقود الأشغال العامة الدولية:

فَعقد الأشغال الدولي كما يعرفه البعض هو: (توافق إرادتي جهة الإدارة ، واحد الأشخاص الأجنبية الخاصة من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة ، لحساب شخص معنوي عام ، وتحقيقاً لمصلحة عامة ، على نحو معين و لقاء ثمن معين⁽²⁾)، وهذا التعريف يتفق مع التعريفات المستقرة لعقد الأشغال الداخلي عند الشراح والقضاء مع إضافة الدولية عليه. كما عرّفه آخر هو: (العقد الذي يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي بهدف إنجاز أعمال من طبيعة عقارية ، وفقاً لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا والأموال من دولة لأخرى)⁽³⁾.

ويتضح من هذين التعريفين أن عقد الأشغال العامة يستلزم توافر الخصائص التالية⁽¹⁾.

1. أن يكون محل عقد الأشغال عقاراً.
 2. أن تكون الغاية من تنفيذ العقد تحقيق المصلحة العامة.
 3. أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام.
 4. صفة الدولية في عقد الأشغال العامة.
 5. عقد الأشغال الدولي من العقود طويلة المدة.
- أخذ عقد الأشغال العامة العديد من الأشكال في العصر الحديث ، مع وجود الكثير من المتغيرات الاقتصادية الدولية التي فرضت أشكالاً جديدة له. إلا أنه لا يمكن إنكار وجود خصائص أساسية في هذا العقد وسمات لا تتغير بتغير شكله. وقد كانت هذه السمات هي المعالم الأساسية لعقد الأشغال في صورته التقليدية⁽²⁾.

(2) د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ط 5 ، 1991م ، ص 127.

(3) د. أحمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1998م ، ص 106.

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، مرجع سابق ، ص 26.

(2) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،

2003م ، ص 24.

ولما كانت مشروعات البنية التحتية عالية التكاليف ، وبالغة التخصص ، فإنّ الدولة تلجأ على الأغلب من أجل تنفيذ هذه المشروعات إلى إبرام العقود مع شركات أجنبية عملاقة ذات رؤوس أموال كبيرة ، وكذلك متخصصة في إنشاءات معينة.

وتأخذ عقود الأشغال العامة الدولية صوراً عديدة ومنها عقود البناء والتشغيل والتحويل أو البوت (B.O.T) Building Operate Transfer

ويقصد بعقود البوت تسليم الدولة للقطاع الخاص صاحب رأس المال ، قطعة من الأرض لإقامة مشروع من مشروعات البنية التحتية الأساسية والمرافق العامة ، وفقاً لمواصفات محددة سلفاً بين الدولة والمستثمر ، ويتحمل المستثمر كافة أعباء البناء والتشغيل ويكون للمستثمر الحق في الحصول على إيرادات تشغيل المشروع لمدة زمنية محددة يتم الاتفاق عليها في عقد البوت وتختلف من مشروع لآخر⁽³⁾.

فكلما زادت تكاليف إنشاء المشروع وقل إيراده كلما طالت هذه المدة الزمنية، وكلما قلت تكاليف إنشاء المشروع وزادت الإيرادات كلما قلت المدة الزمنية المنفق عليها ، وذلك حسبما تبينه دراسات الجدوى الاقتصادية ، وبعد انتهاء المدة الزمنية المنفق عليها يتم تسليم المشروع بكل ما فيه من أجهزة ومعدات وآلات للدولة لتقوم لتشغيله لحسابها⁽¹⁾.

ولقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عقد البوت B.O.T بأنه: (شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الإتحاد المالي للمشروع امتيازاً لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجارياً أو أيّاً من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز. وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع

(3) د. عصام أحمد البهجي ، التحكيم في عقود البوت ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة 2008م، ص 12.

(1) د. هاني صلاح شرف الدين ، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 2001م ، ص 44.

إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح الامتياز للمشروع⁽²⁾.

وتلجأ الحكومة إلى تمويل مشروعاتها العامة عن طريق اتفاقات البوت في مجالات عديدة من أبرزها:

1. مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية مثل مشروعات الطرق والكباري والمطارات.

2. المجمعات الصناعية.

3. تنمية واستغلال الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة ، مثل مشروعات استصلاح الأراضي البور أو الأراضي الصحراوية⁽³⁾.

وهذه العقود ليست شكلاً واحداً ، وإنما تتعدد صورها وتتنابن ، فعلاوة على الصورة الرئيسية وهي البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فإن التعامل قد أفرز صوراً أخرى من هذه العقود أهمها⁽¹⁾:

1. عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T

2. عقود البناء والتملك والتشغيل B.O.O

3. عقود البناء والإيجار ونقل الملكية B.L.T

4. عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل D.B.F.O

وفي تقديري أن هذه العقود تسهم بفاعلية في إنشاء البنية التحتية للدولة ، دون أن تكلف الخزينة العامة أموالاً هي أصلاً عاجزة عن الإيفاء بها نسبة للأموال الطائلة التي تتطلبها مثل هذه المشروعات والفجوة المالية الكبيرة بينها وموارد الدولة ، وتوجيه موارد الخزينة بشكل أكبر إلى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مورد اقتصادي وأرباح مباشرة مثل قطاع التعليم والصحة والبنى التحتية.

⁽²⁾ تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، الدورة التاسعة والعشرين ، نيويورك في 28 مايو إلى 14 يونيو 1996م بعنوان: الأعمال المقابلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية. مشار إليه لدى د. ماهر محمد حامد أحمد في رسالته القيمة النظام القانوني لعقد البوت ، جامعة الزقازيق ، فرع بنها ، 2004م ، ص 18.

⁽³⁾ د. صالح بكر الطيار ، النظام القانوني لمشروعات البوت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 1 ، 2000م ، ص 38-39.

⁽¹⁾ د. جيهان حسن سيد أحمد ، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 2009م ، ص 19.

ولقد إتبعَت الحكومة السودانية هذا النهج في التعاقدات ، حيث تعاقدت الهيئة القومية للكهرباء التابعة للحكومة في عام 1996م مع شركة ALPINE الماليزية ، لإنشاء محطة لتوليد الطاقة الكهربائية بمدينة بورتسودان على نظام B.O.O.T (2).

ثالثاً : عقود التعاون الصناعي:

تعتبر عقود التعاون الصناعي من العقود الحديثة نسبياً ، حيث ترجع نشأتها إلى أوائل الستينات من القرن العشرين⁽³⁾. وذلك إبان التطور والتحول التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم ، والحاجة إلى نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى النامية بهدف تضيق الفجوة العميقة في التقدم الاقتصادي والصناعي والفني بين الدول المتقدمة من جانب والدول الأقل نمواً من جانب آخر⁽¹⁾.

ويعرف البعض التعاون الصناعي بأنه: (صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي ، وتتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفاعلية في استخدام الظروف التكنولوجية ، بزيادة التخصص والتعاون في الإنتاج والبحث والتطوير من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية المستهدفة⁽²⁾). وتتضمن عقود التعاون الصناعي صوراً متعددة من العقود التي تهدف إلى تحقيق التقدم التكنولوجي والصناعي ، ومن أهمها:

عقود المساعدة التقنية:

ومن تعريفات عقود المساعدة التقنية:

1- عبارة عن تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة المنقولة موضع التنفيذ⁽³⁾.

(2) د. مأمون عوض السيد إبراهيم ، عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع ، رسالة دكتوراه ، جامعة شندي ، 2009م ، ص 103.

(3) د. عوض الله شيبه الحمد السيد ، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، جامعة أسيوط ، 1992م ، ص 126-130.

(1) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 56.
(2) د. صلاح الدين جمال الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 1996م ، ص 150.

(3) د. محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد 406 ، أكتوبر 1986م ، ص 588 ، نقلا عن د. مرتضى جمعة عاشور ، مرجع سابق ، ص 60.

2- أداة لتغطية التدريب والتعليم ونقل المعرفة والكفاءات والخبرات التي تتيح اكتساب تكنولوجيا محددة ، ويشير أحد الشراح إلى أن المساعدة التقنية بمعناها الضيق تتمثل في قيام المستثمر بتعليم وتدريب وتلقين مستخدمي طالب الاستثمار على كيفية استغلال المعرفة التكنولوجية المنقولة⁽⁴⁾.

تتبع أهمية عقود المساعدة التقنية من كونها عملية تكمن من نقل المعارف التكنولوجية من الطرف الذي يعلم بها إلى الطرف الذي لا يعلم بها ، ولذلك كانت حاجة الدول النامية والمشروعات التابعة لها ، للمساعدة التقنية القادرة على استيعاب المعرفة التكنولوجية المنقولة وتطويرها لتلائم ظروف البيئة المحلية⁽¹⁾.

الواقع أن المساعدة الفنية تلعب دوراً كبيراً ومؤثراً في عملية نقل التكنولوجيا إلى طالب الاستثمار في الدول النامية ، نظراً لما تؤدي إليه من إعداد فني ومهني لمستخدمي هذا الأخير سواء تم هذا الإعداد محلياً داخل منشأة طالب الاستثمار أم في الخارج ، ويشمل هذا الإعداد الفني والمهني المستخدمين المنوط بهم مهمة تشغيل الوحدة الإنتاجية فضلاً عن هؤلاء المكلفين بإدارة هذه الوحدة فنياً وتنظيمياً⁽²⁾.

أن عقد المساعدة التقنية يعتبر بحق من العقود الأكثر ملائمة لنقل المعرفة التكنولوجية إلى الدول النامية ، لسبب بسيط هو أن المهمة الأساسية للمساعدة التقنية تتمثل في تمكين طالب الاستثمار من اكتساب المعرفة التكنولوجية وذلك من خلال نقل المعارف التقنية بوصفها أداة ملائمة لاكتساب السيطرة والتمكن التكنولوجي.

ويتضح مما سبق أن نماذج عقود الاستثمار تتنوع وتعدد من حيث الصيغ والأنماط العقدية في الإستثمار ، وذلك تبعاً للأشكال التي تتطلبها عملية التنمية في البلد المضيف للإستثمار ، ومضمون عملية التعاقد التي قد تختلف من حالة إلى أخرى ، بحسب النوعية التي يحتاجها طالب الإستثمار سواء أكانت في الجانب الاقتصادي أو الخدمي أو البنية التحتية.

(4) د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، 1983م، ص4.

(1) د. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، مرجع سابق ، ص 59.

(2) د. يونس عرب ، عقود نقل التكنولوجيا ، بحث على شبكة المعلومات العالمية الموقع:

الفصل الثاني

التكييف القانوني لعقود الاستثمار

المبحث الأول: خصائص عقود الاستثمار وطبيعتها

القانونية

المبحث الثاني: حقوق والتزامات أطراف عقود

الاستثمار

المبحث الثالث: أسباب منازعات عقود الاستثمار

ال

خصائص عقود الاستثمار وطبيعتها القانونية

عقود الاستثمار باختلاف أنواعها ، تسهم في التنمية الاقتصادية للدول ، وذلك عن طريق المستثمرين الأجانب بنقل القيم الاقتصادية إليها عبر الحدود ، لإقامة المشروعات الاستثمارية التنموية التي تتطلبها الدولة المضيفة للعقود التنموية ، فإن هذه العقود لها ميزتها الخاصة بها وطبيعتها القانونية. بناءً على ذلك يقسم هذا البحث إلى مطلبين نتناول فيهما خصائصها وطبيعتها القانونية.

المطلب الأول

خصائص عقود الاستثمار

تبرم عقود الاستثمار بين طرفين ، كل منهما ينتمي لنظام قانوني يختلف عن الآخر ، الدولة من جهة ، والمستثمر التابع لدولة أخرى من جهة ثانية ، سواء أكان ذلك المستثمر شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، وتتميز هذه العقود بخصائص تميزها عن عقود الدولة الأخرى⁽¹⁾.

ذهب جانب من الشُّراح وما خلصت إليه أحكام التحكيم من أجل تأكيد ذاتية عقود الاستثمار ، إلى تعداد وحصر العناصر التي تعد من وجهة نظرهم مرجحة لاعتبار عقد الاستثمار من العقود التي تخرج من زمرة عقود الدولة الأخرى المألوفة.

(1) فؤاد محمد أبو طالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 116.

فذهبوا إلى تعداد الخصائص المميزة لعقود الاستثمار على النحو التالي⁽²⁾:

- 1- يتم إبرام هذه العقود بين الحكومة من جانب وبين شخص وطني أو أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناءً على أحكام قانون الدولة التي يتبع لها.
- 2- تتسم هذه العقود بأنها من العقود طويلة المدة ، متعددة العمليات ، ليست كعملية شراء القمح أو بناء سفينة مثلاً ، وإنما تتعلق باستغلال للموارد الطبيعية يتم في خلال فترة زمنية طويلة ، على نحو يتم معه إقامة منشآت وتجهيزات دائمة ، تظل مملوكة الطرف المستثمر طوال مدة العقد.
- 3- تمنح هذه العقود الطرف المستثمر وطني كان أو أجنبي المتعاقد مع الدولة حقوقاً وطنية ، كحقه في تملك مساحات مناسبة من إقليم الدولة المتعاقدة ، لإقامة مشروعه الاستثماري ، أيضاً ممارسته سلطات واسعة في نطاق هذه المنطقة.
- 4- يتمتع الطرف الأجنبي طبقاً لهذه العقود ، ببعض الحقوق غير المألوفة والتي لها طابع شبه سياسي ، كحريته مثلاً في الاستيراد والتصدير ، الإعفاء سواء من كل أو بعض الضرائب⁽¹⁾.
- 5- تخضع هذه العقود ، والتي تسمى عقود التنمية الاقتصادية ، في جانب منها للقانون العام ، بينما يسري القانون الخاص على بعض جوانبها.
- 6- تثير بعض هذه العقود سواء من ناحية إبرامها أو تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة.
- 7- تستبعد هذه العقود في حالة الإستثمار الأجنبي ، تطبيق قانون الدولة الطرف ، وأيضاً اختصاص محاكمها.
- 8- إن المنازعات الناشئة عن تلك العقود ، يتم الفصل فيها باللجوء للتحكيم ، وذلك بتضمين شرط التحكيم في هذه العقود ، والذي يعد حافزاً وضمناً مهماً للاستثمار الأجنبي ، كما أن شروط اختيار القانون الذي يمثل ضمناً في هذه العقود للتححرر من

(2) أ. د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الطبيعية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، طبعة 2003م ، ص 27.

(1) فؤاد محمد محمد أبوطالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 117.

سلطان القوانين الداخلية للبلد المضيف ، واعتماد الكفاية الذاتية لهذا العقد وتدويله ، وذلك بإخضاعه لقواعد القانون الدولي العام ، أو قواعد قانون التجارة الدولية⁽²⁾.
9- كما أن هذه العقود تخلق نوعاً من التعاون الطويل المدة ، بين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاقدة.

10- تحتوي هذه العقود على نصوص تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي ، وعدم المساس بالعقد ، وإخضاعه لنظام خاص به ، أو للقانون الدولي ، لأن ذلك يعد حماية للطرف المستثمر المتعاقد مع الدولة من المخاطر الناجمة عن طبيعة الدولة ذاتها ، لأنها شخص سيادي قادر على إصدار التشريعات وإنهاء العقد بإرادته المنفردة⁽¹⁾.
مما سبق يتضح أن عقود الاستثمار تحمل بعض الخصائص الأصولية للعقد الإداري في الفقه القانوني العام ، كما أنها ليست عقداً من عقود القانون الخاص ، وإنما تجمع بين خصائصها شروطاً جديدة دخيلة على عقود الدولة بصفة عامة ، منها شروط الثبات التشريعي ، وشروط ثبات العقد ، وشروط التحكيم ، وما قد يستتبعه من وجود شرط القانون الواجب التطبيق على العقد خلافاً للقانون الوطني ، وهو ما يتنافى مع الإطار العام للنظرية الموضوعية للعقد الإداري ، وتلك الخصائص هي المحفز لاستيعاب رؤوس الأموال الوطنية و الأجنبية ، وتشجيعها لتسهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة.

(2) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 67.

(1) أ.د. حفيظة السيد الحداد ، المعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 33.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار

عقود الاستثمار ليست عقود بيع أو إيجار ، فالموضوع الجوهرى لها ليس نقل حق من ذمة إلى ذمة ، أو تحويل استغلال براءة اختراع ، وإنما أساس عقود الاستثمار على اختلافها يتمثل في المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة ، عن طريق قيام المستثمر (المصدر لرأس المال) بنقل التكنولوجيا والتقدم بكافة أنواعها ودرجاتها ومجالاتها الاقتصادية إلى الدولة المعنية المحتاجة إلى التقدم والتنمية في شتى المجالات عبر الحدود ، من أجل إقامة المشروعات التي تحتاجها الدولة المستثمرة وفقاً لخططها التنموية وغالباً ما تكون مشروعات عابرة القارات (متعددة الجنسيات).

تتنسب عناصر عقود المشاريع الاستثمارية غالباً إلى أكثر من فرع من فروع القانون ، كأحكام القانون الدولي الخاص ، وقانون التجارة الدولية ، كما أن للقانون الدولي العام نصيب في تنظيم جوانب من عقود الاستثمار الأجنبي ، خاصة القواعد المتعلقة بحماية المستثمرين⁽¹⁾.

تتمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة يمكن توضيحها بأن عقود الاستثمار ربما تبرم بين طرفين ، ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الطرف الآخر⁽²⁾، وهو ما يسمى بالعقود الإدارية والتي هي أغلب عقود الاستثمار ، وأن أكثر عقود

(1) رنا سيد بيومي ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة النيلين ، 2008م ، ص4.

(2) د. رمضان على عبد الكريم ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2009م ، ص 110 - 111.

الاستثمار تكون الدولة المضيفة طرفاً فيها ، ويعتبر عقد الاستثمار في هذه الحالة عقداً إدارياً ، ولكي يكون العقد إدارياً يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام ، سواء تعلق الأمر بالدولة ، أو بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية المرفقية والتي تتعلق بمرفق عام ، وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما بعض عقود الاستثمار لا تكون الدولة أو أحد مؤسساتها طرفاً فيها⁽³⁾.

أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار من أصعب وأدق المسائل التي يواجهها الشراح عن دراسة هذه العقود ويرجع ذلك إلى⁽¹⁾:

1- لا يوجد تنظيم تشريعي لهذه العقود سواء على المستوى الوطني أو الدولي ، وبالتالي أصبحت هذه المسألة محل إجتهد من الشراح والقضاء.

2- تعددت موضوعات هذه العقود ، وتنفذ من خلال صور وأساليب تعاقدية متعددة ، وبالتالي فقد تختلف الشروط والعناصر التي يتضمنها كل عقد وكذلك الظروف والملابسات التي تحيط بكل عملية على حدى.

وعليه فقد اختلفت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار إلى مذهبين هما عقود إدارية وعقود تجارية.

العقود الإدارية:

ونفرق بين نوعين من العقود الإدارية هما:

العقود الإدارية الوطنية: ويعد العقد وطنياً إذا كان يخضع للقانون الداخلي.

العقود الدولية: يعد العقد دولياً إذا كان ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة.

ويعرف العقد الإداري الوطني بأنه: (العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام مستخدماً أساليب القانون العام ، ويتجلى ذلك إما بتضمين العقد

(3) هناك نوعان من العقود، عقود تسمى بعقود القانون العام ، وتخضع لنظام القانون العام ، وعقود القانون الخاص وتخضع للقانون المدني ولاختصاص القاضي العادي . وقد بيّن ذلك حكم مجلس الدولة الصادر في 9/12/1956م ، د.رأفت فودة ، دروس في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، طبعة 1994م ، ص 14 - 15.

(1) د. عمرو طه بدوي ، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد - دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2004م ، ص 484.

شروطاً إستثنائية أو السماح للمتعاقد مع الإدارة بالإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام⁽²⁾.

يعرف العقد الإداري الدولي بأنه: (هو العقد الذي تبرمه الدولة بإعتبارها سلطة عامة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من رعايا الدول الأخرى)⁽³⁾.

وعرفه القضاء السوداني بأنه : (هو العقد الذي تكون الجهة الحكومية طرفاً فيه ويتصل بمرفق عام ويتضمن شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة)⁽¹⁾.
وقد استقر الفقه على أنه يشترط وجود ثلاثة عناصر تميز العقود الإدارية وذلك على الوجه التالي:

- 1- وجود شخص معنوي عام طرفاً في العقد.
- 2- وأن يهدف العقد إلى تسيير مرفق عام.
- 3- مستخدماً أساليب القانون العام بتضمين العقد شروطاً إستثنائية تمنح إمتيازات لجهة الإدارة⁽²⁾.

الشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً ، كما قد يبرم عقداً إدارياً سواء بسواء وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين ، يقوم على إحتياجات المرافق العام ، الذي يستهدف العقد الإداري تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية ، فهي في العقود الإدارية غير متكافئة ، ويجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة.

وقد اختلفت الآراء حول إصباح صبغة العقود الإدارية على هذه النوعية ، حيث نجد أن:

(2) د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، طبعة 1988م ، ص 299.
(3) المستشار وائل عز الدين ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2010م ، ص 16.
(1) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1982م ، ص 282.
(2) المستشار وائل عز الدين ، التحكيم في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 10.

1. في الإجتهد القضائي السوداني لم نقف على سابقة قضائية⁽³⁾ بشأن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار ، وذلك لأن الاستثمار في السودان يعتبر حديثاً بعض الشيء مقارنة بالدول الأخرى ، كما أن حجم الاستثمارات التي دخلت السودان في فترة ما قبل 2005م ، تعتبر ضعيفة جداً بالقدر الذي لا يثير في الغالب الأعم منازعة استثمارية ، كما أن المشرع السوداني من خلال قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م وقبل صدور قانون خاص بالتحكيم جعل دور المحكمة إشرافياً على هيئات التحكيم.

2. القضاء في فرنسا قد أصبح طبيعة العقود الإدارية على العقود التي قد يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون الخاص ، وهي التي تتعلق بأشغال طبيعتها تخص الدولة، وقد قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكم شهير في 8 يوليو 1964م بأن يعتبر عقداً إدارياً العقد الذي أبرم بين شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز وبين أحد المقاولين متعلقاً بمسائل عقد الأشغال العامة⁽¹⁾.

3. وقد أقرّ القضاء المصري هذا المبدأ حيث أعتبر عقود الأشخاص الخاصة عقوداً إدارية إذا تصرفت هذا الأشخاص باسم ولحساب شخص عام⁽²⁾.

فالدولة باعتبارها دولة ذات سيادة فإنها تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة ، وحيث أن الدولة تتمتع بسلطة تتضح وتتمثل في ممارسة نفوذها على المستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وهو ما يطلق عليه اختلاف

(3) مقابلة شخصية مع د. عبد الرحمن محمد شرفي ، نائب رئيس القضاء بمكتبه بالخرطوم ، الهيئة القضائية القومية ، في يوم الأحد الموافق 2012/1/29م ، الساعة الواحدة والنصف بعد الظهر . وأيضاً مقابلة شخصية مع د. وهبي محمد مختار ، نائب رئيس القضاء بمكتبه بالخرطوم ، المحكمة العليا الاتحادية ، في يوم الأحد الموافق 2012/1/29م ، الساعة الثانية بعد الظهر ، وأيضاً مقابلة شخصية مع د. حيدر أحمد دفع الله ، قاضي المحكمة العليا ، بمكتبه بالخرطوم ، المحكمة العليا الاتحادية ، في يوم الأحد الموافق 2012/1/29م ، الساعة الثانية والنصف بعد الظهر .

(1) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 17 ، د. رأفت فودة ، دروس في القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 25.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1964/3/7م ، وحكم القضاء الإداري في 1956/4/24م ، السنة 10م مجموعة الأحكام ص 763. نقلاً عن: د. رمضان علي عبد الكريم ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 112.

المراكز القانونية في العقد بين أطرافه⁽³⁾، فمن الضروري للطرف المستثمر أن يؤمن نفسه بعدد من الضمانات القانونية بغرض حمايته بقدرٍ كافٍ من احتمال تضييع حقوقه أو إخلال التوازن التعاقدية ، لذلك فإن المستثمر الأجنبي يصر على الحصول على الضمانات الكافية قبل إبرام عقد الاستثمار والتي تترجم إلى شروط تعاقدية يمكن إجمالها فيما يلي:

1. إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار ، فدائماً ما يعمل المستثمر الأجنبي على تحرير عقد الاستثمار من سلطات القانون اعتماداً على الكفاية الذاتية لعقد الاستثمار أو خضوعه لقواعد القانون الدولي العام أو قواعد التجارة الدولية.

2. اختيار وسيلة فض المنازعات ، بهدف وجود وسيلة محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود حتى يعيد التوازن بين الأطراف أثناء نظر النزاع وغالباً ما يلجأ المستثمر إلى شرط اللجوء إلى التحكيم.

3. شروط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي والتي تهدف إلى تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة ، ومنع السلطات العامة من اتخاذ أي إجراء أو إصدار أي قوانين أو لوائح تعرض التوازن العقدي ومصالح الطرف الأجنبي للخطر في تاريخ لاحق على توقيع العقد⁽¹⁾.

نخلص من جملة ما تقدم إلى أن عقد الاستثمار يعتبر في هذه الحالات عقداً إدارياً تسري عليه قواعد وأحكام العقود الإدارية ، ويبقى التساؤل قائماً إذا كان عقد الاستثمار عقداً إدارياً في هذه الحالات ، فما هو تكييف العقد في الحالات الأخرى⁽²⁾.

العقود التجارية:

(3) أ.د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 12-14.

(1) وقد عرفت شروط الثبات التشريعي طريقها لأول مرة في عقود الاستثمار في عقد الامتياز المبرم في 1933م بين إيران والشركة الانجليزية Anglo Iranian فقد نصت المادة (21) على أنه: (لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيّاً كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية . نقلاً عن :د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 98.

(2) الحالات الأخرى: عند ما تكون عقود الاستثمار أطرافها أشخاصاً خاصة ولا تتم باسم ولحساب شخص عام، ويكون موضوعها باسم ولحساب هؤلاء الأشخاص الخاصة ، مثلاً لذلك : إبرام عقد استثمار من أجل إنشاء مصنع سراميك - مصنع حديد - مصنع أجهزة كهربائية

العقود التجارية نوعان:

الأول: عقود التجارة الداخلية وهذه تجري داخل إقليم الدولة.

الثاني: عقود التجارة الدولية وهذه تتجاوز حدود الدولة ، فتقع بين دولتين أو أكثر وتشمل جميع الأنشطة في الأموال والخدمات.

فقيام الدولة بإبرام عقود استثمار مع الطرف المستثمر ، ولا تتعلق بمرفق عام ، وتكون ذات طبيعة تجارية مثل: أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات وتبادلها ، إتفاق البيع ، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية ، إدارة الحقوق لدى الغير ، التأجير الشرائي ، التمويل ، الأعمال المصرفية ، التأمين ... وغيرها ، فمثل هذه النماذج يصدق عليها تكييف العقود التجارية⁽¹⁾.

وحتى يصدق تكييف عقود الاستثمار بأنها عقود تجارية دولية لا بد أن يتضمن ثلاثة مبادئ رئيسة هي:

1- تخطيه الحدود الجغرافية لإقليم الدولة.

2- ومساسه بمعاملات تتعلق بالتجارة الدولية.

3- وتخطيه عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي⁽²⁾.

في تقديري أنه من الأفضل تكييف كل عقد على حدى في ضوء شروطه وعناصره والظروف والملابسات التي أحاطت به ، بحيث يكون التكييف متسقاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد وكاشفاً في نفس الوقت عن الخصوصية التي تميز كل عقد عن غيره. وبالتالي قد يكون عقد الاستثمار عقداً إدارياً أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة على حدى . ولا شك أن هذا التكييف المرن يسمح بتطور هذه العقود بما يتلاءم مع حاجات الواقع العملي على مستوى عمليات التجارة الدولية.

خلاصة القول إن العقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي ليست عقوداً خاصة على إطلاقها ، وإنما يمكن خلع الصفة الإدارية عليها حال إشتغالها على الخصائص المميزة للعقود الإدارية ، على اعتبار أن الدولة تقوم بصنفين من الأنشطة ، أنشطة مرتبطة بممارسة السيادة ، وأخرى ذات صبغة صناعية تجارية تتمثل في إدارة مشاريع أو أعمال تجارية.

(1) د. عبد الحميد الأحديب ، موسوعة التحكيم ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 14.

(2) أ.د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط1 ، 2008م ، ص 32.

المبحث الثاني

حقوق والتزامات أطراف عقد الاستثمار

تنشئ عقود الاستثمار التي تتم بين أطرافها مجموعة من الحقوق والتزامات على عاتق أطرافها، شأنها في ذلك شأن العقود المبرمة بين الأطراف المتعاملة في مجال التجارة الدولية، إلا أن طبيعة الحقوق والتزامات التي تنشئها عقود الاستثمار تمتاز بخصوصية حيث تختلف عن غيرها من الحقوق والتزامات الناشئة في معاملات التجارة الدولية، إذ أن هذه الحقوق والتزامات تختلف تبعاً لاختلاف نوع عقد الاستثمار ، فعلى سبيل المثال عقود الامتياز المبرمة في إطار استغلال الثروات المعدنية تنشئ حقوقاً والتزامات على عاتق أطرافها ، تختلف بالضرورة عن عقود البناء والتشييد . وعلى الرغم من الاختلاف الملحوظ والطبيعي في الحقوق والتزامات عن كل نوعية من هذه العقود ، إلا أنه يمكن القول بأنه أيّاً كانت نوعية عقد الاستثمار ، فإنها تعطي أطرافها قدرًا من الحقوق ، كما تنشئ على عاتقهم بعض الالتزامات ذات الطبيعة العامة والمشاركة ، فهي تتواجد في معظم العقود بغض النظر عن نوعية العقد. ونتولى بيان هذه الحقوق والتزامات⁽¹⁾ كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

حقوق أطراف عقود الاستثمار

(1) أ.د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 204-205.

عقود الاستثمار مثل باقي العقود تتم عن تلاقى إرادتين ، الدولة من طرف ويمثل المستثمر الطرف الآخر ، وترتب هذه العقود حقوق لكل طرف وتعتبر التزامات تجاه الطرف الآخر ، ونتولى بيان هذه الحقوق على النحو التالي:

أولاً: حقوق الدولة المضيفة للاستثمار:

1- الحق في الإشراف والرقابة:

تعطي عقود الاستثمار للدولة المضيفة الحق في ممارسة نوع من الرقابة والإشراف على مشروع المستثمر حتى تتأكد من قيام المستثمر بأداء التزاماته وفقاً لما هو متفق عليه في عقد الاستثمار ، فقد نصّت عقود الاستثمار على عدة وسائل من أجل قيام الدولة بمهمة الإشراف والرقابة، وكما للدولة الحق في وضع ما تشاء من قواعد منظمة لاكتساب المستثمرين الأجانب لحقوق الملكية والاستثمار داخل إقليمها، كما أنها أيضاً تملك سلطة فرض القواعد الكفيلة بأحكام الرقابة الحكومية على ممارسة هذه الحقوق داخل حدودها بالقدر المناسب لتحقيق أهداف الدولة ومصالحها الوطنية⁽¹⁾. قانون الاستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل 2003م في المادة (3/34) منه: (تقوم الوزارة المختصة بإعداد تقارير دولية عن سير تنفيذ المشاريع المرخص بها ورفعها للوزير متضمنة توصياتها حول استمرارية سريان الترخيص أو أي توصيات أخرى).

والهدف من الرقابة هو وقوف الدولة المضيفة على مجريات الأمور داخلياً والتدخل عند اللزوم لمنع ما من شأنه الأضرار بمصالحها الوطنية ، كما تستخدم هذه الرقابة لضمان عدم سيطرة المستثمرين الأجانب على الاقتصاد الوطني للدولة المضيفة، إذ أن تشجيع الاستثمار لا يكون على حساب أمن وسلامة أراضي ومواطني الدولة المضيفة⁽²⁾.

(1) من هذه العقود عقد الاستثمار المبرم بين حكومة مصر والهيئة العامة للبترول وشركة كونوكو بلاسيد في 1984م، وكذلك عقد الاستثمار بين السعودية وشركة الباسفيك المبرم عام 1949م، أ.طه أحمد على قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية - دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار ، دار الجامع الجديدة، الإسكندرية ، طبعة 2008م، صفحات 95-99.

(2) د. عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية ، القاهرة، طبعة 1972م، ص 80، وأيضاً:د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص198.

وتختلف صور الرقابة الحكومية على الاستثمارات الأجنبية ، كما يختلف مداها وأهدافها من دولة مضيضة إلى دولة أخرى ، وذلك يرجع لظروف كل دولة.

2- حق الدولة في إلغاء عقد الاستثمار:

إذا كان يترتب على إبرام العقود أن تعطي للأطراف حقوق معينة إلا أنها في ذات الوقت تلزمهم بعدد من الالتزامات ، بحيث يلتزم بأدائها كل طرف ، وبالتالي يمكن القول أنه إذا أخلّ أحد أطراف العقد بأي التزام يكون وفقاً للقواعد العامة، للطرف الآخر الحق في فسخ وإنهاء العقد دون الرجوع إلى الطرف المخل⁽¹⁾. وقد تناول قانون الاستثمار السوداني ذلك في المادة (26/2/هـ) منه بالقول: (إلغاء الترخيص ، ويترتب على ذلك نزع الأرض الممنوحة له بموجب أحكام هذا القانون). ولما كانت عقود الاستثمار التي تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر تنشئ التزامات على عاتق أطرافها، ويمثل ما يهتم المستثمر بالبحث عن حقوقه ، ويلزم الدولة المضيفة بما عليها من التزامات ، فيجب عليه أن ينفذ التزاماته، فإذا أخلّ بها يكون من حق الطرف الآخر (الدولة المضيفة) أن تلغي عقد الاستثمار⁽²⁾.

ثانياً: حقوق المستثمر:

المستثمر كطرف في عقد الاستثمار قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً معنوياً. إلا أنه في الحقيقة هو ليس بالشخص الضعيف في العلاقة مع المستفيد من الاستثمار ، وكما تمنح عقود الاستثمار حقوق والتزامات تقع على عاتق المستثمر الأجنبي ، ويمكن تناول هذه الحقوق والتزامات على نحو ما سيرد تفصيله⁽³⁾:

1. يحق للمستثمر الاستعانة بالفنيين والخبراء والإداريين غير الحاملين لجنسية الدولة المضيفة- الأشخاص الأجانب عن الدولة المضيفة- وذلك لتنفيذ العمليات

(1) نصت المادة 1/28 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م السوداني ((في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى)). وكذلك الحال في القانون المدني المصري ، حيث نصّت المادة 1/57 ((في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن له مقتضى)).

(2) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 199.

(3) د. عبد الماجد محمد الفار، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، مرجع سابق ، ص 124.

اللازمة لمشروع المستثمر ، وقد منح قانون الاستثمار السوداني الحق للمستثمر باستقدام العمال والخبراء الأجانب بالنسبة للمهارات والخبرات التي لا تتوفر في السودان ، جاء ذلك في نص المادة (1/23) منه والتي تقول: (يجوز للمشروع استخدام العمال والخبراء الأجانب بالنسبة للخبرات المطلوبة التي لا تتوفر في السودان ...) ، حيث كما سبق ذكره، أن عقود الاستثمار هي عقود تتعلق بنقل التكنولوجيا ووسائل الإنتاج المتقدمة التي تحتاج إلى عناصر معينة يمكن أن تتعامل مع هذه التكنولوجيا، فغالباً ما تكون هذه العناصر غير موجودة بالدولة المضيفة للاستثمار⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك نجد أن عقود الاستثمار الخاصة بالبتروك تتص صراحة بالسماح لمستخدمي صاحب الامتياز (المستثمر الأجنبي) الدخول إلى إقليم الدولة المضيفة ، ويخضع لقوانين الهجرة النافذة في الدولة المضيفة، فقد نصّت المادة(29) من عقد الاستثمار بين الحكومة المصرية وشركة إيني الإيطالية سنة 1963م على : (لغير المصريين من موظفي المرخص له أو موظفي مقاولين في حدود القوانين واللوائح السارية الحق في دخول أراضي الجمهورية العربية المتحدة، والتنقل بداخلها والخروج منها، ويلزم أرباب العمل المذكورين أعلاه ألا يستخدموا داخل أراضي الجمهورية العربية المتحدة أشخاص غير مرغوب فيهم من قبل الحكومة لأسباب سياسية أو أسباب تتعلق بالأمن العام)⁽²⁾.

2. يحق للمستثمر الأجنبي التمتع بالإعفاءات الجمركية ، إذ أنه يحتاج لتنفيذ مشروعه محل عقد الاستثمار إلى العديد من المعدات والآلات وغيرها من الأجهزة وكافة مستلزمات المشروع ، لأنه يقوم باستيراد هذه المعدات والمستلزمات من خارج الدولة المضيفة نظراً لأنه في أغلب الأحوال تكون هذه المعدات غير

(1) ومن أمثلة هذه العقود عقود الاستثمار المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الانجليزية المصرية لأبار الزيت، وعقد الاستثمار المبرم بين الحكومة السعودية والشركة اليابانية عام 1957م والعقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة الفرنسية أوكسيراب عام 1965م. أ. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، مرجع سابق ، هامش ص102.

(2) د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية ، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، القاهرة، طبعة 1975م، ص98. كما نصّت المادة (29) من عقد الاستثمار بين الحكومة العراقية وشركة نفط العراق سنة 1925م، ونص المادة 8/ب من اتفاقية بين الحكومة الكويتية وشركة نفط الكويت سنة 1934م، وكذلك المادة (3/15) من اتفاقية الكويت مع شركة شل سنة 1961م، والمادة(21) من اتفاقية لبيترول المبرمة بين المملكة العربية السعودية وشركة جيبي سنة 1949م، المرجع السابق ، ص98.

موجودة بالدولة المضيفة ، ولقد أعطى قانون الاستثمار السوداني المستثمر حق الإعفاء من ضريبة أرباح الأعمال لمدة لا تقل عن عشر سنوات للمشروع الاستراتيجي ولا تقل عن خمس سنوات بالنسبة للمشروع غير الاستراتيجي ، كما خصه بالإعفاء من الرسوم الجمركية لكل المشروعات أي كان نوعها ، مع منح المشروع ميزات تخصيص الأرض وحساب الإهلاك ، جاء ذلك في المواد (10،11،12) منه. فغالباً ما تنص عقود الاستثمار على أنه يلزم إعفاء المستثمر الأجنبي من الرسوم الجمركية عند استيراده لهذه المعدات ، فعلى الرغم من أن التشريعات الداخلية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار تنص على مثل هذه الإعفاءات أو الاتفاقيات المبرمة بين الدولة المضيفة ودولة جنسية المستثمر المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار التي يقوم بها أحد مواطني الدولة المتعاقدة ، إلا أن المستثمر عادة ما يطلب أن تتضمن عقود الاستثمار المبرمة بينه وبين الدولة المضيفة على هذه الإعفاءات.

المطلب الثاني

التزامات أطراف عقود الاستثمار

مثلاً تمنح عقود الاستثمار أطرافها حقوقاً ، تفرض عليهم التزامات ، وندتاول تفصيل التزامات كل طرف على نحو ما يلي:

أولاً: التزامات الدولة المضيفة للاستثمار:

1. التزام الدولة المضيفة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي مساعدته في تنفيذ مشروعه، حيث تلتزم بتقديم كافة المساعدات الممكنة من الحصول على تراخيص إنشاء المصنع أو مزاولة النشاط أو كافة الإجراءات المطلوبة من كافة المصالح الحكومية وغير الحكومية داخل إقليم الدولة المضيفة⁽¹⁾. قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل 2003م نص على ذلك في المواد (22،23) منه ، حيث أنه يلزم الجهات المختصة في الدولة بصيغة الوجوب على مواقيت محددة يتم فيها تقديم ما يلزم لقيام المشروع ، ويتمثل ذلك في البت في طلب الترخيص خلال سبعة أيام وعلى ألا تزيد المدة الكلية لاستلام الترخيص النهائي عن ثلاثين يوماً ، كما ألزم السلطات المختصة الاتحادية و الولائية تسليم المستثمر الأرض المخصصة للمشروع خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ منح الترخيص.

2. التزام الدولة المضيفة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، حيث أنه يبحث عن المكان الذي يجد به الضمان والأمان والاستقرار لأمواله المستثمرة ، فهو يكون حريصاً أشد الحرص على التفكير والتأني في اتخاذ قرار استثمار أمواله في دولة معينة، غالباً ما تكون دولة بها حماية أفضل ، وبطمئن داخلها على

(1) أ.د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ، ص 226، أ. طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص100.

مشاريعه التي غالباً ما تكون بمبالغ مالية ضخمة وتكاليف عالية، فنجد أن عقد الاستثمار غالباً ما يتضمن شروطاً خاصة تلزم الدولة المضيفة للاستثمار بتوفير الحماية المناسبة والكافية للاستثمارات والمستثمر الأجنبي، وهذه الشروط مثل شرط الضمان وشرط الثبات التشريعي فهي تمثل للمستثمر الحماية الأكثر له. قانون تشجيع الاستثمار السوداني أعطى المستثمر بعض الضمانات في شكل إلزام للجهة الحكومية المختصة ، نص عليها في المادة (17) منه ، حيث سمح للمستثمر بإعادة تحويل المال المستثمر وتحويل الأرباح وتكلفة التحويل عند رأس المال ، وإستيراد المواد الخام التي يحتاج إليها المشروع. فعلى الرغم من أن التشريعات الداخلية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار ، أو الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الدول المضيفة ، ودولة جنسية المستثمر المتعلقة بتشجيع وحماية المستثمر بين البلدين تتضمن هذه الشروط، إلا أن المستثمر يطلبها في عقد الاستثمار الذي يتم إبرامه مع الدولة المضيفة، ليضمن حماية استثماراته وعدم التعرض لها.

ثانياً: التزامات المستثمر:

1. يلتزم المستثمر بالمساهمة في التنمية البشرية ، ويختلف مضمون هذا الالتزام تبعاً لنمو الدولة المضيفة، ففي الدولة المضيفة التي حققت قدراً من النمو الاقتصادي بمقارنتها بالدولة الأكثر تأخراً على الصعيد الاقتصادي ، نجد أن هذا الالتزام يأخذ شكل التزام تبعاً للمساعدة الفنية التي يقوم بها المستثمر الأجنبي ، كما يختلف هذا الالتزام تبعاً للقيمة الإجمالية للاستثمارات التي يقوم بها المستثمر من مشروعات في الدولة المضيفة ، فعقد الاستثمار ذات الموضوعات المالية والاقتصادية الهامة هي التي تنشئ الالتزام بضرورة تحقيق اندماج لعقد في الوسط الاقتصادي والاجتماعي للدولة المضيفة⁽¹⁾. تتضمن غالبية عقود الامتياز الخاصة بالبتروول اشتراطات عقدية تلزم صاحب الامتياز (المستثمر الأجنبي) بتدريب المستخدمين الوطنيين، وتطبيقاً لذلك نصت المادة (29) من عقد الاستثمار بين الحكومة العراقية وشركة نفط العراق سنة 1925م على: (..... ويشترط أن تقوم الشركة بقدر ما يمكن عملياً، وفي الحدود المعقولة وبأقرب ما يمكن من الوقت

(1) أ.طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 104.

بتدريب العراقيين في هذه الأعمال.....). كما تنص بعض الاتفاقيات الأخرى على التزام المستثمر في تنفيذه لشروط تدريب المستخدمين الوطنيين بأن يقدم منحاً لعدد من الطلبة الوطنيين لدراسة تكنولوجيا البترول في الخارج، وهو ما نصّت عليه المادة (29) من اتفاقية العراق وشركة نفط الموصل سنة 1932م⁽¹⁾.
2. يلتزم المستثمر الأجنبي بنقل عناصر المعرفة الفنية بالطرق اللازمة لنقل هذه العناصر إلى المستفيد المتمثل في الدولة المضيفة، وإذا علمنا أن عناصر المعرفة الفنية التي يلزم المستثمر الأجنبي بنقلها تتكون من أشياء مادية، فإنه يتعيّن التفرقة بينهما بخصوص تنفيذ هذا المضمون .

إذ تخضع الأشياء المادية في هذا المجال لأحكام التسليم الواردة في عقد البيع كالمعدات والآلات والعينات ولوازم المصنع، وتخضع أحكام تسليم هذه الأشياء لاتفاق الطرفين من حيث زمان ومكان ونفقات التسليم ومطابقة ما نص عليه في العقد، وإذا ترك الطرفان تنظيمها تخضع للقواعد العامة في وضع الحلول اللازمة لها⁽²⁾، وأن جوهر المعرفة الفنية، لا يكمن في عناصرها المادية ولكن في عناصرها المعنوية⁽³⁾. كالرسوم والنماذج الصناعية والمساعدة الفنية، أما بالنسبة للعلامة التجارية فإنها لا تعتبر من عناصر المعرفة الفنية إلا إذا كانت عنصراً في مجموعة التزامات خاصة بنقل المعرفة الفنية متحدة معها كالاتفاق على نقل المعرفة الفنية الخاصة بمنتج معين يحمل العلامة التجارية لمالك المعرفة .

إذ تتمثل خصوصية هذا الالتزام في أن الاستثمار يعطي للدولة المضيفة الحق في استغلال المعرفة الفنية الخاصة بالمستثمر، غير أن الطبيعة المعنوية لهذا الحق تجعل من المتعذر على المستثمر استرداده عند انتهاء العقد بعد أن تكون الدولة المضيفة علمت بهذه المعرفة⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، مرجع سابق ص 125.

(2) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م السوداني المادة(190) .

(3) د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 22.

(4) د. ماجد عبد الحميد السيد عمار، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة

، ص 172.

لما كانت المعرفة الفنية للاستثمارات تشمل المعارف التقنية الخاصة بالمجالات الصناعية، وكذلك المعارف التنظيمية الإدارية والأسرار التجارية ، فإنه يمكن تقسيم المراحل التي يتم فيها التنفيذ إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى : وهي المرحلة التي تلي إبرام العقد لحين افتتاح مشروع المستفيد ، إذ يقوم المستثمر الأجنبي بتهيئة المستفيد ومستخدميه لاستيعاب المعرفة الفنية التي تمثل الجوهر المعنوي للمشروع المراد افتتاحه ، وكذلك تزويده بالمخططات والرسوم اللازمة لممارسة النشاط، فضلاً عن مساعدته في اختيار موقع المشروع ومساحته وطريقة تصميمه، وغيرها من المستلزمات المادية التي تكفل ظهور مشروع المستفيد بصورة تتجانس مع المظهر العام للشبكة على نحو يخلق الانطباع لدى الجمهور أن مشروع المستفيد ليس إلا منفذاً تسويقياً للمشروع الأصل لا يتمتع بأي استقلال⁽¹⁾.

أما المرحلة الثانية: التي تبدأ من تاريخ افتتاح المشروع وتستمر ما دام هذا المشروع يمارس نشاطه في إطار الشبكة فإنها تتمثل في تقديم التعليمات والتوصيات والإرشادات الضرورية لممارسة النشاط، يستمر المستثمر الأجنبي بتنفيذ التزامه مع استمرار حياة المشروع، إذ يأخذ انتقال عنصر المعرفة الفنية طرقاً وأساليباً مختلفة، وخاصة فيما يتعلق منها بما يستجد من خبرات تهدف إلى تحقيق الأفضل في التوزيع والإنتاج والتسويق. فقد يتم انتقالها عن طريق تزويد الدولة المضيفة بالدوريات والمذكرات التي توزع داخل الشبكة وقد يتطلب الأمر الاستمرار بأعمال التدريب والتطوير لمستخدمي الدولة المضيفة⁽²⁾.

ويتعيّن على المستثمر أن ينفذ التزامه بنقل عناصر المعرفة الفنية كاملاً، لأن المعرفة الفنية كما لاحظنا تتكون من عناصر مادية وأخرى غير مادية، وإلا وقع تحت طائلة عدم التنفيذ مما يهدد وجود العقد برتمته وهو الأمر الذي يسبب ضرراً

(1) ازاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه وتسوية منازعاته ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ط1، 2011، ص74.

(2) ازاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه ، مرجع سابق ، ص75.

بليغاً بعد أن يكون قد اطلع على بعض عناصر هذه المعرفة مما يؤهله لاستغلالها إذا كان مستواه التقني متقدماً⁽³⁾.

ويثير مدى تنفيذ المستثمر لهذا الالتزام أساس الخلافات التي تثور مع الدولة المضيفة ، كما هو الشأن في كل عقود نقل التكنولوجيا ، وإذا كان المستفيد - الدولة المضيفة- يتنازل في بعض الأحيان ، عن حقه في الحصول على بعض العناصر فلا يعني ذلك أنها لا تدخل في جوهر المعرفة الفنية التي التزم المستثمر بنقلها إليه ، بقدر ما يعني أنه يعتمد على خبراته هو في هذا الجانب لسد النقص في جوانب المعرفة التي انتقلت إليه لتوفير المقابل الذي يدفعه عنها⁽¹⁾.

وقد يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى عدم إعلام المستثمر للمستفيد بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يتم استغلال المعرفة في محيطها بحيث تفشل في تحقيق الغاية منها⁽²⁾. ويمكن للمستثمر أن يتلافى الإدعاء بإخلاله بتنفيذ الالتزام بإثبات أنه نقل عناصر المعرفة الفنية بصورة تطابق ما ورد في العقد ، وبسبب الطابع المعنوي للمعرفة الفنية يصعب تحديد عناصرها بدقة متناهية تحول دون أي خلاف يثور بشأنها ، لذا يكون تطبيق مبدأ حسن النية ذا أهمية كبيرة ، بل ضرورة لا مناص منها لحسم النزاع على أساسها.

3. يلتزم المستثمر بأن يقوم بعمل التقارير اللازمة للمشروع محل عقد الاستثمار ويخبر بها أجهزة الدولة المضيفة، سواء عند دخولهم مشروع المستثمر وطلب هذه البيانات والمعلومات ، أو عندما يقوم بتقديمها للمستثمر لهذه الجهات ، فيجب على المستثمر ألا يخفي عن الدولة المضيفة أية معلومات أو بيانات تُطلب من جهات الرقابة الخاصة بالدولة المضيفة.

قد نصت المادة (24/أ/ب) من قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل 2003م على أن يلتزم : (بموافقات الوزارة المختصة بتقارير متابعة مفصلة للبرنامج الزمني كل ستة أشهر، على أن تضمن تلك التقارير بيان

(3) رمضان علي عبد الكريم ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ص120.

(1) د. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 1 ، 2010م ، ص 142.

(2) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، تأملات في العقود الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 1 ، 2010م ، ص 64.

عن الخطوات التي تمت والعقبات التي واجهت التنفيذ ، مع اطلاع الوزارة على البيانات والمستندات.....⁽³⁾. أما قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م المادة (76/أ) منه نصّت على : (يلتزم المورد بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه على ما يلي:

(الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال..الخ⁽¹⁾). أما قانون الاستثمار اليمني لسنة 2002م، نصّت المادة (65/ج) منه يلتزم: تقديم أي كشوفات أو بيانات وثائق تطلبها الهيئة تتعلق بالمشروع أو تنفيذه وتشغيله وذلك خلال المدة المحددة في الطلب⁽²⁾).

ونخلص إلى أن عقود الاستثمار لها خصوصية تميّزها عن غيرها من العقود، مع ما يكتنفها من تعقيد ، إذ أنها رابطة عقدية بين طرفين غير متكافئين من حيث المراكز القانونية ، فالدولة كطرف في العقد تحوز على مزايا لا تتوفر للطرف الآخر ، كالسيادة والحصانة القضائية ، تمنحها قدرًا من القوة لا يتمتع بها الطرف الآخر خاصة إذا كان من الأشخاص الخاصة ، طبيعيين أو معنويين ، تجعله (المستثمر الأجنبي) يشعر بنوع من الضعف بمقدار ما تتمتع به الدولة من قوة ، لذلك يلجأ هذا الأخير إلى إدراج شروط في العقد قد تكون غير مألوفة تجنبه الإجراءات الانفرادية التي قد تلجأ إليها الدولة.

غير أن حاجة الدولة لرؤوس الأموال بغرض التنمية الاقتصادية ، وحاجة المستثمر إلى جهة حاضنة لإستثمار أمواله ، تحتم عليهما معاً الحرص على الحقوق والإيفاء بالالتزامات ، والتحسب لما قد تنشأ بينهم من منازعات ناتجة عن تنفيذ بنود العقد باختيار الوسيلة المثلى التي يمكن عن طريقها تسوية تلك الخلافات ، التي غالباً ما يكون بند الاتفاق على التحكيم.

(3) قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999 م تعديل 2003م ، المادة (24/أ/ب).

(1) قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م، المادة (76/أ).

(2) قانون الاستثمار اليمني لسنة 2002م ، المادة (65/ج).

المبحث الثالث

أسباب منازعات عقود الاستثمار

إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتزداد أهميته في عقود الاستثمار بصفة خاصة، وأن هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بفعل التغيرات في الظروف التي عاصرت إبرام العقد، نظراً لطبيعة عقود الاستثمار التي تستغرق وقتاً طويلاً لتنفيذها. فتلجأ الظروف قد تعرض التوازن للانحيار أو تعييه ببعض الخلل، ويترتب على هذا الخلل في كثير من الأحيان إثارة الكثير من المنازعات التي تتنوع وتتعدد أسبابها. فقد ترجع لقيام الدولة المضيفة باتخاذ إجراء أو تصرف يخل بالتزاماتها مع المستثمر وفقاً لما هو منصوص عليه بعقد الاستثمار، فقد تقوم بتأميم أو مصادرة أو الاستيلاء أو تغيير القانون وقد ترجع الأسباب إلى فعل المستثمر بأن يخل بأحد الالتزامات المنصوص عليها بعقد الاستثمار كفشله في تدريب العمالة المحلية أو عدم الإخبار بمعلومات معينة أو رفض دخول جهات الرقابة إلى مشروعه.....⁽¹⁾.

المطلب الأول

منازعات القوة القاهرة

يبدو أن فكرة القوة القاهرة مبدأ مسلّم به من قبل جميع الدول، حيث تأخذ به غالبية التشريعات الوطنية كسبب لانتهاء مسئولية المدين عن عدم التنفيذ. على الرغم من معرفة القوانين الوطنية لفكرة القوة القاهرة، والنص عليها ضمن تشريعاتها الداخلية، إلا أن هذه الفكرة عولجت تحت تسميات متعددة. فالقانون السوداني استخدم مصطلح الظروف الطارئة، والقانون المصري استخدم القوة القاهرة وكذلك الجزائري. عرفت القوة القاهرة بأنها:

(1) د. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 108.

تعني مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة وتؤدي بها إلى عدم الالتزام بالقواعد القانونية بحيث لا يعد ارتكابها فعلاً مخالفاً موجباً للمسؤولية⁽²⁾.

قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م تعرض لها في مجال قواعد المسؤولية العقدية: (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وأن لم يكن مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق للحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك⁽¹⁾). كما نصّ عليها القانون المدني المصري: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد تنشأ بسبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه⁽²⁾).

هناك تشابه في مشتملات النصين السوداني والمصري ما عدا اختلافين: أحدهما جوهري وهما، إن المشرع السوداني أستخدم لفظ المحكمة بدلاً عن القاضي، وهذا لا يعتبر فرقاً جوهرياً بل هو استخدام لغوي يدل على المقصود ذاته في الحالتين، أما الفرق الثاني والذي بلا شك هو فرق جوهري، هو أن النص السوداني يشتمل على إضافة هامة هي أنه يحدد معياراً منضبطاً لمعرفة متى يكون الالتزام مرهقاً. وإن لم تتفق التشريعات الوطنية على تبني مصطلح موحد يعبر عن القوة القاهرة، غير أن غالبيتها اتحدت في ضرورة توافر شروط معينة لتحقيقها تتمثل في:

1. استقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين:

يعد هذا الشرط جوهرياً لقيام حالة القوة القاهرة، فمن غير المنطقي - مثلاً - أن يستفيد المدين من تغير ظروف العقد لتعديل أحكامه، في الوقت الذي يرجع فيه هذا التغير إلى خطأ منه. وبالتالي يسمح هذا الشرط بحماية المتعاقد من التدخل المباشر وغير المباشر للمتعاقد الآخر سيئ النية.

2. عدم توقع الحدث عند إبرام العقد:

(2) نبيل بشر، المسؤولية الدولية في عالم متغير، دار النهضة العربية، ط1، 1995، ص262.

(1) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، المادة (1/117).

(2) القانون المدني المصري لسنة 1975م، المادة (215).

فإمكانية توقعه- كأن يحدث في مواعيد دورية ولو كانت متباعدة كالفيضانات والأمطار ، أو أن تتعطل الماكينات في المصنع مثلاً- تحول دون اعتباره قوة قاهرة أو حدث مفاجئ ، وينبغي أن تكون عدم الإمكانية تلك متحققة ، لا من جانب المدعى عليه، بل حتى من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر⁽¹⁾، فالمعيار موضوعي لا ذاتي كما يجب أن تكون مطلقة لا نسبية .

ويؤكد قضاء التحكيم ما سبق ، فعرضت هيئة التحكيم في القضية رقم 2139 لسنة 1974م، حادث القوة القاهرة بأنه: (يعتبر قوة قاهرة - بالمعنى الضيق- الحدث الذي تتوافر فيه خصائص عدم التوقع ، بمعنى أنه في لحظة وقوعه ، لا يوجد أي سبب خاص يجعلنا نعتقد أنه سيقع....⁽²⁾).

3. وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية:

قانون المعاملات المدنية السوداني نص بالقول: (في العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى الإلتزام لإستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء ذاته⁽³⁾)

يقصد بالاستحالة المطلقة أن يتواجد المدين في موقف لا يستطيع معه أن يفعل ما يجب عليه فعله ، وبمعنى آخر ألا تكون لديه وسيلة مشروعة يستطيع بها أن يدفع أو يتجنب وقوع الحدث ، أو يقاوم أو يعالج بها الآثار التي تترتب على وقوع هذا الحدث.

وقد تطرقت عدة أحكام تحكيم إلى مدى توافر شروط القوة القاهرة، ومن ذلك الحكم الصادر في القضية رقم (2142) لسنة 1974م⁽⁴⁾ ، حيث أكدت هيئة التحكيم على أن : (التهديدات التي تحتج بها الشركة المدعى عليها لانقضاء مسئوليتها عن عدم تسلمها المنتجات البترولية ، لا تتوافر إلى أن المشروع الوطني قد أثبت بالأدلة الكافية أنه في نفس الفترة التي لم تتسلم فيها الشركة المدعى عليها المنتجات ، خشية

(1) د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، 1981م، (878/1).

(2) وقائع هذه القضية في المجموعة الأولى من الأحكام الصادرة عن هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية ، ص 237. نقلاً عن د. نزيه عبد المقصود ، الآثار الاقتصادية للاستثمار الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ط1، ص 77.

(3) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م المادة (130).

(4) حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم المنعقدة في إطار غرفة التجارة الدولية ، قضية رقم 2142 لسنة 1974م، وارد في المجموعة الأولى من الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم لهذه الغرفة 1974-1985م، ص 149.

التهديدات التي مارستها بعض الشركات التي كان لها امتياز على هذه المنتجات، استطاع مشتررون آخرون تسلم هذه المنتجات بشكل منظم).

وأيضاً حكم التحكيم الصادر في القضية رقم (2263) لسنة 1974م⁽¹⁾، حيث فحصت هيئة التحكيم - بداية - مدى توافر شروط القوة القاهرة في القرار الصادر عن الحكومة الرومانية واستندت أثناء قيامها بهذا العمل إلى المبادئ العامة للقانون ونصوص العقد ، وانتهت إلى أن: (إلغاء رخصة التصدير من الحكومة الرومانية يشكل حالة قوة القاهرة على أساس المبادئ العامة للقانون والمادة التاسعة من العقد).

إذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة من شأنها إنقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعه عدم تنفيذه خصوصاً في العقود ذات الالتزامات المتقابلة ، فإن الأمر يختلف في عقود الاستثمار حيث هناك حرص على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها لضمان استمرار هذه العلاقة الاستثمارية بين الأطراف ، فلا شك أن مهمة الفصل في المنازعات التي تدور حول تحقق شرط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على ثبوته، هي مهمة فنية في المقام الأول. فالمنازعة قد تتعلق بتنفيذ غير مطابق للمواصفات في ظل القوة القاهرة التي حالت دون التنفيذ الأمثل المتفق عليه في العقد، وقد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الخطر الذي لحق بالمتعاقدين الأخر وما إذا كان مبرراً كافياً لإيقاف العقد أو أنه وصل إلى درجة يتعين معها إنهاؤه ، كما قد تدور المنازعة حول إقرار مبدأ التعويض ، إن كان له محل طبقاً لشرط العقد ومداه. هذه المسائل ذات الطبيعة الفنية تضاعف من صعوبة المهام الملقاة على عاتق هيئات التحكيم للوصول إلى تسوية سلمية بشأن النزاع⁽²⁾.

خلاصة القول أن تحقق شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار يختلف عن بقية العقود الأخرى ، وذلك لرغبة الأطراف في استمرار العلاقة بينهما، فضلاً عن أن عقود الاستثمار في غالبها عقود طويلة الأجل ربما تمتد إلى عشرات السنوات ، وأنه في حالة غياب شرط صريح خاص بالقوة القاهرة يحدد نتائجها ، أو في حالة عدم وجود اتفاق أصلاً بين الأطراف حول هذه النتائج فإن تحديد أثر القوة القاهرة على استمرارية

(1) حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم المنفذة في إطار غرفة التجارة الدولية، قضية رقم 2478 لسنة 1974م، وورد في المجموعة الأولى من الأحكام الصادرة عن هيئة تحكيم هذه الغرفة ، ص232.

(2) د. نزيه عبد المقصود مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص134.

العقد يدخل في الاختصاص الأصلي لهيئة التحكيم، فتختص هذه الهيئة بإعادة ضبط العلاقة بين الأطراف ، وإعادة التوازن للعقد مرة أخرى.

المطلب الثاني

المنازعات الناجمة عن شرط إعادة التفاوض

لما كان طول الأجل من مميزات عقود الاستثمار ، كان من الطبيعي أن يحرص المتعاقدان على تضمين عقدهما ما يعرف بشرط إعادة التفاوض.

ويمكن تعريفه بأنه: (الشرط الذي يدرجه الأطراف في عقد الاستثمار ، ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة ، يحددها فيما بينهم ، سواء في نفس الشروط الواردة في العقد، أو في اتفاق منفصل⁽¹⁾). وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، ومن طبيعتها الإخلال بتوازنه وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح⁽²⁾.

ويتصف شرط إعادة التفاوض بأنه شرط اتفاقي محض، ذلك أن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في عقدهم من العناصر التي يجب أن يتفق عليها الأطراف⁽³⁾ ، وأهم هذه العناصر التالي:

1. أن يحددوا بدقة الأحداث التي تستوجب تطبيق هذا الشرط ، أي الأحداث التي تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد. وتجدر الإشارة إلى الصعوبة الكبيرة التي تجابه تحديد الأحداث على الصعيد العملي ، مما يؤدي إلى نشوء منازعات عدة ، فقد يتمسك أحد الأطراف بضرورة إعادة التفاوض نتيجة حدث طارئ يعتبره الطرف الآخر خارج شرط العقد .

2. يجب على الأطراف أن يحددوا أيضاً في بنود العقد، المقصود باختلال التوازن العقدي الذي يحدثه التغيير، هذا العنصر هو الآخر يجد صعوبة في تطبيقه على المستوى العملي ، وقد يختلف الأطراف بشأنه كثيراً، مما قد يؤدي إلى ظهور منازعات عديدة.

(1) د. غسان علي علي ، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم فيها، مرجع سابق ، ص 187.

(2) د. غسان علي علي، المرجع السابق ، ص 188.

(3) أ. مونية جمعي، الاستثمار الأجنبي، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة، 2009م، ص 80.

3. أن يتفق الأطراف على مصير العقد أثناء التفاوض ، فهل يستمر تنفيذه أم يتم وقفه لحين التعرف على نتيجة التفاوض ، كما يجب الاتفاق على مصيره في حالة فشل التفاوض.

نشير هنا إلى اختلاف مضمون شرط إعادة التفاوض من عقد إلى آخر حيث تتخبر صورته وفقاً لإرادة الأطراف، فقد يواجه عقد ما ظروفاً اقتصادية، بينما يواجه آخر ظروفاً سياسية أو مالية أو قانونية....⁽¹⁾.

ومن العقود التي نصت على شرط إعادة التفاوض نجد مثلاً العقد المبرم بين شركة البترول الحكومية لجمهورية أذربيجان ومجموعة شركات بترولية، وينص العقد على ما يلي: (لا يصح على الإطلاق التعديل أو التغيير بأي حال من الأحوال في الحقوق المخولة للمقاول أو المقاولين من الباطن بموجب الإتفاقية دون الموافقة المسبقة من قبل المقاول وإذا ما لمحت الحكومة بصدور قانون جديد أو توقيع معاهدة أو إصدار قرار يتعارض مع بنود الإتفاقية أو يؤثر بشكل سلبي أو حتى إيجابي على حقوق ومصالح المقاول ، ومنها على سبيل المثال وليس الحصر ، أية تغييرات في التشريعات الضريبية أو الممارسة الإدارية أو التغييرات القضائية المتعلقة بمجال العقد ، فإنه يلزم حينئذٍ إعادة ضبط الإتفاقية لإعادة خلق التوازن الاقتصادي ما بين الأطراف ، وإذا ما ثبت التأثير السلبي لحقوق ومصالح الطرف المقاول أو من يخلفه عن أي خسائر أو أضرار في الأوضاع وما يتبعها من خسائر وتلتزم الجهة الحكومية في حدود ما تسمح به سلطاتها بضمان أن تتخذ الإجراءات بين تلك المعاهدة أو القانون أو القرار الإداري الصادر من جهة والإتفاقية المبرمة من جهة أخرى⁽²⁾).

وأيضاً العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول مع شركة ريسول يون إيجيبت وشركة موبيك أكسلورتش إيجيبت ، حيث نصّ هذا العقد في بند من بنوده على ما يلي: (في حالة حدوث أي تعديل تشريعي لاحق يؤدي إلى

(1) يتميز هذا الشرط بأن تطبيقه أقل صرامة ، لأنه يهدف إلى تغيير العقد وليس انهاؤه أو توقيفه، كما هو الحال في شرط القوة القاهرة.

(2) د. سمير محمود صبحي ، التحكيم في عقود البترول ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م ،

إنقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف ، فإنه يسمح بإعادة التفاوض ، ويجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات⁽³⁾.

كما تضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية الذي أعدته لجنة الشركات عبر الدولية المشكلة في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة مراجعة والتفاوض بشأن العقود الإتفاقيات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية ، وتطبيقها في ظل إعتبرات حسن النية⁽¹⁾ ، وقد نص مشروع المدونة على ما يلي: (العقود والاتفاقيات ولاسيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني طويل الأمد يجب أن تتضمن شروطاً لإعادة ومراجعة بنودها أو لإعادة التفاوض بشأنها ، وفي حالة تخلف هذه الشروط السابقة وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود في ظلها تغيراً جوهرياً ، فإنه يتعين على الشركات عبر الدولية التي تتصرف في ضوء إعتبرات حسن النية التعاون مع الحكومات من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقيات وإعادة التفاوض بشأنها). وكذلك فقد نصت المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية والتي أقرها معهد روما لتوحيد القانون الدولي الخاص عام 1994م والتي تم تعديلها في أبريل 2000م⁽²⁾ على شرط إعادة التفاوض في حالة تغيير الظروف ، فجاءت بما يلي: (في حالة شروط الصعوبة ، تغيير الظروف Hard Ship ، يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسبباً).

ومما سبق يمكن القول أنه رغم أهمية إدراج شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار ، إذ أنها تسمح للأطراف المتعاقدة الاقتراب بشكل مرن من أجل الوصول إلى حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي سببها تغير الظروف، كما أنها تعطي للعقد فرصة الاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه، غير أن أثرها محدود للغاية إذ أنها تفرض على الأطراف المتعاقدة فقط التزاماً بإعادة مناقشة أحكام العقد، من دون ترتيب أي التزام يقضي إلى إنهاء المناقشة باتفاق حول تعديل نصوص هذا العقد.

(3) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 305، 306.

(1) د. محمد بهجت عبد الله ، عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2007م ، ص 163.

(2) د. محمد صبحي الطويل ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2009م ، ص 272.

المطلب الثالث

طرق استيلاء الدولة المضيفة للاستثمارات

من أهم المخاطر التي يواجهها المستثمر هو أن تتخذ الدولة إجراء يقضي بالاستيلاء على المشروع الاستثماري المملوك له والكائن في إقليمها ، وما يترتب حرمانه من حقوقه أو سلطاته الجوهريّة على ذلك المشروع أو طرده من أراضيها، بحيث لا يبقى أمامه سوى المطالبة بالتعويض العادل⁽¹⁾.

وهناك ثلاثة طرق تتبعها الدولة المضيفة للاستيلاء على ممتلكات المستثمر هي التأميم، نزع الملكية، المصادرة. وفيما يلي مناقشة كل منهما:

(1) التأميم:

ظهرت فكرة التأميم مع انتشار وتوسع النظام الاشتراكي في كثير من دول العالم في ذلك الوقت، وذلك تحت تأثير المفهوم الجديد للملكية باعتبارها وظيفة اجتماعية وليس حقاً مطلقاً مقدساً. وكان المشرع الروسي أول من استخدم مصطلح التأميم عام 1917م. حيث تنظر الدول الاشتراكية للتأميم على أنه وسيلة من وسائل التغيير الجذري لأسس النظام الاقتصادي والاجتماعي ، مستهدفة بذلك القضاء على مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج . أما الدول النامية فتري في التأميم وسيلة من وسائل التحرر الاقتصادي من الهيمنة الاحتكارية والتنمية الرأسمالية.

ويذهب البعض إلى تعريف التأميم بأنه:

(أ) ذلك الإجراء الذي يراد به نقل ملكية مشروع من المشروعات الخاصة المملوكة للأفراد أو الشركات إلى ملكية الأمة متمثلة في الدولة، بواسطة قرار يصدر عن السلطة العامة، وذلك بهدف تحقيق مصالح الجماعة⁽²⁾.

(ب) عمل من أعمال السياسة العليا تقوم به الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييراً كلياً أو جزئياً، حيث تكف يد القطاع الخاص عن

(1) د. خالد محمد جمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار ، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون ، العدد الثالث، 1999م، ص67. نقلاً عن : د. السيد المراكبي ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2، 2010م، ص95.

(2) د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ط1، 2000م، ص166.

بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية ، لضمها إلى القطاع العام خدمة لمصالح الأمة⁽¹⁾.

(ج) اكتساب الدولة أو أحد الأشخاص الخاصة لملكية مشروع كان مملوكاً للأفراد تحقيقاً لإصلاح اقتصادي في الدولة المعنية⁽²⁾.

ويتضح من التعريفات المتقدمة أن التأمين هو إجراء يترتب عليه إنتقال ملكية الشيء المؤتم من الأفراد إلى الدولة أو إلى أفراد خاصة ، ويكون محله مشروع في كل الحالات ، وأن الباعث عليه هو نية إحداث إصلاح في إقتصاد الدولة المعنية ، ومثال لذلك تأمين قناة السويس في مصر ، وتأمين بعض الشركات والبنوك التجارية في السودان في السبعينات من القرن الماضي بموجب قانون تأمين البنوك والمؤسسات العامة لسنة 1970م.

التأمين كإجراء يمس الأموال الخاصة بنقل ملكيتها إلى الدولة ، لم يكن على شاكلة واحدة ، بل يرد في عدة صور ، وهذه الصور يرجع بعضها إلى الهدف من التأمين ، ويرجع بعضها إلى طبيعة المال المؤتم. فإذا كان المقصود من التأمين هو القضاء الشامل على مظاهر الملكية الفردية للحد من الاستغلال ، سمي بالتأمين الأيديولوجي أو العقائدي ، وإذا كان الهدف من إجراء التأمين هو مجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الإقتصاد الوطني للدولة متخذة الإجراء ، سمي بالتأمين العلاجي أو الإصلاحي.

والصورة الأولى من صور التأمين توجه ضد مبدأ الملكية الفردية دون دفع أي تعويض للملاك السابقين ، وهو تغيير لنوع الملكية شكلاً ومضموناً.

أما الصورة الثانية ، فتلجأ الدولة لتحقيق سيادتها على القطاعات الحيوية للاقتصاد القومي لضمان السيطرة على مصادر الثروة الوطنية⁽³⁾.

لقد حدثت بعض التأمينات في السودان في بداية العهد المايوي في سنة 1971م ، وتصنيف هذه التأمينات على هاتين الصورتين من صور التأمين ، فبالنظر

(1) د. هشام خالد، المرجع السابق ، ص167.

(2) د. محمد أحمد محمد حمد ، عقد الضمان الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2007م ، ص 161.

(3) على عبد الرحمن محمد ، الحماية القانونية للاستثمارات في السودان ، رسالة دكتوراه ، جامعة النيلين ، 2005م ، ص 174.

لوقت الذي حدث فيه التأميم هو العام الذي يلي قيام الحكم المايوي ذو الميول الاشتراكية ، فقد يصنف هذه التأميم ضمن التأميم الأيديولوجي ، بالرغم من التبرير الذي أورده رئيس مجلس قيادة الثورة: (من أجل تأكيد استقلال اقتصاد السودان ، فقد تم تأميم البنوك الموجودة في جمهورية السودان) والذي يفهم منه أن هذا التأميم ضمن الصورة الثانية لصور التأميم وهو التأميم العلاجي ، وهو أمر لم ينفه قانون تأميم البنوك والمؤسسات العامة لسنة 1970م الذي إتسم بطابع ثوري من خلال تغيير أسماء الشركات القائمة إلى أسماء جديدة بموجب ذلك القانون.

مشروعية التأميم:

إن مسألة مشروعية قرار التأميم تتطلب معرفة ذلك في الأطر القانونية الداخلية والدولية ، فإذا كانت القوانين الداخلية للدول المضيفة للاستثمار قد نصت على عدم التأميم وغيره من الإجراءات الماسة بالملكية ، غير أن القانون الدولي يعترف بحق الدولة في التأميم لما لها من سيادة على كافة ما يوجد على أراضيها ، وقد أيدت العديد من القرارات الدولية هذا الحق ، من ذلك مثلاً القرار (1803) الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14/12/1962م ، والقرار الصادر في 28/11/1966م الحق في التأميم باعتباره من الحقوق اللصيقة بالسيادة القومية للدولة. في تقديري إن أعمال الدولة لسيادتها في تأميم بعض المشروعات الاستثمارية القائمة على أراضيها ، قد تقتضيه الضرورة والمصلحة العليا ، إذا أنه قد تكون تلك العقود أو التراخيص قد تمت في ظل حكومات ضعيفة أو يسودها الفساد ، كما أن تجريد المستثمر من ممتلكاته وأمواله يتناقض مع مبدأ العدالة ، إذ أنه منح التراخيص أو وقع العقود مع الدولة أو بعلمها ، ذلك يتطلب أن يرتبط استعمال الدولة لحقها في التأميم بعدم التعسف في استعماله ، وعدم التمييز بين المستثمرين ، مع تقدير التعويض العادل لتلك الممتلكات.

(2) نزع الملكية:

ويعرف نزع الملكية بأنه:

أ. هو الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية

أموال عقارية محددة بالذات مقابل تعويض يمنح لمالكيها⁽¹⁾.

ب. حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل

تعويضه عما ناله من ضرر بسبب هذا الحرمان⁽²⁾.

ويعد هذا الإجراء من إجراءات السيادة التي تباشرها السلطة العامة في حدود

اختصاصها الإقليمي ، وينصب هذا الإجراء عادة على الأموال العقارية ، وأن قرار

نزع الملكية يؤدي إلى نقل الملكية على المال العام بصورة نهائية، ويوجب التعويض

للشخص المضروب ، ويكون الهدف منه هو إنشاء مرفق عام ، ومثال لذلك نزع ملكية

أراضي منطقة المناصير بولاية نهر النيل لصالح إنشاء مشروع سد مرووي. بموجب

القرار الجمهوري رقم (102) لسنة 2003م .

(3) المصادرة:

تعرف المصادرة بأنها :

أ. أيلولة المال الخاص إلى ملك الدولة بدون مقابل أو تعويض⁽³⁾.

ب. إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية

كل أو بعض الأموال، أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص دون

مقابل⁽⁴⁾.

ج. إجراء الغرض منه تملك الدولة لأشياء مضبوطة - ذات صلة بالجريمة

قهرًا لصاحبها وبغير مقابل⁽⁵⁾.

المصادرة إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة ، انطلاقاً من مبدأ سيادتها

على إقليمها ، وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال ، أو الحقوق المالية

(1) د. عبد الباقي نعمة ، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة ، دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، مجلد

2، العدد الأول ، ص189، نقلاً عن : أ. مونية جمعي ، الاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق، ص67.

(2) د. عبد الباقي نعمة ، المرجع السابق، ص 68.

(3) القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م ، المادة (1/36).

(4) د. هشام صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط2002، ص19.

(5) الطعن رقم 39/1666ق، جلسة 1970/3/22م، مجموعة أحكام النقض المصرية ، السنة الحادية والعشرون ،

المملوكة لأحد الأشخاص وذلك دون مقابل ، ويتخذ قرار المصادرة عن طريق السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية ، وذلك استناداً إلى نص قانوني لأي من السلطتين ، مثل هذا الإجراء في الحدود المرسومة قانوناً وعند توافر إحدى الحالات التي تبرر ذلك. كقانون الجمارك أو الرقابة على السلع أو التهريب أو قانون الرقابة على التعامل في النقد الأجنبي أو قانون الغابات وغيرها من القوانين.

والمصادرة تتسم بالطابع الجزائي فهي عقوبة لإحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون أو لمواجهة ظروف سياسية قد تستدعي تجريد المعادين للنظام السياسي من ممتلكاتهم . وفي المصادرة ينتفي عنصر التعويض مما أدى إلى إثارة الخلاف على مدى حق الدولة في اتخاذ هذا الإجراء في مواجهة الأجانب⁽¹⁾.

وتنقسم المصادرة إلى نوعين:

المصادرة الإدارية:

هي إجراء وقائي تقتضيه إعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة ، مثل مصادرة الأغذية الفاسدة ، أو المنتهية الصلاحية ، أو المغشوشة حيث قضت المحاكم السودانية بذلك⁽²⁾.

المصادرة الجنائية:

وهي عقوبة تكميلية دائماً ، بمعنى أنها مكملة لعقوبة أصلية ، مثل مصادرة الأسلحة والبضائع المهربة ، وقد قضت المحكمة العليا السودانية بمصادرة عربة لوري استخدمت في نقل بضاعة مهربة بالمخالفة لقانون الجمارك لسنة 1986م⁽³⁾.

وتعد هذه الإجراءات السابقة (التأميم - نزع الملكية - المصادرة) إجراءات انفرادية تتخذها الدولة للاستيلاء على ممتلكات المستثمر الموجود على إقليمها ، وقد استقر الفقه الدولي على حق الدولة في ذلك ، إعمالاً لسيادتها الإقليمية ، إلا أن ممارسة هذا الحق تتطلب توافر ثلاثة شروط وهي: المصلحة العامة، وشرط عدم التفرقة ، وشرط التعويض.

(1) د. طه أحمد علي قاسم ،تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص124.

(2) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1988م ، ص 204.

(3) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 2004م ، ص 106.

ومما تقدم نخلص أن هناك منازعات عديدة تنشأ نتيجة اتخاذ الدولة المضيفة لإجراءات - بإرادتها المنفردة- من شأنها سلب ممتلكات المستثمر ، مثل التأميم ونزع الملكية والمصادرة ، فإذا كانت الأخيرة عقوبة جزائية أصلية أو تكميلية لإحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون ، فهي في الأخيرين أعمال لمبدأ السيادة وهو حق معترف به دولياً ، وقد تقتضيه الضرورة والمصلحة العليا للدولة، غير أن استعمال الدولة لذلك الحق يجب أن يتسم بعدم التعسف ومقروناً بالنقيض العادل لممتلكات المستثمر ، ولا يكون أمام هذا الأخير ألا اللجوء إلى القضاء أو التحكيم للمطالبة بحقوقه أو الحصول على تعويض عادل عند الإستحالة.

المطلب الرابع

المنازعات الناجمة عن قيام الدولة المضيفة بتغيير تشريعاتها

عادة ما يقوم المستثمر - عندما يرغب في الاستثمار في دولة ما- بالإطلاع على قوانينها الداخلية بصفة عامة ، وتلك المتعلقة بالاستثمار بصفة خاصة، حيث تلعب السياسة الاقتصادية والاستثمارية التي تتخذها الدولة دوراً أساسياً في جذب أو إبعاد المستثمرين عن الاستثمار في ذلك البلد، وبالتالي فكلما عالج تشريع الإستثمار المشاكل والعقبات التي تعترض المستثمرين كان ذلك دافعاً وحافزاً على الإقبال للإستثمار في ذلك البلد.

ولما كانت التشريعات الداخلية بعيدة عن الجمود ، بحيث تستطيع الدولة أن تلغيها أو تعدلها دون أي مسؤولية عليها ، طالما أنها لم تحالف أحكام القانون الدولي⁽¹⁾، فإن أكثر ما يخشاه المستثمر أن يمس ذلك التعديل أو الإلغاء بحقوق وامتيازات قد اكتسبها في ظل القانون القديم ، الأمر الذي يؤدي إلى نشوء منازعات بينه وبين الدول المضيفة للاستثمار.

ونظراً لما يسببه تعديل التشريع أو إلغائه من أضرار على المستثمرين ، وزيادة مخاوفهم من التعامل مع الدولة المضيفة، وما قد يسببه من زعزعة في الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة- لا سيما إثارة المنازعات بين الطرفين - لذلك عادة يلجأ المستثمرون عند إبرام عقود الاستثمار مع الدولة المضيفة إلى إدراج شروط خاصة تعرف بشروط الثبات ، وتهدف إلى ضمانات حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر الناجمة عن استعمال حقها في تعديل أو تغيير القانون الذي يحكم العقد المبرم في ظلها⁽²⁾.

يقصد بشرط الثبات ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع المستثمر.

فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها مع المستثمر المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد ، بغية حماية المستثمر ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في

(1) د. نبيل بشر، المسؤولية الدولية في عالم متغير، مرجع سابق ، ص18.

(2) للمزيد من تفاصيل شرط الثبات التشريعي: د. أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، العدد الخامس، يناير 1989م، ص119.

تعديل اقتصاديات العقد ، وذلك من خلال تغيير تشريعها الواجب التطبيق سواء بوصفه القانوني الذي يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري. وتتخذ شروط الثبات أشكالاً متنوعة:

1. فقد تكون شروطاً عامة تهدف إلى تجميد كل القواعد النافذة في الدولة المتعاقدة وإلى عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد.
2. وقد تكون شروطاً خاصة تنص فقد على عدم سريان بعض التشريعات النافذة أو المستقبلية في الدولة المتعاقدة ، كالتشريعات المتعلقة بالجمارك أو الضرائب.
3. وقد تكون شروطاً مطلقة وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قانون جديد صادر منها على العقد.
4. وقد تكون شروطاً نسبية ، وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق القوانين التي من شأنها الإضرار بالمستثمر⁽¹⁾.

أولاً: شرط الثبات التشريعي:

يعرّف شرط الثبات التشريعي بأنه: (ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر المتعاقد معها ، وينص صراحة على أن القانون الذي يطبق على العقد في حالة نشوء منازعة بينهما هو القانون المتفق عليه بأحكامه وقواعده التي كانت مطبقة وقت إبرام العقد محل المنازعة ، مع استبعاد أي تعديل يطرأ عليه⁽²⁾).

وتجد الإشارة أن جدلاً كبيراً قد ثار بين شرّاح القانون حول صحة أو بطلان شروط الثبات التشريعي التي تدرج في عقود الاستثمار ، ذهب رأي إلى إقراره ، بينما رأى جانب آخر عدم الاعتداد به لأن إصدار التشريعات الداخلية هو حق لكل دولة دون منازع باعتباره مظهراً من مظاهر سيادتها، وأنه من الطبيعي أن يشمل هذا الحق مسألة التعديل والإلغاء⁽¹⁾.

(1) د. حسين سراج أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 111.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي ، المرجع السابق ، ص 125.

(1) أ. كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية للاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق، ص 105.

في حين يرى البعض الآخر أن تنازل الدولة عن حقوقها في تعديل وإلغاء تشريعاتها أمر ممكن من وجهة نظر القانون الدولي، فكما باستطاعتها تقليص بعض صلاحياتها من خلال ما تبرمه من معاهدات دولية، وتستطيع أيضاً أن تقلص اختصاصاتها السيادية عن طريق العقد المبرم مع الأجنبي، وهو ما يعرف في القانون الدولي العام بالتحديد الذاتي (Auto - Limitation) وينتج عن ذلك تقليص في السيادة التشريعية للدولة⁽²⁾.

في تقديري أن الأشخاص المتعاقدة مع الدولة وطنية كانت أو أجنبية ، لا تقف مع الدولة على قدم المساواة على نحو يحرم الدولة من ممارسة سيادتها بصفقتها شخص عام ، ذلك يعني أن مبدأ الثبات المطلق للعقد لا يمكن الأخذ به على نحو مطلق ، حيث أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة للأفراد ، وإذا كان الطرف (المستثمر) المتعاقد مع الدولة يدرك أنه متعاقد مع دولة وهي ليست طرفاً عادياً ، ومن هنا تأتي أهمية وفائدة شرط الثبات بالنسبة للمستثمر .

فشرط الثبات لا يمكن القول بأنه من شأنه حرمان الدولة من ممارسة سيادتها وفقاً للمصلحة العامة في إنهاء العقد ، إلا أن ذلك لا يعني أن هذه الشروط عديمة الفائدة ولا ترتب أثراً قانونية في ذمة الدولة لصالح المستثمر ، وهنا تكون وظيفتها مالية ، وذلك بإستحقاق الطرف الأخر للتعويض ، وتكون قيمة التعويض في هذه الحالة أكثر إرتفاعاً من الحالة التي لا يتضمن فيها العقد شروط الثبات ، حيث يؤدي وجود شرط الثبات إلى إمكانية تعويض المستثمر ليس فقط عما لحقه من خسارة بل أيضاً عما فاته من كسب كان يمكن أن يتحقق لو ظل المشروع الذي تم إنجائه قائماً .
ومن أمثلة تلك العقود نجد - مثلاً- العقد المبرم بين الجابون وشركة France-Ville لمناجم اليورانيوم والذي تنص المادة (19) منه على ما يلي: (تتعهد جمهورية الجابون بأن تضمن وفقاً لاستثناء خاص ، لصالح الشركة الاستفادة من الأحكام السابقة ، إلا إذا طلبت الشركة التمسك بالأحكام الجديدة⁽¹⁾).

(2) د. عليوش قريوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر . ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط1، 1999م ، ص 65.

(1) د. عكاشة محمد عبد العال ، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث بعنوان :آفاق وضمانات الاستثمارات الغربية - الأوربية ، مركز الدراسات العربي الأوروبي ، يوليو 2001م، ص6.

وأيضاً ما ورد في العقد المبرم بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية عام 1978م، حول الاتفاق على تطبيق القانون التونسي، على أنه القانون المعمول به وقت التوقيع على العقد المزمع، ويفصل المحكمون في النزاع المتولد عنه على أساس العدالة والقانون التونسي الواجب التطبيق وقت الاتفاق⁽²⁾.

ومهما يكن الأمر فقد انتشر العمل بهذا المبدأ في كثير من عقود الاستثمار ، كما أقرت به العديد من هيئات التحكيم ، ففي قضية Sapphire International Petroleum ضد NI.CO الصادر حكمها بلوزان بتاريخ 15/12/1963م، والمتعلقة بنزاع نشب بين إيران والشركة الكندية Sapphire عبر المحكم الوحيد Cavin عن مبررات تثبيت عقد الامتياز ضد أي قانون أو تعديل تشريعي قائلاً: (نظراً لأن الشركة الأجنبية قد قدمت لإيران مساعدات مالية وفنية وتحملت نتيجة لذلك استثمارات ومسئوليات ومخاطر واسعة ، لذا فإنه من الطبيعي أن تحمي هذه الشركة من التعديلات التشريعية التي قد تؤدي إلى تعديل اقتصاديات العقد، وأن تمنح بعض الأمان القانوني، وهو ما لا يتسنى تحقيقه إذا طبق القانون الإيراني على العقد، طالما أن هذا القانون تستطيع الدولة الإيرانية تعديله أو تغييره⁽³⁾).

وأيضاً في تحكيم Aminoil قررت محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية : (أن شروط الثبات المعتادة لا تعد شروطاً باطلة في حد ذاتها ، على اعتبار أنها تشكل اعتداء على سيادة الدولة المتعاقدة ، وعلى الرغم من أنها تقيد بطريقة ملحوظة من حرية الدولة في اتخاذ القرارات ، إلا أنها لا تشكل اعتداء على النظام الدولي⁽⁴⁾).

ثانياً: شرط عدم المساس:

يقصد بشرط عدم المساس ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون رضا الطرف الآخر ، مستخدمة في ذلك امتيازات السلطة العامة التي يعترف لها بها القانون الوطني.

(2) أ. كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية للاستثمار الأجنبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ط1، 2001م، ص103.

(3) د. نادر محمد محمد إبراهيم ، مراكز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ط2 ، سنة 2000م ، ص 124.

(4) د. عصمت محمد حسين ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط1 ،

2010م ، ص 233.

فشرط عدم المساس يهدف إلى منع أي تعديل للعقد من قبل الدولة المتعاقدة بإرادتها المنفردة ، من أجل حماية المستثمر المتعاقد مع الدولة ضد المخاطر الإدارية ، والتي تتمثل في حق الدولة في بعض الأنظمة القانونية ، في تعديل شروط العقد الذي تكون طرفاً فيه بإرادتها المنفردة.

مما سبق يتبين أن شرط عدم المساس يهدف إلى تقييد الدولة المتعاقدة من أن تقوم بتعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة دون موافقة الطرف الآخر المتعاقد معها، كما أن وجود شرط الثبات التشريعي في العقد المبرم بين المستثمر والدولة ، لا يمنع هذه الأخيرة من إلغاء أو تعديل قانونها لأن ذلك التعديل حق سيادي، إلا أن ممارسته ، قد تؤدي إلى نشوء العديد من المنازعات ، ولا شك أن التحكيم هو الحل الأفضل الذي يتسنى للمستثمر اتخاذه للحصول على تعويض عادل عما لحقه من ضرر.

الباب الثالث

تسوية منازعات عقود الاستثمار عن طريق التحكيم

تمهيد وتقسيم:

تثير عقود الاستثمار العديد من المشكلات القانونية والمنازعات التي تتسم بصعوبتها وحدتها، فإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة أو أحد أجهزتها العامة وبين الأشخاص الوطنية الخاصة، في إطار القانون الوطني الداخلي تثير العديد من الخلافات وتقتضي في العديد من الدول أن تقرد لها قانوناً يحكمها، فإن هذه المشكلات تتضاعف إذا كانت العقود قد أبرمت بين الدولة وبين الأشخاص الأجنبية على صعيد العلاقات الدولية، لما تثيره هذه المشكلات من احتكاكات مباشرة وغير مباشرة بين الدولة بصفقتها الدولة المستوردة لرأس المال الأجنبي وبين الدولة المصدرة له بصفقتها دولة جنسية المستثمر، والدولة صاحبة الحق في منح الحماية القانونية لمواطنيها في حالة وقوع الضرر بهم أو بممتلكاتهم.

وتنجم صعوبة وحدة هذه المشكلات التي تثيرها عقود الاستثمار من التفاوت وعدم التكافؤ في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود حيث أن هذه العقود تبرم بين طرفين غير متكافئين، الدولة المضيفة من جهة، والشخص المستثمر الوطني أو التابع لدولة أخرى من جهة أخرى.

ذلك يقتضي البحث عن وسيلة قضائية محايدة تهدف إلى إشاعة جو من الثقة في نفوس المستثمرين، وتوحي إليهم بالأمان والاطمئنان على ممتلكاتهم ومشروعاتهم، وأنه في حالة قيام منازعات خاصة بها سوف تسوّى بطرق قضائية سلمية محايدة، مع وضع الإجراءات الكفيلة لضمان انصياع الأطراف للأحكام الصادرة.

ولما كانت هناك العديد من الوسائل التي يمكن أن تسوّى بها منازعات عقود الاستثمار، مثل التوفيق والخبرة والوساطة، إلا أن التحكيم يتميز عن هذه الوسائل في أنه يحسم النزاع عن طريق حكم إلزامي يحوز حجية الأمر المقضي به، مثله مثل الحكم الصادر عن السلطة القضائية. ولقد سبق أن تمّ تمييز التحكيم عن غيره من تلك الوسائل في الباب الأول. وبناءً على ما تقدم سوف نتناول في هذا الباب تسوية منازعات عقود الاستثمار عن طريق التحكيم في فصلين، نخصص الأول لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمار، ونفرد الآخر لإجراءات التحكيم في عقود الاستثمار.

الفصل الأول

اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار

المبحث الأول: مبادئ التحكيم في عقود الاستثمار

المبحث الثاني: التحكيم في الاتفاقيات الدولية والتشريعات

الوطنية

المبحث الثالث: الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود

الاستثمار

مبادئ التحكيم في
الاتثمار

نظراً لأهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في حسم منازعات عقود الاستثمار، فضلاً عما تتميز به هذه العقود من خصوصية مستمدة من وجود الدولة طرفاً فيها، وكذلك تعلقها بمصالح حيوية للدولة المضيفة للاستثمار . ويستلزم تحقيق فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، أن تتوافر مجموعة من المبادئ القانونية التي تعتبر ضرورية للوصول إلى عملية تحكيم منظمة وفعّالة. وتلك المبادئ تتمثل في استقلال اتفاق التحكيم، والاختصاص بالاختصاص ، وتعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة ، واستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع⁽¹⁾ ، ضمان استمرار إجراءات التحكيم ، هذا ما سنعرض له في هذا البحث.

المطلب الأول

استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يقصد باتفاق التحكيم، ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعة الناشئة بينهم أو من المحتمل نشوءها من خلال التحكيم⁽²⁾. فاتفاق التحكيم هو تصرف قانوني مستقل ، يأخذ شكل اتفاق مكتوب ، يقوم فيه الطرفان بتحديد موضوع النزاع، وأسماء المحكمين، ومكان التحكيم وإجراءاته وقد يحددون في هذا الاتفاق القانون الذي يطبقه المحكمون، وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقاً على نشوب النزاع⁽³⁾، فالاتفاق التحكيمي ، في عقود الاستثمار سواء دخل في العقد أو فصل عنه ، له دائماً استقلالية قانونية تامة، أي أنه لا يرتبط بعدم صحة العقد⁽⁴⁾.

(1) د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم، مرجع سابق، ص75.

(2) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص392.

(3) أ.د. حفيظي السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1، 1966م، ص13.

(4) د. عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار ، مرجع سابق ، ص16.

فاستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، يعني أن شرط التحكيم الوارد في عقد ، على أنه يعد عقداً قائماً بذاته ، رغم أنه ليس إلا جزءاً من هذا العقد أو أحد بنوده⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك ، فإن عدم مشروعية العقد الأصلي أو صحته ، أو بطلانه أو فسخه، لا تؤثر على شرط التحكيم سواء كان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي، أو كان مستقلاً عنه في صورة اتفاق ، ذلك لأن اتفاق التحكيم، أو شرط التحكيم ، الذي يفصل في موضوع يختلف تماماً عن موضوع العقد الأصلي ، فاتفاق التحكيم يعد تصرفاً قائماً بذاته، ويستقل تماماً بكيانه عن العقد الأصلي⁽²⁾ .

ويترتب على استقلال اتفاق التحكيم، إقرار الاستقلال القانوني لشرط التحكيم عن العقد الأصلي ، بحيث يمكن أن يطبق على كل منهما قانون مختلف عن القانون الذي يحكم الآخر ، ويترتب على ذلك أيضاً ألا يؤثر بطلان أيهما على الآخر⁽³⁾ . واستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أصبح من القواعد المتعلقة بالنظام العام⁽⁴⁾.

ومن المبادئ المستقرة في العمل الدولي، أن اتفاق التحكيم كأى معاهدة دولية، يضع قاعدة سلوك إلزامي بالنسبة للأطراف الموقعة عليه . ومن ثم فإن تقدير صحة شرط التحكيم، وتفسيره ، وبحث الآثار المترتبة عنه، يتم ذلك على ضوء الإرادة المشتركة للأطراف ، واعتبارات النظام الدولي ، دون أن تكون هناك حاجة لإسناد ذلك إلى قانون وطني لدولة معينة⁽⁵⁾.

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1997م، ص89-90.

(2) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 1997م، ص245.

(3) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص91.

(4) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997م، ص103.

(5) د. علي سيد قاسم ، اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وأحكام المحكمين، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، ص27.

على الصعيد الدولي ، فقد بذلت الكثير من الجهود لدعم شرط التحكيم، تشجيعاً لنظام التحكيم ككل⁽¹⁾، فقد تبناه القانون الأنموذجي بالنص عليه في المادة (2/16) بقوله: (ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم)⁽²⁾.

فمن خلال النص يتبين أنه يشير بصريح العبارة إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، كما أشارت الاتفاقية الأوروبية لعام 1961م إلى المبدأ المذكور في المادة (5/3) حيث نصّت على أن: (المحکم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون التحكيم جزءاً منه)، ونستنتج من هذا النص إنها إشارة إلى أن سلطة المحكم هي في الأصل مستمدة من اتفاق التحكيم، الذي يعد مستقلاً عن العقد الأصلي ، أما قواعد الغرفة التجارية الدولية (I.C.C) ، قد أثبتت مبدأ الاستقلالية عندما نصت في المادة (4/8) على أن: (الإدعاء ببطلان العقد الأصلي أو انعدامه لا ينفي اختصاص المحكم إذا رأت صحة اتفاق التحكيم، ويبقى مختصاً حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه)، وبناءً على هذا الأساس فإن للمحکم سلطة النظر في اختصاصه، تطبيقاً لمبدأ استقلالية شرط التحكيم . وكذلك نظام الغرفة التجارية العربية الأوروبية ، قد أخذت بنظام المبدأ المذكور بالنص عليه في المادة (4/21) على أنه: (إذا نازع أحد الأطراف في صحة بند التحكيم أو تطبيقه ، فلا يحول ذلك دون تأليف محكمة التحكيم ، وفق هذا النظام ، وتفصل محكمة التحكيم في هذه المسائل المتعلقة باختصاصها)، كما أقرت قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1976م في المادة (2/21) بأن: (كل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه حكم القانون بطلان شرط التحكيم). كذلك تنص المادة (27) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987م على أنه:

(1) د . سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط1، 1996م، ص30. وأيضاً: د إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ،ص89.

(2) قانون اليونسترال الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، الصادر عن الأمم المتحدة ، المادة (2/16) .

الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم)، فقد منح النص هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها ، الذي يدل على الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، فقد أخذت هذه الاتفاقية مباشرة بمبدأ الاستقلالية ، شأنها شأن القواعد القانونية الحديثة في مجال التحكيم الدولي⁽¹⁾.

وأيضاً نظام غرفة التجارة الدولية بباريس النافذ في الأول من يناير 1998م⁽²⁾، حيث أخذ هذا النظام باستقلالية شرط التحكيم وأكد عليه في المادة (4/6) . وأيضاً حكم محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس الصادر في 12 فبراير 1985م⁽³⁾.

ونود أن نشير هنا إلى أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، تعرض لمبدأ استقلال شرط التحكيم ، بصورة غير صريحة وذلك في المادة (3/2) منها بالنص على : (على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه الحالة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق) ، هذه المادة لا تنص صراحة على إستغلال شرط التحكيم عن العقد ، لكنها تعطي هذا الإتفاق أهمية كبيرة بجانب العقد الأصلي⁽⁴⁾ . وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير في قضية Gosset الصادر في مايو 1963م إلى أنه: (في مجال التحكيم الدولي ، فإن إتفاق التحكيم سواء أكان مبرماً على نحو منفصل أو كان مدرجاً في التصرف القانوني

(1) د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،الأردن، بدون تاريخ نشر ، ص 216-217.

(2) نصوص نظام غرفة التجارة الدولية بباريس الناقدة من أول يناير 1998م، منشور بالملحق رقم (6) في مؤلف د. محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط3 ، 2007م ، ص 526.

(3) د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول ، شركة مطابع الطناني ، القاهرة ، 1986م، ص202.

(4) إتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، المادة (3/2).

المتعلق به فإنه يتمتع بإستغلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق بهذا التصرف من البطلان ، إلا في بعض الظروف الإستثنائية⁽¹⁾ .

ومن ثم فإن استقلال اتفاق التحكيم أو شرطه ، أصبح يطبق بصورة عامة، في مجال التحكيم في عقود الاستثمار ، ويعد قاعدة مادية دولية، تقرر شرعية اتفاق التحكيم دون حاجة إلى الاستناد إلى نظام أو آخر ، من نظم تتنازع القوانين ، ولا يقيد سوى اعتبارات النظام العام وحدها⁽²⁾ .

أما على الصعيد الوطني ، قانون التحكيم السوداني نص على: (يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه)⁽³⁾ .

وتضمنت بعض التشريعات الوطنية نصوصاً مشابهة على سبيل المثال: قانون التحكيم اليمني ، جاء فيه : (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل (وثيقة) تحكيم أو على شكل بند في عقد (شرط التحكيم) وفي الحالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم باعتباره اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وإذا حكم ببطلان العقد ذاته، أو بفسخه ، فإنه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم)⁽⁴⁾ .

وعلى ذات المنوال سار قانون التحكيم المصري ، ونص على: (يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد، أو فسخه، أو إنهائه ، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، إذا كانت هذا الشرط صحيحاً في ذاته)⁽⁵⁾ .

(1) د. حسين سراج أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 210.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ط1، 1998م ، ص351.

(3) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م، المادة(2/6).

(4) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م، والمعدل بالقانون رقم (32) لسنة 1997م، المادة(16) .

(5) قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994م، المادة (23) .

وجاء في التطبيق القضائي السوداني: (شرط التحكيم يعتبر إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه إي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه)⁽¹⁾.

ومن خلال النصوص السابقة، يتضح أن المشرع السوداني أقر صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، ولا يتأثر بما يشوب العقد من متغيرات (بطلان أو إنهاء أو فسخ) ، وقد أصاب المشرع السوداني بعدم تفرقة بهذا الخصوص بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. إلا أنه يؤخذ عليه عدم إشارته الصريحة إلى الحالة التي يكون فيها شرط التحكيم باطلاً ، فقد يفسر عدم تعرض التشريع لبيان هذه الحالة على خلاف تعرضه لحالة بطلان العقد ، وعدم تأثير ذلك على شرط التحكيم الذي اشتمل عليه هذا العقد ، وما يضعف هذا المأخذ هو تعرض المشرع بالنص في عبارة (يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد...) ، ويستفاد من هذا النص ضمناً عدم تأثر العقد ببطلان الشرط والعكس ، فعندما يكون الشرط باطلاً فلا يؤثر على العقد الأصلي سواء كان بنداً في العقد أو منفصلاً عنه . وعلى ذات النهج كان القانون اليمني . إما ما يميز قانون التحكيم المصري أنه يشترط لإعمال مبدأ استقلال شرط التحكيم ، أن يكون الشرط صحيحاً في ذاته، بخلاف القانون السوداني الذي لم يشر صراحة إلى صحة الشرط ، ولكنه من المنطقي أن يكون الشرط صحيحاً ، لأنه إذا كان باطلاً فإنه يكون في حكم العدم.

إن ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي يؤدي إلى رفع يد المحكم عن التحكيم ، بمجرد أن يدعي أي طرف في عدم صحة العقد الأساسي، وهنا يصبح المحكم ملزماً بإعلان عدم صلاحيته ، أما إذا أخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ، فإن ذلك يؤدي إلى عدم تأثر شرط التحكيم بالعقد الأصلي ، وهنا يعتبر التحكيم ملزماً وتترتب عليه آثاره ، من حيث عدم اختصاص قضاة الدولة ، وبناءً على ذلك فإن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء يحقق اقتصاداً في الوقت والإجراء معاً.

(1) المحكمة العليا السودانية ، الدائرة المدنية ، الطعن رقم 1903 / 2006م ، سابقة غير منشورة.

خلاصة القول يتضح عدم تأثر شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي الوارد في بنوده ، فيبقى شرط التحكيم صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية بصرف النظر عن زوال العقد الأصلي، ما لم يكن هذا الأخير باطلاً لأسباب أخرى خاصة به، وذلك كأن يبرم العقد مخالفاً للنظام العام . أما إذا تأثر شرط التحكيم وذلك ببطلانه أو زواله لأي سبب كعيب الرضا ، فإن ذلك لا يؤثر على بقاء العقد الأصلي ، وينتقل الاختصاص في الفصل في النزاع إلى القضاء فهو صاحب الولاية في هذه الحالة . كما يترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر يختلف عن القانون الخاضع له العقد الأصلي ، ويجوز تطبيق المبادئ العامة وعادات العقود الدولية على اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني

الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع

يقصد بهذا المبدأ (الاختصاص بالاختصاص) أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو الذي يقرر إذ ما كان هناك اتفاق تحكيم أم لا ، فهو لن يكون مختصاً إلا بناءً على وجود اتفاق تحكيم صحيح⁽¹⁾، فإذا قام أحد الطرفين بالطعن في اختصاص هيئة التحكيم، ودفع بعد صحة اتفاق التحكيم ، فإن لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها ، والمبدأ الذي يسمح بالحيلولة دون قيام أحد الأطراف بتأخير سير التحكيم أو عرقلته ، وذلك عن طريق الإدلاء أو الدفع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية ، هو الذي يعطي هيئة التحكيم مسألة البت في اختصاصهم⁽²⁾ لكافة المنازعات المثارة بشأن اتفاق التحكيم ، أو العقد الأصلي الذي تتضمنه دون اللجوء لعرض تلك المشكلات على القضاء الوطني المختص⁽³⁾. مع مراعاة أن القوانين الوطنية لم تعط المحكم سلطة الفصل في اختصاصه بصفة نهائية، حيث أنها قد منحت ذلك بصفة مؤقتة ، إذ يخضع الحكم الذي يصدره المحكم في مسألة اختصاصه للرقابة القضائية اللاحقة ، وذلك من خلال رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ، أو أثناء سير إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم⁽⁴⁾.

وهذا هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص ويطلق عليه بالانجليزية⁽⁵⁾

(Competence of Competence). هذا المبدأ أعطى قضاء التحكيم دون غيره ، مسألة البت في اختصاصه ، كما أنه يعد من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي⁽¹⁾. وأضحى من المبادئ الأساسية التي تقضي بأنه لأي محكمة دولية الاختصاص بالاختصاص ، وهو ما أكدته معاهدات الاستثمار الثنائية⁽²⁾.

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ، نص98.

(2) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 400.

(2) د. هدى محمد عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته ، مرجع سابق ، ص95.

(4) د. سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1، 2000م، ص365.

(5) Alan redfem , the jurisdiction of an international commercial arbitrator , jornal of international arbitration .vol.B. no. I march 1996.p.28.

(1) د. أحمد مخلوق ، اتفق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية،

القاهرة، ط2، 2005، ص 145.

(2) د. علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية...، مرجع سابق ، ص245.

فالمحكّم هو المختص في الفصل في صحة شرط التحكيم ، ومدى تطابقه مع النزاع المعروف أمامه ، وعليه فقاعدة الاختصاص بالاختصاص لها أثران: الأثر الأول ايجابي: وهو السماح للمحكّم بالسير في إجراءات التحكيم، والبت في الدفوع التي تتكر عليه هذا الاختصاص⁽³⁾. وهذا الأثر محل إجماع عام. أما الأثر الثاني سلبي: يسمح للمحكّمين في البت في اختصاصهم ، وبالفصل فيه قبل قضاء الدولة أو أي جهة أخرى ، فقضاء الدولة ملزم بأن لا يتصدى لها⁽⁴⁾.

ولهذا المبدأ اهتمام كبير في معظم الاتفاقيات الدولية نورد على سبيل المثال:

اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري لعام 1961م، حيث اعترفت هذه الاتفاقية بهذا المبدأ في المادة (3/5) للمحكّم بسلطة تحديد اختصاصه ، ووجود اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعد اتفاق التحكيم جزءاً منه⁽⁵⁾.

وكذلك أخذت بذلك المبدأ اتفاقية واشنطن لعام 1965م، الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، بما جاء في نص المادة (41) منها على أن: (تختص محكمة التحكيم بتحديد اختصاصها)⁽⁶⁾.

وأيضاً تبنت معظم لوائح مؤسسات التحكيم الدائمة وقواعدها ، مبدأ اختصاص المحكّم في مسألة اختصاصه، ونذكر منها على سبيل المثال:

نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية وذلك في المادة (2/6) والتي تنص على أن: (... يعود للمحكمة التحكيمية اتخاذ أي قرار يتعلق باختصاصها...)⁽¹⁾.

وقد أخذت قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال ، بذات المبدأ في المادة (1/21) التي تنص على أن: (هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص على الفصل في الدفوع الخاصة بعدم

(3) د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص29.

(4) د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق ، ص133.

(5) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص402.

(6) د. عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكّمين وإشكالاتها محلياً ودولياً ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط1، 1995م، ص85.

(1) نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ، المادة (2/6).

اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل عن التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق⁽²⁾.

أكدت على هذا المبدأ محكمة كولمار Colmar في حكمها الصادر في 29 نوفمبر 1968م على : (إن هناك قاعدة مفادها أن القاضي المطروح عليه النزاع هو المختص بالفصل في إختصاصه ، ومن ثم عندما يكون هذا القاضي محكماً يستمد سلطاته من إتفاق الأطراف فإن له أن يثبت من وجود وصحة هذا الإتفاق⁽³⁾).

ومن التشريعات الوطنية التي أخذت بمبدأ الاختصاص ، ما نص عليه قانون التحكيم السوداني في المادة (1/6/ب) بالقول : (يجوز لأي من الطرفين أن يدفع بعدم الاختصاص بسبب عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله على موضوع النزاع وعلى هيئة التحكيم الفصل في الدفوع المشار إليها قبل الفصل في موضوع النزاع⁽⁴⁾).

وكذلك ما نص عليه قانون التحكيم اليمني في المادة (28) من الفصل الرابع تحت عنوان (اختصاص لجنة التحكيم) والتي تنص على أن : تختص لجنة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها ، بما فيها الدفع المقدم بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه ، أو عدم شموله موضوع النزاع، وإذا فصلت لجنة التحكيم في الدفع برفضه جاز الطعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف ، خلال الأسبوع التالي لإخطار الطاعن بالحكم⁽¹⁾.

وكذلك ما نص عليه القانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994م، حيث نصت المادة(1/22) من هذا القانون على أن: (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، بما

⁽²⁾ قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة ، المادة (1/21).

⁽³⁾ د. مأمون زيادة حسين ، التحكيم في عقود البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2010م ، ص 163.

⁽⁴⁾ قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م، المادة (1/6/ب).

⁽¹⁾ قانون التحكيم اليمني القانون رقم(22) لسنة 1992م ، والمعدل بالقانون رقم (32) لسنة 1997م، المادة (28).

في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم، أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع⁽²⁾).

كما هو واضح من تلك النصوص التي تقدمت ، أنها جميعها اعترفت لمحكمة التحكيم بالاختصاص بالفصل في اختصاصها، عندما يتقدم أحد الأطراف أمامها ، كما أن للمحكمن ولاية الفصل في مدى مشروعية ولايتهم أو صحتها ، وعليهم تقدير اختصاصهم ، عند الإدعاء ببطلان اتفاق التحكيم ذاته ، أو بسبب عدم قابلية العقد الأصلي ، أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق تحكيم ، أو بطلانه ، أو انقضائه، أو تجاوز القضية موضوع النزاع لنطاق هذا الاتفاق.

لقد تميز كل من المشرع اليمني والمشرع المصري في أنهما تكلمتا عن مبدأ الاستقلال في مادة منفردة، عن المادة التي تكلمتا فيها عن مبدأ الاختصاص، في حين أن المشرع السوداني شملها في مادة واحدة .

الرقابة على هيئة التحكيم في أعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص:

اختصاص هيئة التحكيم بالفصل إذا كانت مختصة بنظر النزاع أم لا ، وذلك إذا تقدم أحد الأطراف طاعناً في عدم إختصاصها ، يركز أساساً إلى حكم القانون الذي منحها ذلك الحق ، ولكن يدور السؤال ... في حالة تحقق لهيئة التحكيم عدم إختصاصها فهل تثير أو تحكم بعدم إختصاصها من تلقاء نفسها ، أم أن ذلك يتوقف على الدفع به أو إثارته من جانب أحد الأطراف...؟ وأيضاً من جهة أخرى إذا عقدت هيئة التحكيم الإختصاص لنفسها وهي في الواقع غير مختصة ، كيف تكون الرقابة عليها ؟

فإذا كان الجانب الأول بشقيه يتحقق بإمكانية إثارة عدم الإختصاص من تلقاء نفسها ، فإن المشرع في القوانين موضوع المقارنة لم يتطرق إلى الطريقة أو كيفية إثارة عدم الإختصاص ، فهل تنتحى عن نظر النزاع ومواصلة البت فيه ؟ أم أنها تحكم بعدم الإختصاص ... ، أما في الشق الآخر إذا رأيت أنه لا بد من دفع أحد الأطراف ، ففي هذه الحالة تكون لجنة التحكيم مجبرة على مواصلة السير في الإجراءات لعدم وجود طعن من جانب أحد الأطراف ، وفي الواقع هذه نتيجة غير

(2) قانون التحكيم المصري ، القانون رقم (27) لسنة 1994م، المادة (1/22).

منطقية ، لذلك يجب على المشرّع في تلك البلدان النظر في هذه المسألة ومعالجتها بطريقة شاملة قانونية.

أما إذا عقدت لجنة التحكيم الإختصاص لنفسها وهي في الواقع غير مختصة ، ودفع أحد الأطراف بعدم إختصاصها ، تميز المشرّع اليمني بأن حدد للطاعن الجهة التي يرجع إليها وذلك بالنص على: (.... جاز الطعن في هذا الحكم أمام محكمة الإستئناف خلال الأسبوع التالي لإخطار الطاعن بالحكم⁽¹⁾)، ففي التشريع اليمني محكمة الإستئناف هي التي يرجع لها الطاعن وهذا ما لم نجد له مقابلاً في التشريعين السوداني والمصري ، مما يستلزم أن يحدوا طريق المشرّع اليمني في تحديد الجهة التي يرجع إليها الطاعن في مثل هذه الحالة.

مما تقدم فإن المحكمين ملزمون بداية بالفصل في اختصاصهم وهذا يمنعهم من التصدي لموضوع النزاع قبل البت في اختصاصهم ، فمبدأ الإختصاص بالإختصاص أصبح قاعدة أولية لمباشرة المحكم مهمته ، وثبوت حق المحكم بالبت في مسألة إختصاصه تمثل نتيجة لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.

ففي الحكم الصادر من محكمة السين المدنية في 17 أكتوبر 1965م ، والمتعلق بتحكيم دولي في إطار غرفة التجارة الدولية ، أكدت المحكمة على أنه: (يجب على المحكمين في المجال الأول أن يثبتوا من أن إتفاق التحكيم يمنحهم الإختصاص بالفصل في النزاع المعروف عليهم ، كما أنهم ملزمون بالتأكد من وجود إتفاق التحكيم وصحته ومن نطاقه ، إلا شاب حكمهم البطلان⁽²⁾).

خلاصة القول أن الغالبية العظمى من الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم قد أقرت للمحكم الإختصاص بالفصل في إختصاصه عند المنازعة فيه من قبل الأطراف ، ويستوي في ذلك أن يكون الدفع بعد الإختصاص مبنياً على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو فسخه أو انقضائه، أو عدم وجود إتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضائه ، أو تجاوز المسألة موضوع النزاع لنطاق إتفاق التحكيم.

(1) قانون التحكيم اليمني رقم (22) ، 1992م ، المعدل بالقانون (32) لسنة 1997م ، المادة (28).

(2) د. سراج حسين أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 226.

كما أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، يعد من أهم المبادئ التي يركز عليها التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة وفي عقود الاستثمار على وجه أخص ، والذي من شأنه المساهمة في تسهيل سير التحكيم، وقطع الطريق على الطرف الذي يود أن يطيل أمد التحكيم ، بدفعه بأن هيئة التحكيم غير مختصة أو أن الاتفاق التحكيمي لا يطال موضوع النزاع ، وبالتالي فإن مثل هذا الدفع لا يؤدي إلى وقف التحكيم ، لأن هيئة التحكيم هي التي تتولى الفصل إن كانت مختصة ، أم غير مختصة ، وذلك لا يمنع من الرقابة على هيئة التحكيم في أعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، بأن يحدد المشرّع الجهة التي يلجأ إليها الطاعن كما فعل المشرّع اليمني.

المطلب الثالث

الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة

بما أن التحكيم أساسه الرضا والاختيار ، وأنه استثناء من الأصل العام في التشريع ، فلا يجبر شخص على سلوكه ، ولا يحرم من اللجوء إلى القضاء، إلا

عن رضا واختيار⁽¹⁾، وإذا كان التحكيم في منازعات التجارة الدولية يعتمد على مبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾. إذاً فهذه الإرادة تتجه باختيار نظام التحكيم بدلاً عن القضاء العادي، لذلك يجب أن يتم تحديد نظام التحكيم بالذكر عند الاتفاق عليه بين الأطراف المحترمة، أو الإحالة إليه بوجه خاص⁽³⁾. ولكي يحقق اتفاق التحكيم فاعليته والغاية المرجوة منه، فإن ذلك يتطلب أن يأتي في الشكل المكتوب، حسماً لكل نزاع يمكن أن يحدث حول وجوده في المستقبل⁽⁴⁾.

وقد أكد قانون التحكيم السوداني على ذلك بالنص: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً...⁽⁵⁾). وعلى ذات الطريق وبعبارة متطابقة نص قانون⁽⁶⁾ التحكيم اليمني في المادة (14) منه وكذلك قانون⁽⁷⁾ التحكيم المصري في المادة (12) منه.

فاتفاق التحكيم يضع قاعدة تلزم الأطراف الموقعين عليه، يترتب على ذلك التزاماً قانونياً على الأطراف، بضرورة تطبيقه وتنفيذه بحسن نية، ومخالفة هذا المبدأ يؤدي إلى تحمل الدولة للمسئولية الدولية، إلا في الظروف الاستثنائية مثل القوة القاهرة، أو عندما يتفق الأطراف على قاعدة مخالفة أو توصلهم إلى حسم الخلاف ودياً، ولا يجوز لأي طرف من الأطراف الحق في تعديل التعهد أو فسخه منفرداً⁽¹⁾، كما يجوز لهما الانسحاب من التحكيم معاً⁽²⁾.

(1) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، 2000م، ص28.

(2) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في الموارد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص48.

(3) د. محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2001م، ص154.

(4) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص116.

(5) قانون التحكيم السوداني، القانون رقم (15) لسنة 2005م، المادة (8).

(6) قانون التحكيم اليمني، القانون رقم، (22) لسنة 1992م، المعدل بالقانون رقم(32) لسنة 1997م، المادة (14) : (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً).

(7) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، المادة (21): (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً).

(1) د. إبراهيم العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص121.

(2) د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص105.

وقد رأى كثير من شراح القانون الدولي ، أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأ مستقر في القانون الدولي، والالتزام بهذا المبدأ يعد من مظاهر حسن النية في تنفيذ الإتفاقيات الدولية ، والإخلال بهذا المبدأ يعد إخلالاً بالقانون الدولي⁽³⁾.

فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يعبر عن القوة الملزمة للعقد ، والفكرة الأساسية في مبدأ سلطان الإرادة هي أن العقد يستمد قوته الملزمة، من القوة الذاتية للإرادة، وإذا كان مصدر القوة الملزمة للعقد هو الإرادة ، فذلك يقصد به أن الإرادة هي التي تملك القول الفصل في مصير العقد ، ولا يجوز إلغاء الرابطة الملزمة ، أو التغيير في محتواها أو تعديلها، إلا الإرادة التي أنشأتها ، وهي إرادة أطراف العقد ، فلا يجوز لأحد الأطراف أن يقوم بذلك بصورة منفردة ، وأيضاً لا يسمح بذلك لا للقانون ولا للقاضي⁽⁴⁾.

وإذا كانت الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى تتمتع بأهلية الالتجاء إلى التحكيم⁽⁵⁾، فإن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، قد حسمت مسألة الأهلية الدولية في ابرام اتفاق التحكيم حيث نصّت المادة(1/2) على أن: (الأشخاص المعنويين الموصوفين في القانون المطبق بصددهم بالأشخاص المعنويين في القانون العام ، لهم الأهلية لعقد اتفاقات التحكيم ، بصورة أصولية⁽⁶⁾).

وأيضاً فقد نص معهد القانون الدولي، في قراره الصادر في 13 سبتمبر 1988م على أن: (الدولة أو أحد مشروعاتها أو أحد وحداتها لا تستطيع أن تحتج بعدم أهليتها في إبرام اتفاق التحكيم ما دامت قد قبلته⁽¹⁾). وإذا كان مبدأ العقد

(3) د. نرمين محمود صبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2003،ص18.

(4) د. نرمين محمود صبح ، المرجع السابق ، ص19.

(5) د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص329،ص331.

(6) د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، مرجع سابق، (393/2).

(1) د.أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب...، مرجع سابق ، ص303.

شريعة المتعاقدين، هو الذي يفرض على الدول احترام الاتفاقيات التي عقدتها ،
بمحض إرادتها ، ويسبغ على الإرادات الخاصة الصفة الإلزامية⁽²⁾.

قد أصبح مبدأ عدم أحقية الطرف العام ، في الدفع بعدم أهليته باللجوء
للتحكيم بعدم موافقته عليه، من المبادئ المعمول بها والمستقرة في التحكيم الدولي،
وذلك الذي جعل البعض يدفع بالقول بوجود قاعدة موضوعية عبر دولية التي
ترمي إلى : (عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم تنفيذ التزاماتها ،
استناداً على عدم أهليتها ، على إبرام اتفاق التحكيم، أو لعدم استيفاء إجراءات
شكلية تخضع لها⁽³⁾).

ولضمان فعالية نظام التحكيم ، كان من الضروري وضع قيود على إرادة
أطراف التحكيم، وذلك بخصوص الانسحاب من الاتفاق على التحكيم ، بعد أن تتم
الموافقة والاتفاق عليه ، ونورد مثلاً واضحاً لتقييد إرادة أطراف العلاقة ، وذلك في
المادة (25) من اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير ، والمنشأة للمركز الدولي
لتسوية منازعات الاستثمار سنة 1965م⁽⁴⁾ . ولذلك حرص واضعو الاتفاقية، على
النص وبصريح العبارة على عدم جواز إنهاء إجراءات التحكيم بالإرادة المنفردة،
لأي من أطراف النزاع ، أيّاً كانت طبيعة الأشخاص الأطراف في العلاقة، بمعنى
أنه لو اتفق أطراف عقد الاستثمار صراحة ، على انعقاد الاختصاص بمنازعاتهم
لهيئة تحكيم تشكل وفقاً لقواعد نظام التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات
الاستثمار ، فإنه لا يجوز لأي منهم أن يتراجع عن هذا القبول ، بالانسحاب من
الإجراءات التي تتخذ أما هيئة التحكيم، والتي يتم تشكيلها وفقاً لقواعد المركز ، أو
يعلن أنه لا يخضع لمثل هذا الإجراء ، فإجراءات التحكيم لا تنتهي إلا بأحد
الحالتين:

(2) د. أحمد اسكندري، د. محمد ناصر أبو غزالة محاضرات في القانون الدولي العام ، المدخل والمعاهدات
الدولية، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، بدون سنة نشر، ص70.

(3) د. نادر محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي ، دار الفكر
الجامعي، الإسكندرية ، ط1 ، 2002م، ص392.

(4) تنص المادة (1/25) في آخر الفقرة على أنه: (وعندما يعطي الطرفان موافقتهم ، لا يجوز لأحدهما أن
يسحب موافقته بإرادته المنفردة). النص ، د. خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، المرجع
السابق ، ص552.

1. صدور حكم بحسم النزاع وينهي الخصومة.

2. اتفاق جميع الأطراف ، على إنهاء الإجراءات قبل صدور الحكم⁽¹⁾.

من أحكام التحكيم نورد على سبيل المثال في ذلك:

حكم التحكيم الصادر في كوينهاجن ، في 14 يناير 1982م، بواسطة المحكم الوحيد الأستاذ GOMARD في النزاع الذي ثار بين الشركة الفرنسية Eif. Agaitaione ، والشركة الوطنية الإيرانية للبتترول، ففي هذه القضية تمسكت الشركة الإيرانية ببطلان شرط التحكيم، ولكن المحكم رفض هذا الدفع ، وأكد على أن هناك مبدأ عام في القانون الدولي، يلزم الدولة بشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بواسطتها ، أو بواسطة إحدى الشركات العامة التابعة لها، ويحظر عليها إلغاؤه في وقت لا حق بإرادتها المنفردة ، ثم أضاف أن هذا المبدأ معترف به من جانب اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المبرمة في واشنطن عام 1965م المادة (25) السابق ذكرها، كما طبقت العديد من أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية⁽²⁾.

وأيضاً طرح أمام القضاء التونسي نزاع حول صحة اتفاق تحكيم، أبرم بين شركة الكهرباء والغاز التونسية(وهي مؤسسة عامة) وشركة فرنسية، وتمسكت شركة القطاع العام التونسي ببطلان اتفاق التحكيم على أساس الحظر الوارد في القانون التونسي الذي يمنع المؤسسات العامة التونسية من اللجوء إلى التحكيم ، إلا أن المحكمة التونسية استندت إلى واقعة انضمام تونس لمعاهدة نيويورك ، لتقرير أن الحظر القائم في القانون الداخلي لا يسري على الحالات التي يكون فيها الاتفاق على التحكيم يعد صحيحاً وملزماً، بغض النظر عن القيود التي يفرضها التشريع الوطني⁽¹⁾.

(1) د. صلاح الدين جمال الدين، د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2004 ، ص8.

(2) د. سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 83.

(1) أشار إلى هذا الحكم: د. عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1993م، ص34 هامش 39 . وأيضاً د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص330.

وقد أكد على عدم قبول دفع الدولة بالحصانة القضائية عند لجوئها للتحكيم ما ورد بنص المادة التاسعة من قانون الحصانة الانجليزي ، في فقرتها الأولى :) عندما تتفق دولة ما كتابة على إخضاع منازعه ما ناشئة أو يمكن أن تنشأ للتحكيم ، فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تدفع بحصانتها أمام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم) ، وكذلك رفضت المادة التاسعة من قرار مجمع القانون الدولي العام 1989م، إدعاءات الحصانة القضائية ، التي تنطلق من أن الدولة تكون في وضع سلطة وسيادة ، وذلك يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي أبرمته⁽²⁾ .

تجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي أعطى للدولة، الحق في أن تعدل أو تنهي العقد بشرط تعويض المتعاقد معها، إذا كانت هناك أسباب تتعلق بالصالح العام، ذلك الذي يضمن للمستثمر ، الحق في استرداد أمواله المستثمرة⁽³⁾ . تلك الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة، والتي تهدف لوضح حد أو تعديل هذه الالتزامات ، فإنها لا تخرج عن طبيعتها من اختصاص قضاء التحكيم، ثم أن مبادئ القانون الدولي لا تحول دون تقرير الحق للطرف المضرور ، بل تقوم الدولة وهي الطرف الآخر في العقد، بتنفيذ عين التزاماتها والمترتبة على هذا العقد، إلا إذا كان ذلك التنفيذ بطبيعته، أو بحسب الظروف، يوصف بالاستحالة المطلقة⁽⁴⁾ .

الاستحالة المقصودة هنا هي استحالة تنفيذ الالتزام عيناً، وليس استحالة تنفيذ الحكم التحكيمي ، فالمحكّم عليه ألا ينشغل بمصير حكمه، وإنما يتعين عليه فقط أن يعمل لبلوغ العدالة وفق أحكام القانون.

ومما سبق يتضح أن اتفاق التحكيم ملزم للأطراف لا يستطيع أحدهما أن يتحلل منه بإرادته المنفردة. ذلك لأنه قضاء اختياري جاء بمحض إرادة أطرافه. كما أن الدفع بالحصانة القضائية من قبل الدولة غير معمول به حالياً من الناحية العملية، ولقد أنتهى الفقه في مجموعه ، وكذلك أحكام التحكيم ، إلى أن الدولة

(2) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص409.

(3) د. أحمد رشاد محمود ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2004م ، ص504.

(4) د. عصام القسبي، خصوصية التحكيم....، مرجع سابق، ص178.

التي وافقت على اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين أحد الأشخاص الخاصة لا يجوز لها الإحتجاج بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم بغرض التحلل من إتفاق التحكيم ، كما أن المنازعات التي تحدث مع الدولة أو أحد مؤسساتها والهيئات التابعة لها ، أصبح مقررأً تشريعياً ومؤكداً دولياً. فإن ذلك من شأنه أن يبعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين تجاه نظام التحكيم ، هذا بدوره ينعكس على زيادة الاستثمار وتشجيعه في الدول النامية.

المطلب الرابع

ضمان استمرار إجراءات التحكيم

قد يقوم أحد أطراف التحكيم باتخاذ مواقف سلبية تجاه إجراءات التحكيم، وذلك بغرض عرقلة سير إجراءات عملية التحكيم، والحد من فاعليتها ، كأن يقوم أحد أطراف النزاع على سبيل المثال بالإمتناع عن تعيين المحكم المكلف هو باختياره ، أو يمتنع عن حضور إجراءات التحكيم. وهذا يؤثر على سير عملية التحكيم وفعاليتها ويعطلها، ونتيجة لذلك أقرت معظم الاتفاقيات الدولية، ولوائح

هيئات التحكيم ، العديد من الإجراءات لمواجهة امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمه، أو امتناعه عن المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم ، أو غيابه عن حضور جلسات التحكيم بغرض عرقلة سير إجراءات التحكيم . هذا سوف نتناوله على النحو التالي⁽¹⁾:

أولاً: الالتزام بتعيين المحكمين:

اختيار المحكم يتم في الأصل في وقت متزامن مع الاتفاق على التحكيم ، كأسلوب لحسم النزاع، ويكون هذا الاتفاق متضمناً اسم المحكم الذي اختاره الخصوم⁽²⁾ . ويقصد بالالتزام بتعيين المحكمين، إن يقوم الإطراف بالفراغ من تسمية المحكمين في المدة المتفق عليها من قبلهم ، وعدم التأخير في الاختيار والتسمية . إذ أن ماطلة أحد الأطراف في اختيار محكمة أو عدم قيامه بذلك، لن يكون من شأنه تعويق إجراءات التحكيم⁽³⁾ .

إذا كانت إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار هيئة التحكيم ، يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه في طريقة اختيار المحكمين. كما أن إرادة الأطراف في العقد ليست مطلقة، ويقيدّها مبادئ عليا هي حسن إدارة العدالة، وأهمها مراعاة المساواة في ذلك ، بين طرفي التحكيم ، فكل شرط يقضي باستقلال أحدهما دون الآخر بالتعيين ، يقع باطلاً، أو يرمي باختيار أحدهما عدداً من المحكمين يفوق العدد الذي يقوم الطرف الآخر باختياره، أو يرمي باستقلال المحكم المختار من قبله بالفصل في النزاع في حالة تخلف الطرف الآخر عن اختيار محكمة⁽¹⁾ .

وتذهب جميع التشريعات الوطنية والاتفاقيات المنظمة لعمل هيئات التحكيم المؤسسي إلى وضح حلول تنفادي مثل هذا التعطيل ، وقد اتخذ البعض منها في مواجهة ذلك إلى تحديد هيئة قضائية ، أو إدارية تتولى مهمة تعيين هذا المحكم ، بدلاً من الطرف الذي يتقاعس ولا يريد تنفيذ التزامه⁽²⁾ .

(1) فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 205.

(2) د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 117.

(3) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 149.

(1) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، بدون تاريخ نشر، ص 41.

(2) د. صلاح الدين جمال الدين، د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم ، مرجع سابق، ص 10.

قانون التحكيم السوداني : (تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أي عدد فردي من المحكمين وإذا لم يتم الاتفاق على عدد المحكمين يكون عددهم ثلاثة⁽³⁾) ، كما جاء فيه أيضاً : (1 / يتفق المحكمون على رئيس الهيئة أو كيفية إختياره وفي حالة فشلهم يتم إختياره بواسطة المحكمة المختصة بناءً على طلب أحد الأطراف - 2 / إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد يتم إختياره بواسطة طرفي النزاع أو بالطريقة التي يتفق عليها وإلا قامت المحكمة المختصة بتعيينه) . ومن نص المادتين يتضح أن تعيين هيئة التحكيم يتم باتفاق الطرفين دون غيرهما لاختصاصهم بموضوع النزاع، ولكن قد يحدث أن يتعذر تنفيذ هذا الاتفاق بالاختلاف على أشخاص المحكمين، كما يحدث تماطل أو رفض أحد الإطراف تعيين محكم من جانبه على الرغم من اتقاؤه السابق على تشكيل الهيئة، ففي هذه الحالة يتفهم هذا الاتفاق ويبرز دور المحكمة أو الجهة التي اتفق الطرفان اللجوء إليها في مثل هذه الحالة لتعيين المحكمين.

أما قانون التحكيم اليمني نص على: (يجب تعيين شخص المحكم ، والمحكمين في اتفاق التحكيم.... إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترأ وإلا كان التحكيم باطلاً⁽⁴⁾). يتضح من نص المادة أن المشرع اليمني، أوجب التعيين وعده أمراً جوهرياً ، ولم يعد أمره جوازياً ، ورتب على مخالفته البطلان، وبناء على ذلك يعد تعيين المحكم أو المحكمين ركناً أساسياً من أركان اتفاق التحكيم، وليس شرطاً لصحة هذا الاتفاق.

ونجد مثلاً آخر لمواجهة الطرف الذي تقاعس عن تنفيذ التزامه بتعيين المحكم: ما نص عليه المشرع المصري بالمادة (17) من قانون التحكيم المصري، والتي تقول:

1. لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية اختيارهم وزمن ذلك فإذا لم يتفق اتبع ما يلي:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة(9) من هذا القانون إختياره بناءً على طلب أحد الأطراف .

(3) قانون التحكيم السوداني رقم(15) لسنة 2005م، المادة (12/ 14).

(4) قانون التحكيم اليمني رقم(22) لسنة 1992م، المعدل بالقانون رقم(32) لسنة 1997م، المادة (17).

ب- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ، اختار كل طرف محكماً ، ثم يتفق المحكمان على اختيار ثالث . فإذا لم يعين أحد الطرفين محكّمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلب بذلك من الطرف الآخر ، وإذا لم يتفق آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها في المادة(9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين⁽¹⁾.

وباختلاف تلك الوسائل والطرق، التي تلجأ إليها التشريعات الوطنية، بهدف وضع الاتفاق على التحكيم في موضع التنفيذ العملي، سواء كان ذلك قبل تشكيل محكمة التحكيم أو بعدها ، ومن ثم فإن مقاومة أحد الأطراف بالاتفاف على التحكيم وامتناعه عن تنفيذ التزامه لن يؤدي إلى تجميد إجراءات التحكيم⁽²⁾ .

وجاء في الإجتهد القضائي السوداني أن مسألة تدخل القضاء في تعيين المحكمين في حالة تشكيل الهيئة لأكثر من محكّم تكون في حالة عدم الاتفاق ويكون ذلك بتقديم طلب من الطرف الذي عين محكّمه للمحكمة ويكون قرار المحكمة نهائياً غير قابل للطعن⁽³⁾ .

كما أسهمت بعض الاتفاقيات الدولية في بعض الحلول لإزالة العقبات التي يضعها بعض الأطراف في تنفيذ التعهد باللجوء للتحكيم.

فقد قضت المادة (3/35) من عقدة المقاوله المبرم بين حكومة العراق وشركة ايراب سنة 1968م، بأنه : (إذا لم يعين أحد الطرفين محكّمه خلال المدة الممنوحة له، يقوم الطرف الآخر بطلب هذا التعيين من رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان بسويسرا ، وعند غيابه يقوم بذلك أعلى رتبة في المحكمة المذكورة⁽¹⁾).

كما تقوم بعض العقود بتسمية جهة أخرى لتعيين المحكم في حالة تخلف أحد الطرفين عن تعيين محكّمه ، حيث يقوم الطرف المتمسك بالتحكيم بتقديم طلب إلى تلك الجهة ، وتبنت هذا الأسلوب المادة(67/ب) من العقد المبرم بين

(1) قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994م، المعدل بالقانون رقم(9) لسنة 1997م، المادة (17).

(2) د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص121.

(3) المحكمة القومية العليا السودانية ، الدائرة المدنية ، الطعن رقم (م ع / ط م / 1709 / 2008م) ، سابقة غير منشورة.

(1) د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سابق ، ص32.

الشركة المصرية للزيوت سنة 1963م، حيث نصت على أنه: (.... إن لم يتفق الأطراف على اختيار شخص المحكم خلال ثلاثين يوماً ، تولى اختياره رئيس المحكمة العليا بالسويد بناءً على طلب الطرف المتمسك بالتحكيم⁽²⁾).

أيضاً تخول بعض العقود مهمة تعيين المحكم ، وذلك عند تخلف أحد الطرفين عن تعيين محكمة إلى هيئة تحكيم دولية ، ومن العقود التي انتهجت هذا الأسلوب، العقود المبرمة بين مصر وشركة بان أمريكان سنة 1964م، حيث نصت المادة (42/ب) على أنه: (إذا لم يقر الطرف الثاني بتعيين محكم له، كما ذكر آنفاً ، فإن للطرف الأول الحق في أن يتقدم إلى هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، طالباً تعيين محكم ثان⁽³⁾).

ثانياً: عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف:

قد يسعى أحد أطراف النزاع - ومع قبوله باللجوء إلى التحكيم وكذلك اختصاص هيئة التحكيم - متعمداً إلى عدم حضور إجراءات التحكيم ، ويهدف من ذلك الحد من فاعلية التحكيم ، عن طريق تعطيل الفصل في النزاع لأطول فترة ممكنة، والتأثير على ميزة هامة من مميزات التحكيم وهي سرعة حسم المنازعات، ولمواجهة ذلك فقد اتجهت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم، بضمان فعالية التحكيم واحترامه ، بعدم السماح بغياب أحد الأطراف، وذلك عن طريق الاعتراف والإقرار باستمرارية هذه الإجراءات ، دون أن يكون لغياب الطرف المتعمد أي أثر على ذلك⁽¹⁾.

المشرع السوداني أهتم وحرص على تقنين هذا المبدأ بالقول: (إذا تخلف أحد الطرفين عن الحضور دون عذر مقبول في أي مرحلة من مراحل الدعوى، يجوز لهيئة التحكيم أن تستمر في الإجراءات في غيابه بناءً على طلب الطرف الآخر⁽²⁾).

(2) د. غسان علي علي، دور التحكيم، مرجع سابق ، ص382.

(3) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، التحكيم كوسيلة ، المرجع السابق ، ص64.

(1) د. غسان علي علي، دور التحكيم في تسوية المنازعات، مرجع سابق، ص383.

(2) قانون التحكيم السوداني رقم(15) لسنة2005م، المادة (19/27).

وجاء في قانون التحكيم اليمني: (...إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور جلسة أو اجتماع أو تخلف عن تقديم الأدلة المطلوبة منه ، فإنه يجوز للجنة التحكيم الاستمرار في الإجراءات ، وإصدار حكمها في المنازعة المطروحة أمامها استناداً إلى الأدلة المطروحة أمامها، بحيث لا يخل ذلك بحقوق الطرفين التي تنظمها أحكام القانون⁽³⁾).

عن حضور أحد الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاهزة، كذلك حرص المشرع المصري ونص على هذا المبدأ بقوله: (إذا تخلف أحد الطرفين لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استناداً على عناصر الإثبات الموجودة أمامها⁽⁴⁾).

اهتمت اتفاقية واشنطن لعام 1965م بهذا المبدأ ، وعملت على تقنينه وذلك من أجل ضمان فعالية شرط التحكيم ، الذي يشير إلى اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حيث نصت :

1. إذا فشل طرف في الحضور أمام المحكمة، ولم يستطع عرض دعواه لا يرتب ذلك حقاً للطرف الآخر .

2. إذا لم يحضر أحد الطرفين أمام المحكمة أو فشل في تقديم دعواه خلال أي مرحلة من مراحل الإجراءات فإن من حق الطرف الآخر أن يطلب من المحكمة اتخاذ قرار بشأن النزاع ويجب على المحكمة قبل اتخاذ أي قرار إخطار الطرف المتخلف مع منحه مهلة قضائية، إلا إذا اقتنعت المحكمة أنه ليس في نية الطرف المتخلف المثل أمامها وعرض دعواه⁽¹⁾.

وتعتبر هذه المادة تجسيدا للضمان الأساسي لحفظ حق طرفي التحكيم ، فهي تعطي المدعي الحق في طلب استمرار الإجراءات إذا رأى عدم جدية من الطرف الآخر ، كما أنها تلزم هيئة التحكيم إعدار الغائب وإعطائه فترة سماح أخرى لا تزيد عن ستين يوماً مع تحديد جلسة للسماع.

(3) قانون التحكيم اليمني رقم(22) لسنة1992م، المادة (41).

(4) قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994م، المادة(35).

(1) اتفاقية واشنطن لسنة 1965م ، المادة (45).

وهو ما أكدته قواعد تحكيم المركز: (تخطر المحكمة الطرف غير الحاضر بطلب الطرف الآخر بالفصل في النزاع بحالته، لها أن تمنح الطرف المعلن إليه فترة سماح ولها بعد ذلك أن:

أ- تعطي فترة سماح أخرى.

ب- تعيين تاريخ لجلسة الاستماع على ألا تتجاوز الفترة المسموح بها ستون يوماً⁽²⁾.

وكذلك أكدت على هذا المبدأ المادة (25/ج) من قانون الأونسترال الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي والتي نصت على أنه: (إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور جلسة أو عن تقديم أدلة مستنديه، يجوز لهيئة التحكيم مواصلة الإجراءات وإصدار قرار تحكيم بناءً على الأدلة المتوفرة لديها⁽³⁾).

هذه المادة من القانون الأنموذجي أعطت هيئة التحكيم سلطة جوازية في الإستمرار في الإجراءات وإصدار قرار بناءً على المستندات والأدلة المتاحة لديها ، بمعنى أنها عليها رقابة في ممارسة هذه السلطة الجوازية غير أنه لم يحدد الجهة التي تقوم بهذه الرقابة.

وأكدت أيضاً على ذات المبدأ قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، على أنه في حالة تخلف أحد الطرفين بدون عذر مقبول عن الحضور ، أو تقديم وثائق الإثبات خلال المدة المحددة لذلك، فإن لهيئة التحكيم الأمر باستمرار إجراءات التحكيم، وإصدار القرار التحكيمي بموجب الأدلة الموجودة أمامها. وأكدت على ذلك أيضاً المادة (3/3) من قرار مجمع القانون الدولي على أنه لسلطة هيئة التحكيم مواصلة التحكيم وكذلك استصدار الحكم ، على الرغم من امتناع أحد الأطراف عن حضور الإجراءات⁽¹⁾.

كمثال لتطبيق هذا المبدأ في تحكيم شركة Liteco ضد حكومة ليبيريا ، فقد تبين لمركز التحكيم إمتناع الحكومة المشار إليها عن حضور إجراءات التحكيم رغم مشاركتها في تعيين المحكمين ، ورغم إعداها الأمر الذي دعى هيئة التحكيم

(2) قواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار ، المادة (42).

(3) القانون الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، المادة (25/ج).

(1) د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص415.

إلى الإقْتناع بعدم دعوى التأجيل ، فإنْقلت إلى فحص ما تدعيه الشركة وفصلت في النزاع بإعتبار أن تخلف أحد الأطراف عن المشاركة في الإجراءات لا يحول دون استمرار نظرها وفقاً لما تبين لهيئة التحكيم من الأوراق والمستندات المقدمة إليها⁽²⁾ .

خلاصة القول أن الإتفاقيات الدولية الثنائية ومتعددة الأطراف والتشريعات الوطنية منقحة على إستمرار إجراءات التحكيم بين أطراف الإتفاق ، سواء تقاعس أحد الأطراف أو كليهما في تعيين محكمه أو تخلف عن حضور إجراءات التحكيم ، وفي الوقت الذي حفظت التشريعات الوطنية موضوع الدراسة حق المدعي في طلب تعيين محكم الطرف الأخر والإستمرار في الإجراءات ، خلت من أي ضمانات لحق المدعى عليه في الإعذار ، وتميزت إتفاقية واشنطن عليها بأن قررت للمدعى عليه فترة سماح ومهلة قضائية بعدها يحق لهيئة التحكيم الإستمرار في الإجراءات بحضور الأطراف أو من واقع المستندات المودعة لديها ، لذلك يتعين على المشرّع أن يسد تلك الثغرة تحاشياً لإنكار العدالة.

المطلب الخامس

استئثار هيئة التحكيم بتسوية المنازعات

إن تحقيق فاعلية التحكيم في منازعات الاستثمار يتطلب احترام اتفاق التحكيم، ولتحقيق فاعلية الاعتراف لهيئة التحكيم بالاستئثار في تسوية النزاع، أي في حالة اتفاق الأطراف بتسوية النزاع القائم بينهم بطريق التحكيم، فإنهم بذلك الاتفاق قد منحوا هيئة التحكيم الاختصاص في الفصل في النزاع، ويترتب على إستبعاد أي طريق آخر لتسوية النزاع ، ولا يحق للأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني، بطلب الفصل في النزاع محل التحكيم⁽¹⁾ . فبعد الاتفاق على التحكيم ، يمنع القاضي من نظر الدعوى وذلك عندما يدفع المدعى عليه بإتفاق التحكيم ويتمسك به⁽²⁾ .

(2) د. صلاح الدين جمال الدين ، ود. محمود صلاح الدين ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم ، مرجع سابق ، ص14.

(1) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص416.

(2) د. محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص6.

ثم إن التزام الأطراف بمنح المحكم سلطة الفصل في المنازعة، محل الاتفاق على التحكيم، أي استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع، يعتبر تأكيداً لمبدأ القوة الملزمة لهذا الاتفاق، ذلك لأن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود⁽³⁾.

ويجب أيضاً لتحقيق فاعلية التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، أن يكون القانون المحلي مستعداً للتمكين من اتخاذ قرارات دولية فعّالة، ففي حالة الضرورة يقوم بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم، وإعطائها سواء بشكل مباشر، أو عبر محاكم الدولة الصلاحيات التي تحتاج إليها والمتطلبية للقيام بمهامها بفاعلية وكفاءة، وأيضاً لا بد من أن تكون الدولة المضيفة مستعدة للاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، إذا أرادت هذه الدولة الاعتراف في الخارج بقرارات التحكيم التي تصدر فيها⁽⁴⁾.

هذا وقد تم تبني مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع في العديد من الاتفاقيات الدولية وكذلك التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم. وأيضاً فقد ورد النص على مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع في الكثير من الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم.

فقد نصت اتفاقية واشنطن لعام 1965م باعتبار أن قبول شرط التحكيم لديها يعتبر قبولاً في ذات الوقت لاستبعاد أي طريق آخر لتسوية النزاع⁽¹⁾. وقد نصت المادة (26) من الاتفاقية على أنه: (موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم، في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر ما لم ينص على غير ذلك تخلياً عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية⁽²⁾).

فموافقة الدولة المتعاقدة مع مستثمرين على عرض نزاع معين إلى المركز، فإنها بذلك التصرف قد منحت الحق في اللجوء المباشر إلى وسيلة قضائية

(3) د. حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن التحكيم، مرجع سابق، ص 111.

(4) د. حسن عبد الغفار، التحكيم نعم أم لا، بدون دار نشر، القاهرة، ط1، 1990م، ص 21.

(1) د. صلاح الدين جمال الدين، د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم.....، مرجع سابق، ص 21.

(2) فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 223.

دولية يترتب على ذلك أنه لا يكون للمستثمر الحق بمقتضى الاتفاقية في اللجوء إلى دولته ، يطلب مسانبتها في الدعوى ضد الدولة المضيفة، وأيضاً يمتنع على دولته الإقدام على مثل هذا العمل⁽³⁾.

هذا وقد انتهج واضعو اتفاقية واشنطن ، المنهج الواضح لتحقيق مزيداً من الفاعلية لأحكام التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية⁽⁴⁾.

كذلك من الاتفاقيات الدولية التي نصت على هذا المبدأ ، اتفاقية نيويورك لعام 1958م، للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، وذلك في المادة (3/2) والتي أوجبت على أنه: (على محكمة الدولة المتعاقدة التي طرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم إلى التحكيم ، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق⁽⁵⁾).

ومن ثم فإن استئثار هيئة التحكيم بالفصل في النزاع، يعمل على تحقيق الفعالية لعملية التحكيم، ويكفل استقلال هيئة التحكيم بنظر النزاع، دون أن يكون هناك أي تدخل من جهات قضائية أو إدارية ، فإذا قام أحد أطراف النزاع باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية، والتي تعتبر صورة من صور الاستعجال وتعبّر عن الحاجة الضرورية لتوفير الحماية القضائية العاجلة بغرض تجنب وقوع ضرر ، يتعلق بالحقوق والمراكز القانونية المراد المحافظة عليها ، فالاعتراف لهذه المحاكم بهذه الإجراءات لا يؤثر على فاعلية التحكيم⁽¹⁾.

ذلك لأن تدخل قضاء الدولة يهدف لمساعدة قضاء التحكيم لتحقيق العدالة، ولا يتدخل في نظر النزاع الموضوعي ، بتلك الإجراءات الوقائية والتحفظية⁽²⁾.

(3) د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات...، مرجع سابق ، ص 125.

(4) د. صلاح الدين جمال الدين ، د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية...، مرجع سابق ، ص 21.

(5) اتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، المادة (3/2) .

(1) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 421.

(2) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب...، مرجع سابق ، ص 163.

إستثناء من مبدأ استتثار هيئة التحكيم بتسوية المنازعات:

الإجراءات التحفظية هي إجراءات تهدف إلى إسعاف الخصوم بإجراءات وقتية سريعة ريثما يفصل في أصل الحق من المحكمة المختصة تجنباً لمغبة التأخير ، وما يترتب عليه من أضرار بالغة بمصالح ذوي الشأن مثل الحجز التحفظي أو بيع بضاعة يخشى عليها من التلف⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الإستئناف بأن : (المحكمة لا تصدر أمراً بناءً على مذكرات الخصوم ، بل يتعين سماع البيّنات والتي يجب أن تثبت أن المال المتنازع عليه عرضة للضياع أو التلف أو غير ذلك من الأضرار التي تستدعي التدخل السريع...⁽⁴⁾).

وقد أكدت العديد من لوائح هيئات التحكيم الدولية صراحة، على أن اللجوء إلى السلطة القضائية لاتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية ، لا يعد تنازلاً عن التمسك بالتحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة(9) من القانون الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، على أنه : (لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثنائها ، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراءً وقائياً مؤقتاً، وأن تتخذ المحكمة إجراءً بناءً على هذا الطلب⁽¹⁾).

وأكدت قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المادة(1/2) على أنه: (1- يجوز لمحكمة التحكيم حال تحويل الملف إليها، أن تأمر بناءً على طلب أحد الأطراف باتخاذ أي إجراء تحفظي أو مرحلي تراه مناسباً) وفي الفقرة الثانية (2- يحق للأطراف قبل تحويل الملف إلى محكمة التحكيم وإذا اقتضت الأمور فيما بعد أن يلجئوا إلى أي سلطة قضائية مختصة لطلب اتخاذ إجراءات تحفظية أو مرحلية، ولا يعتبر طلب أي من الأطراف من سلطة قضائية اتخاذ مثل هذه الإجراءات أو تنفيذ الإجراءات التي أمرت بها

(3) د. حيدر أحمد دفع الله ، قانون الإجراءات المدنية السوداني ، بدون ناشر ، ط2 ، 2009م ، ص 469.

(4) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1976م ، ص 420.

(1) د. ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص506.

محكمة التحكيم خرقاً لاتفاق التحكيم أو تنازلاً عنه، ولا يمس بصلاحيه محكمة التحكيم⁽²⁾).

كما تنص المادة (5/8) من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: (لأطراف قبل تسليم ملف الدعوى للمحكم، واستثناءً من ذلك بعد تسليمهم إياه، الحق في طلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية من السلطة القضائية، وذلك دون أن يشكل هذا الأمر مخالفة أو انتهاكاً لاتفاق التحكيم الذي يجمع بين الأطراف، ودون المساس بالسلطة المحجوزة للمحكم في هذا الشأن⁽³⁾).

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض في مسألة بقاء أو انعدام، اختصاص القضاء الوطني باتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية، فاتفق التحكيم يمنع القضاء من النظر في الموضوع، وكذلك البت في أصل الحق، دون أن تشير إلى أن هذا المنع يشمل التدابير التحفظية أو الوقائية، المتعلقة بالنزاع⁽⁴⁾.

قانون التحكيم السوداني نص على أنه: (إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر المحكمة للدعوى فعلى المحكمة وقف إجراءات الدعوى وإحالة النزاع للتحكيم ويعتبر هذا الاتفاق بمثابة اتفاق مكتوب⁽¹⁾).

فالمشرع السوداني يستند إلى الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، حيث أن الاتفاق على التحكيم وإن كان لا ينزع الاختصاص من المحكمة، وإنما يمنعها من سماع الدعوى ما دام شرط التحكيم قائماً. يلاحظ أن صياغة المادة تقتصر إلى الدقة والإحكام في ألفاظها ويعيها التكرار في كلماتها، أضف إلى ذلك أن إتفاق الأطراف على التحكيم أثناء نظر المحكمة للدعوى هو بمثابة مشاركة التحكيم حيث أنها تأتي بعد نشوء النزاع وليس قبله، بينما الإتفاق على التحكيم يتم قبل وقوع النزاع.

(2) د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 546-547.

(3) د. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 138.

(4) د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 160.

(1) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م، المادة (10).

وجاء في قانون التحكيم اليمني : (على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى متعلقة بخلاف أو نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم إلى التحكيم.....⁽²⁾).

أما قانون التحكيم المصري نص على : (1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى ، إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى 2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم⁽³⁾).

مثالاً على مبدأ استتثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع، في قضية محمد حسن محمد وهاشم عبد الكريم ضد وزارة الزراعة(ولاية الخرطوم) وشركة ألق الزراعية، حيث كان هناك عقد استثمار أرض زراعية على شارع النيل بالخرطوم موقع بين الطرفين، بموجبه لجأ المذكور أعلاه للمحكمة لإلزام الوزارة بنص التحكيم، وأصدرت المحكمة قرارها بإحالة النزاع إلى التحكيم⁽¹⁾.

قانون التحكيم السوداني أجاز لأحد الأطراف أن يتقدم إلى المحكمة أو هيئة التحكيم لإتخاذ إجراءات تحفظية في مواجهة الطرف الآخر وجاء ذلك بالقول : (يجوز لأحد أطراف التحكيم أن يطلب من المحكمة أو هيئة التحكيم إتخاذ إجراءات تحفظية أثناء إجراءات التحكيم⁽²⁾).

ورود ذكر المحكمة في النص القانوني ذلك لا يعني أن المشرع السوداني قصد تدخل القضاء في نظر النزاع الموضوعي ، فهي إجراءات الهدف منها مساعدة قضاء التحكيم في مهمة تحقيق العدالة لما يتمتع به قضاء الدولة من سلطة التنفيذ الجبري ، ولهذا يستطيع المحكم أن يطلب من القضاء إلزام شاهد بالحضور ، أو تقديم آخر لمستندات تحت يده ، أو توقيع جزاء على من يمتنع من هؤلاء.

⁽²⁾ قانون التحكيم اليمني رقم(22) لسنة 1992 من المعدل بموجب القانون رقم (32) لسنة 1997م، المادة (19).

⁽³⁾ قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، المادة(13).

⁽¹⁾ د. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم 2005م، مرجع سابق ، ص 29.

⁽²⁾ قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (11).

ومما سبق أن هيئة التحكيم هي المختصة في الفصل في المنازعات التي يوجد بشأنها اتفاق تحكيم ، متى دفع بذلك أحد الإطراف أمام المحكمة المختصة أو أي جهة أخرى تنتظر النزاع ، حيث يتوجب على تلك الجهة حينئذٍ محكمة كانت أو غيرها أن تحيله إلى التحكيم، كما أن الاختصاص المتعلق بالطلبات الوقتية والتحفظية يظل منعقداً للقضاء ، ولا يعتبر مناقصاً لاتفاق التحكيم ، ذلك لأن استنثار هيئة التحكيم بالفصل في النزاع يعمل على تحقيق الفعالية لعملية التحكيم ، وإستقلالها بنظر النزاع دون أن يكون هناك تدخل من أي جهة قضائية كانت أو إدارية ، في حين ذهبت بعض الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الأخرى إلى تقرير من حيث المبدأ إختصاص المحكمين بإتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ، غير أنها لم تجعل هذا الإختصاص مقصوراً عليهم وحدهم ، بل أجازت للطرفين اللجوء إلى القضاء الوطني المختص لإتخاذ هذه الإجراءات ، حيث أن المحكم والقاضي شريكان متضامنان يهدفان إلى تحقيق فعالية التحكيم وإحترام أحكامه.

المبحث الثاني

التحكيم في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية

يتخذ التحكيم في منازعات الاستثمار أكثر من طريقة ، فقد يتم النص عليه بالأحكام الداخلية الخاصة بالدولة المضيفة ، سواء بالنص عليه بالتشريعات الداخلية الخاصة بالاستثمارات ، وغيرها من التشريعات الداخلية، أو النص عليه في الاتفاقيات الدولية الثنائية منها و الجماعية. هذا ما سنتناوله في هذا المبحث، كل في مطلب.

المطلب الأول

التحكيم في الاتفاقيات الدولية

حرصت بعض الدول التي تربطها روابط اقتصادية خاصة، على منح المستثمر قدراً أكبر من الاطمئنان عن طريق وسيلة أكثر فاعلية عن سابقتها، وذلك بتأكيد التزامها بعدم التعرض للاستثمارات بمقتضى معاهدة دولية بينها وبين دولة المستثمر ، وبذلك يطمئن المستثمر من مواطني إحدى الدول ، على أن

المساس بالحماية الاتفاقية لأمواله الكائنة في دولة متعاقدة سوف يشكل مخالفة لالتزام دولي يعقد المسؤولية الدولية على الدولة المضيف⁽¹⁾.

أولاً: الاتفاقيات الثنائية:

حرصت اتفاقيات الاستثمار الثنائية على تحديد نظامها القانوني ووسائل حمايته في إطار سياسة تشجع الاستثمار التي تتبعها غالبية الدول ، وتنص غالبية هذه الاتفاقيات الثنائية على الحماية العامة والضمان لأشخاص وأموال المستثمرين من رعايا الدول المتعاقدة، لذلك سميت بمعاهدات الغطاء ، أو الاتفاقيات المظلة، لأنها تعطي المستثمر حقوقاً خاصة، وتضمن آثار الالتزامات التعاقدية لعقود الاستثمار.

أهم ما يميز الاتفاقيات الثنائية أنها تضمن إرساء القواعد القانونية الواضحة حول عقود الاستثمار⁽¹⁾، حيث أنها تنص على كافة الحقوق والامتيازات التي يتعين تمتع المستثمرين المنتمين للدولة المتعاقدة بها عند إبرامهم لعقود الاستثمار مع الدولة المضيضة ، فإن هذه الحقوق والامتيازات تثبت له بمقتضى الاتفاقية ذاتها ، وليس فقط بمقتضى العقد ، بمعنى أن الاتفاقية تصير بمثابة غطاء تتحول بمقتضاه الالتزامات الواردة بعقد الاستثمار إلى التزامات دولية يترتب على تعديل الدولة المضيضة لأي منها بمقتضى قانون داخلي تحريك المسؤولية الدولية ضدها⁽²⁾.

تتميز الاتفاقيات الثنائية بالمرونة حيث أنها تستجيب لرغبة الدولتين المتعاقدتين وترعى أطرافهما المشتركة ، لذلك تفضل الدول المصدرة لرأس المال اللجوء إليها، لأنها ترى فيها فائدة أكبر لرعاياها وليس فقط لأنها ملزمة ، ولكن أيضاً تعطي المستثمر معاملة أفضل⁽³⁾.

(1) د. هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1977، ص18.

(1) د. طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، مرجع سابق، ص282.

(2) د. فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1987م، ص7.

(3) د. على حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، مرجع سابق ، ص272.

وهذه الاتفاقيات في أغلبها تنص على اعتماد التحكيم وسيلة لتسوية النزاع الاستثماري عند وقوعه، لأن العقود الاستثمارية، يغلب عليها السمة التجارية المؤقتة، فإقامة أحد طرفي العقد إقامة طارئة في بلد العقد، والغرض من بقائه هو تنفيذ العقد الاستثماري، وبعد نهايته تتم مغادرته لهذا البلد، الذي يستلزم البحث وراء إيجاد الضمانات التي تحافظ على حقه في هذا التعاقد⁽⁴⁾.

وقد أبرمت أول اتفاقية ثنائية للاستثمار، والتي تتضمن قبول أطرافها إخضاع المنازعات مع مواطني الدولة الطرف الآخر، لقضاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تلك المبرمة بين الحكومة الإيطالية ودولة تشاد في شهر يونيو عام 1969م⁽¹⁾.

ونتناول بعض الاتفاقيات الثنائية التي يكون السودان أحد أطرافها كما يلي:

1/ اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين السودان ومملكة البحرين⁽²⁾:

وقعت هذه الاتفاقية في الخرطوم وتهدف إلى تشجيع وحماية الاستثمار بين الدولتين، سواء كان الطرف المتعاقد الدولة نفسها أو أحد رعاياها، وقد نظمت المادة (8) منها الطرق التي يمكن أن تسوى بها المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المستثمر والدولة المضيفة إذا لم يتم حسمها بالطرق الودية، وذلك بإختيار احد الطرق الآتية:

أ. التحكيم الدولي.

ب. اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية بموجب أحكام الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية.

ج. بموجب أحكام التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976م وتعديلاتها النافذة أو أية قواعد تضعها اللجنة بدلاً عن قواعد 1976م وتعديلاتها.

(4) world invest ment report 2003: policies for development national and internation perspectives (overview) UNCTAD,UN,new yourk and Geneva 2003,p.15. هذا التقرير

منشور على شبكة الانترنت:-<http://www.unctad.org/en/docs/wir2003over voewen.pdf>

(1) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، الخاصة، مرجع سابق، ص467.

(2) وقعت هذه الاتفاقية في الخرطوم بتاريخ 2006/3/22م، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2006/4/22م.

يلاحظ أن هذه الاتفاقية قصرت تسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف عن طريق التحكيم فقط ولا طريق سواه ، غير أنها لم تحدد الهيئة التحكيمية التي يمكن اللجوء إليها ، وكأن ما أرادت أن تترك الخيار لإرادة الأطراف.

2/ الاتفاقية الثنائية بين السودان والهند:

هذه الاتفاقية وقعت في الخرطوم بين السودان والهند بتاريخ 22/10/2003م⁽³⁾ ، وقد منحت الصلاحية في الاستثمار للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين ، جاء ذلك في المادة (2/أ/ب) ، وكان اشتراطها بالنسبة للأشخاص الاعتباريين أن تكون مقارهم ونشاطهم الاقتصادي في إقليم أحد الطرفين المتعاقدين، والذي يفهم من ذلك أن الأشخاص الاعتبارية الذين يحملون جنسية أي من الدولتين المتعاقدين ، ولكن موطنه ونشاطه الاقتصادي ، لا يقع في أي منهما فإنه لا يستفيد من أحكام هذه الاتفاقية الثنائية.

فالالاتفاقية قد تضمنت طريقة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة المتعاقدة ومستمر من رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى، وذلك كما جاء في نص (8) كما يلي⁽¹⁾:

1. إذا نشأ نزاع متعلق باستثمار أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من مستثمري الطرف المتعاقد الآخر ، فإن الطرف المتعاقد والمستثمر سيحاولان إنهاءه من خلال التشاور والتفاوض .
2. إذا ما تعذر على الطرف المتعاقد وذلك المستثمر الوصول إلى اتفاق خلال ستة أشهر بعد الطلب التحريري لمباحثات التسوية يعرض الخلاف للحل إما عن طريق:

- أ- محكمة الطرف المتعاقد المضيف الذي لها اختصاص بذلك.
- ب- التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الذي أنشئ بموجب اتفاقية واشنطن المؤرخة 11 مارس 1965م،

⁽³⁾ وقعت بتاريخ 22/10/2003م ودخلت حيز التنفيذ بعد مصادقة المجلس الوطني عليها بموجب قراره رقم (14) لسنة 2004م وتوقيع رئيس الجمهورية بتاريخ 17/1/2004م.

⁽¹⁾ المحامي وسيم حسام الدين الأحمد، قوانين الاستثمار العربية، منشورات الحلبي، بيروت، ط1، 2011م، ص145.

بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة ورعايا الدول الأخرى.

3. تعتبر قرارات التحكيم نهائية وملزمة بالنسبة لطرفي النزاع ويلزم كل طرف متعاقد بتنفيذ هذه القرارات وفقاً لتشريعه الوطني .

ومما ورد في المادة (2/8) ، إنها حددت طرق تسوية المنازعات بإحدى طريقتين: إما اللجوء للقضاء الوطني للدولة المضيفة، وإما اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولي، ولم يتم تحديد الكيفية التي يتم بها اختيار أي الطريقتين ، هل تتم باتفاق الطرفين ، أم ينفرد بها أحدهما ، وهنا ممكن الخطورة بالنسبة للمستثمر ، لأنه حتى لو كان الاختيار فيه إلزام بموافقة الطرفين ، فإن المستثمر سيواجه صعوبة في الحصول على موافقة الدولة المضيفة لأنها سوف تفصل اللجوء إلى القضاء الوطني، بدلاً من عرض النزاع على المركز الدولي ، وهذا ما لا يتوافق وطبيعة عقود الاستثمار .

3/ اتفاقية ترقية وحماية الاستثمار بين السودان والصين:

وقعت اتفاقية ترقية وحماية الاستثمار بين السودان، وجمهورية الصين الشعبية في بكين بتاريخ 1995/5/24م⁽¹⁾، ولقد التزم الطرفان المتعاقدان في هذه الاتفاقية بالحماية القانونية ، أو ما يسمى بالثبات التشريعي ، لصالح مستثمري الطرفين المتعاقدين، حيث نصت المادة (2/2) من الاتفاقية على أن: (يوافق الطرفان المتعاقدان أنه دون مساس بقوانينه ولوائحه، لن تتخذ أي إجراءات تمييزية أو غير معقولة فيما يتعلق بالإدارة أو الصيانة أو الانتفاع أو التمتع أو التصرف في الاستثمارات المقامة في إقليمه لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر...⁽²⁾).

وحددت المادة (9) وسائل تسوية المنازعات كما يلي:

أ. يتم تسوية أي نزاع بين مستثمر أحد الأطراف المتعاقدة وطرف متعاقد آخر فيما يتعلق باستثمار في أراضي الطرف الآخر كلما كان ذلك ممكناً من خلال المفاوضات بين أطراف النزاع.

(1) تم المصادقة على الاتفاقية بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم (160) لسنة 1995م.

(2) اتفاقية ترقية وحماية الاستثمار بين السودان والصين ، المادة (2/2).

ب. إذا لم يتم تسوية النزاع بالمفاوضات خلال ستة أشهر فإن لأي من طرفي النزاع الحق في تقديم النزاع إلى المحكمة المختصة بالطرف المتعاقد الذي قبل الاستثمار.

ج. إذا تضمنت النزاع مبلغاً كتعويض عن نزع ملكيته ولم يتم تسوية خلال ستة أشهر بعد استنفاد المفاوضات المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة فيمكن تقويمها عند طلب أي من الطرفين المتعاقدين لمحكمة تحكيم خاصة، ولا تطبق شروط هذه الفقرة إذا كان المستثمر المعني قد لجأ إلى الإجراءات المذكورة في الفقرة (ب) من هذه المادة.

المادة (9) من الاتفاقية⁽¹⁾، حددت وسائل التسوية حيث أنه يحق للمستثمر أن يلجأ إلى القضاء الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار وبناءً على طلب أي من الطرفين المتعاقدين - الدولتان - يتم اللجوء إلى محكمة تحكيم خاصة، وهذا في حال عندما يتعلق النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة بمبلغ تعويض، والنتيجة عن قيام الدولة المضيفة بنزع ملكية المستثمر، ويتضح من ذلك أن المستثمر، يستطيع اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة مباشرة، أما لجوء المستثمر للتحكيم فلا يحق له ذلك إلا بناءً على طلب تتقدم به دولته، وعندما تقوم الدولة المضيفة باللجوء إلى التحكيم، فإن ذلك يعتبر في مواجهة دولة المستثمر، وليس المستثمر شخصياً .

كما اتبع أسلوب التحكيم بدون اتفاق، بتقرير اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وذلك في قضية WENA للفنادق، ومصر، حيث وقعت الشركة وينا مع شركة الفنادق المصرية عقداً لإدارة فندقي النيل والأقصر، واتفق الطرفان إنه في حالة النزاع يكون التحكيم في مصر ووفقاً للقانون المصري، وفي قضية أولى صدر قرار تحكيمي بشأن نزاع خص فندق النيل بتغريم الطرف المصري، ثم أقيمت بعد ذلك دعوى ثانية بشأن الفندق الثاني فانتهت بإبطال القرار التحكيمي، فأقامت شركة وينا دعوى جديدة أمام المركز الدولي بواشنطن مدعية خرق الحكومة المصرية لالتزامها بموجب الاتفاقية الانجليزية المصرية، المركز قبل

(1) اتفاقية ترقية وحماية الاستثمار بين السودان والصين، المادة (9).

اختصاصه رغم أن مدير شركة وينا مصري ويمتلك 30% من رأس مال الشركة ، مما يعني أنه لا تتوافر فيه صفة رعايا الدولة الأخرى⁽²⁾ .

وقد قضت هيئة التحكيم بالمركز باختصاصها استناداً إلى اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة في 1975م، بين مصر والمملكة المتحدة والتي نصت في المادة (1/8) منها على: (توافق كل دولة على الإحالة إلى المركز الدولي لحسم منازعات الاستثمار)، والتي اعتبرتها موافقة من الحكومة المصرية على قبول اختصاص المركز، في جلسة 2000/12/8م حكمت هيئة التحكيم بإلزام الحكومة المصرية بدفع التعويضات للشركة مضافاً إليه الفوائد ومصاريف التحكيم⁽¹⁾ .

ومما سبق يتضح أن الاتفاقيات الثنائية هي عبارة عن اتفاقية تبرم بين دولتين ، كشخصين من أشخاص القانون الدولي العام، حرصاً منهما على تنمية وتقوية الروابط الاقتصادية بينهما ، وذلك من خلال تشجيعها للاستثمار في الدولتين، والتكفل بالحماية العامة والضمان للأموال والأشخاص في إقليم كل منهما. وذلك بالنص على مجموعة من القواعد التي تهدف إلى تثبيت الحالة القانونية للاستثمار، أي النص بصورة بيّنة على حقوق وواجبات المستثمر في الدولة المضييفة من لحظة بداية الاستثمار، بدخول عناصره اللازمة، إلى لحظة انتهاء العقد . أضف إلى ذلك تستهدف تجنب أي اعتداء على الاستثمار ، أو جعله في خطر، إلا ما يقع بظرف استثنائي لا يد للطرف المضيف فيه، أو ما يقع بإرادته ، شريطة أن يكون مشروعاً وغير متحيزاً ، ومقروناً بالتعويض المجزي العادل للطرف المضرور ، إذ أن الدولة كطرف مضيف لها سيادتها ، فهي حرة فيما هو صالح لها ، ولكنها مقيدة بما هو عادل ، كما أن هذه الاتفاقيات تضمنت في نصوصها الكيفية التي تسوي بها المنازعات التي من الممكن أن تنشأ بين أطرافها وأنها جميعها رجحت التحكيم على سواه من طرف تسوية المنازعات.

(2) د. مصطفى نزاري الثاني، ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم الدولي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط1 ، 2007م ، ص 69.

(1) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص473. ذلك أيضاً ولمزيد من التفصيل ،د. محمد أبو العينين ، التحكيم أمام المركز الدولي لحسم منازعات الاستثمار بواشنطن ، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس 2001م، ص170.

ثانياً التحكيم في الاتفاقيات الجماعية:

تعد الدول العربية جزءاً من النظام الاقتصادي الحديث ، وتتمتع بعلاقات تجارية واستثمارية واسعة مع الدول المتقدمة صناعياً، وبسبب حاجة الدول العربية إلى التعامل مع الدول المتقدمة ، من حيث إنشاء أو تطوير بنيتها الأساسية ، وتطوير صناعاتها وتبادل السلع التجارية والخدمات بينها وبين الدول الصناعية، ويتطلب التعامل بين الدول المتقدمة صناعياً إبرام عقود مختلفة تتعلق بالتبادل التجاري للسلع، وإنشاء المصانع والمشروعات الضخمة ، كالأنفاق والكباري ومحطات المياه والكهرباء والطرق، وعقود نقل التكنولوجيا ، وعقود الاستثمار لا سيما فيما يتعلق باستغلال الموارد الطبيعية للدول كالبترول وغيره من المواد الخام. هذه العقود وبما تحتويه من شروط تتعلق بأمور فنية ، يصعب على القضاء في أي دولة أن ينظر فيه دون اللجوء إلى خبرة فنية على مستوى النزاع ومتخصصة في مجاله، مما يؤدي إلى إطالة أمد النزاع، وتعرض حقوق طرفية للخطر، فإن مثل هذه العقود تتضمن عادة شرطاً يقضي بأن المنازعات الناشئة عن تنفيذ أي عقد فيها، تحل عن طريق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، سواء تم التحكيم أمام منظمة تحكيمية دولية ، أو كان التحكيم خاصاً ، وفق القواعد التي يتفق عليها أطراف النزاع⁽¹⁾.

وسوف نتعرض في هذا الجانب إلى بعض الاتفاقيات متعددة الأطراف:

1/ اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى 1974م⁽²⁾ :

عقدت هذه الاتفاقية بين الدول المشكلة لمجلس الوحدة الاقتصادية العربية وهي سبعة دول (السودان - مصر - اليمن - الأردن - سوريا - الكويت - العراق)، حيث جاء في ديباجة هذه الاتفاقية أنه: انطلاقاً من أهداف اتفاقية الوحدة الاقتصادية العربية وقرار السوق العربية المشتركة - وكلاهما لم ير النور من الناحية العملية- وقد تم انطلاقاً من الأهداف السابقة، توقيع اتفاقية تسوية

(1) د. محمود سمير الشرقاوي ، الصور المختلفة للتحكيم في منازعات الاستثمار في العالم العربي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط1، 1994م، ص47.

(2) د. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص235.

منازعات الاستثمار ، وتهدف الاتفاقية وفقاً للمادة الثانية منها، إلى حل أي نزاع قانوني ، ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة ، وبين مواطني الدول العربية الأخرى سواء كان ذلك المواطن شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، كما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع الاستثمارات العربية بصورة متزايدة داخل الدول العربية .

ويكون حل المنازعات إبتداءً عن طريق التوفيق بين الأطراف المتنازعة وفقاً للأحكام المنظمة له الواردة في الاتفاقية ، ويصار إلى التحكيم وفقاً لقواعده المنصوص عليها في هذه الاتفاقية إذا لم يتسن حل النزاع بطريق التوفيق.

2/ اتفاقية واشنطن 1965م الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار:

تم إبرام هذه الاتفاقية تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير في 18/3/1965م ، ودخلت حيز التنفيذ في 14/10/1965م ، هذه الاتفاقية هدفت إلى تشجيع الاستثمار في الدول النامية وتطمين أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة ، أهم ما يميز هذه الاتفاقية أعطت أشخاص القانون الخاص طبيعية كانت أو إعتبارية الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي دون الحاجة إلى اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولهم ، مما يمكن معه القول أن اتفاقية واشنطن قد أعطت أشخاص القانون الخاص الشخصية الدولية ، وهو أمر مستحدث في مجال القانون الدولي⁽¹⁾.

ونسبة لأن الاتفاقية تعتبر الأهم علي الصعيد الدولي في مجال تسوية منازعات الاستثمار ، سوف نرجئ الحديث عنها للمبحث الثالث من الفصل الثاني من هذا الباب.

وهنا يمكن أن نشير لأهم نقاط التوافق أو الاختلاف بين الاتفاقية الدولية الإقليمية العربية واتفاقية واشنطن ، ونقاط الاتفاق تتمثل في:

1. الهدف من إنشائها هو تشجيع وحماية الاستثمارات التي يقوم بها رعايا الدول المتعاقدة ، لدى الدول المتعاقدة المضيفة للاستثمارات ، واختصاصها

(1) د. جورج حزبون ، الاتجاهات الدولية المعاصرة في التحكيم الخاص ، مرجع سابق ، ص 531م.

بتسوية المنازعات المتعلقة بتلك الاستثمارات التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر.

2. من حيث نطاق التطبيق على الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ، إلا أن الاتفاقية الإقليمية ، لم يكن النص موقفاً بالنسبة للشخص الاعتباري ، وقد وضعت المادة(28) شروطاً لانعقاد الاختصاص للشخص الطبيعي أو الاعتباري كما يلي:

أ- أن يتمتع بجنسية إحدى الدول الأعضاء في تاريخ تسجيل موافقة الطرفين على عرض النزاع للتوفيق أو التحكيم ، لدى الأمين العام.
ب- ألا يكون من مواطني الدولة الطرف في النزاع وقت تسجيل موافقتها، ويستثنى من ذلك الشخص المعنوي إذا وجد له فرع رئيسي في الخارج وكان متمتعاً بجنسية دولة عضو أخرى⁽¹⁾.

فمن خلال النص المشار إليه ، يتضح أنه لا توجد إشكالية بالنسبة للشخص الطبيعي، غير أنه كان من الأفضل ، ألا يقتصر بأن تتوافر فيه تلك الشروط وتاريخ تسجيل موافقة الطرفين على عرض النزاع للتوفيق أو التحكيم لدى الأمين العام، بل من المستحسن أن يمتد ذلك إلى تاريخ اتفاقهما على اللجوء للتوفيق أو التحكيم لدى الأمين العام، وهو ما أخذت به اتفاقية واشنطن في هذا الجانب اقتداءً بها⁽²⁾.

فالتاريخان لهما أهمية ، لما فيه مصلحة الدولة المطبقة في التعرف على جنسية المستثمر، في تاريخ الاتفاق على اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم ، وخاصة إذا كان الاتفاق شرطاً في عقود الاستثمار.

(1) اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية لسنة 1974 ، المادة (38).

(2) تنص المادة (25/2ب) من اتفاقية واشنطن : يقصد بمواطن الدولة المتعاقدة الأخرى: (أ- أي شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع، يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم لأي نزاع، وكذا يوم تسجيل الطلب تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة(28) أو الفقرة(3) من المادة(36) ولكنه لا يشمل أي شخص يكون قد حصل في أي من التاريخين المذكورين على جنسية الدولة طرف النزاع...). نصوص الاتفاقية ، د. عادل محمد خير ، حجية نفاذ أحكام المحكمين....، مرجع سابق، ص127.

والإشكال يتعلق بالشخص المعنوي في الاستثناء ، الذي تناولته الفقرة الثانية من المادة المشار إليها، فالبعض⁽³⁾ قد ذهب إلى أنه استثناء في غير ذي جدوى، خاصة وأن هذا الاستثناء للشخص المعنوي ، أي يجوز أن يكون من مواطني الدولة الطرف في النزاع ، إذا كان يوجد له فرع رئيسي في الخارج ، واقترن ذلك بشرط أن يكون متمتعاً بجنسية دولة عضو أخرى، فهذا الشرط أخل بالاستثناء ، فإذا كان الشخص المعنوي يتمتع بجنسية دولة عضو أخرى، فمن المؤكد أنه ليس من مواطني الدولة الطرف في النزاع، وفي هذا الجانب فإن اتفاقية واشنطن ، راعت أن الشركات متعددة الجنسيات غالباً ما تكتسب جنسية البلد المضيف لكي تتمكن من ممارسة النشاط الاقتصادي في هذا البلد⁽¹⁾.

فقد نصت المادة(2/25/ب) من اتفاقية واشنطن⁽²⁾ على أنه:(أي شخص اعتباري حاصل على جنسية دولة متعاقدة ، غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التوفيق أو التحكيم للنزاع، وأي شخص اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة طرف في النزاع في هذا التاريخ، والذي يتجه لسياسة معاملة الأجانب، اتفق الطرفان على معاملته كمواطن لدولة متعاقدة أخرى تحقيقاً لأغراض هذه الاتفاقية).

وعند ما يقوم الأطراف في اتفاهم بالتوقيع على عقد التحكيم، وباعتبار الشركة الأجنبية متمتعة بجنسية دولة أخرى، يجب أن يستند ذلك على واقع أن الشركة والتي تتمتع من الناحية النظرية بجنسية الدولة الطرف في النزاع ، هي في نفس الوقت وفي الواقع مواطنة لدولة أخرى، ويقوم مواطني هذه الدولة بممارسة الرقابة على هذه الشركة ، خاصة فيما يتعلق بإدارة الشركة على مصالحها أو تمويلها⁽³⁾.

3. يعتمدان التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار . غير أن الاتفاقية الإقليمية تستلزم ابتداءً اللجوء إلى التوفيق قبل اللجوء إلى التحكيم.

(3) د. عبد الحميد الأحمد ، موسوعة التحكيم في البلدان العربية ، مرجع سابق ، (874/1).

(1) د. طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سابق ص294.

(2) د. عادل محمد خير ، حجية نفاذ أحكام المحكمين ، مرجع سابق ، ص875.

(3) د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم في البلدان العربية ، مرجع سابق، ص875.

4. إذا اختار أطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم ، يعني ذلك استبعاد أي وسيلة أخرى ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك⁽⁴⁾.

أما نقط الاختلاف تتمثل في:

1. الاتفاقية الإقليمية لم تمنح الدولة المتعاقدة الصلاحية في استبعاد المنازعات التي لا تريد أن تخضعها لأحكام الاتفاقية ، وذلك عكس اتفاقية واشنطن⁽¹⁾.

2. من حيث تقرير الحق لأطراف النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق، الملاحظ أن الاتفاقية الإقليمية استبعدت هذا الحق⁽²⁾. وذلك عكس اتفاقية واشنطن⁽³⁾.

كما أن هناك العديد من الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف التي عنيت بالتحكيم كطريق لتسوية منازعات الاستثمار:

⁽⁴⁾ وقد نصت المادة(19) من الاتفاقية الإقليمية على : (تعني موافقة الطرفين على التحكيم طبقاً لتلك الاتفاقية استبعاد أي وسيلة أخرى لحل النزاع إلا إذا نص على غير ذلك).
وقد نصت المادة (26) من اتفاقية واشنطن: (تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل الاتفاقية موافقة على استبعاد أي علاج ما لم ينص عليه خلاف ذلك...).

⁽¹⁾ سبق ان تمت الإشارة إلى أن المادة (2) من الاتفاقية الإقليمية العربية: (تهدف إلى حل أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات) والاتفاقية لم تشير في أي من موادها إلى حق الدولة المتعاقدة في استبعاد المنازعات التي لا ترغب في إخضاعها للاتفاقية ، بينما اتفاقية واشنطن نصت في المادة (4/25) بالآتي: (يجوز لكل متعاقدة عند التصديق أو القبول أو اعتماد هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق لذلك، أن تخطر المركز بنوع أو أنواع النزاع التي ترى عرضها أو عدم عرضها طبقاً لاختصاصات المركز). الاتفاقية ، د. عادل محمد خير ، مرجع سابق ، ص128.

⁽²⁾ فقد نصت المادة(16) من الاتفاقية بالآتي: (تفصل المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي نصت عليها الاتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس وفي حالة عدم وجود نص فيما سبق تطبيق المحكمة قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة، بها وما يصلح التطبيق من قواعد القانون الدولي....). د. عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم، مرجع سابق ، ص1137.

⁽³⁾ اتفاقية واشنطن ، المادة (42) ، د. عادل محمد خير ، حجية ونفاذ...، مرجع سابق، ص134. فقد نصت:(1- تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانون التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة، فإذا لم يتفق الطرفان ، تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد.2- ليس للمحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها على أساس سكوت أو غموض القانون - لا تمس نصوص الفقرات(2،1) قدرة المحكمة على الفصل بالعدل والإنصاف وهذا في حالة موافقة الطرفين).

نذكر منها ، اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في 10 يوليو 1958م، وكذلك اتفاقية جنيف الموقعة في 21 أبريل 1966م واتفاقية Mercosur، وأيضاً قرطاجنة للتجارة الحرة Cartagena Free Trade Agreement⁽⁴⁾.

خلاصة القول أن الاتفاقيات الدولية الثنائية منها والجماعية هي تلك الاتفاقيات التي تعقد بين دولتين أو أكثر ، بهدف تحقيق التعاون الاقتصادي بينها، وذلك من خلال تشجيعها للاستثمار بين الدول ، والتكفل بالحماية العامة والضمان للأموال والأشخاص ، أضيف إلى ذلك فهي أحد الوسائل العامة والفعالة التي يمكن أن تقدم جهاز تحكيمي قادر على تحقيق الأهداف التي ترمي إليها ، كما أنها تؤدي إلى وحدة الفكر القانون تجاه تطوير وتوحيد المعايير المطبقة على العلاقة بين المستثمرين والدول المضيفة لاستثماراتهم.

(4) د. بشار محمد الأسعد. عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق 476، وأيضاً د. حسام الدين فتحي ناصف، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص117، وأيضاً د. عادل محمد خير، حجية نفاذ أحكام المحكمين ، مرجع سابق ص106، وأيضاً د. يحيى الجمل، الاتجاهات العامة في اتفاقيات الاستثمار، مرجع سابق، ص17.

المطلب الثاني

التحكيم في تشريعات الاستثمار الوطنية

يرى البعض أن القانون الوطني هو المعني بتحديد صلاحيات أشخاص القانون العام الاعتبارية في التوقيع على اتفاق التحكيم ، ويعتبر هو الحل الوحيد الذي يؤخذ في الاعتبار لتوضيح موقف كل دولة من هذا الأسلوب القضائي الخاص⁽¹⁾. ويستلزم البعض الآخر، موافقة الدولة أو أحد هيئاتها ، على اللجوء بصورة واضحة وصريحة ومكتوبة ولا تحتل الشك⁽²⁾.

في السودان صدر قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999م المعدل سنة 2003م، وجاء نص المادة (32) تحت عنوان فض نزاعات الاستثمار كما يلي⁽³⁾:

1. فيما عدا النزاعات التي تحكمها أحكام الاتفاقيات الواردة في البند(2)، إذا نشأ أي نزاع قانوني متعلق بالاستثمار ، يعرض للتوفيق، أو التحكيم.

2. تسري أحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980م، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية لسنة 1974م، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965م، والاتفاقية العامة للتعاون الاقتصادي والفني، والتجاري بين الدول الأعضاء في

(1) د. خالد محمد الجمعة، المركز الدولي كطريق لحل منازعات الاستثمار الأجنبي ، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية والعشرون ، العدد الثالث، سبتمبر 1998م، ص218.

(2) د. عصام القصيبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، مرجع سابق ، ص46.

(3) قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة1999م المعدل لسنة 2003م، المادة (2/1/32).

منظمة المؤتمر الإسلامي لسنة 1977م وأي اتفاقية أخرى في هذا الشأن ، يكون السودان طرفاً فيها.

وبناءً عليه فإن المشرع السوداني قطع بأن يعرض أي نزاع قانوني متعلق بالاستثمار، بواحد من طريقتين: إما أن يعرض للتوفيق وذلك برغبته أطراف النزاع، وإما يختاروا التحكيم لتسوية النزاع . وبذلك أراد المشرع أن يخرج منازعات الاستثمار من أن تعرض أمام القضاء للفصل فيها ابتداءً، وذلك لا يسلبه الاختصاص إذا تقدم أحد الأطراف بالطعن في القرار التحكيمي أو طلباً بعد إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية. أما منازعات الاستثمار التي تحكمها أي اتفاقية يكون السودان طرفاً فيها تسري عليها أحكام تلك الاتفاقيات والتي هي الأخرى تسلك طريق التحكيم في تسوية المنازعات الناتجة عن الاستثمار ، فكأنما أراد المشرع السوداني أن تتم تسوية منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم أو التوفيق ولا سبيل سواهما تاركاً الخيار للأطراف. وتلك رسالة أمان وضمن لرؤوس الأموال الباحثة عن الحضان الآمن والمستقر .

كما نص قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم(16) لعام 1995م وتعديلاته لعام 2000م المادة(33) على أنه:(تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر لرأس مال أجنبي والمؤسسات الحكومية الأردنية ودياً بين طرفي النزاع، وإذا لم تتم تسوية النزاع من خلال ذلك خلال مدة لا تزيد عن ستة أشهر فلأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء أو حالة النزاع على المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار ، لتسوية النزاع بالتوفيق أو التحكيم وفق اتفاق تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطن دول أخرى الموقعة مع الملك).

وقد أتى من بعده قانون الاستثمار الأردني المعدل وقد جاء فيه:(يراعى في تطبيق أحكام هذا القانون الاتفاقيات العربية والدولية، ذات العلاقة بالاستثمار وحمايته وتسوية النزاعات المتعلقة به، والتي تكون المملكة طرفاً فيها أو منظمة إليها⁽¹⁾).

⁽¹⁾ قانون الاستثمار الأردني رقم(16) لعام 1995م المادة (33) ، المعدل بموجب القانون رقم (68) لسنة 2003م.

وعليه فقد أحال القانون رقم (16) المتقدم ذكره، أمر تسوية نزاعات الاستثمار ، بين المستثمر لرأس مال أجنبي والمؤسسات الحكومية الأردنية ودياً، وذلك يعني عدم إتباع الإجراءات التي يقتضيها القانون وبالطريقة التي يتم بها تنفيذ القرار الصادر بموجبها ، ثم أحال إلى القضاء أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لتسوية النزاع بالتوفيق أو التحكيم ، وفق اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى الموقعة مع المملكة وذلك في حال فشل مساعي الحل الودي فيما بينهما، مقدماً القضاء على التحكيم ، وهو تقديم في غير محله ولا يشجع على إستقطاب رأس المال بينما وسع قانون الاستثمار الأردني المعدل لنطاق الخضوع لاتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى لتشمل الاتفاقيات العربية والدولية، ذات العلاقة بالاستثمار وحماية وتسوية النزاعات المتعلقة به والتي تكون المملكة طرفاً فيها أو منضمة إليها.

أما اتجاهات التحكيم في قانون الاستثمار اليمني التحكيم في العقود الإدارية ، وهذه المادة مخصصة لكيفية تسوية النزاعات التي تنشأ بين الحكومة والمستثمر ، ومنحت المستثمر حق اللجوء للقضاء اليمني، كما أجازت له اللجوء إلى التحكيم ، وقد منح المشرع حرية اختيار أحد أساليب التحكيم المحددة في المادة بإرادة المستثمر المنفردة ، حيث تنص المادة على ما يلي:

دون إخلال في الالتجاء إلى القضاء اليمني.. يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون والتي تنشأ بين الحكومة والمشروع وذلك عن طريق التحكيم بأي من الأساليب التالية لاختيار المستثمر أو المشروع:

1. الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية .
2. الاتفاقية الدولية لفض منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى.
3. أي اتفاقية دولية أو ثنائية تكون الجمهورية طرفاً فيها.
4. قواعد وإجراءات التحكيم التجاري الخاص بلجنة القانون التجاري الدولي التابعة لهيئة الأمم المتحدة في أقرب مركز إقليمي للتحكيم الدولي يعمل وفقاً لهذه القواعد.

5. قواعد وإجراءات التحكيم داخل الجمهورية اليمنية⁽¹⁾.

ومن خلال النص السابق للمادة(61) يتضح أن المشرّع اليمني أجاز اللجوء للتحكيم في النزاعات التي تنشب بين الحكومة والمستثمر أو المشروع ، مع عدم الإخلال بحقه في اللجوء إلى القضاء اليمني - نظام المحاكم الوطنية المختصة - وهذا انتهاج طبيعي ، ولكن الانفراد في حرية الاختيار لأي من تلك الوسائل التي أشارت إليها المادة بالإرادة لأحد الأطراف ، بدون موافقة الطرف الآخر، فهذا مسلك غير طبيعي، وانفراد ليس في محله.

وبذلك الأسلوب الذي اتخذه المشرّع اليمني يكون قد عكس ما أوردته بعض التشريعات العربية للاستثمار ، والتي تجيز التحكيم في العقود الإدارية، حيث اشترطت موافقة الطرفين عند اللجوء للتحكيم واختيار وسيلته. نذكر من ذلك المادة(7) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم(8) لسنة1997م، حيث تنص بالتالي:(يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر ، كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر ودولة المستثمر ..⁽¹⁾).

وهنا قد رأى البعض بحث مدى إمكانية استخلاص إرادة اللجوء للتحكيم، من مجرد إشارة قانون الاستثمار لهذه الوسيلة من وسائل التسوية، فالاتفاق الأصلي هو المرجع الأساسي في استخلاص هذه الإرادة⁽²⁾. كما أن إرادة الدولة أو أحد هيئاتها في اللجوء إلى التحكيم ويجب أن تكون واضحة وصريحة ومكتوبة⁽³⁾.

⁽¹⁾ قانون الاستثمار اليمني رقم (22) لسنة 2002م، المادة(61) ، صدر بتاريخ 20 يوليو 2002م، ولمزيد من التفاصيل عن قوانين الاستثمار في الدول العربية ، الموقع الإلكتروني [http:// www.avalegal portal.org](http://www.avalegal portal.org) .

⁽²⁾ قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997م ، المادة (7). تجدر الإشارة هنا إلى قانون التحكيم رقم(27) لسنة 1994م، والمعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997م، أجاز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه ، المادة (1).

⁽³⁾ د. عصام القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار ، مرجع سابق، ص111-112.

⁽³⁾ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص120.

أما القانون القطري والخاص بتنظيم رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي فقد نص على التالي : (يجوز الاتفاق على حل أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والغير بواسطة هيئة تحكيم محلية أو دولية⁽⁴⁾).

وبناءً على المادة أنفة الذكر ، فقد أجاز القانون حرية اختيار طريق التحكيم سواء الداخلي أو الدولي دون أن يضع في ذلك شروطاً أو ضوابط ، إلا أنه لم يحدد هيئة التحكيم الدولية التي يمكن اللجوء إليها إن كانت في إطار إتفاقيات أو غيرها.

وفي تونس صدر القانون رقم(120) لعام1993م وقد جاء بنص المادة(67) ما يلي⁽¹⁾:

تختص المحاكم التونسية بالنظر في كل خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية ، إلا في اتفاق ينص عليه شرط التحكيم، أو يخول لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة، أو تطبيقاً للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات التالية:

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

2. أو الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية الخلافات المتعلقة بالرصد المالية الناشئة بين الدولة وتابعي دول أخرى المصادق عليها بالقانون عدد(33) لسنة 1966م. المؤرخ في 3مايو 1966م، - أو الاتفاقيات المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات والمصادق عليها بالمرسوم عدد 71 المؤرخ في 11نوفمبر 1972م- أو أي اتفاقية دولية أخرى تبرمها حكومة الجمهورية التونسية ويصادق عليها بصفة قانونية).

ومن المادة سابقة الذكر، فالمشرع التونسي قد أحال إلى المحاكم المختصة النظر في الخلاف الذي ينشأ بين المستثمر والدولة التونسية ، ما لم يتفق الطرفان على حله عبر التحكيم الخاص أو تطبيقاً لإحدى الاتفاقيات المحددة

(4) قانون تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي القطري رقم(13) لسنة 2000م، المادة (11) ، المحامي وسيم حسام الدين الأحمد ، قوانين الاستثمار العربية، مرجع سابق ، ص33.

(1) قانون تشجيع الاستثمارات في تونس رقم(120) لعام 1993، المادة (67) .

بموجب المادة (67) منه أو أي اتفاقية دولية أخرى تم إبرامها من قبل الحكومة التونسية وتم المصادقة عليها بقانون وطني.

عيوب التحكيم بالنصوص التشريعية:

أن التشريعات الداخلية للدول المضيفة للاستثمار جميعها تضمنت نصوصاً تشريعية لتسوية نزاعات الاستثمار بالطرق الودية، وبالأخص عن طريق التحكيم، ولكنها وعلى الرغم من الإسهاب في إعطاء الحماية في صورة نصوص تشريعية تضمن اتفاق الأطراف بالتراضي على اختيار الوسيلة التي يمكن أن تسوّى بها ما يمكن أن يثور بينهم من منازعات، إلا أنها ما زالت غير قادرة على تأدية دورها القوي في حماية الاستثمارات ، حيث أن مثل هذه التشريعات يمكن للدول المضيفة أن تغيرها في أي وقت وبأي أسلوب، مما يؤدي إلى الإضرار بالمستثمر. وحتى تؤدي هذه التشريعات الداخلية دورها في الحماية ، فيجب على الدولة المضيفة عدم اللجوء إلى تغييرها أو تعديلها إلا بالقدر الذي يؤدي إلى تطويرها ويسهم في تشجيع المستثمر ، حتى يكون هناك ثبات تشريعي واستقرار لنظامها القانوني، مما يشكل عامل جذب وأمان لرؤوس الأموال الباحثة عن الاستثمار.

خلاصة القول أن التشريعات المتعلقة بالاستثمار في الدول العربية جميعاً تضمنت نصوصاً تشريعية تهدف إلى حل نزاعات الإستثمار بعيداً عن ساحات القضاء غير أنها يسودها نوعاً من الاضطراب والارتباك وعدم التوحد في المفاهيم والتعاريف والتفاسير للمصطلحات ، فمنها من خير الأطراف بين التوفيق أو التحكيم ، ومنها من قدم القضاء على التحكيم ، وآخر عدد مجموعة من الوسائل ترك الخيار فيها لإرادة الأطراف ، فهي تحتاج إلى الكثير والمزيد من إجراء التطوير لها حتى تؤدي إلى الهدف الذي وضعت من أجله . كما أجد الحاجة ملحة أن يكون هناك تشريع موحد تكتفي به جميع الدول العربية أو تجعله إطارياً تستهدي به في إصدار تشريعها الخاص.

المبحث الثالث

الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

إذا كان الاتفاق على التحكيم، يتم بتوافق الأطراف بإرادتهم على اللجوء إلى قضاء التحكيم، بصدد كل أو بعض المنازعات الخاصة بالعلاقة القانونية بينهم، فإن هذا الاتفاق قد يأخذ صور شرط في العلاقة التعاقدية ، أو في صورة اتفاق مستقل⁽¹⁾. فالاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الاستثمار قد يكون في صورة بند في العقد الأصلي ، وهو ما يسمى شرط التحكيم، كما قد يكون اتفاق خاص بصدد نزاع معين وقع فعلاً، وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول شرط التحكيم ونستعرض في الآخر مشارطة التحكيم .

المطلب الأول

شرط التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يقصد بشرط التحكيم ، ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر ، والذي تتعهد الأطراف بمقتضاه- قبل نشوء النزاع- باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلاً بشأن العقد⁽²⁾.

وشرط التحكيم لا بد أن يكون سابقاً على قيام النزاع ، لأنه من غير المتصور أن يكون لاحقاً له، لأنه يرد ضمن بنود العقد الأصلي ، غير أن ذلك لا

(1) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر، ص485.

(2) د. محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، مطبوعات جامعة الإسكندرية، 1966م، ص53.

يمنع من أن يرد شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي، وذلك كأن يبرم خالياً منه ثم يتفق الأطراف عليه بعد ذلك من غير أن يكون ثمة نزاع قد نشأ بينهم⁽³⁾. فالعبرة هي إذن بلحظة إبرام اتفاق التحكيم، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل نشوء النزاع فذلك هو شرط التحكيم، ويستوي بعد ذلك أن يأتي في العقد نفسه أو مستقلاً عنه⁽¹⁾.

وفي أغلب الأحيان يأتي شرط التحكيم بصيغة عامة لا تتطرق إلى التفاصيل، كأن ينص علي أن كل نزاع ينشأ بين طرفي عقد الاستثمار يسوي عن طريق التحكيم، والاتفاق على شرط التحكيم من حيث المبدأ، كاف لصحة هذا الشرط دون التفاصيل التي يمكن الاتفاق عليها فيما بعد⁽²⁾.

وإذا ما جاء شرط التحكيم بصيغة عامة لا تتطرق إلى التفاصيل، يثور التساؤل عما إذا كان من الضروري إبرام مشاركة تحكيم أم أنه يكفي بشرط التحكيم.

الواقع أن الأمر يعتمد على الطريقة التي تم فيها صياغة شرط التحكيم ذاته، فإذا كان شرط التحكيم يقتصر على مبدأ التحكيم دون أن يتضمن التفاصيل اللازمة والواجبة والتي تمكن من وضع التحكيم موضع التطبيق، فإن إبرام مشاركة تحكيم بعد قيام النزاع يبدو أمراً لازماً، وهذا ما حدث في قضية أرامكو مع الحكومة السعودية، حيث إبرام الطرفان اتفاق تحكيم عام 1955م، وذلك على الرغم من أن عقد البترول ذاته المبرم في 1933م، كان يتضمن النص على التحكيم⁽³⁾.

أما في الحالة التي يتم فيها صياغة شرط بأحكام، بحيث يمكن انعقاد محكمة التحكيم على الرغم من مماثلة وتسويق أحد الأطراف في تنفيذ التعهد باللجوء إلى التحكيم أو العمل على إخفاقه، فإن إبرام مشاركة التحكيم لا يبدو أمراً

⁽³⁾ د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م، ص14.

⁽¹⁾ د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2005م، ص33.

⁽²⁾ محكمة دبي، طعن رقم (51) لسنة 1992م، تجاري.

⁽³⁾ د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص74.

ضرورياً ، وهذا ما حدث بالفعل في قضية سافير ضد إيران ، حيث تم الاكتفاء بشرط التحكيم الوارد في العقد ذاته ، ولم يكن هناك أي حاجة لإبرام اتفاق لاحق ومستقل للتحكيم⁽¹⁾ .

فشرط التحكيم عبارة عن عقد بالتحكيم ، وذلك لا يمنع من أنه عقد يجب خضوعه للأحكام العامة للعقود ، إذا لم يرد به نص خاص ، فهو يخضع لأركان الانعقاد وشروط الصحة، وتسري عليه القواعد العامة في البطلان والفسخ والانقضاء، وتطبيقاً لذلك يجوز التنازل عن شرط التحكيم باتفاق الطرفين الصريح أو الضمني⁽²⁾ .

لقد أثبت الواقع العملي أن الدولة بعد قبولها لنظام التحكيم ، قد تعمل للتهرب من شرط التحكيم الذي قبلته بمحض إرادتها - والذي يمثل ضماناً أساسية للمستثمر والذي لولاه لما أقبل على الاستثمار في هذه الدولة- من خلال الدفع بحصانتها القضائية، فالدولة عندما تقوم بإدراج شرط التحكيم في عقد الاستثمار ، المبرم بينها والمستثمر ، فإنه لا قيمة لهذا التمسك ، لأن قبول الدولة لشرط التحكيم يعتبر تنازلاً ضمناً من جانبها عن التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، التي قبلت بمحض إرادتها الخضوع لقضائها، والقول بعكس ذلك ، أي بإمكانية تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، يتعارض مع مبدأ حسن النية المتطلب في تنفيذ الالتزامات التعاقدية⁽³⁾ .

وذهب جانب آخر من الشراح إلى القول بأن الدفع بالحصانة القضائية رغم وجود شروط التحكيم أمام هيئة التحكيم، يعد دفعاً يجافي المنطق، ويتعارض مع مفهوم الحصانة ذاته، ذلك أن الحصانة ميزة تتمتع بها الدولة في مواجهة دولة أخرى تتساوى معها في السيادة، ولما كان التحكيم لا يعد قضاء خاضعاً لسيادة أي دولة، فإن فكرة الحصانة لا يمكن إعمالها أمام هذا القضاء الخاص لأنها فكرة

(1) تحكيم سافير، المحامي سمير فرنان بالي، قضايا التحكيم في الدول العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2008، م1، (183/1).

(2) د. محمود زكي سالم، الإيرادات التي تخضع للضريبة العامة على الإيراد ، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة التاسعة ، العدد الأول، يناير - مارس 1965م، مطابع البلاغ ، القاهرة ، ص163.

(3) المستشار د. منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995م، ص67.

غريبة عنه. فالدولة لا تتمتع أمام هذا القضاء الخاص بأي ميزة حتى تتنازل عنها أو تتمسك بها . فمسألة سيادة الدولة واستقلالها والتي هي أساس الدفع بالحصانة لا محل لإعمالها أمام هيئة التحكيم ، حيث لا يخشى على سيادة الدولة من أي مساس يتعلق بها أمام هيئة التحكيم⁽¹⁾ .

وقد أوصى مجمع القانون الدولي ، نظراً لأهمية شرط التحكيم ، عام 1959م في دورته التاسعة والأربعين ، أن من المرغوب فيه لصالح التطور الاقتصادي العالمي أن تحتوي الاتفاقيات الاقتصادية والمالية المتعلقة بمشروعات التنمية والتي تعقدها الدول فيما بينهما ، أو مع المنظمات والمؤسسات الدولية، شرط تحكيم، لتسوية ما يثور من خلافات بشأنها⁽²⁾ .

قد تبين في العمل أن شرط التحكيم، هو الأكثر انتشاراً ، حيث أن ما يقرب من 80% من عقود التجارة تتضمن شرط التحكيم⁽³⁾ .

ومن ضمن الشروط التي وضعتها اتفاقية جنيف لعام 1927م في المادة (1) للاعتراف وتنفيذ الحكم الخاص بالتحكيم:

أن يكون الحكم قد صدر بناءً على مشاركة تحكيم أو شرط تحكيم صحيح، طبقاً للتشريع الواجب التطبيق لمعرفة صحة الاتفاق على التحكيم.

والمادة (2) ، نصت على الحالات التي يجوز للقاضي فيها أن يرفض تنفيذ حكم التحكيم، في ثلاثة أحوال هي:

إذا كان التحكيم لا يشمل:

أ. الخلاف المشار إليه في مشاركة التحكيم، أو

ب. في شرط التحكيم، أو

ج. الحكم تضمن قرارات تخرج عما يتضمنه شرط التحكيم⁽⁴⁾ .

(1) د. حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ط1، 2004م، ص201.

(2) د. خالد محمد القاضي ، النظام القانوني لمشاركات التحكيم في ضوء أحكام القانون الدولي العام، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مرجع سابق ، ص90.

(3) د. ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص46.

(4) د. نوري محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص34-35.

بعد ذلك تم التوقيع على اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها. وقد نصت المادة (2/1) من هذه الاتفاقية على أنه:

1. تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب ، الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة، أو التي تنشأ بينهم ، بشأن موضوع روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية (الفعل الضار أو الإثراء بلا سبب) المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.
2. يقصد (باتفاق مكتوب) شرط التحكيم في عقد أو اتفاق ، الموقع عليه من الأطراف ، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات.
3. على محكمة الدولة المتعاقدة ، التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف- بالمعنى الوارد في المادة- أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق⁽¹⁾.

قد لاحظ بعض الشراح أن اتفاقية نيويورك لعام 1958م، تهدف إلى تفعيل التحكيم في مجال التجارة الدولية ، وعلى الرغم من ذلك، إلا أنها لم تشترط في موضوع النزاع أن يكون تجارياً، ثم أن البعض- انجلترا- لا تعرف التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري، وقد أضافت المادة(3/1) التحفظ الذي يجيز لكل دولة متعاقدة أن تشترط لسريان أحكام الاتفاقية على أراضيها، أن يكون النزاع الذي صدر قرار التحكيم بمناسبة يتعلق بعمل يعتبر تجارياً وفقاً لقانونها الوطني، كما أنه لا يشترط لسريان الاتفاقية أن يكون النزاع دولياً ، أي يتعلق بمسائل ذات طابع دولي⁽²⁾.

ويرى البعض ، أنه إذا كان موضوع شرط التحكيم يشترط فيه الطابع المدني أو التجاري، فإن ذلك لا يشكل مخالفة للنظام العام الدولي، وإذا كان هذا الشرط على سبيل الفرض يتعلق بالنظام العام فإنه لا يشكل مخالفة للنظام العام الدولي⁽³⁾.

(1) الاتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، المادة (2/1) .

(2) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص36-46.

(3) د. أشرف الرفاعي ، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص147.

الاتفاقية الأوروبية⁽¹⁾ أخذت بالقواعد والتوضيحات ، التي تضمنتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958م، وبخصوص اتفاق التحكيم ، قد أكدت في المادة(2/6) ، على أن أهلية الأطراف يتم تقديرها طبقاً للقانون الشخصي ، وفيما يتعلق بوجود وصحة اتفاق التحكيم، فإن الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961م، قد أخضعتة لثلاثة نصوص اختيارية هي:

1. إما قانون استقلال الإدارة، أو
2. عند عدم وجوده، فإنه ينطبق قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، أو
3. إذا لم يكن معروفاً المكان الذي سيصدر فيه الحكم ، فإن القانون المختص طبقاً لقواعد تنازع القوانين ، هو قانون المحكمة المختصة بنظر النزاع. وعلى الرغم من أن الأمر يتعلق بمشكلة المنازعة في اختصاص المحكمة، فإن الاتفاقية قد أعطت المحكمة سلطة الفصل في مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم(م3/5).

فشرط التحكيم في مسائل التحكيم الدولي ، يظل صحيحاً ، وأن تعلق الأمر بطلب الحكم ببطلان العقد الأصلي⁽²⁾.

وقد التزمت المحاكم السودانية منذ أمد بعيد بتطبيق شرط التحكيم الذي يرد في العقود الدولية⁽³⁾ ، وإن أول ما تنظر إليه المحكمة المنوط بها التصديق على حكم المحكمين أو إبطاله هو شرط التحكيم ، لتتحقق من وجوده وأنه نص صريح لا لبس فيه أو غموض⁽⁴⁾ . وقد قضت محكمة التمييز بدبي بعدم الاعتراف بشرط التحكيم الوارد في سند شحن غير مقروء ومطبوع بخط دقيق يعجز الشخص العادي عن قراءته⁽⁵⁾ .

(1) تم توقيعها في جنيف في 31 ابريل 1961م ، ودخلت حيز التنفيذ في فبراير 1962م.

(2) د. حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم، مرجع سابق ، ص33.

(3) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1966م ، ص7.

(4) مجلة القضاء والتشريع الإماراتية ، العدد الثالث ، ص 525.

(5) مجلة القضاء والتشريع الإماراتية ، العدد الأول ، ص 185.

والملاحظ أن اتفاق التحكيم، سواء أكان تحكيم ، أو مشاركة تحكيم ، فإنه يستند في صحته إلى نص المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961م، التي نصت على أن نطاق تطبيقها يتضمن اتفاقيات التحكيم المعقودة لحسم المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ عن عمليات التجارة الدولية، التي يكون بين أشخاص طبيعية أو معنوية، إذا كان لكل منهم وقت إبرام الاتفاق محل إقامة معتاد أو مركز للأعمال في دولة مختلفة، وهذه الاتفاقية تقتصر في نطاق تطبيقها على العمليات التجارية، ولا تطبق على أحكام التحكيم الصادرة في مسائل مدنية، بخلاف اتفاقية نيويورك لعام 1985م⁽¹⁾.

الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987م، قد اعترفت بصحة اتفاق التحكيم بصورتيه : شرط تحكيم، ومشاركة التحكيم، والمادة (1/3) أساس مشروعية هاتين الصورتين من اتفاق التحكيم، وقد نصت على أنه: (يتم الخضوع للتحكيم بإحدى طريقتين: الأولى: بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة، باتفاق لاحق على نشوء النزاع)مشاركة التحكيم⁽²⁾.

قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، تناول شرط التحكيم بصيغة عامة من خلال التعريف بالتحكيم الوارد فيه: (يقصد به كل إتفاق يتعهد فيه الأطراف بعرض منازعاتهم للفصل فيها عن طريق التحكيم ، أو كل إتفاق لاحق لإحالة النزاع القائم للتحكيم⁽³⁾)، فمثل هذا النص لا يستفاد منه إلا بمجرد قبول الأطراف لنظام التحكيم لتسوية المنازعات الناجمة عن عقد الاستثمار. ولا يمكن من الناحية العملية تطبيق هذا النص إلا بإبرام اتفاق لاحق له يحدد موضوع النزاع، وكيفية تشكيل المحكمة والإجراءات التي تتبع في ذلك.

هذا وقد عالج قانون التحكيم المصري شرط التحكيم بصورة واضحة: (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة

(1) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 51.

(2) د. عادل محمد خير، نفاذ وحجية أحكام المحكمين، مرجع سابق ، ص 26.

(3) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م، المادة (4).

الأولى من المادة (30) من هذا القانون⁽¹⁾، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً⁽²⁾.

وجاء في قضاء المحكمة العليا السودانية: (شرط التحكيم في اتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم ، هو طريق استثنائي لفض الخصومات وقوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وهو مقصور حتماً على إرادة المحتكمين إحالة النزاع إلى لجنة التحكيم وقد تم ذلك بناء على رغبة طرفي الخصوم⁽³⁾).

ومما سبق أن شرط التحكيم لم يعد مجرد وعد بإبرام مشاركة التحكيم، في حالة حدوث النزاع في المستقبل ، فشرط التحكيم أصبح عقداً تاماً مستقلاً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ، فوجوده يكفي لرفع الدعوى أمام هيئة التحكيم، فإذا جاء مستوفياً وأوصل الأطراف إلى هيئة التحكيم فهو في هذه الحالة يكون كاف لقيام التحكيم وإتمامه ، وإن قصرت صياغته عن إيجاد هذه الهيئة ، فيمكن للأطراف اللجوء إلى أحد خيارين ، وذلك إما بصياغة مشاركة للتحكيم تحدد الهيئة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق وكلما يلزم عملية التحكيم، وإما بلجوء أحد الأطراف للمحكمة المختصة متمسكاً بالاتفاق على التحكيم وطالباً منها إتمام تشكيل هيئة التحكيم.

المطلب الثاني

(1) تنص المادة(1/30): (يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على اسمه وعنوانه، واسم المدعى عليه، وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر).

(2) قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994م، المادة (2/10).

(3) مجلة التحكيم ، منشورات الحلبي ، بيروت ، العدد5 ، 2010م ، ص 287 ، المحكمة العليا السودانية، الدائرة المدنية ، الطعن رقم 2004/1336م.

مشاركة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يقصد بمشاركة التحكيم Arbitration Clause اتفاق خاص يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع، وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين، ومكان وإجراءات التحكيم، وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون.

لم يعرف قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م، مشاركة التحكيم وإنما عبر عن معناها في المادة (21) بقوله: (يجوز لهيئة التحكيم إتباع الإجراءات التي يتفق عليها الأطراف، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق للهيئة أن تتبع الإجراءات التي تراها مناسبة....). كذلك لم يعرفها قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، وذكرها ضمناً بقوله: (... كما يجوز اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت دعوى بشأنه أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم، وإلا كان باطلاً).

والمشاركة بهذا المعنى تختلف عن شرط التحكيم، فإن كان الأخير يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع، ويأتي في أغلب الأحيان كبند من بنود العقد، يقتصر دوره على تقرير مبدأ اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد كلها أو بعضها. فإن المشاركة يتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع وفي اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، كما أنها لا تقتصر فقط على تقرير اللجوء إلى التحكيم في شأن نزاع معين، وإنما تتضمن فوق ذلك تنظيم كلما يتعلق بالتحكيم، كتشكيل هيئة التحكيم، ورسم حدود ولايتها، واختيار الإجراءات التي تتبعها، وتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع⁽¹⁾.

وقد تعقد مشاركة التحكيم تنفيذاً لشرط تحكيم سبق الاتفاق عليه قبل قيام النزاع، وفي هذه الحالة تكون وظيفة مشاركة التحكيم أو وثيقة التحكيم كما يروى للبعض تسميتها⁽¹⁾، استكمال العناصر اللازمة لأعمال هذا التحكيم الذي سبق تقريره، كاختيار هيئة التحكيم، وتعيين النزاع الذي يطرح عليها، وغير ذلك من

(1) د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية منازعاتها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2004م، ص 309.

(1) د. مصطفى محمد جمال، ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 357.

المسائل المتعلقة بالإجراءات أو القواعد الموضوعية التي تتخذ أساساً لحكم التحكيم، وقد تعد مشاركة التحكيم لتقرير الالتجاء إلى التحكيم دون أن يكون هناك شرطاً تحكيمياً متفقاً عليه في العقد الناشئ عنه النزاع⁽²⁾.

وإذا كانت مشاركة التحكيم يمكن أن تبرم تنفيذاً لعقد سابق ، أو تبرم بدون أن يكون هناك شرطاً تحكيمياً، إلا أنه من الملاحظ أن مشاركة التحكيم لا يتم اللجوء إليها إلا إذا خلا العقد الذي تم إبرامه بين الأطراف من شرط التحكيم، فإذا وجد الأخير يعني عادة عن تحرير تلك المشاركة، وهذا ما عبر عنه القضاء الفرنسي في الحكم الذي أصدرته محكمة الاستئناف بباريس في 8 يونيو 1972م⁽³⁾.

ويثار التساؤل عما إذا كان من الممكن إبرام مشاركة تحكيم بشأن نزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية؟

في قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، لم نجد نصاً يجيب على هذا التساؤل ، وذلك بخلاف ما جرى عليه العمل في سابقه الذي تطرقنا إليه في غير هذا الموضوع⁽⁴⁾ ، غير أن قانون التحكيم المصري ، أجابت عليه بالإيجاب بقولها: (... كما يجوز اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم، وإلا كان باطلاً⁽⁵⁾).

وبديهي أن إجازة إبرام مشاركة التحكيم ولو كان النزاع قد رفعت به دعوى قضائية ، مبني على أن النزاع بين الطرفين يظل قائماً رغم رفعه إلى القضاء ، ويظل كذلك إلى أن يتم الفصل فيه بحكم نهائي، لأن مثل هذا الحكم هو وحده الذي يزيل النزاع، وإذا ما زال بحكم نهائي فإنه يمتنع الاتفاق على التحكيم، وعلى ذلك فلا يجوز إبرام مشاركة تحكيم بشأن نزاع تم حسمه أمام القضاء بحكم نهائي ، ومن باب أولى لا يجوز إبرام مشاركة تحكيم بشأن نزاع صدر فيه حكم تحكيم

(2) د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، مرجع سابق ، ص 311.

(3) مشار إليها عند د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كوسيلة.....، مرجع سابق ، ص 37.

(4) تم التطرق إليه في الباب الأول الفصل الأول ماهية التحكيم وتطوره التاريخي.

(5) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، المادة(2/10).

بناءً على مشاركة تحكيم سابقه للسبب نفسه، لانتهاء سبب الاتفاق على التحكيم، وبناء على ذلك فقد انتهى القضاء الايطالي إلى بطلان الاتفاق على التحكيم بشأن ما ينشأ من منازعات بين الطرفين على تحكيم تم إجراؤه بينهما⁽¹⁾.

أما إذا اتفق الأطراف على التحكيم ، بعد أن قطعت الدعوى شوطاً بعيداً أمام القضاء، وصدرت بشأنها أحكام ، كما لو أن المحكمة قد حسمت مبدأ المسؤولية ولم يبق أمامها سوى تقدير التعويض المترتب عليها، أو تكون حسمت الطلب الأصلي ولم يبق إلا حسم الطلب المقابل. إن تلك الأحكام تبقى متمتعة بحجيتها، ما لم يكن الأطراف قد تنازلا عنها عند اتفاقهما على التحكيم، ومن الواضح أن هذا الحكم يتعلق بالأحكام الصادرة في الموضوع ، أما تلك الصادرة في الإثبات ، فإنها لا تلزم هيئة التحكيم⁽²⁾.

هذا وقد اشترط المشرع في حالة إبرام مشاركة التحكيم ضرورة تحديد المسائل التي تشملها المشاركة في بيان الدعوى، وإلا كان التحكيم باطلاً. وهذا ما أكدته المحكمة العليا السودانية في أحد أحكامها⁽³⁾ ، وكذلك محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 29/1/2003م⁽⁴⁾.

وإذا لم يتم تحديد المسائل التي يشملها التحكيم في مشاركة التحكيم، فإنه يترتب على ذلك بطلان المشاركة لعدم تحديد تلك المسائل ، فإن ذلك لا يمنع من تحديدها في اتفاق لاحق ينضم للمشاركة وينتج أثره وهو تصحيح المشاركة، لإزالة ما لحق بها من أسباب البطلان .

ومن الناحية العملية فقد اتضح أن الاتفاق على التحكيم ، لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات غالباً ما تتخذ شرط التحكيم بنص وارد في عقد الاستثمار ذاته، ومن النادر أن يتم في منازعات الاستثمار إبرام مشاركة تحكيم

(1) د. محمد محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001م، ص126.

(2) د. مصطفى محمد جمال، ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص36.

(3) مجلة الأحكام القضائية السودانية ، لسنة 1993م ، ص 268.

(4) القضية رقم (119/25ق) تحكيم تجاري، الدائرة91، جلسة 29/1/2003م، مجلة التحكيم التجاري العربي، العدد السابع، يوليو2004م، ص181، مشار إليه لدى : د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم.....، مرجع سابق/ ص113.

قبل حدوث النزاع ، ذلك لأن الاتفاق على شرط التحكيم قبل وقوع النزاع هو الأكثر يسراً وسهولةً من الاتفاق على مشاركة التحكيم قبل نشوء النزاع، وقد أصبح شرط التحكيم القاعدة في ميدان التجارة الدولية.

ومما تقدم ذكره أن شرط التحكيم هو الأكثر انتشاراً في ميدان التجارة الدولية، وأن عقود الاستثمار غالباً ما تتضمن داخل بنودها أو في عقد منفصل شرطاً بالتحكيم لتسوية المنازعات التي تثور عند تنفيذ العقد، وذلك لما له من قوة إلزامية لأطرافه، ولما يتميز به من استقلالية سواء كان مستقلاً بذاته ، أو كان ضمن نصوص العقد، والذي يضمن للمستثمر سرعة تحريك الدعوى أمام جهة التحكيم التي تتولى العملية التحكيمية.

غير أن مشاركة التحكيم التي تتطلب أن تتضمن كثير من التفاصيل اللازمة لإجراء العملية التحكيمية، التي يختلف فيها الأطراف في وجهات النظر من حيث تحديد المسائل المختلف عليها ، أو تحديد جهة أو هيئة التحكيم، أو القانون المطبق على المنازعة ، من الأفضل للأطراف أن يتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع .

المطلب الثالث

القانون واجب التطبيق في منازعات عقود الإستثمار

تلتزم هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع بالنزول على إرادة الأطراف وأعمال القواعد التي إرتضوا إخضاع علاقتهم لها ، وإذا أهمل الأطراف ذلك تولت الهيئة نفسها تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على الموضوع.

ويجوز للأطراف تحرير هيئة التحكيم كلياً من التقيّد بأي نصوص أو أنظمة قانونية ، ومن ثم إطلاق حريتها في الفصل في موضوع النزاع وفقاً لما تراه محققاً للعدالة والإنصاف. ويخضع تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع للقواعد التالية (1):

أولاً: تطبيق قانون إرادة الأطراف:

يعد مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة ، من المبادئ المستقرة في إطار القانون الخاص ، وهو مبدأ تقرّه التشريعات الوطنية للعديد من الدول ، وأحكام القضاء الوطني ، والتحكيّمات الدولية وأيضاً تنص عليه المعاهدات الدولية المتصلة على نحو مباشر أو غير مباشر بالعلاقات التعاقدية (2).

وتطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف ، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة إتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك (3).

وتلتزم المحكمة في تطبيقها للقانون الذي إختارته إرادة الأطراف بتطبيق الفرع الذي يتسق مع موضوع النزاع ووقائعه من بين فروع القانون الواجب التطبيق ، وهو ما قرّره محكمة النقض المصرية بقولها: (وكان من المقرر وعلى ما تقضي به المادة (39) من ذات القانون - قانون التحكيم المصري - أنه متى إتفق المحتكمان على الموضوع محل النزاع ، تعيّن على هيئة التحكيم أن تطبق عليه القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصلاً بالنزاع ، وعلى هدي من ذلك فإذا اتفق المحتكمان على تطبيق القانون المصري تعيّن على تلك الهيئة أن تطبق فرع القانون الأكثر إنطباقاً على موضوع التحكيم (1).

وقد أخذت معظم الاتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة بقاعدة قانون الإرادة . فقد نصت اتفاقية لاهاي لعام 1955م والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المنقولات المادية ذات الصفة الدولية على: (يخضع

(1) أ. د. محمود أحمد مختار بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 129.

(2) أ. د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 484.

(3) أ. د. أحمد شرف الدين ، المرشد إلى قواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 50.

(1) محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم 86 لسنة 70 ق ، جلسة 26 نوفمبر 2002م.

البيع للقانون الوطني الذي عينه طرفا العقد⁽²⁾. وقد أكدت اتفاقية روما لعام 1980م ، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، أن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق تتم عبر آلية الإختيار الإرادي المطلق للأطراف، إذ تنص بالقول: (يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف⁽³⁾).

وفي إطار القواعد المنظمة للتحكيم ، لا تخلو لائحة من لوائح هيئات التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية متعلقة بالتحكيم ، من النص على تطبيق القانون الذي يتفق الأطراف عليه ، بشأن موضوع النزاع الذي يتم تسويته بالتحكيم. فقد تبنت إتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مبدأ حرية الإرادة باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق ، ويقتصر دور الاتفاقية على سن بعض القواعد التي تسهم في تحديد القانون الواجب التطبيق عند فشل الأطراف في الاتفاق على هذا التحديد ، فالإتفاقية تعطي الأطراف سلطة تحديد القواعد القانونية التي تطبق على الفصل في النزاع: (المحكمة تفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف ...⁽⁴⁾).

كما أخذت أيضاً معاهدة عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987م ، حيث نصت على أن: (تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان ...⁽⁵⁾).

كذلك تنص قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أن : (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان⁽¹⁾). كما أخذت بقاعدة قانون الإرادة معاهدة جنيف بشأن التحكيم التجاري الدولي ، حيث نصت : (يتمتع الأطراف بموجب الاتفاقية بحرية تحديد القانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع النزاع⁽²⁾).

(2) اتفاقية لاهاي لسنة 1955م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المنقولات ، المادة (1/2).

(3) إتفاقية لروما لسنة 1980م بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، المادة (1/3).

(4) إتفاقية واشنطن لسنة 1965م ، المادة (1/42).

(5) معاهدة عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987م ، المادة (1/21).

(1) قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، المادة (1/33).

(2) معاهدة جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961م ، المادة (1/7).

وبذلك أخذت أيضاً قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية المعدلة والسارية منذ الأول من يناير 1998م بالقول: (للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على المحكم تطبيقها على موضوع النزاع⁽³⁾).

ويجدر بنا أن نتعرف على موقف بعض الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم:

1- إتفاقية نيويورك لعام 1958م:

اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها تصدت لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، التي جاء فيها: (لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا قدم الخصم المتمسك ضده بالحكم على أن إتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضع الأطراف للاتفاق له أو عند عدم النص على ذلك ، طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم⁽⁴⁾).

من خلال النص يظهر أن إتفاقية نيويورك قد حددت القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، بقاعدة إسناد أصلية ، وهي تطبيق قانون الإرادة، وهو القانون الذي تخضع له مسائل العقود ذات الطابع الدولي ، وقاعدة إسناد إحتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا عند تخلف الإرادة ، وهي تطبيق قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم ، وبذلك تكون الاتفاقية قد أوجدت حلاً في حالة عدم اختيار الأطراف الصريح للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

2- إتفاقية جنيف 1961م:

هذه الاتفاقية أوجدت حلاً لمسألة القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم: (تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليهم وفي المسائل الأخرى: (أ) وفقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف إتفاق التحكيم.

(3) قواعد غرفة التجارة الدولية ، تعديل 1998م ، المادة (1/17).

(4) معاهدة جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961م ، المادة (1/5).

(1) د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة،

1984م ، ص 218.

(ب) وفي حالة عدم اتفاق الأطراف ، وفقاً لقانون البلد الذي يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم.

(ج) وفي حالة عدم اتفاق الأطراف ، وكان من غير الممكن معرفة البلد المحتمل أن يصدر فيه حكم التحكيم في اللحظة التي يكون فيها الأمر معروضاً على المحكمة القضائية تفصل المحكمة وفقاً للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولتها⁽²⁾.

ويتضح من خلال النص أن الاتفاقية المذكورة ، قد سلكت نفس الحلول التي أخذت بها اتفاقية نيويورك السابق ذكرها ، وقد واجهت هذه الاتفاقية الفرض الذي تثار فيه مشكلة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني ، وقبل صدور حكم التحكيم ، فقد فرقت بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان من الممكن توقع البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم ، ففي هذه الحالة يطبق قانون هذا البلد على اتفاق التحكيم.

الحالة الثانية: إذا لم يكن من الممكن معرفة البلد المحتمل صدور حكم التحكيم فيه ، ففي هذه الحالة يطبق قانون البلد الذي تعينه قواعد تنازع القوانين في المحكمة المعروض عليها النزاع⁽³⁾.

على الرغم من ذلك فإن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم تظل قائمة ، وذلك حينما تثار هذه المسألة أمام محكمة التحكيم ، وقبل صدور حكم التحكيم ، ويكون من غير الممكن معرفة البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم ، فهنا فإن الحل والذي قرره الاتفاقية بالنسبة للقاضي الوطني، من الصعب تطبيقه بالنسبة للمحكم ، وذلك لأن المحكم ليس لديه قانون اختصاص أو قواعد اسناد يمكنه أن يلجأ إليها ، كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني ، وهنا فإن التساؤل يثور عما هو الحل الواجب الاتباع في هذه المسألة.

بعض الشراح⁽¹⁾ ذهب إلى أن حلّ هذه المسألة هو السماح للمحكم في اللجوء إلى قاعدة التنازع والتي هي في نظره مناسبة ، بمعنى أن يتم تحديد القانون

(2) اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961م ، المادة (2/6).

(3) د. غسان علي ، دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 323.

الواجب التطبيق مباشرة ، وبدون اللجوء إلى أية قاعدة تنازع قوانين في دولة بعينها.

والبعض الآخر (2) ، ذهب إلى أن الحل الذي يجب إتباعه في هذه المسألة، هو أن يتم إخضاع إتفاق التحكيم لقانون الدولة مكان التحكيم ، على أن يكون هذا المكان محددًا في اتفاق التحكيم ، وإلا فإنه من المتعين اللجوء إلى القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم موضوع النزاع.

3- إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965م (3):

عالجت اتفاقية واشنطن وبصورة مباشرة مسألة القانون الواجب التطبيق، حيث جاء فيها:

(أ) تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة ، فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

(ب) ليس للمحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها على أساس سكوت أو غموض القانون.

(ج) لا تمس نصوص الفقرات (أ ، ب) قدرة المحكمة على الفصل بالعدل والإنصاف ، وهذا في حالة موافقة الطرفين.

فمن خلال النص يتضح أن الاتفاقية ، أخذت بمبدأ سلطان الإرادة ، لإعتبره المبدأ الأساسي الذي يحكم القانون الذي تطبقه محكمة التحكيم. فأجازت الاتفاقية للأطراف حرية اختيار نظام قانوني متكامل ، لكي يتم تطبيقه على التحكيم ، أو باشتراكهم تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية ، فمثلاً يمكن للأطراف ، إختيار نظام قانوني لأي من الطرفين أو كليهما ، وأيضاً حتى قانون دولة ثالثة ، إضافة إلى ذلك ، فإنه يمكن للأطراف حسم منازعاتهم وفقاً للمبادئ العامة للقانون ، أو بعض القواعد المنتمية لأي نظام قانوني معين.

(1) د. كمال إبراهيم ، التحكيم التجاري الدولي ، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 122.

(2) د. سراج حسين أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 247.

(3) اتفاقية واشنطن لسنة 1965م ، المادة (42).

كما أن الإتفاقية وفي حالة غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف لتعيين القانون الواجب التطبيق وبموجب نص المادة (1/42) فإنها تلزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار ، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين ، وإما قواعد ومبادئ القانون الدولي ، المتصلة بموضوع النزاع (1) .

والأمر نفسه في معظم التشريعات الوطنية ، فقد أخذت بمبدأ سلطان الإرادة في القانون الواجب التطبيق في المنازعات المثارة بين أطراف العقد ، مما يدل على أن ذلك يمثل إتجاهاً عاماً ، حيث جاء في قانون التحكيم السوداني: (يجب على هيئة التحكيم أن تطبق القواعد التي اتفق عليها الطرفان.. (2))، وبنص مشابه أشار قانون التحكيم اليمني بالقول: (على لجنة التحكيم أن تفصل في النزاع استناداً إلى القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان.. (3)) ، وعلى ذات المنوال جاء قانون التحكيم المصري أن: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان.. (4)) .

وخلاصة القول أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، يخضع لمبدأ سلطان الإرادة ، الذي أجمع عليه الفقه والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم ، كما أخذت به مراكز التحكيم الدائمة وكذلك التشريعات الوطنية .

وإذا كان الأطراف هم الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم بدلاً من قضاء الدولة ، وكذلك هم الذين قاموا باختيار هيئة التحكيم ، وحددوا لها القواعد الإجرائية الواجب عليها إتباعها في سير إجراءات التحكيم . وعلى ذلك يحق لهم الاتفاق على القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع ، وليس للمحكم سوى احترام اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ، ولا يحق له تقدير الأساس الذي تم بموجبه اختيار ذلك القانون من قبل الأطراف .

ثانياً: تحديد القانون بواسطة هيئة التحكيم:

(1) اتفاقية واشنطن لسنة 1965م ، المادة (1/42) .

(2) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (30) .

(3) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م ، المادة (45) .

(4) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (2/39) .

إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع ، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي ترى أنها الأكثر إتصالاً بموضوع النزاع⁽¹⁾. قد يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم ، أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع أو أية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى . على أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الاختيار ، فقد يطلب منها المشرع اختيار القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع.

قانون التحكيم السوداني نص على أن : (يجب على هيئة التحكيم أن تطبق القواعد التي اتفق عليها الطرفان وإذا لم يتفقا طبقت القواعد الموضوعية في القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع). فإن كان النزاع حول تنفيذ التزام في عقد معين ، فالقانون الأكثر إتصالاً بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ هذا الالتزام أو التي اتفق الأطراف على تنفيذه فيها⁽²⁾.

وإذا اختارت هيئة التحكيم قانوناً معيناً لتطبيقه ، فليس لها أن تختار بعض قواعده دون البعض الآخر ، فهي لا تختار قواعد قانونية تراها مناسبة في قانون معين وإنما تختار القانون بجميع قواعده المنطبقة على النزاع⁽³⁾.

أياً كان القانون الواجب التطبيق فإن على هيئة التحكيم مراعاة شروط العقد محل النزاع ، فالعقد هو الذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف ، كذلك يجب مراعاة الأعراف الجارية في مجال المعاملة محل التحكيم ، تلتزم هيئة التحكيم بمراعاة ذلك ، سواء كانت تطبق قواعد قانونية إختارها الأطراف أو قانوناً أرتأت تطبيقه . فمثلاً إذا كان النزاع يتعلق بتجارة الجلود ، فيجب على هيئة التحكيم أن تراعى ما جرى عليه العرف بالنسبة لدفع الثمن وتقدير نوع الجلود ودرجة جودتها ، وكيفية فرزها ، والمسئولية عن عملية الدباغة . ويراعى عند تطبيق ما يجري عليه العرف باعتباره مصدراً من مصادر القانون، يأتي بعد التشريع ، وبعد ما يتفق عليه الأطراف من قواعد قانونية ، فإذا تعارض العرف مع ما نص تشريعي واجب

(1) محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم 86 لسنة 70 ق جلسة 2002/11/26م.

(2) أ. د. محمد مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 134.

(3) د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 423 .

التطبيق ، أو مع قاعدة قانونية إتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع ، فإن هيئة التحكيم تلغي أي إعتبار لما يجري عليه العرف ، إلا بوصفه مكملاً لنصوص التشريع أو الإتفاق⁽¹⁾.

هذا مع مراعاة أنه إذا إتفق على تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالتجارة في القانون السوداني ، أو اختارتها هيئة التحكيم لتطبيقها على موضوع النزاع ، فإن أولوية التطبيق تكون لاحكام الإتفاق بين الطرفين ، ثم لنصوص قواعد التجارة السودانية ، ثم لقواعد العرف التجاري.

خلاصة القول أنه إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع ، فإن هيئة التحكيم تلتزم في الفصل في موضوع النزاع بناءً على ما اتفق عليه أطراف الخصومة من قواعد قانونية ، ثم ما تخيرته من قواعد قانونية ترى أنها الأكثر صلة وإرتباطاً بموضوع النزاع وذلك في حالة عدم وجود إتفاق ، وأخيراً بموجب قواعد العرف المعمول به في مجال المعاملة محل التحكيم.

الفصل الثاني

حكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

(1) د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 423.

المبحث الأول: مطلوبات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار
المبحث الثاني: صياغة الحكم وإصداره
المبحث الثالث: تنفيذ حكم التحكيم
المبحث الرابع: حكم التحكيم الصادر وفقاً لاتفاقية المركز الدولي لتسوية
منازعات عقود الاستثمار

مطلوبات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

بعد أن يوجد الاتفاق على شرط التحكيم ، أو مشاركة التحكيم في عقود الاستثمار ، بين الأطراف في عقد الاستثمار ، وذلك بهدف تسوية المنازعات التي من المحتمل أن تنشأ عند تنفيذ بنود العقد محل الإتفاق ، فإن هناك متطلبات تقتضيها العملية التحكيمية منذ بدايتها حتى صدور حكم التحكيم ، تتمثل في تعيين هيئة التحكيم ، وإجراءات التحكيم ، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. هذه النقاط سوف نورد لها هذا المبحث كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

تشكيل هيئة التحكيم

عند الإتفاق على التحكيم يفترض أن تكون هناك هيئة يعرض عليها النزاع لتقوم بالفصل فيه ، والاتفاق على اختيار هيئة التحكيم كأصل عام يقوم على مبدأ الرضائية ، إذ يتم باتفاق أطراف الخصومة ، ولكن في حالة عدم إتفاقهما لا يعني ذلك بطلان إتفاق التحكيم ، لأن القانون أوضح الكيفية التي يتم بها تشكيل الهيئة ، كذلك يلزم قبول أعضاء هيئة التحكيم لمهمة التحكيم ، كما يجب أن تتوفر فيهم شروط معينة (1).

أولاً: كيفية اختيار هيئة التحكيم:

لقد سبق أن تعرضنا إلى الكيفية التي يتم بها تشكيل هيئة التحكيم ، إلا ما نود أن نؤكد ، أن نظام التحكيم يتأسس على مبدأ الرضائية ، الذي يمنح الأطراف الحق الأصيل في إختيار المُحكِّمين ، سواء قاموا هم ، أي الأطراف بتسمية هيئة التحكيم بصورة مباشرة ، أو بالإحالة إلى القواعد الإجرائية الخاصة ببعض محاكم التحكيم، كأن يقوم الأطراف مثلاً بالإحالة إلى قواعد إجراءات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ، أو إلى الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980م ، وفي هذه الحالة تخضع محكمة التحكيم في تشكيلها وتنظيمها للقواعد القانونية التي تمت الإحالة إليها.

وعند الاتفاق لاختيار هيئة التحكيم هناك قواعد يتعين مراعاتها ، نذكر منها ما يلي:

(1) أن يكون عدد المحكمين فردياً:

تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر من محكم ، فإذا إتفق الأطراف على محكمين متعددين ، فيشترط أن يكون عددهم وترّاً. وهو ما نص عليه قانون التحكيم السوداني: (.... من محكم واحد أو أي عدد فردي من المحكمين ، وإذا لم يتم الإتفاق على عدد المحكمين ، يكون عددهم ثلاثة⁽¹⁾) أما قانون التحكيم اليمني جاء متفقاً مع ما نص عليه القانون السوداني ، حيث جاء فيه: (يجوز لطرفي

(1) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، مرجع سابق ، ص 396.

(1) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (12).

التحكيم الاتفاق على عدد المحكمين ، وإذا لم يتفقا كان عدد المحكمين ثلاثة⁽²⁾ .
أما قانون التحكيم المصري جاء فيه: (إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم
وتراً⁽³⁾).

خلاصة القول أن معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قضت بأن
تكون هيئة التحكيم مشكّلة من عدد فردي ، وجزء الإخلال بشرط أن يكون العدد
وتراً هو البطلان. كما أن إتفاق الطرفين في إتفاق التحكيم على عدد زوجي لا
يؤدي بذاته إلى بطلان الاتفاق ، فيبقى الاتفاق على التحكيم صحيحاً ، ويجوز
للطرفين أن يتفقا على استكمال العدد لكي يصبح عدداً وتراً.

(2) إختيار هيئة التحكيم بواسطة الطرفين:

كما هو معلوم إن التحكيم هو قضاء رضائي ، يتم بالإتفاق عليه بين
الأطراف ، إذ أنهم يقومون باختيار الجهة التي تتولى الفصل في النزاع القائم بينهم
، واختيار الطرفين للمحكمين قد يتم في اتفاق التحكيم ذاته ، وقد يتم في اتفاق
لاحق⁽¹⁾. وتأخذ كثير من التشريعات الوطنية المقارنة ، وكذلك الاتفاقيات الدولية
، بصيغة متواترة ، مقتضاها أن يجري تشكيل هيئة التحكيم من محكمين اثنين
يقوم كل من طرفي النزاع بتعيين أحدهما ، ويقوم هذان المحكمان باختيار الثالث
بالاتفاق بينهما ، وبالمثل يمكن للطرفين الإتفاق على تخويل شخص معين أو
بصفته اختيار المحكم أو المحكمين⁽²⁾.

ومن إستقراء قانون التحكيم السوداني ، فقد أشار ، إلى أن الأصل هو
توافق إرادة الطرفين على تشكيل هيئة التحكيم ، وذلك بنصها على أن : (تشكل
هيئة التحكيم باتفاق الطرفين ..) ، وذلك يؤكد القانون بقوله: (في حالة التحكيم
بأكثر من محكم ، يقوم كل من الطرفين بإختيار عدد مماثل من المحكمين..⁽³⁾)

(2) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م المادة (21).

(3) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م المادة (15).

(1) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة ، مرجع سابق ،
ص 579 ، بند 400 ، د. فتحي والي ، قانون التحكيم النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،
ط1 ، 2007 ، ص 204 ، بند 102.

(2) أ. د. أحمد شرف الدين ، المرشد إلى قواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 31.

(3) قانون التحكيم السوداني رقم (15) المواد (12 ، 14/1).

أما قانون التحكيم اليمني فقد جاء متوافقاً مع ما نص عليه سابقه: (يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على عدد المحكمين ..) ، ثم أكد اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين: (إذا كان لا بدَّ من اختيار لجنة التحكيم من محكمين اثنين ، يقوم كل طرف بإختيار محكماً عنه⁽⁴⁾). وعلى ذات النهج سار قانون التحكيم المصري بنصه: (تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين ...) ، (لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين⁽⁵⁾).

ومما سبق يتضح أن اختيار هيئة التحكيم حق أصيل لأطراف النزاع وقد يقومون باختيار المحكمين بصورة مباشرة كما في التحكيم الحر ، أو أن يعهدا إلى إحدى الهيئات الدائمة وبرضاها أيضاً أن تتولى ذلك إنابة عنهم. أما في حالة فشلها ، أو أي منهما في إختيار محكمة ، أو اختلافاً في تسمية المحكم المرجح فلا يكون ذلك سبباً في بطلان إتفاق التحكيم وإنما ينتقل ذلك إلى المحكمة المختصة بناءً على طلب أحد الأطراف.

(3) إختيار المحكمين بواسطة المحكمة:

إذا كان المشرع قد ترك للطرفين الحرية الكاملة في اختيار هيئة التحكيم، فإنه لم يجعل عدم إتفاقهما على الاختيار بذاته مانعاً من إتمام التحكيم، إذ قرر في هذه الحالة إحلال المحكمة محلها في الاختيار⁽¹⁾. والمحكمة التي تقوم بتعيين هيئة التحكيم أو أحد المحكمين في هذه الحالة ، هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في حالة لم يكن هناك اتفاق على التحكيم بين الأطراف ، والأحكام الصادرة بتعيين هيئة التحكيم ، لا يقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية⁽²⁾.

(4) قانون التحكيم اليمني ، رقم (22) لسنة 1992م ، المواد (21 ، 22/ب).

(5) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المواد (1/15 ، 1/17).

(1) أ. د. أحمد شرف الدين ، المرشد إلى قواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 32.

(2) محكمة الكويت ، طعن تمييز رقم 171 لسنة 1985م ، تجاري.

كما أن أنظمة مراكز التحكيم الدولية تتولى مهمة تعيين محكم الطرف الذي يتراخى في تسمية محكمة ، كما في نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (ICC): (...تقوم مقام طرف من الأطراف تراخى في تعيين محكمه (3)). وذلك ما أوضحه قانون التحكيم السوداني: (... وفي حالة فشلهم يتم اختياره بواسطة المحكمة المختصة ...) ، وجاء في فقرتها الثانية: (... يتم اختياره بواسطة طرفي النزاع أو بالطريقة التي يتفق عليها وإلا قامت المحكمة المختصة بتعيينه.. (4)).

أما قانون التحكيم اليمني فقد نص على : (.....وفي حالة عدم اتفاق المحكمين على المحكم الثالث ، تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناءً على طلب أحد الطرفين.... (5)).

وعلى نحو ما أوضحه التحكيم المصري⁽⁶⁾ (إذا لم يوفق الطرفان في الاختيار تولته المحكمة) ، والمحكمة المختصة في هذا المقام هي المحكمة المشار إليها في المادة (9) من قانون التحكيم المصري ، وهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا كان التحكيم داخلياً ، أما إذا كان التحكيم دولياً فتكون المحكمة المختصة هي محكمة استئناف القاهرة ، سواء أكان التحكيم يجري في مصر أو في الخارج. وقد أجاز القانون إذا كان التحكيم دولياً الاتفاق على جعل الاختصاص لمحكمة استئناف أخرى في مصر ، كمحكمة الإسكندرية مثلاً أو غيرها⁽¹⁾.

ويتضح أنه بعد الاتفاق على شرط التحكيم في العلاقة العقدية بين أطرافها ، واختيار التحكيم طريقاً لتسوية المنازعات التي تثور أثناء تنفيذ العقد، فإنه ليس بإمكان أحد الأطراف أن يتحطل من هذا الاتفاق بإرادته المنفردة عن طريق التراخي والمماطلة في تسمية محكمة ، إذ أن للطرف الآخر أن يتقدم بطلب للمحكمة وهي

(3) نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية ، المادة (6/9) .

(4) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (2/1/14).

(5) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م ، المادة (22/ج).

(6) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (17) .

(1) أ.د. أحمد شرف الدين ، المرشد إلى قواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 35.

التي تتولى تعيين محكم الطرف المتراخي، من أجل تمكين هيئة التحكيم من القيام بمهمتها في فصل النزاع بقرار ينهي الخصومة حتى ولو في غياب الطرف المتراخي.

ثانياً: قبول هيئة التحكيم التكليف:

إن إختيار المحكم ، سواء قام به الأطراف مباشرة ، أو من الغير ، أو تم اختياره بواسطة المحكمين ، أو عن طريق المحكمة ، أو كلف بالمهمة من مركز تحكيم دائم ، فإنه لا يلتزم بالقيام بالتحكيم إلا إذا قبل القيام بهذه المهمة ، فلا يجوز أن يجبر شخص على القيام بالتحكيم رغم إرادته⁽²⁾.

وقد نصت المادة (15) من قانون التحكيم السوداني الموافقة الكتابية عند قبول المحكم بمهمة التحكيم وذلك بقولها: (يشترط أن يكون قبول المحكم لمهمته كتابة⁽³⁾ ،نسبة لأن المحكم يقوم بمهمة شبه قضائية ، ويفصل في النزاع وقراره نهائي وملزم ، فإن ما يقوم به لهو أمر جدي وهام وبالتالي لا بد من موافقته على تولي القيام بهذه المهمة كتابة ، إذ لا يجوز موافقته شفاهة أو ضمناً ، وهذا ما نص عليه هذا القانون وقوانين أخرى ، وكذلك بعض الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم ، أما التحكيم الذي يتم عن طريق مركز التحكيم ، فيكون ذلك حسب قواعد المركز⁽¹⁾.

أما قانون التحكيم اليمني فقد أورد ذلك بالقول (..ويكون قبول المحكم بمهمته كتابياً⁽²⁾). وكذلك نصت المادة (3/16) من قانون التحكيم المصري على أنه: (يجب أن يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ..⁽³⁾).

فقبول المحكم لمهمته شرط ضروري لالتزامه بها ، بل هو يقوم بقضاء خاص لا يتصور أن يجبره أشخاص خاصون على القيام به رغماً عن إرادته⁽⁴⁾.

(2) د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 225.

(3) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (15).

(1) د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، شرح قانون التحكيم لسنة 2005م ، مرجع سابق ، ص 50.

(2) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م ، المادة (20).

(3) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (3/16).

(4) أ.د. أحمد شرف الدين ، المرشد لقواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 38.

ونظراً لكون قبول مهمة التحكيم إختيارياً ، فللمحكّم أن يرفض القيام بتلك المهمة ، ولم تحدد تشريعات القوانين المقارنة أثر رفض المحكّم المعين لمهمة التحكيم ، خلافاً للمشرّع الفرنسي الذي إعتبر أن اتفاق التحكيم يصبح منتهياً ، ورد ذلك في نص المادة (3/443) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن : (إتفاق التحكيم يعتبر منتهياً عندما لا يقبل المحكّم الذي عينه الأطراف ، المهمة المعهود بها إليه⁽⁵⁾).

وبقبول المحكّم لمهمته تبدأ نقطة البداية في مباشرته مهمته ، فيلتزم بالقيام بالتحكيم بكل حرص وحيدة وبمباشرة إجراءات التحكيم حتى نهايتها.

ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في المحكّم:

المحكّم هو أي شخص طبيعي أتفق الأطراف على اللجوء إليه للتحكيم ، وقد عرفه القضاء المصري بأنه : (هو الشخص الطبيعي الذي يتم إختياره وفقاً لإرادة الأطراف أو حكم القانون ، ويشترك في نظر منازعة التحكيم والحكم فيها، بصوت محدود في المداولة ، والتوقيع على الحكم الذي يصدره بهذه الصفة⁽⁶⁾).

المحكّم وقد تم إختياره من قبل الأطراف ليتولى قضاءً خاصاً ، كغيره مثل قضاء الدولة ، يجب أن تتوافر فيه شروط معينة ، تطرقت لها معظم التشريعات الوطنية وقواعد مراكز التحكيم الدائمة ، وسوف نذكر أهمها:

الشرط الأول: الأهلية:

يجب أن تتوافر في المحكّم الأهلية المدنية الكاملة ، الأهلية اللازمة فيه ، هي أهلية التصرف⁽¹⁾. وقد نص قانون التحكيم السوداني بأنه : (لا يجوز أن يكون المحكّم قاصراً ، أو محجوراً عليه ، أو سبق الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف والأمانة⁽²⁾). وكذلك جاء في قانون التحكيم المصري: (لا يجوز أن يكون المحكّم قاصراً ، أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه

(5) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العام ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، مرجع سابق ، ص 581.

(6) القضية رقم 115/71 ق تحكيم تجاري ، الدائرة 91 ، جلسة 2003/10/29م ، إستئناف القاهرة .

(1) طعن كويتي بالتميز رقم (81/66) تجاري - جلسة 1981/12/23م.

(2) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (13).

في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر أفلاسه ما لم يرد إليه إعتباره⁽³⁾. وبالتالي لا يجوز أن يتولى التحكيم قاصر ولو كان مأذوناً له بالإدارة أو محجوراً عليه ، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب جريمة مخلة بالشرف والأمانة.

ويلاحظ أنه لا يشترط في المحكم الأهلية السياسية ، إذ يمكن أن يكون المحكم أجنبياً ، رجلاً أو امرأة ، ولا يلزم أن يكون المحكم رجل قانون أو ذا كفاءة فنية أو مهنية ، ولكن من الأوفق أن يكون من بين أعضائها رجل قانون لضبط إجراءات التحكيم ، وليصدر حكماً مراعيًا الضمانات الأساسية في التقاضي ومحترماً الضوابط التي تلتزم هيئة التحكيم باحترامها.

الشرط الثاني: ألا تكون له مصلحة في النزاع:

يلزم في من يتولى مهمة التحكيم ، أن يكون من البديهي ليس له مصلحة ما في النزاع ، إذ أنه كما تقدم يقوم بوظيفة قضائية.

وترتيباً على ذلك لا يجوز أن يكون محكماً من كان خصماً في النزاع المعروف على التحكيم ، إذ ليس من المتصور أن يكون الشخص خصماً وحكماً في آن واحد. وتطبيقاً لذلك ، إذا كان أحد طرفي التحكيم شخصاً معنوياً، فلا يجوز أن يكون الشخص الطبيعي الذي يتولى تمثيله محكماً ، لأن ممثل الشخص المعنوي هو بمثابة عضو لهذا الشخص يتولى ممارسة صلاحياته. لكن ليس هناك بالطبع ما يمنع من إختيار أحد العاملين لدى هذا الشخص من غير ممثليه⁽¹⁾.

كذلك لا يجوز للدائن أو الكفيل أو الضامن ، أن يكون محكماً في النزاع الواقع بين المدين أو المضمون وبين الغير. ولكن إذا وجدت هناك علاقة بين المحكم والخصوم أو بينه وبين أحدهم ، لا يؤثر ذلك في صحة اختياره متى كان ذلك معلوماً لهم قبل الاختيار⁽²⁾.

وتأكيداً لهذا الشرط يوجب القانون على المحكم عند قبوله مهمة التحكيم أن يفصح عن أي ظروف من شأنها إثارة الشك حول استقلاله أو حيده ، كما جاء

(3) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (16).

(1) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق ، ص 607.

(2) أ.د. أحمد شرف الدين ، المرشد في قواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 40.

في قانون اليونسטרال الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي: (... أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيده أو استقلاله وعلى المحكم ، منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم ، أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل...⁽³⁾). غير أننا لم نجد في قانون التحكيم السوداني ما يوجب على المحكم الإفصاح عن أي علاقة بينه و أطراف النزاع. وقد أوجب قانون التحكيم المصري ذلك⁽⁴⁾ كأن يكون وكيلاً لأحد الطرفين أو مستشاراً له ، أو بينهما مودة أو عداوة أو سبق أن أبدى رأيه في النزاع.

ومما تقدم يتبين أن صلة المحكم بأحد الأطراف أو بهما معاً ، أو معرفته السابقة بالنزاع ، لا تؤثر على إختياره محكماً ، طالما كان الأطراف على علم بها وقت الاختيار ، كما أن مطلوبات الحيده والاستقلال الواجب توافرها في شخص المحكم لا تتعلق بالنظام العام ، وإنما بمصلحة الخصوم ، وعلى صاحب المصلحة التمسك بهذا العيب متى توافر وإلا سقط الحق في التمسك به.

المطلب الثاني

إجراءات التحكيم

يقصد بإجراءات التحكيم مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تستهدف التحقيق في جوانب النزاع والحصول على حكم من هيئة التحكيم يفصل في النزاع القائم بين طرفي التحكيم⁽¹⁾.

المحكّمون وبحسب الأصل ، يستطيعون تحديد الإجراءات الواجب إتباعها ، مهما كان المصدر الذي تستنبط منه الإجراءات ، وهذا بشرط عدم تعارضه مع إرادة الخصوم واختيارهم ، ومع مبدأ حقوق الدفاع وضمانات التقاضي⁽²⁾.

فقد سجل الفقه إتجاهاً واضحاً في المعاهدات الدولية وفي قضاء التحكيم نحو تحرير إجراءات التحكيم خاصة في مجال المعاملات الدولية ، من نظم الإجراءات الوطنية التي يؤخذ بها في الدول العربية المختلفة ، سواء أكانت النظم

(3) قانون اليونسسترال الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، المادة (1/12) .

(4) قانون التحكيم المصري لسنة 1994م ، المادة (3/16).

(1) أ. د. أحمد شرف الدين ، المرشد إلى قواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 42.

(2) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات .. مرجع سابق ، ص 217.

الموجودة في دولة مقر التحكيم ، أو في أي دولة أخرى⁽³⁾. والذي يترتب عليه إستبعاد أي دور إحتياطي لقواعد الإجراءات في تشريع الدولة التي يتم التحكيم على إقليمها في حالة عدم اتفاق الطرفين على قانون إجرائي معين ، هذا من جانب، ومنح هيئة التحكيم السلطة الواسعة في اختيار الإجراءات التي تراها ملائمة لإدارة التحكيم ، وهي لا تتقيّد في ذلك إلا بمقتضى ما ينص عليه اتفاق التحكيم ، أو بما تلزمه به المبادئ العامة في القانون الدولي من هذه الإجراءات من جانب آخر⁽⁴⁾.

ويستند هذا الإتجاه المشار إليه إلى تحرير هيئة التحكيم من ارتباطها بقانون إجرائي وطني أو أي قانون آخر ، إذ أن هذا الإرتباط بمثل هذا القانون ، فهو لا يمكن أن يتأتى إلا عند نظام معين للإسناد يقرره ويلزم به. وليس في قواعد التجارة الدولية أو في قواعد القضاء الدولي حتى الآن مثل هذا النظام ، هذا وفي نفس الوقت لكل قانون وطني نظام الإسناد الخاص به، وهو يختلف عن نظام الإسناد الخاص بالآخر. ولا يوجد هناك ما يلزم المحكّم بتفضيل نظام إسناد بقانون معين على نظام الإسناد الخاص بغيره، والنتيجة هي أنه لا يوجد ما يلزم المحكّم بإتباع قانون معين من القوانين الإجرائية ذات الصلة بالعلاقة⁽¹⁾.

وهذه المرحلة من التحكيم التي تبدأ بعرض النزاع ، وتنتهي بصدور قرار التحكيم ، والتحكيم قد يعهد إلى محكمين يتم تعيينهم لنظر النزاع ، أو إلى منظمة دائمة تتولى إدارته طبقاً للوائحها⁽²⁾.

أولاً: بداية إجراءات التحكيم:

(3) د. مصطفى محمد الجمال ، و د. عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، مرجع سابق ، ص 217.

(4) د. أحمد عبد المعز حميد ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2010م ، ص 120.

(1) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق ، ص 224. كذلك د. أحمد عبد المعز حميد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص 127.

(2) د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 219.

قد إهتمت لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم على تحديد وقت لبدء الإجراءات ، وعلى سبيل المثال: تبدأ إجراءات التحكيم وفقاً لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية ، من تاريخ تلقي أمانة المحكمة طلب التحكيم⁽³⁾.

وكذلك الحال بالنسبة لمؤسسة التحكيم الأمريكية (A.A.A) ، إذ توجب المادة (1/2) من النظام على الطرف الراغب في اللجوء للتحكيم في المؤسسة إخطارها كتابياً بطلب التحكيم ، وكذلك إخطار خصمه أو خصومه ، وتعتبر الإجراءات قد بدأت من تاريخ تلقي المؤسسة طلب التحكيم وفقاً للمادة (2/2) من النظام المذكور⁽⁴⁾.

أما في قواعد اليونسترال UNCITRAL أي قواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي ، تبدأ إجراءات التحكيم من تاريخ استلام المدعي عليه طلب التحكيم من المدعي⁽¹⁾.

وقد أشارت إتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (I.C.S.I.D) ، على أن الطرف المتقدم للتحكيم أمام المركز ، سواء كان دولة متعاقدة، أم فرداً أو شركة تنتمي بجنسيتها إلى دولة متعاقدة أخرى ، أن يقدم طلباً بهذا المعنى إلى السكرتير العام للمركز ، يجب أن يكون هذا الطلب كتابياً⁽²⁾، والذي يقوم بدوره بإرسال نسخة من الطلب بعد تسجيله إلى المدعي عليه ، وذلك ما لم يثبت أن المعلومات التي تضمنها الطلب تلقي بالنزاع خارج دائرة إختصاص المركز.

كذلك الأمر بالنسبة لأنموذج القانون Model Law الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي ، حيث نص: (تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع

(3) المادة الثالثة من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية والتي تقضي بأنه : (على الطرف الراغب في اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية ، أن يوجه طلبه إلى أمانة الهيئة ، بواسطة اللجنة الوطنية أو مباشرة وفي هذه الحالة تبلغ الأمانة الطلب إلى اللجنة الوطنية المعنية ، وفي جميع الأحوال يعتبر تلقي أمانة الهيئة الطلب تاريخاً لبدء إجراءات التحكيم) .

(4) هذا النظام ساري من أول مايو 1992م ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 143.

(1) قواعد اليونسترال للتحكيم ، صادرة عن الأمم المتحدة ، المادة (1/3).

(2) إتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، المادة (36).

ما، في اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلباً بإحالة النزاع إلى التحكيم ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك⁽³⁾.

وإذا انتقلنا إلى التشريعات الوطنية ، فنجد أن قانون التحكيم السوداني ، أوضح أن بداية إجراءات التحكيم تكون بناءً على ما يتفق عليه الطرفين ، أو في اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه عريضة الدعوى: (تبدأ إجراءات التحكيم في اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه عريضة الدعوى ما لم يتفق الطرفان على ميعاد لبدء الإجراءات⁽⁴⁾).

يلاحظ أن القانون السوداني لم يحدد موعد حتمي لبدء الإجراءات ، وقد ترك ذلك لاتفاق الأطراف ، أما في غياب الاتفاق ، فإن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلب التحكيم ، لأنه يعتبر وقت اتصال الخصومة بعلم الخصم.

أما قانون التحكيم اليمني نصت المادة (34) منه على أنه : (تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه أحد الطرفين طلباً من الطرف الآخر ، بعرض النزاع على التحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون ، أو لشرط إتفاق التحكيم⁽¹⁾). وجاء قانون التحكيم المصري بنفس المعنى في المادة (27)⁽²⁾ ، حيث أنها جميعها لم تحدد بطريقة قطعية بدء إجراءات التحكيم.

خلاصة القول إجراءات التحكيم في حالة الاتفاق تبدأ في الميعاد المتفق عليه من قبل الأطراف ، أما في حالة عدم وجود إتفاق ، تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلباً بالتحكيم ، أما إذا كان هناك اتفاقاً بين الأطراف للإحالة على مركز دائم للتحكيم ، فإن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي تتسلم فيه سكرتارية أو أمانة جهة التحكيم المتفق عليها طلب التحكيم.

وفي تقديري أنه إذ ما وجد شرط الإتفاق على التحكيم ، ولم يتم الإتفاق على الجهة التي تتولى الفصل في الخصومة ، سواء عن طريق التحكيم الحر أو

(3) قانون التجارة الدولية ، المادة (21).

(4) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (22).

(1) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م ، المادة (34).

(2) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (27).

المؤسسي ، وفي ذات الوقت تعذر على الطرف طالب التحكيم العثور على المدعي عليه ، للاتفاق على متطلبات التحكيم . يحق للمدعي اللجوء إلى المحكمة المختصة لتتولى تعيين أو تسمية المحكمين ، وتبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي تقوم فيه المحكمة بتعيين المحكمين.

ثانياً: إجراءات سير النزاع:

كما سبق ، يقصد بإجراءات التحكيم مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تستهدف تحقيق جوانب النزاع والحصول على حكم من هيئة التحكيم يفصل في النزاع القائم بين طرفي التحكيم.

وتختلف تلك الإجراءات باختلاف نوع التحكيم ، والجهة التي تضطلع به، فإذا ما أنيطت مهمة التحكيم بإحدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة ، فلا يكون لإرادة الخصوم في هذه الحالة دور حاسم في صياغة القواعد الإجرائية التي تنظم وتحكم إجراءات سير المنازعة. فاللجوء إلى هذه المراكز ، يتطلب ضرورة الإمتثال للإجراءات المقررة في لوائحها⁽¹⁾.

أما التحكيم الحرّ ، حيث يضطلع أطراف النزاع بتعيين أعضاء التحكيم، يكون للأطراف الدور الرئيسي في صياغة القواعد الإجرائية ، أو في اختيار القانون الذي يحكم سير المنازعة ، كان ذلك الاختيار صريحاً أو ضمناً ، ولقانون محل التحكيم الدور الاحتياطي في هذا الصدد⁽²⁾.

يجب أن يتناول إتفاق شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم بالتنظيم ، سواء كان ذلك تلقائياً ، أو بالإحالة إلى نظام قائم ، قواعد سير المرافعات ، وميعاد تقديم المستندات وسماع الشهود والخبراء والإنابة في الحضور وتحتي المحكمين و إنقطاع سير الخصومة ، و تسبيب القرار ...، وغير ذلك من الإجراءات⁽³⁾ والتي نذكر أهمها:

1- المداولة:

(1) د. أبوزيد نصر رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 87.

(2) د. مريم الجوفي ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 349.

(3) د. أحمد شرف الدين ، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية ، مرجع سابق ، ص 28.

هي المشاورة بين المحكمين في منطوق الحكم وفي أسبابه بعد إنتهاء المرافعة وقبل النطق به ، ولا تتحقق إلا بإجتماع المحكمين - الذين سمعوا المرافعة في مكان واحد وفي مواجهة بعضهم البعض وبحضورهم جميعاً ، يناقشون الأدلة الواقعة والأسانيد القانونية بعد أن يحيطوا بالدعوى وما قدم فيه من طلبات دفاع ومستندات عن بصر وبصيرة - والأصل في الإجراءات أنها قد روعيت من واقع ما هو ثابت في الحكم⁽⁴⁾.

في قانون التحكيم السوداني نصاً يقضي بضرورة المداولة ، كما في القانون اليمني الذي نصت المادة (47) منه على أنه: (تصدر لجنة التحكيم حكمها بعد المداولة..) ، أما قانون التحكيم المصري وفي المادة (40) منه يقول: (يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة..)

وذلك يعني أن المشرع اليمني والمشرع المصري نصاً على وجوب المداولة ، أما سكوت المشرع السوداني عن ذلك يعتبر قصوراً ، فحكم التحكيم يجب أن يصدر بعد مداولة ، وتختلف إجراء المداولة ، يترتب عليه بطلان الحكم، وهذا البطلان من النظام العام لتعلقه بحقوق الدفع.

أما في حالة عدم التوقيع من الأغلبية على الحكم فإنه يكون باطلاً ، وذلك لأن عدم التوقيع على الحكم يستتبط منه أنه قد تم صدوره بدون مداولة ، فالمداولة تعد من القواعد الأساسية في التقاضي ، ويجب على المحكمين مراعاتها⁽¹⁾.

2- ميعاد صدور الحكم:

لا يصدر قرار التحكيم إلا بعد أن يقدم الأطراف كل ما لديهم ، من شهادة ومستندات لها صلة بموضوع النزاع ، عندها تكون الدعوى جاهزة للفصل فيها بحكم منهي للخصومة. والغرض من ميعاد صدور الحكم ، هو سرعة الفصل خلال المدة المحددة في إتفاق التحكيم ، والاتفاق في مشاركة التحكيم على ميعاد محدد لإنهاء مهمة المحكمين ، لا يمنع دون الاتفاق على مد هذا الميعاد لمدة أو

(4) محكمة دبي ، طعن رقم (537) لسنة 1999م.

(1) د. أشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص

مدد أخرى أو تفويض هيئة التحكيم في تقرير هذا المد صراحة أو ضمناً⁽²⁾. وتتضمن قوانين عديدة حدود زمنية ، يجب خلالها إصدار حكم التحكيم ، والتي تبدأ أحياناً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم⁽³⁾.

ومن ثم يجب على هيئة التحكيم إصدار الحكم في الميعاد المتفق عليه أو المحدد قانوناً ، كما يجوز للهيئة مد الميعاد ، وفي حالة تخلفها في إصدار الحكم يكون لأي طرف الحق في رفع دعواه أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وهذا ما هو متبع في التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية ، والتي تبناها المشرع السوداني بنصه: (...خلال المدة المتفق عليها أو خلال ستة أشهر من تاريخ بدء إجراءات التحكيم..⁽¹⁾) ، أما قانون التحكيم المصري نص بالقول (.... فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً.....⁽²⁾).

وطبقاً للقانون السوداني ، فالميعاد القانوني الذي يتعين صدور الحكم خلاله، ليس من القواعد الآمرة ، التي لا يجوز الخروج عليها ، إذ أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام ، فإن الأطراف يجوز لهم الإتفاق على مد الميعاد القانوني أو إنقاصه.

كما أن هناك بعض مؤسسات التحكيم ، تشير إلى فرض مهلة زمنية في قواعدها نذكر منها على سبيل المثال المادة (18) من قواعد الغرفة التجارية الدولية والتي تنص على: (يجب أن يصدر الحكم في غضون ستة أشهر من تاريخ التوقيع على وثيقة عمل المحكم⁽³⁾).

ومما سبق يتضح أن الأصل هو إتفاق الأطراف على تحديد ميعاد التحكيم، كما يمكنهم تعديله زيادة أو نقصاناً ، تبعاً لإتفاق الطرفين، غير أن ما ذهبت إليه بعض الإتفاقيات والتشريعات الوطنية من تحديد سقف زمني يتم خلاله صدور قرار التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف ، هو عين الصواب، وإلا إنتفت ميزة

(2) محكمة دبي ، طعن رقم (146) لسنة 1991م ، تجاري.

(3) د. محمد محمد بدران ، مذكرات في حكم التحكيم (صياغته ، بطلانه) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999م ، ص 9.

(1) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (1/32).

(2) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (1/45).

(3) د. محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 157.

سرعة الفصل في المنازعات، بسبب الأعمال التعطيلية التي قد يلجأ إليها الأطراف.

3- كتابة الحكم:

يعتبر حكم التحكيم حكماً حقيقياً تتوفر فيه كل عناصر العمل القضائي ، حيث يمارس المحكمون سلطة قضائية ، لذا يلزم أن يأتي الحكم مكتوباً ، إذ أن الكتابة شرط ضروري لقيام الحكم ذاته. وصياغة الحكم تخضع لقواعد شكلية تقترب من تلك التي تفرض على الأحكام الصادرة من جهات القضاء⁽⁴⁾. فحكم التحكيم يصدر كتابة ويوقعه المحكمون إذا كانت هيئة التحكيم أكثر من محكم واحد ، ولا يلزم تعدد توقيعاتهم على كافة الصفحات⁽¹⁾. ، ويكتفي في الحكم بتوقيعات أغلبية المحكمين ، بشرط أن يذكر في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية⁽²⁾. وتنص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار: (ويصدر الحكم كتابة وموقع عليه من أعضاء المحكمة ...⁽³⁾).

كما ينص قانون التحكيم السوداني على أنه : (يجب أن يكون قرار هيئة التحكيم مكتوباً...⁽⁴⁾) ، كما جاء في قانون التحكيم اليمني: (تصدر لجنة التحكيم حكمها كتابة ويوقعه المحكمون...⁽⁵⁾) ، وعلى ذات النهج جاء مسلك المشرع المصري في قانون التحكيم: (يصدر حكم المحكمين كتابة...⁽⁶⁾) . فالكتابة هي عنصر من عناصر شكل العمل التحكيمي ، لذلك وطبقاً للفقهاء الإجرائي ، يستكمل الحكم بذاته شروط صحته⁽⁷⁾.

خلاصة القول إنه وفقاً للتشريعات الوطنية ، وما جاءت به لوائح هيئات التحكيم الدائمة الدولية ، وكذلك الاتفاقيات الدولية ، جميعها أوجبت أن يصدر

(4) د. منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 257..

(1) محكمة دبي ، طعن رقم (537) لسنة 1999م.

(2) د. محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، مرجع سابق ، ص 500.

(3) إتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، المادة (48) .

(4) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (33) .

(5) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م ، المادة (18) .

(6) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (1/43) .

(7) د. أشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، مرجع سابق ، ص 264.

حكم المحكمين كتابة ويحمل توقيعاتهم على أن يتم تدوين الآراء المخالفة ، وكذلك أسباب من تخلف عن التوقيع.

4- تاريخ الحكم:

لقد ذهب بعض الإتفاقيات الدولية ، إلى إعتبار الحكم قد صدر من تاريخ علم الخصوم به ، حتى ولو كان هذا العلم قبل كتابة الحكم والتوقيع عليه، لذا فإنتهاء المداولة هي اللحظة التي يوجد فيها الحكم ، فالمداولة تعتبر منتهية إذا تمّ الاتفاق وإتفقت الأغلبية على رأي معين ، ذلك يعني أن لحظة الصدور هي لحظة موافقة الأغلبية . وعملاً بهذا الإتجاه أي إذا علم الخصوم بقرار الأغلبية هذا العلم يعتبر صدوراً للحكم ، فوجود الحكم يعتبر شرطاً جوهرياً لكي يترتب عليه آثار الحكم ، وهذا العلم يستفاد من حضور الخصوم جلسات التحكيم (1).

بيان تاريخ الحكم يعتبر من أهم البيانات الضرورية في حكم التحكيم ، وقد أغفل قانون التحكيم السوداني ذلك ، وهو من أوجه القصور المتعددة التي لازمت هذا القانون ، أما قانون التحكيم اليمني نص على: (يجب أن يشمل حكم التحكيم على وتاريخ إصداره .. (2)).

ومما تقدم يتبين أن تاريخ الحكم له أهمية ، إذ بموجبه يمكن تحديد إن كان المحكمون أصدروا حكمهم خلال الميعاد المتفق عليه لصدور قرار التحكيم، أم أنهم تجاوزوا ذلك . أن قرار التحكيم في تقديري لا يبطل لو لم يذكر فيه تاريخ صدوره ، إذا كان هناك ما يستدل به ، أن القرار صدر في الميعاد المتفق عليه ، كأن يتم إيداع الحكم لدى المحكمة المختصة خلال الميعاد المقرر لإصدار الحكم.

5- تسبیب الحكم:

يقصد بتسبیب الحكم إيضاح الأدلة والحجج القانونية والواقعية ، والتي تم إعتماها من قبل هيئة التحكيم لإصدار الحكم ، إذ أن التسبیب يعتبر ضماناً لأطراف النزاع ، من تحكيم المحكمين ، وهو كذلك يؤدي إلى إحترام حقوق الدفاع ، بإختلاف أسباب حكم المحكمين ، سواء أكانت قانونية أو واقعية أو كانت

(1) د. نجيب أحمد عبد الله ، التحكيم في القانون اليمني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 394.

(2) قانون التحكيم اليمني ، المادة (48).

مستمدة من العدالة. ويكفي التعبير عنها بصورة مؤجزة ، أو حتى ضمناً، مع خلوها من التناقض ، وأن تكون ملائمة⁽³⁾.

القصور في أسباب الحكم الواقعية يبطله ، أما القصور أو الخطأ في أسبابه القانونية فلا يبطله لكن يجعله مشوباً بعيب الخطأ في القانون⁽⁴⁾.

وينص قانون التحكيم السوداني بالقول : (يجب أن يكون قرار هيئة التحكيم مكتوباً ومسبباً⁽¹⁾) ، وأيضاً القانون اليمني نص على (.... يجب أن يصدر الحكم مسبباً ...) ، قانون التحكيم المصري : (يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً ...⁽²⁾). فالتشريعات المتقدم ذكرها إتفقت على وجوب التسبب، ما لم يوجد إتفاق يقضي بخلاف ذلك من قبل الأطراف ، ذلك في التشريعين اليمني والمصري ، غير أن المشرع السوداني جعله وجوبياً يترتب على عدمه البطلان.

خلاصة القول إن تسبب القرار التحكيمي يعتبر ركيزة أساسية لصدور الحكم التحكيمي ، إذ إنه يجمع خلاصة ما قدمه الأطراف من أدلة وإثبات ، ويقدمها بصورة مؤجزة وواضحة ، إستند عليها القرار ، كما أنه يتيح للأطراف المراجعة والتدقيق فيما قدماه. أضف إلى ذلك أنه يؤدي إلى تعزيز الثقة في هيئة التحكيم وفي قرار التحكيم نفسه ، كما أنه يبيّن النقاط التي يستند إليها من يود أن يسلك طريق الطعن في حكم التحكيم.

6- إيداع الحكم:

يقصد بإيداع الحكم ، أن يسلم إلى كاتب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لو لم يكن بشأنه إتفاق تحكيم ، أي يودع قلم كتاب المحكمة. في بعض مؤسسات التحكيم الدائمة ، يودع الحكم لدى أمانة المؤسسة ، ويقوم المحكم وأمانة المحكمة بمساعدة الأطراف ، على إتمام جميع إجراءات الإيداع ، وهو ما نصت عليه المادة (2) من نظام غرفة باريس⁽³⁾.

(3) د. أشرف الرفاعي ، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، مرجع سابق ، ص 269.

(4) طعن كويتي رقم (188) ، لسنة 1984م ، تجاري.

(1) قانون التحكيم السوداني ، لسنة 2005م ، المادة (33) .

(2) قانون التحكيم المصري ، لسنة 1994م ، المادة (2/43) .

(3) د. نجيب أحمد عبد الله ، التحكيم في القوانين العربية ، مرجع سابق ، ص 420.

قانون التحكيم السوداني لم يتطرق لإيداع الحكم في أيّ من مواده ، وذلك بخلاف سابقه⁽⁴⁾ الذي نص على إيداع القرار لدى المحكمة ، غير أن قانون التحكيم اليمني نص في المادة (50) منه على أنه : (على لجنة التحكيم إيداع أصل الحكم والقرارات التي تصدرها في موضوع النزاع ، مع إتفاق التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة ، خلال ثلاثين يوماً التالية لإصدار الحكم ، ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع ويحق لأطراف التحكيم الحصول على نسخة منه⁽¹⁾).

ويقصد بالمحكمة المختصة في المادة السابقة من قانون التحكيم اليمني ، محكمة الإستئناف في حالة يكون النزاع تحكيمياً تجارياً دولياً ، نظراً لأنها المختصة بالتنفيذ⁽²⁾ ، وهذا الميعاد تنظيمي لا يترتب على مخالفته بطلان الحكم⁽³⁾ ، كما أن عدم إيداع الحكم قلم كتاب المحكمة ، لا يمنع من إصدار الأمر بتنفيذه⁽⁴⁾.

وينص قانون التحكيم المصري على أنه : (يجب على من حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها ، أو ترجمة باللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية ، وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون⁽⁵⁾). ويجوز للأطراف الإتفاق على تحديد محكمة معينة يتم فيها الإيداع ، وذلك في حالة عدم معرفة مكان صدور الحكم ، عملاً بالمادتين (9 ، 47) من قانون التحكيم المصري ، وهذه القاعدة معمول بها في قانون التحكيم اليمني بالمادتين (2 ، 8) منه⁽⁶⁾.

(4) قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م ، المادة (156).

(1) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م ، المادة (50).

(2) قانون التحكيم اليمني ، سنة 1992م ، المواد (8 ، 58) .

(3) د. نجيب أحمد عبد الله ، التحكيم في القوانين العربية ، مرجع سابق ، ص 419.

(4) د. أشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 273.

(5) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (47).

(6) قانون التحكيم اليمني ، المادة (8) ، وكذلك قانون التحكيم المصري المادتين (9 ، 47).

وقد قضي بأنه يتعين على من حكم له أن يقوم بإيداع الحكم لدى المحكمة المختصة ، وعلى تلك المحكمة أن تقبل إيداعه لديها ، وأن تقوم بتنفيذه إذ ما طلب منها ذلك (7).

ومما سبق يتضح أن بعض مؤسسات التحكيم الدائمة الدولية وكذلك كثير من التشريعات الوطنية ، أهتمت بإيداع حكم التحكيم ، وحددت المحكمة المختصة التي يتم إيداع الحكم فيها ، سواء أكان التحكيم دولياً أو داخلياً ، كما أنه يعتبر عملاً تنظيمياً لا يترتب عليه البطلان ولا يمنع من إصدار الأمر بتنفيذه. وفي تقديري أن إيداع الحكم لدى المحكمة من الأهمية بمكان ، إذ أنه يتيح للمحكمة الإلمام بتفاصيله ، أضف إلى ذلك أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الجبر والإكراه التي يتمتع بها القضاء عند تنفيذ الأحكام والذي يلجأ إليه من حكم لصالحه أن تلكاً الطرف الآخر في تنفيذ الحكم.

(7) محكمة أبوظبي الاتحادية ، طعن رقم (191) لسنة 9 القضائية ، 1988/3/9م.

المبحث الثاني

صياغة الحكم وإصداره

صياغة الحكم وإصداره هي المرحلة النهائية لإجراءات خصومة التحكيم، فإن على المحكم في هذه الحالة أن يتحقق من كافة الشروط الشكلية والموضوعية لصحة إصدار الحكم ، من أسماء الخصوم وملخص لأقوالهم وأسماء المحكمين، والشروط الواجب توافرها فيهم وغيرها مما يتطلبه الحكم ، كما أن الحكم لا يأخذ قوته إن لم يحوز على الحجية ، هذا ما سنعرضه على النحو التالي (1):

المطلب الأول

إصدار حكم التحكيم

بعد إنتهاء تبادل المذكرات والمستندات ، وسماع المرافعات ، تأمر هيئة التحكيم بحجز الدعوى للحكم صراحة أو ضمناً بتحديد جلسة للنطق بالحكم . وبحجز الدعوى للحكم ، ويتم قفل باب المرافعة ، فتنقطع صلة الخصوم بالقضية، ولا يكون لهم إتصال إلا بالقدر الذي تصرح به الهيئة. وليس لهيئة التحكيم حجز الدعوى للحكم إلا إذا كانت قد منحت الفرصة الكاملة للطرفين لإبداء دفاعهم وتقديم مستنداتها ، وأتاحت لهم الفرصة للرد على ما أثير من الطرف الآخر من دفاع ودفوع ومن الرد على ما قدمه من مستندات ، وإلا تكون قد أخلت بحق الدفاع (2).

(1) أ.د. أحمد شرف الدين ، المرشد إلى قواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 55.

(2) د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 426.

ويشمل حكم التحكيم ، جميع القرارات الصادرة عن المحكم ، والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم ، سواء أكانت أحكاماً كلية تفصل في موضوع النزاع ككل ، أم أحكاماً جزئية تحكم في شق منها ، سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم الحكم بإنهاء الخصومة⁽¹⁾.

يصدر حكم التحكيم لحسم موضوع النزاع ، وذلك عندما تكون هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد ، فإن الحكم يصدر بأغلبية الآراء بعد إجراء المداولة على الوجه الذي تحدده الهيئة ، إذا لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك⁽²⁾.

ويذهب البعض إلى أن الحكم يصدر إذا توافقت وجهات نظر المحكمين ، ووافقوا في صدر منطوق الحكم وأسبابه ، في خلال الميعاد المقرر للتحكيم⁽³⁾. وذهب البعض الآخر ، إلى أن لحظة صدور هي لحظة موافقة الأغلبية⁽⁴⁾.

أما الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم ، فإنها تختلف باختلاف عدد المحكمين. فقد تكون هيئة التحكيم مكونة من محكم واحد فقط ، وفي هذه الحالة يصدر الحكم بموافقه فقط ، أما عندما تكون هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين ، فإن الحكم أما أن يصدر بالإجماع ، أو أن يصدر بالأغلبية .

والملاحظ أنه في الطريقة الأولى يسراً وسهولة ، فيكون استتباط المسألة أكثر سهولة ووضوحاً بالنسبة للمحكم ، وذلك لأن عقيدته تتكون بصورة فردية ، محايدة غير منحازة ، بعكس الطريقة الثانية ، فالأمر فيها يتسم بالصعوبة نوعاً ما ، إذ أن كل محكم من الثلاثة له عقيدته الخاصة بشأن تقييم النزاع وإبعاده، ذلك الأمر الذي تتفاوت وتتضارب معه آراء المحكمين في تفهم كل واحد منهم لموضوع النزاع ، وتسود قاعدة صدور الحكم بالأغلبية كافة المؤسسات الخاصة بالتحكيم.

(1) أ. د. حفيظة السيد الحداد ، المؤجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007م ، ص 300.

(2) د. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر من المنازعات الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004م ، ص 127.

(3) د. محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، مرجع سابق ، ص 499.

(4) د. نجيب أحمد عبد الله ، التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ، ص 395.

ولكن يثور التساؤل ... إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين ، ولم يتم الإجماع ، ولم يحصل القرار على الأغلبية اللازمة لصدوره ، بأن كان لكل محكم رأيه الذي يختلف مع بقية آراء المحكمين ، في هذه الحالة كيف يتم إصدار قرار التحكيم؟

في تقديري أنه في مثل هذه الحالة ، يطلب رئيس هيئة التحكيم من كل محكم أن يكتب رأيه في الدعوى موضوع النزاع ، ومن ثم يتبع أحد خيارين: إما أن يقوم بإحداث مقارنة بين رأبي المحكمين ، وعلى ضوءها يصدر حكم التحكيم ، وإما أن يقوم بتقريب ما يراه إلى أحد الرأيين ، يعني ذلك أن يتوافق مع أحدهما للحصول على الأغلبية اللازمة لصدور قرار التحكيم.

اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى تنص على أنه: (يجب أن تفصل المحكمة في المسائل بأغلبية أصوات كل أعضائها⁽¹⁾) ، وهذا الحكم يكتسب فاعليته ، في قواعد التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار: (يجب إتخاذ قرارات المحكمة بأغلبية أصوات كل أعضائها ، ويعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة صوت سلبياً⁽²⁾). إذ تعني قاعدة الأغلبية أنه يجب أن يكون أثنان من الأعضاء الثلاثة في محكمة التحكيم مستعدين للاتفاق فيما بينهما بصرف النظر عن عنصر المساومة أو الحل الوسط والذي قد يتضمنه ذلك ، إذ أن محكمة التحكيم تعتبر ملزمة بأن تصدر حكماً ، وغير مسموح لها بأن تصدر إعلاناً بأنها لم تتوصل للفصل في النزاع ، أو أنها لم تفهم موضوع النزاع ، أو أنها عاجزة عن ذلك ، والتصويت بالأغلبية كما جاء في قواعد اليونسترال : (في حالة التحكيم بثلاثة محكمين ، يجب أن يتم اتخاذ أي حكم أو أي قرار آخر من جانب محكمة التحكيم بأغلبية المحكمين⁽³⁾).

(1) اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار ، المادة (17).

(2) قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، القاعدة (1/16) .

(3) القانون الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، المادة (11) .

أما قواعد الغرفة التجارية الدولية⁽¹⁾ جاء فيها ، في حالة تعيين ثلاثة محكمين ، يصدر القرار بالأغلبية ، ولكن إذا لم يكن هناك أغلبية ، فإن رئيس محكمة التحكيم هو الذي يصدر الحكم ، نفس السلوك تنتهجه قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي.

كذلك فإن التشريعات الوطنية تكاد تجمع على صدور حكم التحكيم بأغلبية المحكمين ، وقد أخذ قانون التحكيم السوداني بقاعدة الاتفاق (الإجماع) أو الأغلبية⁽²⁾. قانون التحكيم اليمني ، وفي حالة عدم توفر الأغلبية، يرجح الرأي الذي فيه الرئيس ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك⁽³⁾. ، والقول بترجيح الرأي الذي فيه الرئيس يوحي وكأن عدد المحكمين زوجياً ، وهذا يتناقض مع ما نص عليه في المادة (21) بأن يكون عدد المحكمين ثلاثة . أيضاً أخذ قانون التحكيم المصري بالأغلبية لإصدار الحكم وذلك في نص المادة (40) منه.

مما سبق يتبين أن إصدار حكم التحكيم في حالة أن تكون هيئة التحكيم من محكم واحد ، فيكون استنباط الحكم أكثر يسر وسهولة بالنسبة للمحكم ، ذلك لأن عقيدته تتكون بصورة فردية مما استخلصه من موضوع النزاع ، أما إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم ، فإنه يلزم لإصدار حكم التحكيم حصوله على الإتفاق (الإجماع) ، أو الأغلبية ، أما في الحالة التي لا يوجد فيها اتفاق أو أغلبية ، يقوم رئيس هيئة التحكيم بإحداث مقارنة بينما يراه المحكمين الآخرين ، أو أن يقارب رأيه إلى أيهما. ذلك يعني بأن هناك أربعة طرق لإصدار حكم التحكيم هي: من رئيس هيئة التحكيم وحده في الحالة التي يكون فيها وحيداً ، الإتفاق (الإجماع) ، أو الأغلبية ، أو المقاربة والتقريب.

(1) قواعد الغرفة التجارية الدولية ، المادة (19).

(2) قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة (1/32).

(3) قانون التحكيم اليمني لسنة 1992م ، المواد (47 ، 48).

المطلب الثاني

البيانات الحكم الشكلية

إن الحكم الصادر في التحكيم شأنه شأن الأحكام القضائية العادية ، والتي يجب أن تتوفر فيها بعض البيانات الشكلية⁽¹⁾. وتحرص المحاكم التي يطلب منها الصيغة التنفيذية اللازمة لتنفيذ الحكم التحكيمي ، على التأكد من وجود هذه البيانات قبل أن تأذن بتنفيذه. ولقد ذهبت معظم اللوائح في المؤسسات الدائمة للتحكيم وكذلك التشريعات الوطنية ، لضرورة إشتمال الحكم على بعض البيانات اللازمة ، بينما سكنت تشريعات أخرى عن ذلك.

قانون التحكيم السوداني ، تطرق لبعض المطلوبات الشكلية اللازم توافرها في الحكم التحكيمي في حين أقلل بعضها: (يجب أن يكون قرار هيئة التحكيم مكتوباً ومسبباً وموقعاً عليه ...⁽²⁾) ، بينما المشرع اليمني نص في قانون التحكيم على أنه : (... يجب أن يشمل حكم لجنة التحكيم على البيانات التالية : أسماء أطراف التحكيم وعناوينهم ، وجنسياتهم ، وملخص لطلبات ودفعات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ، ومنطوق الحكم وأسبابه ، وتاريخ ومكان صدوره ، ويكون حكم التحكيم نهائياً وباتاً في حالة اتفاق الأطراف عليه، وكذا في حالة إنتهاء التحكيم بالصلح وفي الحالات التي ينص عليها القانون ، وعلى لجنة التحكيم⁽³⁾).

أما قانون التحكيم المصري جاء فيه: (يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم ، وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصور من إتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم ، وأقوالهم ومستنداتهم ، ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً⁽⁴⁾).

وبناءً على ما تقدم نعرض لما يتطلبه الحكم التحكيمي من بيانات شكلية:

(1) د. خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري ، مرجع سابق ، ص 240.

(2) قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة (33).

(3) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م ، المادة (48) .

(4) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (3/43) .

ومن هذه البيانات:

1- أسماء الخصوم وعناوينهم:

يجب أن يتضمن الحكم أسماء الخصوم ، على النحو الكافي لتمييز كل خصم. كما يجب بيان عنوان الخصم لمعرفة العنوان الذي يمكن إعلانه فيه بصحيفة دعوى بطلان حكم التحكيم ، ولا يؤدي إغفال الحكم بيان عنوان الطرفين إلى بطلانه مادام لم يؤد إلى التجهيل بأي منهما أو التشكيك في اتصاله بالحكم ، ولم يحول دون قيام المحكوم ضده بإعلان دعوى البطلان للمحكوم له. كذلك لا يلزم ذكر أسماء الخصوم وعناوينهم في صدر الحكم أو في موضع معين منه ، فيكفي ذكرها في أي موضع منه.

2- أسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم:

يتضح أن المشرع السوداني من نص المادة (33) من قانون التحكيم لم يتطلب ذكر أسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم عندما عدد البيانات اللازمة للحكم ، ذلك على خلاف المشرع اليمني المادة (48) ، والمشرع المصري المادة (3/43) ، التي تطلبت ذكر أسماء المحكمين ، ولا نجد مبرراً يدعو المشرع السوداني على عدم النص على ذلك باعتباره من الاعتبارات الشكلية اللازمة. المقصود ببيان الجنسية التحقق من مراعاة ما قد ينص عليه الإتفاق على التحكيم من شرط خاص بجنسية المحكمين ، أما صفاتهم فالمقصود هو بيان ما إذا كان محكماً مختاراً من أحد الخصوم أو هو رئيس الهيئة⁽¹⁾.

3- الكتابة:

وهذا يعني بأنه لا مكانة للحكم الشفهي الذي تتم تلاوته للمحكمين أو المحكمة ، والحكمة من الكتابة تمكين طرفي النزاع والمحكمة من التعرف على تفاصيل وحيثيات القرار وبالتالي منطوق الحكم ، كما يساعد على إداع الحكم أمام المحكمة المختصة⁽²⁾.

4- تاريخ ومكان إصدار حكم التحكيم:

(1) د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 437.

(2) د. إبراهيم دريج ، شرح قانون التحكيم لسنة 2005م ، مرجع سابق ، ص 57.

يتحدد وقت صدور حكم التحكيم بلحظة التوقيع عليه ، ومكانه بمكان التوقيع عليه ، كما أن تحديد جهة ومكان توقيع الحكم أهمية كبيرة في تحديد هوية الحكم ، وتحديد المحكمة المختصة مكانياً بإعطائه الصيغة التنفيذية⁽¹⁾.

ترتبط أهمية تحديد مكان صدور حكم المحكمين بمعايير أجنبية الحكم ، دون النظر إلى مكان إتفاق التحكيم أو إجراءاته ، إذ ترجع أهمية أن يشمل حكم المحكمين على المكان الذي صدر فيه إلى تحديد هوية الحكم ، بمعنى أن يكون حكماً وطنياً أو حكماً أجنبياً ، كما يشكل مكان صدور الحكم معياراً هاماً فيما يتعلق بالإجراءات اللازمة لتنفيذه⁽²⁾.

كذلك يعد تاريخ صدور الحكم من البيانات الجوهرية في حكم التحكيم ، والعبرة بالنسبة لتحديد تاريخ صدور الحكم هو التاريخ المثبت في نسخة الحكم الموقعة من المحكمين ، فإن تعددت تواريخهم فالعبرة بأخر تاريخ. وأهمية هذا البيان هو تحديد الوقت الذي تسري فيه آثار الحكم وأهمها حجية الأمر المقضي، كذلك معرفة ما إذا كان الحكم قد صدر في ميعاد التحكيم أو بعد إنقضاء هذا الميعاد ، وبالتالي بعد زوال سلطة المحكمين في إصداره.

على أنه يلاحظ أنه إذا لم يتضمن حكم التحكيم تاريخ صدوره ، فيمكن أن يستدل على هذا التاريخ من محضر الجلسة التي صدر فيها الحكم. إذ الأصل في ثبوت تاريخ إصدار الحكم هو محضر الجلسة الذي أعد لإثبات ما يجري فيها⁽³⁾.

لقد أهتمت معظم اللوائح في المؤسسات الدائمة للتحكيم ، على أنه يجب تحديد مكان وتاريخ صدور الحكم ، القانون الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي نص على أنه : (يجب أن يبيّن القرار تاريخ صدوره ، ومكان الحكم المحدد...⁽⁴⁾) أما قواعد تحكيم Uncitral - model law ، فقد نصت على: (للأطراف حرية الإتفاق على مكان التحكيم ، فإن عجزوا عن ذلك قامت هيئة

(1) أ. د. أحمد شرف الدين ، المرشد إلى قواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص 65.

(2) د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 441.

(3) د. عبد الله عيسى على الرمح ، حكم التحكيم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009م ، ص 135.

(4) قانون اليوتسترال للتحكيم ، المادة (3/31).

التحكيم بتحديد مكانه) كما أوجبت القواعد نفسها إحتواء الحكم التحكيمي على مكان صدوره⁽¹⁾.

5- التوقيع:

أوجب المشرع السوداني في نص المادة (33) تحكيم ، على هيئة التحكيم الذي أصدر الحكم التوقيع على مسودته ليقوم الدليل على أن المداولة استقرت على أسباب الحكم ، وحتى يأخذ الحجية والإلزام لا بد أن يكون موقعاً عليه⁽²⁾ من جميع المحكمين أو بالأغلبية ، مع إرفاق الرأي المخالف للأكثرية ، وإذا تبين أن الأغلبية لم توقع على المسودة كان الحكم باطلاً⁽³⁾ ، ويكون الأمر مختلفاً إذا ما رفض أحدهما التوقيع ، ولذلك درجت أغلب التشريعات وأنظمة التحكيم على النص بتوقيع أغلبية المحكمين.

6- صورة من اتفاق التحكيم:

يعد إتفاق التحكم من المستندات الضرورية ، لذا يجب أن تتضمن ورقة الحكم بند من العقد الذي يحتوي على شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم ، أو أن ترفق المشاركة بورقة الحكم مع الإشارة في ورقة الحكم إلى هذا الإرفاق. والهدف من ذلك هو التحقيق من صدور حكم المحكمين في حدود سلطاتهم المستمدة من إتفاق التحكيم⁽⁴⁾.

قانون التحكيم السوداني أغفل النص على إرفاق صورة من إتفاق التحكيم مع الحكم ، غير أن قانون التحكيم المصري نص على : (يجب أن يشتمل حكم التحكيم على ... وصورة من إتفاق التحكيم⁽⁵⁾). والحكمة من هذا البيان هو التحقق من صدور حكم التحكيم ، في نطاق ما اتفق عليه الخصوم ، وهو ما يسهل الأمر أمام القاضي المختص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم ، أو بإصدار الأمر بتنفيذ الحكم ، ولهذا ينصح المحكمون باقناع الطرفين بإبرام وثيقة التحكيم ، حتى لو كان

(1) قواعد اليونسترال للتحكيم ، المادة (16).

(2) د. أحمد محمد مليجي ، قواعد التحكيم في القانون الكويتي ، مرجع سابق ، ص 205.

(3) طعن كويتي بالتمييز ، رقم (124) ، لسنة 1997م ، تجاري.

(4) د. عبد الله عيسى على الرمح ، حكم التحكيم ، مرجع سابق ، ص 65.

(5) قانون التحكيم المصري ، المادة (3/43) .

هناك شرط تحكيم في العقد الأصلي، تبين فيها المسائل المتنازع عليها ومهمة وسلطات المحكمين ، والإجراءات التي تطبق على التحكيم ، وذلك لاستخدامها لأغراض المادة (3/43) من قانون التحكيم ، بأن تثبت بيانات تلك الوثيقة في حكم التحكيم ، إذ تكشف صياغة نص المادة (3/43) ، عن ضرورة ورود بيانات الاتفاق في صلب الحكم ، وإرفاق صورة من الإتفاق بأصل الحكم⁽¹⁾.

وقد استلزم القانون اليمني كذلك إرفاق صورة من اتفاق التحكيم⁽²⁾. و يكفي إرفاق صورة من إتفاق التحكيم بأصل الحكم ، غير أن المشرع المصري نص صراحة في قانون التحكيم ، بضرورة تضمين الإتفاق في صلب الحكم ذاته، بإعتباره شرطاً شكلياً⁽³⁾ ، وذلك فيه إرهاب لأطراف النزاع وهيئة التحكيم معاً ، حيث أن إتفاق التحكيم قد يكون وارد في عقد من العقود الكبيرة التي تكلف الجهد والوقت.

وحسناً فعل المشرع اليمني إذ أنه لم يشر إلا إلى الارفاق فقط بالحكم الأصلي ، ولم يقض بتضمين الإتفاق على التحكيم في حكم التحكيم. وتضمنين اتفاق التحكيم يتفق مع اتفاقية نيويورك 1958م ، والتي تشترط على من يطلب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر في بلد أجنبي أن يقدم مع الطلب أصل الحكم الرسمي ، أو صورة من الأصل، تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند ، كما يقدم أصل الاتفاق المكتوب ، والذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بالخضوع للتحكيم ، ويجوز أن يقدم صورة من الاتفاق تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند⁽⁴⁾.

وقد أكتفت قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة اليونسترال ، بأن أوجبت على من يقدم صحيفة المطالبة إلى المدعي عليه ، وإلى كل من المحكمين ، أن تكون

(1) د. محمد محمد بدران ، الجوانب القانونية والفنية لحكم التحكيم ، دراسة في قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، بحث منشور في مجلة التحكيم ، العدد 70 والتي تصدر عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم بدون ناشر ، ديسمبر 2005م ، ص 36.

(2) قانون التحكيم اليمني ، المادة (59/ب).

(3) قانون التحكيم المصري لسنة 1994م ، المادة (43).

(4) اتفاقية نيويورك 1958م ، المادة (1/4).

مصحوبة بنسخة من العقد ، وبنسخة من اتفاق التحكيم، إذا لم تكن متضمنة في العقد⁽¹⁾.

في حكم لمحكمة دبي قضت بوجوب إشمال الحكم بوجه خاص على صورة من الاتفاق على التحكيم ، ولا يعني أن يكون الاتفاق على التحكيم مودع قلم كتاب المحكمة⁽²⁾.

ومما تقدم يمكن القول أن اشتراط أن يتضمن الحكم اتفاق التحكيم فيه إرهاب للمحكّمين والمحتكّمين ، حيث أن شرط التحكيم قد يكون وارد ضمن عقد من العقود الكبيرة في عدد صفحاتها التي تحتاج إلى تكاليف كبيرة عند ترجمتها، غير أنه من الضروري أن يتم إرفاق أصل أو صورة معتمدة من شرط أو مشاركة التحكيم مع الحكم ، حتى يسهل على المحكمة المختصة في حالة إذا تقدم أحد الأطراف بطعن في الحكم التحكيمي ، أو عند منحها إياه الصيغة التنفيذية..

المطلب الثالث

(1) قواعد اليونسترال ، المادة (1/18) .

(2) محكمة دبي ، طعن رقم (173) لسنة 1996م.

بيانات الحكم الموضوعية

تتمثل بيانات الحكم الموضوعية ، في وجوب أن يتضمن حكم المحكمين ، على ملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم ، وأن يحتوي على منطوق الحكم وذكر أسبابه ، وهي بيانات الزامية نصت عليها القوانين المقارنة.

1- ملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم:

يتضمن حكم المحكم ملخصاً لأقوال ومستندات الخصوم ، أي ملخص لوقائع الخصومة ، فينبغي أن يتضمن الحكم طلبات كل خصم من الخصوم ومستنداته وأوجه دفاعه الجوهرية⁽¹⁾ ، ويكفي في هذا الصدد أن يحيل الحكم إلى وسائل الدفاع والادعاءات التي ذكرها الخصوم في إتفاق التحكيم أو في طلباتهم الختامية⁽²⁾.

ويفيد ذكر ملخصاً لأقوال ومستندات الخصوم في حكم المحكمين أن الحكم لا يختلف عن الحكم القضائي من حيث وجوب اشتماله على مجموعة من البيانات الأساسية الكافية لمعرفة موضوع النزاع والخصوم وطلباتهم ودفاعهم ومستنداتهم⁽³⁾ والهيئة التي أصدرت الحكم ومنطوقه وأسبابه ، حيث أن الحكم عنواناً للحقيقة. وقد أوجب القانون المصري ، أن يشتمل الحكم على ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم وما قدموه من مستندات ، إذ لا يكفي أن يحيل الحكم إلى الأقوال والطلبات التي ذكرها الخصوم في إتفاق التحكيم ، فالمشرع قد أوجب اشتمال الحكم على هذا البيان ، الذي يعني ضرورة ذكره في صلب الحكم⁽⁴⁾.

وهو نفس ما طلبه المشرع اليمني في قانون التحكيم، بضرورة أن يشتمل الحكم على تلك البيانات⁽¹⁾.

(1) د. السيد المراكبي ، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي ومدى تأثره بسيادة الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 2010م.

(2) د. عزمي عبد الفتاح عطية ، قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1990م ، ص 314.

(3) (... محكمة الموضوع وإن كانت ملزمة بالطلبات المطروحة من الخصوم وبالتالي ما تتضمنه نطاق هذا الطلب لزوماً وواقعاً) ، طعن كويتي بالتمييز في 15/5/2000م الطعن رقم 144، لسنة 1999م مدني، مجلة القضاء والقانون ، السنة 28 ، العدد الأول ، ص 467.

(4) قانون التحكيم المصري لسنة 1994م ، المادة (3/43).

(1) قانون التحكيم اليمني لسنة 1992م ، المادة (48).

ويرى بعض الشراح⁽²⁾ أن عدم ذكر تلك البيانات في صلب الحكم يؤدي إلى بطلان الحكم ، ويرى البعض الآخر ، أنه من المستحسن أن تذكر دائماً هذه البيانات في صلب الحكم ، غير أن الحكم لا يبطل إذا لم يتضمن هذه البيانات في صلبه ، وإكتفاء بإحالة الحكم إلى وسائل الدفاع التي ذكرها الخصوم في اتفاق التحكيم ، أو في طلباتهم الختامية⁽³⁾.

وقد جاء في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة ، الخاصة بقانون التجارة الدولية Uncitral arbitral rules ، أن صحيفة المطالبة التي تقدم للطرف الآخر وللمحكم ، أو المحكمين يجب أن تتضمن أسماء وعناوين أطراف التحكيم ، والبيانات والحقائق التي تدعم المطالبة ، والنقاط المتنازع عليها ، والتعويض المطالب به ، وعلى المدعي أن يرفق بطلبه المستندات الثبوتية الدائمة للمطالبة ، وكذلك تفصل موقف المدعي عليه من مطالب المدعي ، إذ له خلال مدة زمنية تحددها هيئة التحكيم ، أن يقدم صحيفة دفاعه وكتابه للمدعي ولأعضاء هيئة التحكيم⁽⁴⁾.

وكذلك جاءت صياغة المادة (23) من قانون اليونسترال الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، شاملة لما أخذت به المادة (28) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية ، وبإسلوب مختصر ، حيث أفادت أنه على المدعي خلال المدة المتفق عليها بين الطرفين ، تحديد التعويض المطالب به ، والمسائل موضوع النزاع ، وأنه على المدعي عليه أن يقدم دفاعه فيما يتعلق بتلك المسائل ، وللطرفين تقديم المستندات الثبوتية المؤيدة لوجهة نظرهما⁽⁵⁾.

اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار جاء فيها: (يجوز للمحكمة إذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ... وفي أي مرحلة من مراحل الإجراءات وحسب الضرورة أن تطلب للطرفين تقديم مستندات وأدلة أخرى) ، كما

(2) د. غسان علي علي ، دور التحكيم في تسوية المنازعات ..، مرجع سابق ، ص 398.

(3) د. محمد محمد بدران ، الجوانب القانونية والفنية لحكم التحكيم ، مرجع سابق ، ص 38.

(4) قواعد اليونسترال للتحكيم ، المادتين (18 ، 19).

(5) قانون اليونسترال الأنموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، المادة (23).

جاء فيها أيضاً: (يجب أن يتناول الحكم كل مسألة طرحت على المحكمة وأن يبيّن الأسباب التي بني عليها) ، أي أن الحكم يجب أن يشمل المستندات ، والوثائق التي يقدمها الخصوم ، وكذلك طلباتهم⁽¹⁾.

خلاصة القول كل من المشرّع اليمني والمشرّع المصري ، يتفقان مع الاتفاقيات الدولية من ناحية تقديم الطلبات والمستندات والوثائق محل موضوع النزاع ، التي تؤيد كل طرف من أطراف المنازعة ، وقد يكون ذلك الإجراء في الاتفاقيات الدولية عند بدء إجراءات التحكيم ، وهو ما أخذ به قانون التحكيم السوداني في مشتملات عريضة دعوى التحكيم. فإن اشتراط أن يكون الحكم مشتملاً على مستندات الخصوم وأقوالهم التي تؤيد مواقفهم ، فإن هذا يكون من قبيل الشروط اللازمة طبقاً للقوانين الوطنية ، التي يراد تنفيذ الحكم فيها ، حيث لا يوجد مانع من تقديمها كل ما كان ذلك لازماً.

2- ذكر أسباب الحكم:

المقصود بذكر أسباب الحكم بصفة عامة بيان الأسباب الواقعية والقانونية التي بني عليها الحكم⁽²⁾ ، فالقصور في أسباب الحكم الواقعية وهي الأسباب التي تبرر الواقع الذي إستخلصه القاضي هي التي يترتب عليها بطلانه وذلك دون الأسباب القانونية ، ذلك يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها ، وأن تكون مبنية على أسباب واضحة وجلية وغير مشوية بإيهام أو غموض أو نقض⁽³⁾. فالقاضي وهو يعرض لفصل كل نزاع يقوم على أي عنصر من عناصر الدعوي ، يتوقف الحكم فيها على الفصل فيه، يواجه كل دفاع جوهري يتمسك به الخصم ويبيدي رأيه فيه ، ليؤدي إلى ما انتهى إليه الحكم من نتيجة⁽¹⁾.

(1) اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، المادتين (43) ، (48).

(2) د. عزمي عبد الفتاح عطية تسييب الأحكام وأعمال القضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983م ، ص 15.

(3) طعن كويتي بالتمييز في 1996/6/30م ، الطعن رقم 60 ، لسنة 1995م ، تجاري .

(1) طعن كويتي بالتمييز في 1999/6/21م ، الطعن رقم 585 ، لسنة 1998م تجاري .

يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها ، والقاعدة هي وجوب أن يكون الحكم مسبباً ، إلا إذا إتفق الطرفان على خلاف ذلك ، أو إذا كان القانون واجب التطبيق على الإجراءات لا يوجب التسبب⁽²⁾.

الحكمة من التسبب إقناع طرفي النزاع بالمنطق والحجة لما توصل إليه المحكمون من قرار ، كذلك هذا التسبب يعين المحكمة المختصة عند إيداع القرار أمامها للتنفيذ ، وذلك للتأكد من بعض المسائل المتعلقة بعدم مخالفة الحكم للشريعة الإسلامية أو النظام العام ، غير ذلك من المسائل التي تؤدي إلى الطعن بالبطلان في الحكم.

وبما أن البعض ذهب إلى أن التسبب من النظام العام ، وعلى ذلك يجب تسبب حكم المحكم ، وإلا كان باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز مخالفته ، أي أن هذا ذهب إلى إستثناء التحكيم الدولي من التسبب ، فأجاز للمحكم الدولي أن يصدر حكمه دون تسبب. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الاتفاقيات البترولية في النادر ما تنص على ضرورة تسبب القرار التحكيمي ، وذلك يعود إلى أن قرارات محاكم التحكيم الغالبية منها نهائية غير قابلة للطعن، وهذه النظرة تبدو ضيقة ، إذ أن تسبب القرار له دور هام ومساعد وبدرجة كبيرة في تفسيره ، ومن النصوص التي أوجبت التسبب ما تضمنته المادة (176) من البروتوكول الملحق بالاتفاق الجزائري الفرنسي للهيدروكربونات سنة 1965م ، وكذلك ما تضمنته الاتفاقية المبرمة بين السعودية وأرامكو سنة 1955م ، على وجوب صدور أحكام محاكم التحكيم متضمنة للأسباب الموجبة لها⁽³⁾.

خلاصة القول تتفق نصوص الاتفاقيات الدولية ، ونصوص التشريعات الوطنية أن الأصل هو تسبب الحكم التحكيمي ، ويجب عدم التفرقة بين التحكيم الدولي ، والتحكيم الداخلي في ذلك الجانب ، لأن هدف التسبب في كلتي الحالتين واحد ، ومن ثم يجب عدم التفرقة بينهما فكلاهما يؤدي عملاً واحداً، ما لم يتفق

(2) محكمة دبي ، دعن رقم (83/46) تجاري ، جلسة 1984/2/22م.

(3) نفس المعنى تضمنته اتفاقية المركز الدولي بنص المادة (3/48) ، ليس فحسب بل أن المادة (1/52) من نفس الاتفاقية ، أجازت إلغاء الحكم إذا كان يخلو من الأسباب التي بني عليها ، المشار إليه لدى: د. أحمد عبد الحميد عشوش ، النظام القانون للاتفاقيات البترولية ، مرجع سابق ، ص 557.

الطرفان على خلاف ذلك ، لما للتسبب من فائدة قانونية تعود للمحكوم عليه أو للأطراف معاً ، في مراجعة القرار التحكيمي والاستتارة به في تحديد أوجه الطعن ، كما أنه يؤدي بالمحكّم إلى التأيي في إصدار قراره، لينال ثقة الخصوم ويكون غير مشوب بعيب من عيوب الطعن في القرارات التحكيمية. كما أنه يتعيّن في اتفاقيات الاستثمار الدولية (العقود الدولية للاستثمار) سواء أكانت تلك المتعلقة بالنشاط الاستثماري البترولي ، أو غيرها من الأنشطة الاستثمارية ، أن تنص في اتفاقيات التحكيم على ضرورة أن يتضمن قرار التحكيم الأسباب التي بني عليها.

3- منطوق الحكم:

يجب أن يشمل حكم التحكيم النتيجة النهائية التي انتهت إليها هيئة التحكيم حسماً للنزاع وهو ما يطلق عليه منطوق الحكم⁽¹⁾، وهو القرار الذي أصدرته هيئة التحكيم ، أيّاً كان مضمونه ، وفائدة منطوق الحكم هي إمكانية تنفيذه ، فيجب ألا يخرج منطوق الحكم عن موضوع النزاع ، وإلا تعرض الحكم للبطلان . وفي حالة تعدد المسائل المتنازع عليها يجب أن يتضمن منطوق الحكم كل منازعة على حدى⁽²⁾.

والمحكّم يملك سلطة القضاء بالمصروفات في منطوق الحكم ، وللمحكّم أيضاً أن يقضي بالفوائد التأخيرية ، لأنها من توابع الطلب الأصلي وملحقاته ، وبذلك لا يكون قد خرج عن حدود النزاع ، ويجب أن يكون المنطوق واضحاً، ولا ينطوي على تناقض بين أجزائه ، أما إذا كان الحكم خالي من أي منطوق، أو كان منطوقه متناقضاً فإنه يكون باطلاً لأنه وفي هذه الحالة لا يحقق وظيفته⁽¹⁾.

ومما سبق أن منطوق الحكم هو ما توصلت إليه هيئة التحكيم ، ويعتبر النتيجة النهائية التي خلصت إليها ، وتكمن فائدته في بيان ما يراد تنفيذه ، مما يتوجب أن تتطابق عناصر المنطوق مع طلبات الخصوم فلا تزيد عنها ، وألا

(1) د. خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 242.

(2) محكمة أبوظبي الاتحادية ، الطعن رقم (245) لسنة 1999م ، تجاري.

(1) د. محمد محمد بدران ، الجوانب القانونية والفنية لحكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ،

2010م ، ص 174.

يكون الحكم قد قضى بأكثر من مما طلبه الخصوم ، حتى يكون الحكم بمنأى من أسباب الطعن فيه بالبطلان.

المطلب الرابع

حجية حكم التحكيم

تعني حجية الحكم القضائي أن ما سبق عرضه على القضاء ، وتم الفصل فيه لا ينبغي أن يطرح مرة أخرى للنقاش أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أي محكمة أخرى لتفصل فيه من جديد ، فإذا ما تم طرح النزاع مرة ثانية ، على القاضي أن يقضي بمنع إعادة نظر الدعوى لسبق الفصل فيها. ويتبين أن الحجية تقوم على اعتبارات الصالح العام ، فهي تبني على إعتبارين أساسيين هما:

ضرورة وضع حد للمنازعات ، وتجنب تناقض الأحكام . فالأحكام التي حازت الحجية تكون حجة فيما فصلت فيه ، حسماً للحقوق ومنعاً لتأييد الخصومات طالما أن القضاء لم يعد قاصراً على درجة واحدة ، فلا يجوز للخصوم ذاتهم أن يعيدوا طرح النزاع الذي حسمته الأحكام ولو بأدلة قانونية أو واقعية أثرت أو لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى⁽¹⁾ . ويصبح عندها الحكم هو عنوان الحقيقة⁽²⁾ .

وعلى ذلك فإن حجية الأمر المقضي يمكن تعريفها بأنها : (قرينة قانونية تثبت بموجبها الوقائع ، وبها يتم الاعتراف بالحق بمقتضى حكم لا يمكن المعارضة فيه من جديد) ، ويترتب على هذا المبدأ على الصعيد الإجرائي ، قيام الطرف المدعى عليه ، بالدفع بحجية الأمر المقضي به ، وإن إدعاء خصمه يكون مرفوضاً ، لأن إدعاءه تم البت فيه من قبل بحكم نهائي ، وبالتالي أصبحت المسألة غير قابلة للنقاش من جديد ، على صعيد المنازعات القضائية⁽³⁾ .

والمبدأ العام هو أن أحكام التحكيم كأحكام القضاء ، تحوز الحجية بمجرد صدورها ، وحجية الحكم المقضي به ، تطرقت لها التشريعات الوطنية، القانون السوداني الذي لم يذكر الحجية لفظاً ، ولكنها تستشف معنى: (يكون قرار هيئة التحكيم ملزماً وينفذ تلقائياً أو بناءً على طلب كتابي للمحكمة المختصة..⁽¹⁾)، وتأتي قوة حكم التحكيم في نصه: (لا يجوز إستئناف الأمر الصادر من المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم) ، إذا تقدم المحكوم له بطلب تنفيذ الحكم للمحكمة المختصة بالتنفيذ ووافقت على طلبه ، لا يجوز للطرف الآخر استئناف قرار التنفيذ⁽²⁾ .

قانون التحكيم المصري نص على أنه: (تحوز أحكام التحكيم الصادر طبقاً لأحكام هذا القانون حجية الأمر المقضي ...⁽³⁾) ، وكذا الأمر في التشريع

(1) أ.د. محمد الشيخ عمر دفع الله ، الدعوى ، بدون ناشر ، ط2 ، ص 118 .

(2) د. عبد الله عيسى على الرمح ، حكم التحكيم ، مرجع سابق ، ص 228 .

(3) د. حسين حنفي عمر ، الحكم القضائي الدولي (حجية وضمائم تنفيذه) ، دار النهضة العربية ، القاهرة

ط1 ، 1997م ، ص 107 .

(1) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م المادة (40)

(2) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (47) .

(3) قانون التحكيم المصري ، المادة (55) .

اليمني الذي ينص على نفس المعنى⁽⁴⁾ ، والذي يعني أن الخصوم لا يستطيعون مخالفة حجية الأمر المقضي به ، فالأمر يتعلق بالنظام العام ، والحجبة تلحق الحكم من يوم النطق به ، ولو كان قابلاً للطعن.

حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار ، يكتسب حجبة الأمر المقضي به بمجرد صدوره ، شأنه شأن الحكم القضائي فلا يجوز لأي من الخصمين أن يلجأ إلى القضاء بعد صدوره ، إلا أنه يمكن مع قيام هذه الحجبة ، أن ترفع بشأنه دعوى ببطلانه إذا توافرت شروطها وهذه الحجبة تثبت للحكم قبل وضع الصيغة التنفيذية عليه ، ويترتب على ذلك أن الطرف الذي صدر الحكم لصالحه أن يتمسك به ، وبما يقرره له من حقوق في مواجهة من صدر ضده ، وهذا الأخير لا يجوز له طلب إعادة النظر في النزاع مرة أخرى أمام أي جهة قضائية أو تحكيمية ، وهذا مقتضى حجبة الأمر المقضي به⁽⁵⁾.

إذا كانت القوة التنفيذية لحكم التحكيم في عقود الاستثمار ، هي تنفيذه جبراً إذا إمتنع الملتزم فيه عن تنفيذه طواعية ، لا يجوز التنفيذ الجبري لحكم التحكيم ، إلا إذا كان الحكم ذا قوة تنفيذية⁽⁶⁾.

على ذلك فإن حكم التحكيم ، لا يكون قابلاً للتنفيذ ، إلا بعد إصدار الأمر من الجهة القضائية المختصة بمنحه الصيغة التنفيذية ، ولا يصدر الأمر إلا بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع تنفيذه⁽¹⁾.

خلاصة القول أن حكم المحكمين شأنه شأن الحكم القضائي ، يتمتع بحجبة الشيء المحكوم فيه التي تمنع إعادة طرح النزاع الذي تم حسمه على جهة القضاء مرة أخرى، مستنداً في ذلك إلى القرينة القانونية القاطعة التي يقررها الحكم باعتباره عملاً قضائياً يترتب آثار الحكم القضائي ولو لم يصدر الأمر بتنفيذه ، أو كان قابلاً للطعن فيه. المشرع السوداني ، لم يحذو حذو كل من المشرع اليمني والمشرع المصري ، بالنص صراحة على حجبة حكم التحكيم ، وإنما يستشف ذلك ضمناً بإسباغ الحجبة على أحكام التحكيم وإن لم ينص عليها.

(4) قانون التحكيم اليمني ، المادة (56) .

(5) محكمة دبي ، الطعن رقم (111) ، لسنة 1998م.

(6) د. أحمد محمد حشيش ، القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000م ، ص 6.

(1) د. أحمد شرف الدين ، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية ، مرجع سابق ، ص 65.

المبحث الثالث

تنفيذ حكم التحكيم

إنتهينا أن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي التي تتمتع بها الأحكام القضائية ، وينبني على إيداع حكم التحكيم أن يصبح الحكم صالحاً لتنفيذه ، فإذا ما قبل المحكوم عليه تنفيذ الحكم ودياً فلا محل لإتباع إجراءات التنفيذ الجبري ، وذلك أن الودية وليست الندية هي التي تحيط بالتحكيم باعتباره الأسلوب المتطور لفض المنازعات⁽¹⁾ ، فتجعل تنفيذ الحكم تلقائياً يرضخ له أطراف الخصومة رضوخاً إرادياً طوعياً⁽²⁾. وفي حالة عدم امتثال أحد أطراف خصومة التحكيم للتنفيذ رضا ، فما على المحكوم له إلا اللجوء إلى القضاء لاستصدار الأمر بتنفيذ حكمه

(1) د. فتحي والي ، قانون التحكيم ، مرجع سابق ، ص 172.

(2) د. محمد عبد الخالق الزغبي ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 254.

جبراً عن المحكوم عليه ، هذا ما سنقف عليه في بعض الاتفاقيات الدولية والإقليمية وما جرى عليه العمل في التشريعات المقارنة ، على النحو التالي:

المطلب الأول

تنفيذ حكم التحكيم في إتفاقية نيويورك

أبرمت هذه الإتفاقية والتي أعدت مشروعها غرفة التجارة الدولية ، في 10 يونيو عام 1958م ، وأصبحت نافذة في 7 يونيو 1959م ، وقد بلغ عدد الدول المنضمة إليها حتى 15 يونيو 2002م مائة واثنين وثلاثون دولة ، من ضمنها ثلاثة عشر دولة عربية⁽³⁾ ، ليس من بينها السودان حتى لحظة إعداد هذه الرسالة.

هذه الإتفاقية تعد من أفضل ما توصل إليه المجتمع الدولي في مجال الاعتراف وكيفية تنفيذ الحكم بموجب إجراءات تتسم بالوضوح والبساطة. تتميز هذه الإتفاقية بأنها عالمية ، وباب العضوية فيها مفتوح لجميع الدول، سواء أكانت عضواً في الأمم المتحدة أو وكالاتها ، أو ستصبح عضواً أو كانت طرفاً في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، أو تدعوها الجمعية العامة للأمم المتحدة لذلك⁽¹⁾.

تتألف الإتفاقية من (16) مادة ، تحدد المواد (1، 2 ، 7 ، 8) ، نطاق تطبيقها ، والمواد (3 ، 4 ، 5 ، 6) ، إجراءات وشروط تنفيذ أحكام التحكيم الداخلة في هذا النطاق ، أما المواد من المادة (9) وحتى المادة (16) فتتعلق بأحكام الإنضمام والتصديق عليها ، وكيفية تطبيقها في أقاليم الدول الأعضاء ، واستعرض أهم ما جاء في الإتفاقية:

1- نطاق تطبيق الإتفاقية:

(3) الدول العربية هي: مصر ، الأردن ، الكويت ، لبنان ، موريتانيا ، الجزائر ، البحرين ، جيبوتي ، تونس ، سوريا ، السعودية ، عمان. د. فوزي محمد سامي ، الإتفاقيات الدولية كمصدر لقواعد التحكيم. بحث ضمن كتاب التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة ، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الأول ، ط1 ، 2003م ، مرجع سابق ، ص 167 .

(1) إتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، المادة (8).

حددت الاتفاقية نطاق تطبيقها بالقول : (تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف ولتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها ، وتكون ناشئة عن نزاعات بين أشخاص طبيعية ومعنوية ، كما تطبق أيضاً على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدول المطلوب فيها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام⁽²⁾).

ويتضح من نص المادة ، أن اتفاقية نيويورك تطبق فقط على أحكام التحكيم الأجنبية دون الأحكام الوطنية ، وهذا أمر منطقي لأنها اتفاقية لا علاقة لها بالمعاملات الداخلية ، كما أنها اعتدت بمعياريين للفرقة بين الأحكام الأجنبية والأحكام الوطنية .

المعيار الأول: هو مكان صدور حكم التحكيم ، وفي هذا المعيار إتفقت مع إتفاقية جامعة الدول العربية ، وكذلك القانون السوداني.

المعيار الثاني: هو إنفرادها ، والذي يخص أحكام التحكيم التي تصدر في دولة ويراد تنفيذها في إقليم هذه الدولة نفسها ، وهذا في حالة إذا كانت هذه الدولة تعتبر هذه الأحكام أجنبية رغم صدورها فيها⁽³⁾.

كما أن النص لا يشترط لانطباق هذه الاتفاقية صدور حكم التحكيم في إحدى الدول المتعاقدة ، وعليه فإن حكم التحكيم الذي يصدر في دولة غير عضو في الاتفاقية ، يخضع تنفيذه في أي دولة عضو لأحكام الإتفاقية ، على الرغم من أنها لم تتضمن للإتفاقية⁽¹⁾.

وقد أرسيت الإتفاقية مبدأ المعاملة الوطنية ، بشأن معاملة هذه الأحكام الأجنبية ، وهذا يعني التزام الدول المتعاقدة ، بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم وفقاً

(2) اتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، المادة (1/1).

(3) د. غسان علي علي ، دور التحكيم في تسوية المنازعات .. ، مرجع سابق ، ص 424.

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، طبعة 1997م ، مرجع سابق ، ص 252. ويقول : ولكن الأمر لن يكون على هذا الحال ، إذا كانت الدولة قد تحفظت عند إنضمامها للاتفاقية ، يقصر إلزامها بتطبيق أحكام هذه الاتفاقية على الأحكام الصادرة في إحدى الدول الأعضاء ، وهذا الذي يحدث فعلاً ، والدول التي أوردت هذا التحفظ منها: سويسرا ، تنزانيا ، النمسا ، أمريكا ، الدنمارك ، نيجيريا ، كوريا ، المغرب ، الهند .. وغيرها ، وقد تحفظت بعض الدول بتنفيذ التحكيم للدول غير المتعاقدة بشرط المعاملة بالمثل ، من هذه الدول: روسيا ، رومانيا ، بلغاريا ، وهولندا ، وغيرها.

لقواعد المرافعات السارية في هذه الدول دون تمييز ، أو إخضاع هذه الأحكام لشروط أكثر تشدداً ، أو لرسوم أكثر تكلفة بدرجة ملحوظة عن الشروط المعنية بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية⁽²⁾.

وتسري أحكام هذه الاتفاقية وفقاً للمادة الأولى منها ، على تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية ولأجل ذلك فإنه ينضم في مجال تطبيق هذه الاتفاقية ، أحكام التحكيم الصادرة في منازعات بين الأفراد والشركات ، أو بين الشركات بعضها البعض ، كما أن الأشخاص المعنوية يشمل أشخاص القطاع العام ، كالهيئات والمؤسسات العامة ، ويشمل أيضاً نطاق الاتفاقية ، الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم الخاصة ، وأيضاً الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المؤسسية: (ويقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين وللغرض في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة ، يحتكم إليها الأطراف⁽³⁾).

2- إجراءات التنفيذ في أحكام الاتفاقية:

الاتفاقية وضعت قاعدة إسناد تحكيم ، لإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم ، والتي تتمثل في قانون القاضي ، وبناءً على ذلك يتم تنفيذ الحكم وفقاً للإجراءات المقررة في قانون الدولة ، التي يطلب تنفيذ الحكم فيها ، مع مراعاة عدم الوقوع في إحدى الحالات التي توجب رفض تنفيذ الأحكام التي نصت عليها الاتفاقية ، ويلاحظ أن الاتفاقية قرّبت بين أحكام التحكيم الأجنبية والوطنية ، لكنها لم تذهب إلى حد التسوية بينهما⁽¹⁾.

وقد أشارت الاتفاقية إلى الإجراءات الخاصة بطلب الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم في الدول المنضمة لها ، وأشارت إلى الوثائق التي يتعين أن تقدم مع الطلب إلى الدولة المراد منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه ، وهذه الوثائق هي:

(2) أ.د. محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 280 وما قرّره المادة (3) من الاتفاقية.

(3) اتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، المادة (2/1) .

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 263.

(أ) أصل الحكم الخاص بالتحكيم أو صورة منه مستوفية لشروط التصديق.

(ب) أصل اتفاق التحكيم الذي يحتوي على شرط التحكيم ، أو مشاركة التحكيم ، أو صورة منه ، مستوفية لشروط التصديق⁽²⁾.

إذا لم يكن الحكم أو اتفاق التحكيم مكتوباً باللغة الرسمية للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه ، فإن على طالب الاعتراف وتنفيذ الحكم ، أن يقدم ترجمة رسمية للوثائق المذكورة على أن تكون الترجمة مصدقاً عليها⁽³⁾.

مع مراعاة توافر هذه الأمور المشار إليها ، ألا تتعارض مع تطبيق قانون الدولة التي يطلب تنفيذ الحكم فيها ، على مسائل الإجراءات. أي بمعنى أنه يجب إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون محل تنفيذ الحكم ، إضافة للأحكام التي تقرها الإتفاقية في هذا الصدد⁽⁴⁾.

3- رفض المحكمة الاعتراف والتنفيذ بناءً على طلب الخصوم:

يحق للمحكمة المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم تحكيم صادر في دولة أخرى أن ترفض ذلك إذا قدم إليها الخصم دليلاً يثبت فيه أن الحكم مشوب بأحد العيوب التي عدتها الإتفاقية في المادة (5) منها ، وهذه العيوب تتلخص في نقص أهلية أطراف الإتفاق ، وعدم صحة العقد الأصلي ، وعدم إعلان الخصم بالتحكيم ، أو فصل التحكيم في أمرٍ لم يتفق عليه ، أو تجاوز الاتفاق ، ومخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءاته للاتفاق أو للقانون أو عدم نهائية الحكم ، وكما تستطيع السلطات المختصة لدى الدولة المرفوع إليها طلب الاعتراف أو التنفيذ ، رفض ذلك من تلقاء نفسها وبدون حاجة لطلب الخصوم، وفقاً للاتفاقية في حالتين:

- 1- إذا كان قانون بلد التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.
- 2- إذا كان في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ ، ويمكن للمنفذ عليه التذرع بهذين السببين أيضاً⁽¹⁾.

(2) اتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، المادة (4).

(3) اتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، المادة (3).

(4) د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 265.

(1) د. غسان علي علي ، دور التحكيم في تسوية ... ، مرجع سابق ، ص 426.

ومما تقدم يمكن القول أن إتفاقية نيويورك تعتبر من أفضل ما توصل إليه المجتمع الدولي من أدوات دولية قانونية في مجال الإعراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، حيث جاءت إجراءاتها مبسطة وواضحة ، كما أنها قامت بتقليص الأسباب المتاحة للدول المراد تنفيذ الحكم فيها رفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها ، أضف إلى ذلك أفسحت المجال للدول المتعاقدة لإدراج تحفظاتها بخصوص بعض الأحكام بما يتماشى مع سياستها التشريعية. غير أنها لم تخلُ من العيوب وأبرزها أنها لم تحدد المعيار الذي يستخدم لمعرفة مكان التحكيم ، وما يعتقد أنه من عيوب الإتفاقية يمكن فيه السر في نجاحها ، بإضفاء المرونة على أحكامها ، ودليل ذلك إقبال الدول للإنضمام إليها.

المطلب الثاني

تنفيذ حكم التحكيم في إتفاقية جامعة الدول العربية

لقد أبرمت هذه الإتفاقية في 14 سبتمبر 1952م ، بين الدول العربية بشأن تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات قضائية رسمية وأحكام التحكيم الأجنبية، فيما بين هذه الدول ، وقد وقعتها سبع دول في العام 1953م ، وهي: الأردن ، ولبنان ، وسوريا ، ومصر ، والعراق ، واليمن ، والسعودية ، ثم توالى إنضمام بقية الدول العربية وأصبحت سارية المفعول بعد شهر من إيداع وثائق تصديق الأردن عليها ، وذلك في 28 يوليو سنة 1954م. وكانت أول دولة تودع وثائقها وتصدقها هي السعودية في 5 أبريل 1954م ، تلتها مصر في 25 يوليو 1954م ، وذلك طبقاً للمادة (11) من الإتفاقية التي تنص على أن : (يعمل بهذه الإتفاقية بعد شهر من إيداع وثائق تصديق ثلاث من الدول الموقعة عليها ، وتسري في شأن كل من الدول الأخرى بعد شهر من إيداع وثيقة تصديقها أو إنضمامها⁽¹⁾).

(1) إتفاقية الجامعة العربية بشأن تنفيذ الأحكام التحكيم ، المادة (11).

تتضمن هذه الاتفاقية اثنتا عشرة مادة ، تتناول المواد الأربعة الأخيرة منها أحكام سريان الاتفاقية ، والإنضمام إليها والتصديق عليها ، والإنسحاب منها ، وقد كانت هناك بعض المشروعات لإتفاقية تحل محل هذه الاتفاقية ، كإتفاقية الرياض للتعاون القضائي والتي وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بقراره رقم (1) بتاريخ 1983/4/6م ، واتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، والتي وقع عليها وزراء العدل العرب. فيما عدا وزراء العدل في دول مجلس التعاون الخليجي والصومال في 1987/4/14م ، وهاتان الاتفاقيتان لم تحظيا بالتطبيق ، نظراً لعدم تصديق كل الدول العربية عليهما ، لذا يمكن القول أن اتفاقية عام 1952م هي التي ما تزال قائمة حتى اليوم⁽²⁾.

وعليه نتناول منها مجال تطبيق الاتفاقية ، وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم وشروط تنفيذ أحكام المحكمين وفقاً لها.

أولاً: نطاق تطبيق الاتفاقية:

تتناول الاتفاقية بالإضافة للأحكام القضائية ، أحكام المحكمين الصادرة في إحدى دول الجامعة العربية ، والمطلوب تنفيذها في إحدى الدول الأعضاء، ومعيار التفرقة بين الأحكام الوطنية والأجنبية ، تأخذ الاتفاقية بالمعيار الإقليمي وهو مكان صدور الحكم⁽¹⁾. ثم أن السلطة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم ، هي التي تثبت ما إذا كان التحكيم وطنياً أو أجنبياً⁽²⁾. كما أن نطاق تطبيق الاتفاقية، يقتصر طبقاً للمادة (11) على أحكام التحكيم الصادرة في بلد عربي عضو في الاتفاقية ، والمطلوب تنفيذها في بلد عربي آخر عضو فيها⁽³⁾، أي أنها إقليمية خاصة بالدول العربية فقط ، وليست مفتوحة للإنضمام إليها من كافة دول العالم، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية نيويورك⁽⁴⁾.

والأحكام التي تتناولها الاتفاقية ، هي أحكام التحكيم النهائية ، والتي استنفدت فيها طرق الطعن ، وانتهت مواعيدها ، وهذا يكون طبقاً لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم ، وليس قانون الدولة التي يراد تنفيذه فيها ، وذلك ما تعنيه المادة (3)

(2) د. غسان علي علي ، دور التحكيم في تسوية منازعات .، مرجع سابق ، ص 419.

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 283.

(2) د. منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي ، مرجع سابق ، ص 303.

(3) د. غسان علي علي ، دور التحكيم في تسوية ... ، مرجع سابق ، ص 420.

(4) د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ، مرجع سابق ، ص 283.

من نصوص الاتفاقية ، ثم أن هذه الاتفاقية تنطبق سواء أكان حكم التحكيم يتعلق بمنازعات في مسائل مدنية أو تجارية ، أو بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، أو تعويض عن إرتكاب جريمة ، وذلك إذا ما كان الحكم صدر في إحدى دول الجامعة العربية ، وذلك طبقاً لنصوص الاتفاقية⁽⁵⁾.

والمسائل التي تستبعد من نطاق الاتفاقية الأحكام التالية:

1. أحكام التحكيم الصادرة ضد حكومة الدولة المطلوب إليها التنفيذ.
2. أحكام التحكيم الصادرة ضد أحد موظفي الدولة المطلوب فيها التنفيذ بسبب وظيفته ، وإنفردت الاتفاقية بهذا الحكم دون غيرها من الاتفاقيات.
3. أحكام التحكيم التي يتعارض تنفيذها مع المعاهدات المعمول بها في البلد المطلوب فيه التنفيذ⁽⁶⁾.

ويشترط لأعمال الاتفاقية:

(1) أن يكون حكم التحكيم المراد تنفيذه قد صدر في دولة عضو فيها ، وأن يكون حكم التحكيم أجنبياً بالنسبة للدول المراد التنفيذ فيها أيضاً، وتأخذ الاتفاقية كما تقدم بالمعيار الإقليمي ، وعبء الإثبات يقع على السلطة المختصة، بتنفيذ حكم التحكيم ، تحديد ما إذا كان حكم التحكيم أجنبياً أم وطنياً، وليس لجنسية أطراف التحكيم أي أثر في وصف الحكم بالوطني أو الأجنبي.

(2) أن يكون الحكم المراد تنفيذه قد صدر بناءً على شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم صحيحين ، فبطلان شرط التحكيم أو المشاركة يؤدي إلى بطلان الحكم ، وتقدير صحة ذلك يعود إلى قانون القاضي المطلوب منه التنفيذ.

(3) أن يكون المحكم الذي أصدر الحكم مختصاً ، وفقاً لاتفاق التحكيم، أو مشاركة التحكيم ، والقانون الذي يحكم شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم في وجوده أو نطاقه ، وأي تجاوز للحدود التي وصفها المشرع

(5) اتفاقية الجامعة العربية بشأن تنفيذ أحكام التحكيم ، المواد (1 ، 3).

(6) اتفاقية الجامعة العربية بشأن تنفيذ أحكام التحكيم ، المادة (4).

، أو لاتفاق التحكيم ، يترتب عليه بطلان الحكم ، وعليه يتمتع بتنفيذه ، لأنه صدر من قضاء لا ولاية له .

(4) أن يكون حكم التحكيم قد صدر بناءً على إجراءات صحيحة ، ومنها إعلان الخصوم بالحضور إعلاناً صحيحاً ، ومراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي ، مثل احترام حقوق الدفاع ، ومعاملة الخصوم على قدم المساواة .

(5) أن يكون حكم التحكيم صادراً في مسألة مما يجوز التحكيم فيها ، وفقاً لقانون دولة التنفيذ ، نتيجة لأن هنالك مسائل قد ترتبط بمصالح عامة ، لا يجوز أن يكون تنظيمها موكولاً للأفراد .

(6) أن يكون الحكم نهائياً ، وغير قابل للطعن ، طبقاً لقانون الدولة التي صدر منها حكم التحكيم .

(7) وألا يكون حكم التحكيم ما يخالف النظام العام أو الآداب في الدولة المطلوب فيها التنفيذ⁽¹⁾ .

ومما يجدر الإشارة إليه ، أن البند الأخير من أعمال الاتفاقية ، أشار إلى أن فكرة النظام العام ، قد تكون عائقاً إذا فسرت تفسيراً خاطئاً ، في ظل المفاهيم الخاطئة والتي تستند في تكييفها إلى الإجهاد ، وقد تصطم بمفهوم السيادة الوطنية⁽²⁾ .

فإذا كان النظام العام الداخلي هو نسبياً ، مرتبطاً بالمصلحة العليا لدولة ما ، فإن النظام العام الدولي هو المصلحة العليا للمجتمع الدولي ، فرشوة المحكمين ، وشراء ضمير الشاهد ليبدلي بشهادة زور ، وبيع المخدرات ، تلك جميعها من النظام العام الدولي ، فالذي يتطلبه النظام العام الداخلي ، لكل بلد ومجتمع هو نسبي ومختلف من بلد لآخر ، أما النظام العام الدولي ، فهو مشترك بين جميع الدول ، ومن هنا فإن النظامين العامين ، النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي

(1) د. منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، مرجع سابق ، ص 309 .

(2) د. أحمد يحي الخزان ، التطور التشريعي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، بحث مقدم لدورة تنفيذ الأحكام الأجنبية ، التي نظمها المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، منشور بمجلة التحكيم الصادرة عن المركز ، العدد (61) ، يناير 2006م ، ص 50 .

، والحكم التحكيمي الدولي يبطل إذا خالف النظام العام الدولي ، وحتماً لا يبطل إذا خالف النظام العام الداخلي ، أما الحكم التحكيمي الداخلي ، فيبطله النظام العام الداخلي ، دون ثمة وجه لإدخال النظام العام الدولي في المسألة ، إذ أن ما يتضمنه النظام العام الداخلي ، لا شأن له بأحكام النظام العام الدولي ، فالأخير ذو نظرة شاملة ، وأحكامه تشمل العالم بأسره ، فمثلاً العقد الذي ظاهره عمولة، وباطله رشوة ، واستغلال نفوذ هو مخالف للنظام العام الدولي⁽³⁾.

ثانياً: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لاتفاقية جامعة الدول العربية:

كل دولة تعيّن السلطة القضائية المختصة ، التي يرفع إليها طلب التنفيذ وإجراءاته ، وتبلغ بذلك كل الدول الأعضاء ، وهذا الحكم يتفق مع قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي ، كما أن معظم التشريعات ، إتجهت إلى عقد الإختصاص بطلب تنفيذ الحكم الأجنبي للمحكمة الابتدائية ، الواقع في دائرتها محل التنفيذ وحسب التشريع المصري تختص محكمة استئناف القاهرة بإصدار أمر التنفيذ لحكم المحكمين الدولي ، ويخضع الحكم الصادر في هذه الدعوى إلى القواعد العامة المقررة للطعن في الأحكام⁽¹⁾.
ويجب على طالب التنفيذ أن يتضمن طلبه:

(1) صورة رسمية طبق الأصل من حكم التحكيم المراد تنفيذه ، مذيلاً بالصيغة التنفيذية.

(2) شهادة رسمية دالة على أن الخصوم أعلنوا بالحضور أمام هيئة المحكمين على الوجه الصحيح إذا حكم المحكمين المطلوب تنفيذه غيابياً.

(3) شهادة رسمية دالة على أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم نهائي واجب التنفيذ.

(3) د. عبد الحميد الأحديب ، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الدول العربية ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، سلسلة إصدارات المركز اليمني التوفيق والتحكيم ، العدد الأول ، 2003م ، ص 244.
(1) د. منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 302.

(4) شهادة رسمية دالة على إعلان حكم المحكمين المراد تنفيذه ، ولا تملك السلطة المختصة بتنفيذ حكم المحكم إعادة فحص موضوع النزاع أو مراجعته ، المادة (3) من الإتفاقية⁽²⁾.

وتكون الاتفاقية بذلك قد حسمت الجدل الذي كان في الفقه حول مراجعة الحكم المطلوب تنفيذه ، مراجعة موضوعية ، أو مجرد مراقبة الحكم ، من حيث الشكل والأمر بتنفيذه ، إذا توافرت فيه معظم الشروط الخارجية⁽³⁾.

إضافة إلى أنه لا يجوز النزول عن الاتفاقية ، ممن تحصل على حكم تحكيم ينفذ وفقاً لأحكامها ، والإلتجاء في التنفيذ بالإستناد إلى الأحكام العامة لتنفيذ أحكام المحكمين في دولة المقر ، أي اللجوء إلى الأحكام العامة لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ، كما لا يجوز رفع دعوى جديدة أمام محاكم دولة التنفيذ ، بالمطالبة بنفس الطلبات المحكوم له بها بموجب حكم التحكيم ، ذلك فإن الاتفاقية لا تهدف إلى صيانة المصالح العامة فحسب ، بل قصد بها مصلحة عامة لتحقيق استقرار المعاملات الدولية⁽¹⁾.

ثالثاً: شروط تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقاً لاتفاقية الجامعة العربية:

هذه الاتفاقية لم تتطلب شروطاً معينة في الحكم المراد تنفيذه ، وإنما نصت على حالات يجوز رفض الحكم إذا توافرت إحداها ، حيث ورد النص على هذه الحالات في المادة (3) التي نصت على أن : (السلطة القضائية المختصة المطلوب إليها التنفيذ ، أن ترفض تنفيذ حكم المحكمين المرفوع إليها في الأحوال التالية:

(1) إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.

(2) إذا كان حكم المحكمين غير صادر تنفيذاً لشرط أو لعقد تحكيم صحيحين.

(2) د. منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، مرجع سابق ، ص 424.

(3) أحمد السمداني ، تنفيذ أحكام المحكمين الدولية وفقاً للقانون الكويتي ، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الأول ، مارس 1998م ، ص 33.

(1) د. منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، مرجع سابق ، ص 425.

(3) إذا كان المحكمون غير مختصين طبقاً لعقد أو شرط التحكيم طبقاً للقانون الذي صدر قرار المحكمين على مقتضاه.

(4) إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح.

(5) إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام والآداب العامة ، في الدولة المطلوب إليها التنفيذ ، وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك ، وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام والآداب العامة فيها⁽²⁾.

(6) إذا حكم المحكمين ليس نهائياً في الدولة التي صدر فيها.

ويتوافر إحدى هذه الحالات ، يجوز للدولة المطلوب إليها التنفيذ ، أن ترفض هذا التنفيذ ، وبناءً على ذلك يمكن القول بأن الأصل هو تنفيذ الحكم ، والاستثناء هو رفض التنفيذ ، في توافر إحدى الحالات المتقدم ذكرها.

فيما يتعلق برفض حكم التحكيم الدولي ، من قبل الجهة المختصة المطلوب إليها التنفيذ ، وذلك في إطار النظام العام الدولي التي يتميز بنظرته الشاملة وأحكامه العامة ، وهذا الاتجاه هو الذي سار فيه القضاء التونسي ، ومن ذلك ما صدر من قرارات عن محكمة الاستئناف بتونس ، نورد منها ما يلي:

• قرار عدد (6969) بتاريخ 9 مارس 2004م ، مطلب من امرأة فرنسية Sarda ، تطلب فيه ضد امرأة تونسية ، تقيم بموناكو ، إكساء قرار تحكيمي الصيغة التنفيذية ، قضي لفائدتها بمبلغ ثلاثة ملايين دولار تضاف إلى الفوائد لتنفيذ الالتزام بينهن. دفع محامي الطرف التونسي مخالفة القرار لأحكام النظام العام التونسي ، إلا أن المحكمة قضت بالاكساء ، واعتبرت أنه لا يخالف النظام العام ، في معنى القانون الدولي الخاص⁽¹⁾.

وهكذا يتجلى القضاء التونسي فيما يخص التحكيم الدولي الشامل للاستثمار ، وقد أخذ بأحدث ما تم تكريسه من مبادئ بصفة مضيق ، حماية لمبدأ خصوصية واستقلال التحكيم. فالقاضي مطالب في إطار التحولات الاقتصادية الدولية التي يشهدها العالم ، أن يتوخى المرونة ، والمعاملة التي تحقق العدالة مع

(2) اتفاقية الجامعة العربية بشأن تنفيذ أحكام التحكيم ، المادة (3).

(1) عبد العزيز الدهماني ، بحث مقدم للمؤتمر الخامس حول التحكيم والاستثمار لعام 2004م ، الرباط ، المغرب ، والتي عقدها الإتحاد العربي للتحكيم الدولي ، بدون ناشر ، ص6.

بسط الثقة ، حتى تلعب مؤسسة التحكيم في بلادنا العربية دورها في النهوض بالاستثمار الخارجي بما يكسبه من ثقة.

المطلب الثالث

تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في التشريعات الوطنية

أي حكم عندما يصدر فإن التساؤل يثور حول كيفية تنفيذه ، فإما أن توضح الجهة التي أصدرته الكيفية التي ينفذ بها ، وإما أن يؤخر تنفيذه إلى وقت لاحق لصدوره ، وفي هذه الحالة يتقدم المحكوم له بطلب لتنفيذه ، وهذا يفرض علينا التعرف على كيفية تنفيذ حكم التحكيم في القانون السوداني والقوانين المقارنة. والحكم المراد تنفيذه ، إما أن يكون حكماً وطنياً صدر في إقليم الدولة ، وإما أن يكون حكماً أجنبياً صدر في إقليم دولة أخرى ، ومطلوب إضفاء الصيغة التنفيذية عليه من محاكم تلك الدولة المراد التنفيذ على أراضيها.

قبل صدور قانون خاص بالتحكيم في السودان ، ثار خلاف بين الفقهاء حول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في السودان ، إذ أن قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م نص بجواز تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية وذلك في المادة (306)

، ولم يتطرق إلى تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، حيث يرى البعض بأن الكلمة الواردة في نص المادة تشير إلى المعنى الضيق أي أحكام المحاكم⁽¹⁾ ، بينما يرى آخرون بجواز تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، ذلك لأن كلمة الحكم التي جاءت في النص تشمل أحكام التحكيم ولا تنحصر في قرارات المحاكم القضائية ، إذ أن الكلمة لا تقف عند المعنى الضيق لها⁽²⁾.

قانون التحكيم السوداني تطرق لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة (46) منه ، وهذه المادة تعتبر من محاسن هذا القانون حيث حسمت الجدل الذي كان يدور والنزاع الذي كان يثور بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، أي التي تصدر خارج السودان ، حيث أنه يجوز تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أمام المحاكم السودانية بعد التحقق من استيفائها الشروط التالية:

- (1) أن يكون الحكم أو الأمر صادر من هيئة أو مركز تحكيم طبقاً لقواعد إختصاص التحكيم الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه وأنه أصبح نهائياً وفقاً لقانون ذلك البلد.
- (2) أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.
- (3) ألا يتعارض الحكم أو الأمر مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم السودانية.
- (4) إن الحكم ليس فيه ما يخالف النظام العام أو الآداب في السودان.
- (5) أن يكون البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه يقبل تنفيذ أحكام المحاكم السودانية في أراضيه أو بموجب إتفاقيات تنفيذ الأحكام التي صادق عليها السودان⁽¹⁾.

(1) عبد العزيز محمد حسين ، قواعد وإجراءات التحكيم ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية القانون جامعة النيلين ، 1999م ، ص 26.

(2) د. أسامة محمد عثمان خليل ، التحكيم التجاري الدولي ، مجلة العدل السودانية ، العدد (5) ، يونيو 2002م ، (72/77-55).

(1) قانون التحكيم السوداني رقم (15) لسنة 2005م ، المادة (46).

المادة السابقة من قانون التحكيم السوداني والتي جاءت تحت عنوان ، تنفيذ حكم هيئة التحكيم الأجنبية ، الواضح أنها لم تبين الخطوات والإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، وإنما حددت شروط يجب توافرها لتنفيذ الحكم الأجنبي ، ذلك يعني أن على المحكمة التحقق أولاً من استيفاء هذه الشروط ، وإذا ما تحققت عندئذٍ تعترف بتنفيذ الحكم الأجنبي ، ليبدأ من بعدها ما يجب إتباعه من طالب التنفيذ حتى حصوله على الصيغة التنفيذية وهذا يحتاج أن تفرد له مادة منفصلة ، أضف إلى ذلك أن القانون لم يحدد المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

في تقديري أن المحكمة الأنسب لتولي الإختصاص بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي هي المحكمة العامة المطلوب تنفيذ الحكم في دائرتها ، وينعقد الإختصاص لها بموجب القواعد العامة المنظمة للإختصاص المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م ، وذلك لأن قضاة المحكمة العامة يتمتعون برصيد مقدر من التجربة يؤهلهم للقيام بالتحقق من استيفاء حكم التحكيم الأجنبي للشروط اللازمة لإعطائه الصيغة التنفيذية ومن ثم تنفيذه.

أما قانون التحكيم اليمني⁽¹⁾ هو الآخر لم يتحدث عن تنفيذ الحكم الأجنبي ، وقد أكتفى بالقول باختصاص المحاكم اليمنية بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية ، دون أن يميز بين أحكام التحكيم الأجنبية والوطنية ، وجاء النص: (تختص محكمة الاستئناف أو من تنبيهه بتنفيذ أحكام المحكمين) ، وبينت المواد اللاحقة طريقة تقديم الطلب ، وأخضع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية للقواعد المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية المنصوص عليها في قانون المرافعات⁽²⁾.

قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، جاء متميزاً على سابقه في إيضاح الخطوات الإجرائية الواجب إتباعها من طالب التنفيذ لحكم التحكيم الأجنبي ، وذلك بإيداع حكم التحكيم في قلم كتاب المحكمة المختصة ، المشار إليها في المادة (9) منه ، ويعتبر إجراءً أولياً ومهماً وضرورياً ليتم إسباغ الأمر

(1) قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م ، المادة (58).

(2) د. غازي شايف الأغبري ، الإتجاهات الحديثة وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبي في القانون اليمني ، مجلة التحكيم التي تصدر عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، العدد 33 ، نوفمبر 2002م.

بالتنفيذ عليه ويوجب القانون على المحكوم لصالحه في حكم التحكيم أن يودع أصل الحكم أو صورة موقعة منه وذلك باللغة التي صدر بها، أو ترجمة منه باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان حكم التحكيم صادر بلغة أجنبية ، وذلك قلم كتاب المحكمة المشار إليه في المادة (9) من هذا القانون ، ويتولى كاتب المحكمة تحرير محضر بهذا الإيداع ، ويجوز لكل طرفي التحكيم أن يحصل على صورة من هذا المحضر. والغرض من هذا الإيداع هو سلطة القضاء في الدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها من فرض ولايتها على هذا الحكم ، والتأكد من توافر شروط تنفيذه ، بعدم معارضة لأي حكم قضائي سبق وصدور في المحاكم المصرية في موضوع النزاع ، كما أنه لا يخالف النظام العام في مصر ، وأنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه ، إعلاناً قانونياً صحيحاً وذلك عملاً بالمادة (2/58) من قانون التحكيم المصري⁽³⁾.

خلاصة القول أن حكم المحكمين حتى يتم تنفيذه ، يلزم المحكوم لصالحه أن يتبع خطوات إجرائية معينة تمكنه من الحصول على أمر التنفيذ ، وأن الحكم لا ينفذ بغير شموله على أمر التنفيذ ، والعلة في ذلك أن حكم التحكيم قضاء خاص ، والأمر بالتنفيذ هو الذي يعطيه قوة الحكم القضائي. فالمحكم وأن كان قراره يتمتع بقوة الحكم القضائي ، ولكنه يفتقر إلى السلطة الأمرية التي تمكنه من تنفيذ حكمه ، وهو عندئذٍ يحتاج لسلطة القضاء ، كما أن أمر التنفيذ يتيح للقضاء رقابة حكم التحكيم المطلوب منه تنفيذه ، وهي رقابة تختلف في مضمونها من تشريع لآخر .

(3) د. خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 485.

المبحث الرابع حكم التحكيم الصادر وفقاً لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

ويعتبر هذا المركز⁽¹⁾ الهيئة الدولية الوحيدة المتخصصة في تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب (الأفراد أو الشركات الخاصة). ونظراً لكثرة تدفق الاستثمارات في الأونة الأخيرة ، فقد تزايدت القضايا المعروضة عليه⁽²⁾ ، وأصبحت أحكامه المنشورة تشكل إجهادات قضائية هامة بالنسبة للتحكيم في مجال الاستثمار.

(1) أبرمت اتفاقية واشنطن الخاصة بفض منازعات الاستثمار بين الدول ، بين مواطني الدول الأخرى بتاريخ 18 مارس 1965م ، ودخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966م ، وقد بلغ الدول الموقعة عليها 154 دولة حتى 2003م ، منها 140 دولة صدقت عليها لتصبح دولاً متعاقدة.

(2) بتاريخ 2005/12/31م كانت هناك 101 قضايا معلقة أمام المركز

ونظراً للقوة الإلزامية التي يتمتع بها الحكم الصادر في إطار إتفاقية واشنطن إضافة على العقوبات التي قد تتعرض لها الدولة عند عدم التزامها بالاعتراف وتنفيذ حكم تحكيم المركز⁽³⁾ ، نتساءل عما هي أوجه الرقابة على صحة الأحكام ، وما هو النظام الذي وضعته إتفاقية واشنطن لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفقاً لنظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وللإجابة على هذه التساؤلات نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في الأول الرقابة على صحة أحكام تحكيم المركز ، ونخصص الثاني لكيفية تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لنظام المركز.

المطلب الأول

الرقابة على صحة أحكام تحكيم المركز

من خلال معالجة نصوص إتفاقية واشنطن ، يلاحظ أنها أكدت على نهائية وضرورة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفقاً لنظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مع النص على أسس محددة وضيقة يجوز بواسطتها طلب إبطال حكم تحكيم المركز ، وما يؤكد على صحة ذلك أن أول طلب لإبطال أحد أحكام التحكيم الصادرة في إطار نظام المركز كان في فبراير 1984م في نزاع شركة Klockner وآخرين مع حكومة الكاميرون ، أي بعد تسعة عشر عاماً تقريباً من دخول إتفاقية واشنطن حيز التنفيذ⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن القاعدة هي عدم الاعتراض على حكم تحكيم المركز، إلا أن الإتفاقية نصت على بعض الإجراءات يمكن لكل طرف في النزاع اتخاذها بعد صدور الحكم بهدف رقابته أو تجنب أي غموض أو أخطاء فيه ، وبالتالي يمكن لأطراف النزاع المطالبة بتصحيح وتغيير الحكم ، أو بإعادة النظر فيه ، أو حتى إبطاله وفقاً للشروط والحدود الزمنية الواردة في إتفاقية واشنطن⁽²⁾.

أولاً: تصحيح وتفسير الحكم:

(3) إتفاقية واشنطن 1965م ، المواد (27، 64) .

(1) مونييه جمعي ، الاستثمار الأجنبي في ظل القانونين الجزائري والمصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009م ، ص 246.

(2) في هذا المعنى ، د. منى محمود مصطفى ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 50.

(أ) تصحيح الحكم:

أجازت الاتفاقية في المادة (2/49) تصحيح ما وقع في الحكم من أخطاء وذلك إذا توافرت الشروط التالية:

1. أن يطلب أي من الخصوم ذلك كتابياً ، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقوم بالتصحيح من تلقاء نفسها.
2. أن يكون الخطأ مادياً ، ويقصد بالخطأ المادي ، الخطأ في التعبير عن الإرادة سواء إتخذت صورة خطأ كتابي أو حسابي، وبالتالي لا يعد خطأ قابلاً للتصحيح ، الخطأ فيما يتعلق بتقدير الوقائع أو تحديد القاعدة القانونية التي تحكم النزاع أو تفسير تلك القاعدة.
3. أن يقدم طلب التصحيح خلال 45 يوماً من تاريخ صدور الحكم الأصلي⁽³⁾.

فإذا توافرت هذه الشروط تقوم هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم الأصلي بإبلاغ الطرف الآخر بطلب التصحيح ثم تنتظر في هذا الطلب ، ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزء لا يتجزأ من الحكم الأصلي ، ثم يبلغ الخصوم بهذا الحكم عن طريق إرسال السكرتير العام للمركز صورة معتمدة من الحكم المطابق ، ويعتبر الحكم قد صدر في يوم إرسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم

(ب) تفسير الحكم:

نصت اتفاقية واشنطن على أنه:

1. إذا نشأ أي نزاع بين الطرفين حول معنى أو مضمون الحكم ، فلكل طرف أن يطلب تفسير الحكم عن طريق تقديم طلب كتابي بذلك إلى السكرتير العام.
2. يجب أن يقدم الطلب أن أمكن إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، وإذا تعذر ذلك تتشكل محكمة جديدة وفقاً للفصل الثاني من هذا

(3) إتفاقية واشنطن لسنة 1965م ، المادة (2/49) .

الكتاب ، ويمكن للمحكمة إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك أن
تؤجل تنفيذ الحكم لحين صدور قرارها⁽¹⁾.

ويتضح من النص السابق ، أنه إذا ثار نزاع بين الأطراف حول معنى أو
مضمون الحكم ، فلكل طرف الحق في المطالبة بتفسير الحكم عن طريق التقدم
بطلب كتابي بهذا المضمون إلى السكرتير العام للمركز ، ويجب أن يكون هذا
الطلب مؤرخاً ومشيراً إلى الحكم الذي يتعلق به ، وأن يذكر بالتفصيل النقطة أو
النقاط المطلوب تفسيرها في الحكم ، وأخيراً يجب أن يرفق به رسوم الإيداع. وعند
استلام السكرتير العام لطلب تفسير الحكم ورسوم إيداعه ، فإنه يسجله ويعلن
الأطراف بذلك ويرسل نسخة من الطلب وأي مستندات به للطرف الآخر.

كما يعرض الطلب على المحكمة التي أصدرت الحكم بناءً على اتصالات
وتسيق بينها وبين السكرتير العام ، وإذا تعذر ذلك يتم تشكيل محكمة جديدة
لتفسير الحكم وفقاً لنصوص الفصل الثاني من الباب الرابع من الاتفاقية⁽²⁾.

ويجوز للمحكمة التي تنظر طلب التفسير أن توقف تنفيذ الحكم ، إذا رأت
ضرورة لذلك إلى حين إصدار قرارها في طلب التفسير⁽¹⁾.

والجدير بالملاحظة أن الإتفاقية لم تحدد وقتاً معيناً لتقديم طلب التفسير ،
على خلاف طلب تصحيح الحكم الذي اشترطت لتقديمه خلال 45 يوماً من تاريخ
صدور الحكم ، وبالتالي يجوز تقديم طلب التفسير في أي وقت بعد صدور الحكم
وبدون أي قيود زمنية.

ثانياً: إعادة النظر في الحكم:

أجازت الإتفاقية في المادة (50) لكل طرف من أطراف النزاع بعد صدور
الحكم أن يتقدم بطلب إعادة النظر فيه إلى السكرتير العام للمركز إذا توفرت
الأسباب الموجبة لذلك.

أ. أسباب طلب إعادة النظر:

(1) اتفاقية واشنطن لسنة 1965م ، المادة (50) .

(2) اتفاقية واشنطن ، المادة (50) .

(1) اتفاقية واشنطن ، المادة (50) .

الأسباب التي يتطلبها إعادة النظر في الحكم ، حددتها المادة (1/51) من الإتفاقية ، وتتمثل في ظهور وقائع جديدة لم تكن معلومة عند صدور الحكم ، ويشترط في هذه الوقائع أن يكون من شأنها التأثير في الحكم بشكل جوهري ، بمعنى لو كانت معلومة لهيئة التحكيم وقت صدور الحكم لصدر بشكل مغاير لما هو عليه ، وأن تكون مجهولة لدى كل من هيئة التحكيم والطرف طالب إعادة النظر ، وأن تكون من الواقع وليس من القانون ، وأخيراً ألا يكون عدم العلم بهذه الوقائع راجعاً إلى خطأ أو إهمال طالب إعادة النظر⁽²⁾.

ب. ميعاد تقديم طلب إعادة النظر:

يجب تقديم طلب إعادة النظر إلى السكرتير العام خلال تسعين يوماً من تاريخ إكتشاف الواقعة ، وفي جميع الأحوال يجب تقديم هذا الطلب خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

ويترتب على عدم إمتثال الطالب لهذا الميعاد سقوط حقه في طلب إعادة النظر ، إذ أنه ليس من المعقول أن يبقى الحكم مهدداً بالإلغاء إلى الأبد⁽¹⁾.

ج. الجهة المختصة بنظر الطلب:

يقوم السكرتير العام للمركز بمجرد تقديم الطلب إليه ، وتحققه من توفر الشروط السابقة ، بعرضه على هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم المطلوب إعادة النظر فيه ، إذا كان ذلك ممكناً ، أما إذا تعذر ذلك فتشكل هيئة تحكيم جديدة طبقاً للفصل الثاني من الباب الرابع من الإتفاقية⁽²⁾.

د. الآثار التي تترتب عن طلب إعادة النظر:

يترتب على تقديم الطلب وقف التنفيذ إذا توافرت الشروط الواردة في المادة (4/51) من الاتفاقية المتمثلة في:

1. إذا ما قررت المحكمة وقف التنفيذ وفقاً للظروف المحيطة

بالمنازعة.

(2) د. حسين أحمد الجندي ، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي على ضوء اتفاقية واشنطن

، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005م ، ص 276.

(1) اتفاقية واشنطن 1965م ، المادة (2/51) .

(2) اتفاقية واشنطن 1965م ، المادة (3/51).

2. إذا طلب ذلك الخصم⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن طلب وقف التنفيذ يجب أن يتم من خلال طلب إعادة النظر ، وعليه لا يجوز للخصم طلب وقف التنفيذ استقلاً عن طلب إعادة النظر.

ثالثاً: إبطال الحكم:

أجازت اتفاقية واشنطن لكل من طرفي النزاع تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام لإبطال حكم التحكيم ، وذلك إذا توافر أحد الأسباب التي أوردها المادة (1/52) على سبيل الحصر.

(أ) أسباب البطلان:

حددها المادة (1/52) بشكل واضح وصريح وعلي سبيل الحصر كالتالي:

1- الخطأ الجسيم في تشكيل محكمة المركز:

ويحصل ذلك عند عدم التقيد بالشروط والإجراءات التي تنص عليها الاتفاقية في تشكيل محكمة التحكيم ، كالشروط المتعلقة بجنسية المحكمين أو توافر مؤهلات وصفات معينة فيهم.

والواقع أن هذا السبب من أسباب البطلان نادر الوقوع لأن تشكيل محكمة التحكيم يخضع لرقابة دقيقة من قبل سكرتارية المركز.

2- تجاوز محكمة التحكيم لسلطاتها بشكل واضح:

لا يكفي لطلب بطلان حكم التحكيم أن تتجاوز المحكمة سلطاتها ، وإنما يجب أن يكون هذا التجاوز واضحاً وظاهراً ، ويتحقق ذلك إذا تخطت هيئة التحكيم الصلاحيات والاختصاصات الممنوحة لها في اتفاق الأطراف ، وهناك عدة أمثلة تجسد ذلك خاصة بالنسبة لتجاوز أو عدم احترام الهيئة للقانون واجب التطبيق وفقاً لأحكام المادة (42) من الاتفاقية.

ففي نزاع بين شركة Wena وحكومة جمهورية مصر العربية⁽¹⁾ ، قدمت الشركة بتاريخ 24 يناير 2001م أمام سكرتارية المركز طلب أبطال الحكم إستندت

(3) اتفاقية واشنطن 1965م ، المادة (4/51).

فيه على ثلاثة أسباب ، ومن بين تلك الأسباب تجاوز المحكمة الواضح لسلطاتها ، حيث يتجلى هذا التجاوز من جانب المحكمة في قبولها لدعوى شركة Wena بالنيابة عن مستثمر لا يمتد إليه نطاق تطبيق إتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين مصر والمملكة المتحدة ، وذلك علاوة على فشل المحكمة في تطبيق القانون المصري وفقاً لنص المادة (1/42) من إتفاقية واشنطن.

ترى لجنة التحكيم أن المحكمة قد أصابت في تقديرها أن شركة Wena فقط هي صاحبة الحق في التعويض عن مخالفة الحكومة المصرية لالتزاماتها الواردة في إتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المبرمة بين مصر والمملكة المتحدة، ويترتب على ذلك أن قبول المحكمة لدعوى شركة Wena ضد الحكومة المصرية لا يمثل أي تجاوز واضح لسلطاتها ويبرر إبطال الحكم وفقاً لنص المادة (1/52) من الإتفاقية.

وبشأن القانون واجب التطبيق على النزاع ، فتري لجنة التحكيم أن نزاع شركة Wena مع الحكومة المصرية ، إنما هو نزاع مستقل عن نزاع هذه الشركة مع شركة الفنادق المصرية ، ويتعلق بمسلك الحكومة المصرية تجاه شركة Wena ، وبما يخالف التزاماتها في إتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار التي أبرمتها مع المملكة المتحدة ، ولا يوجد اتفاق بين الأطراف على القانون واجب التطبيق على النزاع وفقاً لمفهوم العبارة الأولى من المادة (1/42) من إتفاقية واشنطن.

وفيما يتعلق بتطبيق محكمة التحكيم لنصوص إتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار باعتبارها المصدر الأول للقانون الواجب التطبيق على النزاع ، فتري اللجنة أنه نظراً لعدم وجود اتفاق بين الأطراف على القانون واجب التطبيق ، يتم تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي واجبة التطبيق على النزاع وفقاً لنص المادة (1/42) من الإتفاقية.

وبما أن هناك تعارضاً واضحاً بين القانون المصري وأحكام إتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المبرمة بين الحكومة المصرية والمملكة المتحدة ، وباعتبار

(1) د. محمد الحسن الفايد ، الدعوى ببطان أحكام التحكيم الدولية ، بدون ناشر ، القاهرة ، 2007م ، ص

أيضاً أن مبادئ القانون الدولي العام تملو في الدرجة على القوانين الوطنية ، خاصة وأن الدستور المصري يعطي للاتفاقيات والمعاهدات التي تمّ التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية قوة القانون. لذلك ترى لجنة التحكيم أن تطبيق المحكمة لنصوص اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المبرمة بين مصر والمملكة المتحدة باعتبارها المصدر الأول للقانون واجب التطبيق على النزاع لا يمثل تجاوزاً واضحاً من جانب المحكمة وسلطاتها ، وبالتالي لا يجوز إبطال الحكم وفقاً لنص المادة (1/52) من اتفاقية واشنطن⁽¹⁾.

3- رشوة أحد أعضاء المحكمة:

ويقصد بذلك تلقي المحكم مبلغاً من المال أو منفعة من قبل أحد الأطراف لإصدار الحكم لصالحه. وهذا السبب وإن كان يعتبر سبباً لإبطال حكم التحكيم حسب اتفاقية واشنطن ، إلا أنه من النادر حدوثه، نظراً للشروط الدقيقة المفروضة على تعيين المحكمين ، سواء من الأطراف أو من رئيس المجلس الإداري للمركز ، من حيث السمعة الحسنة ، الكفاءة ، الخبرة والنزاهة ويضاف لذلك الأجور الباهظة التي يحصلون عليها⁽¹⁾.

4- المخالفة الجسيمة لقواعد الإجراءات الأساسية:

حتى تعتبر المخالفة سبباً للإبطال ، يجب أن تكون مخالفة جسيمة أو خطيرة وفي هذا الخصوص وفي قضية Wena مع الحكومة المصرية ، استندت الحكومة المصرية في طلب إبطال حكم التحكيم على ثلاثة أسباب من بينها ، المخالفة الخطيرة من جانب المحكمة لقواعد الإجراءات الأساسية.

حيث يرى الجانب المصري أن هذه المخالفة تتجسد في عدم استدعاء المحكمة لرئيس شركة الفنادق المصرية للشهادة في النزاع ، إضافة إلى عدم إلزامها لشركة Wena بتحديد الخسائر التي تكبدتها ، خاصة أن هناك أحكام تحكيم صادرة في جمهورية مصر العربية ، بشأن تعويض الشركة عن هذه الخسائر ، وأخيراً يرى

(1) د. محمد الحسن الفائد ، الدعوة ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، بدون ناشر ، القاهرة ، 2007م ، ص 228.

(1) د. غسان علي علي ، دور التحكيم في التسوية، مرجع سابق ، ص 486

الجانب المصري أنه لم تتح له الفرصة لبيان وجهة نظره بشأن القواعد الملزمة لحساب قيمة الفوائد المالية المستحقة لشركة Wena.

كان في تقدير لجنة التحكيم أن عدم استدعاء المحكمة لرئيس شركة الفنادق المصرية لتقديم شهادته في النزاع لا يمثل مخالفة لقواعد الإجراءات الأساسية، حيث لا يوجد بهذه الاتفاقية أي إلتزام على المحكمة بضرورة طلب المزيد من الأدلة ، فهذا الحق إختياري للمحكمة وخاضع لتقديرها ، وبالتالي فإن عدم استخدامه لا يمثل مخالفة خطيرة لقواعد الإجراءات الأساسية الواجب إتباعها⁽²⁾.

وفيما يتعلق بعدم إلزام المحكمة لشركة Wena بتحديد الخسائر التي تكبدتها، فقد رأّت اللجنة أن هذا الموضوع يدخل في نطاق القانون الواجب التطبيق على النزاع وفقاً لنصوص اتفاقية واشنطن⁽³⁾ ، ولا يدخل في نطاق تطبيق قواعد الاتفاقية بشأن إبطال حكم التحكيم لوجود مخالفة خطيرة لقواعد الإجراءات الأساسية⁽¹⁾.

وأخيراً رفضت لجنة التحكيم الأخذ بوجهة نظر الجانب المصري في أنه لم تتح له الفرصة لبيان وجهة نظره ، حيث رأّت لجنة التحكيم أن المحكمة قد أتاحت لأطراف النزاع أكثر من فرصة لبيان وجهة نظرهم. ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الاستناد إلى هذه المسألة لتبرير إبطال الحكم الصادر من محكمة التحكيم.

بناءً على ما سبق إنتهت لجنة التحكيم إلى أنه لا توجد أي مخالفة خطيرة لقواعد الإجراءات الأساسية من جانب محكمة التحكيم.

5- القصور في التسبيب:

يستطيع الأطراف إبطال الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز إذا شاب ذلك الحكم قصور في التسبيب: (يجب أن يتناول الحكم كل مسألة طرحت على المحكمة ، وأن يبيّن الأسباب التي بني عليها⁽²⁾)، ويكون الحكم قاصراً في التسبيب إذا تضمن أسباباً متناقضة أو غير مقنعة أو ضعيفة.

(2) د. محمد الحسن الفايد ، الدعوى ببطان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ، ص 232

(3) اتفاقية واشنطن ، المادة (1/42).

(1) اتفاقية واشنطن ، المادة (1/52 د).

(2) اتفاقية واشنطن ، المادة (3/48) .

وهذا ما أيدته لجنة التحكيم في قضية Mine ضد حكومة غينيا ، وذلك بقولها: (يتعين إبطال الحكم لإخفاق هيئة التحكيم في ذكر الأسباب التي بني عليها الحكم صراحة وبالذات تلك التي تؤثر على محصلته ونتيجته ، كما يتعين الإبطال إذا بني الحكم على أسباب تبدو متناقضة أو متعارضة⁽³⁾).

وفي قضية Klochner ضد حكومة الكاميرون ، قررت لجنة التحكيم فشل المحكمة في بيان الأسباب التي استندت إليها ، وفي تقديرها أن التزام الشركة تجاه حكومة الكاميرون هو التزام بتحقيق نتيجة وهو ما لم تنفذه الشركة ، وبناءً عليه حكمت المحكمة بمسئولية الشركة عن عدم الوفاء بالتزاماتها تجاه حكومة الكاميرون دون الأسباب التي استندت إليها في حكمها مما ترتب عليه إبطاله⁽⁴⁾.

(ب) ميعاد الإبطال:

حددت الاتفاقية زمنًا معينًا لتقديم طلب الإبطال وهو (120) يوماً من تاريخ صدور الحكم ، إلا إذا كان طلب إبطال الحكم قائماً على أساس الرشوة ، ففي هذه الحالة يجب تقديم الطلب خلال (120) يوماً من إكتشاف الرشوة أو على الأقصى الثلاث سنوات التي تلي صدور الحكم⁽¹⁾.

(ج) إجراءات الإبطال:

تمارس إجراءات الإبطال أمام لجنة مؤقتة مكونة من ثلاثة أعضاء تشكل خصيصاً لهذا الغرض من طرف رئيس المجلس الإداري وذلك بمراعاة الشروط التالية⁽²⁾:

1. أن يكون أعضاء اللجنة من المدرجين على قائمة المحكمين.
2. ألا يكون أحد أعضاء اللجنة المذكورة من أعضاء المحكمة التي أصدرت الحكم من قبل.

(3) د. محمد الحسن الفايد ، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ، ص 264.

(4) د. حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 283.

(1) اتفاقية واشنطن ، المادة (2/25).

(2) اتفاقية واشنطن ، المادة (3/53).

3. لا يجوز أن يحمل أحد أعضاء اللجنة جنسية أحد أعضاء المحكمة التي أصدرت الحكم من قبل ، أو جنسية الدولة الطرف في النزاع أو جنسية الدولة التي يكون أحد رعاياها طرفاً في النزاع.
4. ألا يكون قد عيّن أحد أعضاء اللجنة في قائمة المحكمين بواسطة هاتين الدولتين (الدولة الطرف - دولة المستثمر).
5. ألا يكون عضو اللجنة قد شارك في القضية بصفة مستشار.
- وتطبق اللجنة نصوص المواد (41 ، 45 ، 48 ، 49 ، 53 ، 54) ومواد البابين السادس والسابع مع التعديلات الواجبة حسب الأحوال على الإجراءات.
- تستطيع اللجنة إذا رأت أن الظروف تحتم ذلك ، أن تقرر وقف تنفيذ الحكم لحين صدور قرارها ، وإذا تضمن طلب الإبطال تأجيل تنفيذ الحكم فإن تأجيله يكون مؤقتاً لحين صدور قرار اللجنة ، وإذا أبطل الحكم يعرض النزاع على طلب أي من الطرفين أمام محكمة جديدة تشكل طبقاً لنص المادة (52) من الاتفاقية⁽¹⁾.
- يلاحظ أن حكم التحكيم الصادر عن المركز يتميّز بأنه نهائي ولا يمكن استئنافه ، كما أنه لا يجوز الاعتراض على الإعراف بالحكم الصادر عن المركز ورفض تنفيذه على أساس الدفع بالنظام العام ، ونظراً للقوة التي يتمتع بها الحكم الصادر في إطار إتفاقية واشنطن ، حددت الاتفاقية وسائل داخلية للرقابة على صحة أحكام تحكيم المركز تتمثل في تصحيح وتفسير الحكم ، وإعادة النظر في الحكم وإبطال الحكم.
- وتصحيح الحكم لا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها إذ يلزم له أن يتقدم بطلبه أحد الأطراف ، كما أن الاتفاقية لم تحدد وقتاً معيناً لطلب التفسير ، ذلك يعني أنه يمكن تقديمه في أي وقت وبدون قيود زمنية.
- أما إعادة النظر في الحكم ، لا يتحقق إلا بظهور وقائع جديدة لم تكن معلومة يمكن أن تؤثر في الحكم بصورة جوهرية ، كما يلزم لوقف تنفيذ الحكم أن يقدم متزامناً مع طلب إعادة النظر. كما أن الاتفاقية أعطت الأطراف حق طلب إبطال الحكم إذا توافر أحد الأسباب الموجبة لذلك.

(1) إتفاقية واشنطن ، المواد : (41 ، 45 ، 48 ، 52 ، 53 ، 54).

وفي تقديري أنه في حالة تقدم أحد الأطراف بطلب بإبطال الحكم ، وقامت اللجنة المؤقتة المعينة بواسطة المجلس الإداري بإبطال الحكم ، يتم تعيين هيئة جديدة لتتظر النزاع ينفرد بتعيينها رئيس مجلس الإدارة ، على الرغم من أن تعيين الهيئة التي نظرت النزاع ابتداءً يتم بمعرفة الأطراف أنفسهم وتكون العملية التحكيمية تحت إشرافهم وسيطرتهم. ذلك يبرز الحاجة الملحة في أن تخضع الإتفاقية لعملية مراجعة تقييماً وتقويماً في كل بنودها وخاصة تلك المتعلقة بطرق الرقابة الذاتية التي حددتها الاتفاقية.

المطلب الثاني

تنفيذ أحكام تحكيم المركز

تضمنت اتفاقية واشنطن مجموعة من المواد التي تعد على درجة كبيرة من الأهمية في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، إذ أنها شملت بميزة النفاذ المباشر داخل دولة التنفيذ دون الحاجة إلى فرض أي رقابة قضائية عليه ، وهذا يعد تطوراً غير مسبق جاء به هذه الاتفاقية مقارنة مع غيرها من الاتفاقيات النازمة لمسائل التحكيم.

يعتبر تنفيذ حكم التحكيم خارج الدولة التي صدر فيها معياراً رئيسياً في تقدير نجاح نظام التحكيم بإعتباره وسيلة ملائمة وسريعة لتسوية المنازعات. لذلك حرصت إتفاقية واشنطن على وضع تنظيم بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، وبذلك جاء في الإتفاقية ما يلي:

(تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناءً على هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من أحد محاكمها ، وتلتزم الدول المتعاقدة ذات النظام الفيدرالي بضمان تنفيذ الحكم في أو عن طريق محاكمها الفيدرالية أو بالنص على أن هذه المحاكم

يجب أن تعامله كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من إحدى محاكم الدولة المكونة للاتحاد⁽¹⁾.

ويتضح لنا من هذا النص أن اتفاقية واشنطن لا تدع مجال للشك في وجود التزامين أساسيين على عاتق الدول المتعاقدة يتمثلان في:

الأساس الأول: الاعتراف بالحكم الصادر وفقاً للاتفاقية بإعتباره حكماً ملزماً.

الأساس الثاني: تنفيذ الإلتزامات المالية الواردة به داخل إقليمها كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من أحد محاكمها.

ويترتب على عدم التزام إحدى الدول المتعاقدة بالاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة في إطار المركز وتنفيذها ، إمكان قيام الدولة التي ينتمي إليها المستثمر بتقديم حمايتها الدبلوماسية⁽¹⁾ ، إضافة إلى إمكان رفع دعوى دولية بذلك أمام محكمة العدل الدولية⁽²⁾.

أما القانون الذي يتم بموجبه تنفيذ الحكم الصادر عن المركز ، أجابت الاتفاقية على ذلك: (يتم تنفيذ الحكم وفقاً للقوانين الخاصة بتنفيذ الأحكام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم في إقليمها).

وفي ذلك مرونة ويسر في حصول المحكوم لصالحه لأمر التنفيذ من المحكمة المختصة في الدولة المراد التنفيذ على أراضيها ، كما أنه لا يجوز لتلك الدولة فرض شروط أكثر تشدداً أو رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً من تلك التي تفرضها لتنفيذ أحكامها الوطنية.

أما عن إجراءات تنفيذ حكم التحكيم فقد نصت الاتفاقية على ما يلي: (يجب على الطرف الذي يرغب في الاعتراف بالحكم وتنفيذه على إقليم الدولة المتعاقدة بأن يقدم صورة طبق الأصل من الحكم معتمدة من السكرتير العام ، إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى السلطات الأخرى التي تحددها الدولة المذكورة لهذا الغرض ، ويجب على كل دولة متعاقدة إخطار السكرتير العام ، بالمحكمة

(1) اتفاقية واشنطن ، المادة (1/54) .

(1) اتفاقية واشنطن ، المادة (1/27).

(2) اتفاقية واشنطن ، المادة (64).

المختصة أو السلطة الأخرى التي تحددها لهذا الغرض ، وبأي تغيير لاحق في مثل هذا التعيين⁽³⁾.

يتبين من نص المادة أنها حددت إلتزامات على سبيل الوجوب لمن يرغب في الاعتراف بالحكم وتنفيذه وعلى الدول المتعاقدة ، وذلك على النحو التالي:

1. أن يقدم من يرغب بالإعتراف بالحكم وتنفيذه إلى المحكمة الوطنية المختصة أو السلطة المنوط بها ذلك ، صورة طبق الأصل من الحكم معتمدة من السكرتير العام للمركز .

2. أن تقوم الدول المتعاقدة بإخطار السكرتير العام للمركز بالمحكمة المختصة أو السلطة المختصة بدعاوى التنفيذ ، وكذلك إخطاره بأي تغييرات لاحقة ، وذلك حرصاً منها على تيسير تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إطارها وتجنب أي غموض أو شك .

ومما سبق يتضح أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، أقر قواعد واضحة وسلسلة لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة تحت إطاره ، فجعلها تتمتع بنفس القيمة التي تتمتع بها أحكام القضاء الوطنية، وتنفيذها يتم وفقاً للقوانين الخاصة بتنفيذ الأحكام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم في إقليمها .

(3) اتفاقية واشنطن ، المادة (2/54).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وله الشكر بدءاً وختماً...
وأخيراً نبين أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة ، والتوصيات التي أسفرت
عنها ، والتي يرى الباحث ضرورة الأخذ بها ، وسنعرض ذلك على النحو التالي:
أولاً: النتائج:

1. تعريف الفقه والتشريع والقضاء للتحكيم جاء متقارباً في المعنى ، لكن القضاء السوداني لم يعرف التحكيم كما فعل القضاء المصري واليمني.
2. يمثل التحكيم قضاءً خاصاً بموجبه تسلب المنازعات من جهة القضاء الوطني ليتم الفصل فيها بواسطة هيئة التحكيم.
3. لا يجوز أن يتولى التحكيم قاصر ولو كان مأذوناً له بالإدارة ، أو محجوراً عليه ، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب جريمة مخلة بالشرف والأمانة.
4. نظام التحكيم بناء مركب تتفاعل فيه إرادات ثلاث: إرادة أطراف النزاع، وإرادة المشرع ، وأخيراً إرادة هيئة التحكيم.
5. تتمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة ، لا ترجع لكونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص ، حيث أن الأمر يتوقف على السياسة الإدارية التي تتبعها الدولة في تعاقدتها ، فقد تستخدم في تعاقدتها وسائل القانون العام فيعقد العقد إدارياً ، أو تستخدم وسائل القانون الخاص ، فيعقد العقد من عقود القانون الخاص. هذه الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار ترجع إلى طبيعة أطرافها ، من ناحية أولى فهي تبرم بين طرف عام ممثل في الدولة وطرف خاص هو المستثمر ، ومن ناحية ثانية إلى موضوعها وهو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة مما يكسبها بعداً عاماً يتمثل في مصلحة المجتمع.
6. الدولة إذا تعاقدت مع المستثمر الأجنبي بشكل مباشر بواسطة حكومتها ، أو تمّ التعاقد معه بواسطة أحد الهيئات العامة والمؤسسات التابعة لها ، في الحاليتين تتصرف آثار العقد إلى الدولة المضيفة ، طالما أن هذه الهيئات

والمؤسسات العامة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة المضيفة ، دون أن يؤثر ذلك في تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات والمؤسسات بالشخصية القانونية المستقلة.

7. وجود شرط التحكيم في عقد الاستثمار يعد بمثابة تنازل من الدولة عن حصانتها أمام هيئة التحكيم ، كما أنه يمنع القضاء من نظر الدعوى.

8. وجود شرط الثبات التشريعي في العقد المبرم بين المستثمر والدولة يمثل حماية للمستثمر ، بيد أنه لا يمنع هذه الأخيرة من إلغاء أو تعديل قانونها، ويضمن له التعويض العادل عمّا لحقه من ضرر.

9. عقود الاستثمار التي يتم تنفيذها في مدة طويلة تجعل الاتفاقيات الدولية الثنائية منها أو الجماعية ، الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار ، أكثر حماية بالنسبة للمستثمر من التشريعات الداخلية.

10. البيئة والاستقرار القانوني وسيادة القانون أهم العوامل لجذب الاستثمارات، فالتشريع هو أداة الدولة للتعبير عن رغبتها في قبول الإستثمارات والترحيب بها أو العكس.

11. قانون تشجيع الاستثمار السوداني لم يعرّف المستثمر سواء كان وطنياً أو أجنبياً ، كما أن معظم التشريعات العربية الخاصة بتشجيع الاستثمار تجنبت وضع تعريف معين للاستثمار ، وقامت في مقابل ذلك بوضع بيان تفصيلي للمال المستثمر، والذي لا يخرج في مجمله عن الأموال السائلة والعينية والحقوق المعنوية والأرباح القابلة للتحويل للخارج إذا أعيد استثمارها بالداخل.

12. تشريعات الاستثمار في السودان قد إحتوت على الكثير من المعوقات التي لم تساعد على جذب الاستثمارات إلى السودان على الرغم من إحتوائها على الكثير من التسهيلات والإعفاءات الضريبية.

13. المشرّع السوداني لم يتخذ سياسة تشريعية وفق خطط محددة ، وإنما جاءت في معظمها وفق رؤية الأيدلوجية الحاكمة.

14. إتمدت الاستثمارات بشكل أساسي على الاستثمارات الأجنبية ، والتي تركزت في قطاع البترول بنسبة كبيرة جداً ، ثم قطاع الصناعة ، ثم قطاع الخدمات ، وأخيراً قطاع الزراعة.
15. قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل 2003م ، يعد من أفضل القوانين بما تضمنه من حوافز وإعفاءات و ضمانات للمستثمر ، وأن الدولة تسعى لإصدار قانون جديد لصالح المستثمر وذلك بطرحها مشروع قانون تشجيع الاستثمار لسنة 2011م.
16. أحاط المشرع السوداني الإجراءات الماسة بأصل الملكية بقدر كبير من الضمانات تفوق ما عليه الحال في ظل القواعد العامة ، وبالتالي إخراجها من دائرة المخاطر غير التجارية التي تشكل تهديداً للاستثمارات وتمنع انسيابها إلى البلد ، مع الاحتفاظ بحق الدولة في اتخاذها متى اقتضت مصالحها العليا ذلك.
17. سلك المشرع السوداني طريق التحكيم الإجباري في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار ، وذلك بأن قصرها على التوفيق أو التحكيم.
18. تعد الأوضاع الإدارية القائمة في السودان بما تتضمنه من بيروقراطية من أكبر عوائق تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى البلد ويرجع ذلك لعدة أسباب:
- أ. عدم العمل بنظام النافذة الواحدة بشكل كامل ، ووجود تداخل - في الواقع- في الاختصاصات والصلاحيات بين أكثر من جهة في علاقات معاملات الاستثمار.
- ب. عدم اعتماد معايير موضوعية وفنية في تعيين القائمين والعاملين على الجهات المختصة بتسيير شؤون الاستثمار.
- ج. عدم وجود المنهجية والخطة الإستراتيجية الواضحة من قبل مصلحة الأراضي بجميع ولايات السودان.
- د. تقاعس الحكومة عن أداء دورها تجاه نزع الأراضي بتعويض أو بدون تعويض من الذين يدعون حيازتها باسم القبيلة أو بغرض السمسرة.

19. قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، شابه كثير من القصور من حيث إحكام الصياغة أو قصور لازم مواده أو إغفاله لتنظيم بعض المسائل المهمة، ويتمثل ذلك في:

- أ. أغفل النص على الشروط الواجب توافرها في المُحَكَّم.
- ب. في حالة الدفع بوجود إتفاق تحكيم تقوم المحكمة بشطب الدعوى حسب نص المادة (9) تحكيم ، والأوفق أن تطلب المحكمة من الأطراف تصحيح عريضة الدعوى وتحيلهم إلى التحكيم على نسق المادة (37) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م.
- ج. أغفل النص على سرية أحكام التحكيم.
- د. لم ينص صراحة على التحكيم المؤسسي .
- هـ. تناول شرط التحكيم بصورة عامة من خلال التعريف بالتحكيم الوارد في المادة (4).

- و. لم يعرّف مشاركة التحكيم وإنما عبّر عن معناها في المادة (21).
- ز. لم ينص على إلزام المُحَكَّم الإفصاح عن أي علاقة بينه وأطراف النزاع.
- ح. لم يتطرق لكل المطلوبات اللازم توافرها في الحكم التحكيمي الموضوعية و الشكالية.

- ط. جاء نص المادة (2/32) متناقضاً مع خاصية سرعة الفصل في المنازعات ، إذ كان من الأوفق أن يكون التمديد نهائياً لإصدار الحكم التحكيمي ، وليس الرجوع لرفع الدعوى أمام المحكمة مما يطيل أمد التقاضي.
- ي. أغفل النص على إرفاق صورة من اتفاق التحكيم مع الحكم.

- ك. لم يتطرق إلى إيداع الحكم لدى المحكمة المختصة.
- ل. لم ينص على المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم.
- م. المادة (46) جاءت تحت عنوان تنفيذ حكم هيئة التحكيم الأجنبية ، والصواب أن يكون تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، وحددت شروطاً يجب التحقق من إستيفائها ، ولم توضح الإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذ الحكم.
- ن. لم يوضح الخطوات الواجب إتباعها لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

س. لم ينص على حجية الأحكام لفظاً وإنما يمكن أن تستشف من نص المادة (40).
ع. لم يبيّن إن كان بالإمكان أبرام مشاركة تحكيم بشأن نزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية.

ف. مبدأ الاختصاص بالاختصاص لم يفرد له مادة مستقلة ، وإنما جاء ضمن نص المادة (6).

20. يعد حكم التحكيم الصادر عن هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، حكماً نهائياً ولا يجوز إستئنافه ، إلا في الحدود التي قررتها الإتفاقية ، تلتزم كل دولة متعاقدة بالاعتراف به ، وتنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه ، كما لو كان حكماً نهائياً صادراً عن إحدى محاكمها الوطنية.

ثانياً: التوصيات:

1. أمام إصرار هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على قبول التحكيم بدون إتفاق تحكيمي ، إنما تأسيساً على تشريعات واتفاقيات حماية الاستثمار ، وكأنها تتجه إلى الاستقرار على هذا المفهوم ، فإنه من الضروري توخي الدقة من جانب الدول في صياغة تشريعاتها والاتفاقيات التي تبرمها ، وذلك بأن تشترط الموافقة الصريحة والمحددة كي تتم الإحالة إلى التحكيم بموجب قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

2. العمل من قبل الجامعة العربية على إيجاد قانون موحد للاستثمار ، ينظم ويحكم العمليات الاستثمارية في الدول العربية ويشجع عليها فيما بينهم ، إذ يقوم بغالبيتها في تلك الدول شركات تابعة لدول متقدمة.

3. وضع تعريف واضح في قوانين الإستثمار للمستثمر وطنياً كان أو أجنبياً وكذلك المال المستثمر.

4. إعادة النظر بشأن منح المستثمرين الأجانب الحرية الكاملة بتحويل أرباح مشاريعهم الاستثمارية إلى الخارج لما قد يترتب على هذا الأمر من مخاطر على الوضع الإقتصادي للدولة ، وربط الحق في تحويل الأرباح إلى الخارج بعدد من الضوابط التي تكفل عدم الإضرار بالاقتصاد القومي وبميزان

- المدفوعات جراء هذه التحويلات ، بالإضافة إلى التشدد في تقييد تحويل أرباح المشاريع الأجنبية الممولة محلياً.
5. ضرورة إعادة النظر في الإجراءات الإدارية والتنفيذية المتعلقة بعمليات الاستثمار بهدف تبسيطها ، ومنح المستثمر الوطني والأجنبي المزيد من الميزات بما يشجع زيادة الاستثمار.
6. ضرورة تنظيف بيئة الاستثمار من ظاهرة السمسرة وابتزاز المستثمرين والرشاوي والإكراميات التي يحصل عليها بعض المسؤولين في الجهاز التنفيذي والأجهزة ذات الصلة بالاستثمار.
7. ضرورة إختيار القائمين على أمر الاستثمار على أساس الكفاءة العلمية والفنية ، وتدريب العاملين في تلك الأجهزة والآليات لإكسابهم مزيد من الخبرات داخل وخارج السودان مما يؤهلهم للقيام بدورهم بكفاءة.
8. دعم آليات وأجهزة الاستثمار وتطويرها بإدخال نظم التكنولوجيا المتطورة في جميع عملياتها.
9. أن يقوم المشرع بمراجعة كافة التشريعات النوعية الأخرى ذات الصلة بقانون تشجيع الإستثمار (الضرائب ، الجمارك ، النقد ، الملكية العقارية ، العمل ، وغيرها) ، كما ينبغي مراعاة التنسيق بينها وبين قانون الاستثمار.
10. مراجعة الخارطة الاستثمارية السودانية ، وذلك من أجل الترتيب الأمثل للأولويات ، حيث تلاحظ تأخر الزراعة عن غيرها من أوجه النشاط الاستثماري في السودان.
11. ضرورة وضع نصوص قانونية واضحة لمعالجة كيفية جبر الضرر إذا الخسائر التي يتعرض لها المستثمر في حالات الحروب والطوارئ وأخرى تلزم المستثمر بالحفاظ على سلامة البيئة.
12. الحرص على تضمين عقود الاستثمار شروطاً لإعادة التفاوض ، إذ يمكن لهذه الشروط في ضوء الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار ، أن تؤدي دوراً هاماً في تجنب المنازعات التي من المحتمل أن تثيرها هذه العقود.

13. مع مقترح مشروع قانون الاستثمار السوداني الجديد لسنة 2012م ، ضرورة التوافق على قانون لتشجيع الاستثمار لا يقل عمره عن 50 - 100 عام مع ضرورة أن يستوعب كافة التطورات المستقبلية.
14. الترووي الشديد عند صياغة بنود عقود الإستثمار وخاصة تلك البنود المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق ، والبنود الخاصة بالجهة المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود ، لما لهذين البندين من آثار هامة على التوازن الإقتصادي للعقد ولو بطريق غير مباشر.
15. إصدار قانون جديد للتحكيم في السودان يتلافى عيوب وثغرات القانون الحالي ، ويتفادى حالة عدم الإتساق والتعارض في الصياغة والإحكام مع مشروع قانون الاستثمار الجديد.
16. أن تفعل الجامعة العربية الاتفاقيات الإقليمية العربية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات العربية البينية والاتفاقيات الخاصة بحرية إنتقال رؤوس الأموال العربية داخل الدول العربية ، لما من شأنه أحداث تنمية حقيقية في البلدان العربية بدلاً من استثمار تلك الأموال خارج الدول العربية.
17. أن تقوم الجامعة العربية بتفعيل إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ، الصادرة عام 1987م ، وأن يتم اللجوء إلى المركز العربي للتحكيم التجاري الذي حددته الإتفاقية عند نشوء أي نزاع يتعلق بتلك الاستثمارات، فقد تضمنت الإتفاقية نصوص جيدة يمكن الإستفادة منها ، وكذلك الإستفادة من الكفاءات القانونية العربية المهمة بهذا الجانب ، إضافة إلى ذلك فإن الإتفاقية ليست محصورة بالمنازعات بين المستثمرين العرب والدول العربية المضيفة للإستثمار ، وإنما تسمح باستقبال كافة المنازعات دون النظر إلى جنسية المستثمر.
18. أن تتبنى الجامعة العربية إنشاء قانون تحكيم موحد للدول العربية ينظم إجراءاته وخاصة أن قواعد التحكيم التي تنظمها القوانين بالدول العربية تتشابه إلى حد كبير.

19. أن تتبنى الجهات المختصة في السودان تأهيل وتدريب الكادر الوطني بكل ما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي وما يتعلق بمنازعات الاستثمارات وخاصة الأجنبية من محكمين ومحامين وممثلين للدولة أو إحدى هيئاتها ، لدى هيئات ومراكز التحكيم الدولية للوقاية من الأخطار التي قد تترتب على هذا النوع من التحكيم التجاري الدولي.

20. تشجيع إنشاء مراكز خاصة متخصصة للتحكيم على قرار المراكز الإقليمية والدولية ، تتصدى للمشكلات الحقيقية للتحكيم ، وتقوم بإعداد الدراسات والبحوث القانونية والفنية في المسائل المتعلقة بالتحكيم والمحكم ، علماً بأن المادة (20) من قانون التحكيم تجيز ذلك.

21. نظراً للاهتمام الكبير الذي صار إليه التحكيم على المستوى الدولي والإقليمي والوطني ، والإنتشار السريع له ، والأخذ به كوسيلة لفض المنازعات ، وبما أن التحكيم علم قائم بذاته ، أقترح على القائمين على التعليم العالي في البلدان العربية بصفة عامة ، و عمداء كليات القانون في السودان على وجه أخص، تدريس التحكيم كمادة مستقلة ضمن مناهج المرحلة الجامعية الأولى ، لطلاب كليات القانون والاقتصاد والإدارة والتجارة. فبهذا ينتهي هذا البحث المتواضع الذي لم ندخر فيه جهداً ولا طاقة إلا سعينا بها إلى تحقيق الكمال له ، وإذا كان الكمال غاية منشودة للجميع، فإن النقص والتقصير من طبائع البشر. فإن تحقق الهدف بتمامه ، فهذا فضل من الله وتوفيقه وإذا لم يتحقق فيكفيني شرف صدق المحاولة ، ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أكرر قول العماد الأصفهاني في مقدمة معجم الأدباء ، إني رأيت أنه لا يكتب إنساناً كتاباً في يومه ، إلا قال في غده: (لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل إستيلاء النقص على جملة البشر).

[والحمد لله رب العالمين فاتحة كل خير وتمام كل نعمة]
(رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِمْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ

مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَأَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ
وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا
فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ
صدق الله العظيم

سورة البقرة الآية {286}

المراجع

أولاً: القرآن

ثانياً: التفاسير

1. عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ، تفسير القرآن العظيم ،
الكتاب (4/3).

2. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، تفسير الطبري ، المسمى: جامع البيان في تأويل القرآن ، تحقيق هاني الحاج ، ذكي البارودي ، خيرى سعيد ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، (157/5).
3. الشيخ محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، دار الصابوني ، القاهرة ، ط1 ، 1997م.
4. د. سيد قطب ، في ظلال القرآن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (363/3).

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي

أ/ الفقه الحنفي:

1. زين العابدين بن إبراهيم بن محمد ، الشهير بابن نجيم (اسم بعض اجداده) المتوفي سنة 97-هـ ، البحر الرائق شرح كنز الرقائق ، (143/9).
2. علي حيدر ، در الحكام ، شرح مجلة الأحكام ، تعريب: المحامي قهمي الحسيني، منشورات مكتبة النهضة ، بغداد ، توزيع دار العلم للملايين ، بيروت.
3. محمد امين عابدين بن السيد عمر عابدين بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي المتوفي في سنة 1252هـ ، رد المحتار ، ج4.
4. محمد بن علي الملقب علاء الدين الحصكفي الدمشقي المتوفي سنة 1088هـ ، الدر المختار ، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة، ط2 ، 1966م.

ب/ الفقه المالكي:

1. القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني ، المتوفي سنة 799هـ ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، 1958م.

ج/ الفقه الشافعي:

1. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب بن الماوردي البصري الشافعي المتوفي سنة 450هـ ، أدب القاضي ، تحقيق محي الدين هلال السرحان، رئاسة ديوان الأوقاف ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1971م.

د/ الفقه الحنبلي:

1. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المتوفي سنة 620هـ ، المغنى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1972م.

رابعاً: الفقه القانوني

1. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط2 ، 1997م.
2. د. إبراهيم دريج ، التحكيم الداخلي والدولي ، شركة مطابع السودان للعملة، الخرطوم، ط2 ، 2008م.
3. د. إبراهيم شحاتة ، المشروعات الاقتصادية الدولية المشتركة ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1999م.
4. د. إبراهيم محمد العناني ، اللجوء إلى التحكيم الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1 ، 1973م.
5. د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون سنة نشر.
6. د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط5 ، 2000م.
7. د. أحمد أسكندري، د. محمد ناصر أبو غزالة محاضرات في القانون الدولي العام ، المدخل والمعاهدات الدولية، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة، بدون سنة نشر.
8. أحمد أنعم الصلاحي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، نشر مركز البحوث والدراسات اليمني ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، صنعاء ، 1994م .

9. د. أحمد بديع مليح، الاقتصاد الدولي (مدلول ميزان المدفوعات المصري وتطور الاقتصاد الدولي)، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1992م.
10. د. أحمد رشاد محمود ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1، 2004م.
11. د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية ، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، القاهرة ، طبعة 1975م.
12. د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2008م
13. د. أحمد عبد المعز حميد ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م.
14. د. أحمد قسمت الجداوي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الجنسية ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1977م.
15. د. أحمد مخلوق ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط2 ، 2005م.
16. المستشار إدوارد رياض سكل، التوفيق في القانون السوداني المقارن ، مطبعة الأمير، الخرطوم ، 2010م.
17. ازاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه وتسوية منازعاته ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ط1، 2011.
18. د. اسماعيل الأسطل ، التحكيم في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1986م.
19. د. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط1 ، 1997م.
20. د. انطوان فسيس ، الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم وقواعد الاختصاص القضائي في المنازعات على عقود شركات القطاع العام في سوريا ، مطبعة الوادي، دمشق، بيروت ، بدون سنة نشر.

21. د. باهر عتلم، د. سامي السيد، الاقتصاد الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 1996م.
22. د. جلال وفاء محمدين ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر.
23. د. جمال عمران إغنية ، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 2009م.
24. د. جميل الشرقاوي، المقاصد الأساسية لقوانين ضمان الاستثمار في البلاد العربية، مصر، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية ، 1998م.
25. د. جيهان حسن سيد أحمد ، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط 1 ، 2009م.
26. د. حسام الدين فتحي ناصف، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1 ، 2003م.
27. د. حسين أحمد الجندي ، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي على ضوء اتفاقية واشنطن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005م.
28. أ. د. الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ، مركز الدراسات القانونية والقضائية ، وزارة العدل وحقوق الإنسان ، الجمهورية التونسية ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، بيروت ، ط 1 ، 2008م.
29. د. حسين السيد حسين القاضي، مبادئ التشريعات الاقتصادية، دار النهضة العربية القاهرة ، ط 1 ، 2004م.
30. حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 1، 1977م.
31. د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 2001م.

32. د. حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2004م.
33. د. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر.
34. د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 1966م.
35. د. حيدر أحمد دفع الله ، قانون الإجراءات المدنية السوداني ، بدون ناشر ، ط2 ، 2009م .
36. د. خالد محمد القاضي، النظام الإداري لخصومة التحكيم، دار الشروق ، القاهرة ، 1995م.
37. د. خالد ممدوح إبراهيم ، التحكيم الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2008م.
38. د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت الأجنبية الموسوعات والأخطار، بيت الحكمة، بغداد ، 1998م.
39. رفعت المحجوب، المالية العامة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1975م.
40. د. سامي الديب علي ، العقود التجارية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010م.
41. د. سامي ناصف حسين ، الاتفاقيات العربية الأمل المنشود والواقع ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2001م.
42. د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1996م.
43. د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، طبعة 1988م

44. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ط5 ، 1991م.
45. د. سمير محمود صبحي ، التحكيم في عقود البترول ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م .
46. د. سيد أحمد محمود ، دور الحاسوب (الكمبيوتر) أمام القضاء المصري والكويتي (نحو الكترونية القضاء والقضاء الالكتروني) ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1996م.
47. د. سيد عبد المولى، أصول الاقتصاد، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط1، 1997م.
48. د. شريف محمد غانم ، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000م.
49. د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط3 ، 1968م.
50. د. شهاب سليمان عبدالله ، قانون الإثبات السوداني لسنة 1994م ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 2009م.
51. د. الصادق حسين عامر ، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وقضاء الدولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م.
52. د. صالح بكر الطيار ، النظام القانوني لمشروعات البوت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2000م.
53. د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، ط1 ، 2006م.
54. د. صلاح الدين جمال الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1996م.

55. د. صلاح الدين جمال الدين، د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2004م.
56. أ. د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط 1 ، 2008م.
57. د. طرح البحور علي حسن فرح ، تدويل العقد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، طبعة 2000م.
58. د. طلعت دويدار ، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009م.
59. د. عادل محمد خير ، مقدمة في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995م.
60. د. عادل محمد خير ، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محلياً ودولياً، دار النهضة العربية ، القاهرة ط 1 ، 1995م.
61. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، مكتبة الجلاء الجديدة، ط 2، المنصورة ، 1998.
62. د. عاصم أحمد علي، الاستثمار في سوق الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 1 ، 2010م.
63. د. عامر على رحيم ، التحكيم بين الشريعة والقانون ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع ، مصراته ، 1987م.
64. د. عباس زيدان مطر ، الاستثمار في البلاد العربية ، الواقع والمأمول ، منشورات الحلبي الجغرافية ، بيروت ، ط 1 ، 2011م.
65. المحاميان عبد الهادي عباس وهواش جهاد ، التحكيم ، دار الأنوار للطباعة، دمشق ، ط 1 ، 1982م.
66. د. عبد الباري أحمد عبد الباري ، النظام القانوني لعمليات البترول ، بدون ناشر ، ط 1 ، 1408هـ.

67. د. عبد الحليم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان، دار النهضة العربية ، ط1 ، 1990م.
68. د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم في البلدان العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2008م.
69. د. عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
70. د. عبد الحميد الغزالي، مقدمة في الاقتصاديات الكلية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط1، 1995م.
71. د. عبد السلام قحف ، اقتصاديات الاستثمار الأجنبي، المكتب العربي الحديث ، القاهرة ، ط3 ، 1991م.
72. د. عبد العزيز سرحان ، مبادئ القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1994م.
73. د. عبد العزيز سعد يحيى ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط1 ، 2002م.
74. د. عبد العزيز سعد يحيى النعمان ، القانون الدولي الخاص مركز الأجانب، دار الشوكاني للطباعة والنشر، صنعاء ، ط1 ، 2004م.
75. د. عبد العزيز نجم ، حصانات السيادة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1989م.
76. د. عبد الغفار حنفي ، الاستثمار في الأوراق المالية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م .
77. د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، 1981م .
78. د. عبد الكريم نصير، التحكيم عند العرب ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط1 ، 2002م.

79. د. عبد الله المالكي، تدابير تشجيع استثمار رؤوس الأموال العربية في المشاريع الصناعية والسياحية العمرانية، مجلس البحث العلمي ، عمان، الأردن ، ط1 ، 1999م.
80. د. عبد الله عيسى على الرمح ، حكم التحكيم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009م.
81. د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1992م.
82. د. عبد الواحد محمد الفار ، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط1 ، 1999م .
83. د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1997م.
84. د. عزت البحيري ، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1997م.
85. د. عزمي عبد الفتاح عطية ، قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1990م
86. د. عصام أحمد البهجي ، التحكيم في عقود البوت ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة 2008م.
87. د. عصام الدين القسبي ، خصوصية التحكم في منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1993م.
88. د. عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1972م.
89. د. عصمت محمد حسين ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م.
90. د. على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1996م.

91. د. علي إبراهيم علي ، العلاقات الدولية وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 1997م.
92. د. علي سيد قاسم ، اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وأحكام المحكمين، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر.
93. المستشار علي منصور، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط 1 ، 1982م.
94. د. عليوش قريوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر . ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط 1 ، 1999م.
95. د. عمر محي الدين، التخلف والتنمية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975م.
96. د. فؤاد عبد المنعم رياض ، الجنسية ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987م.
97. د. قحطان عبد الرحمن الدوري ، عقد التحكيم فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، مطبعة الخلود ، بغداد ، 1985م.
98. كرم زيد النجار ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي الجامعي، الإسكندرية ، ط 1 ، 2010م.
99. د. كمال إبراهيم ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ط 1 ، 1992م ،
100. د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الحديثة ، الإسكندرية، ط 1 ، 2009م.
101. د. مأمون زيادة حسين ، التحكيم في عقود البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 2010م.
102. د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط 1 ، 1976م.
103. د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، 1983م.

104. د. محمد إبراهيم موسى ، سندات الشحن الالكترونية بين الواقع والمأمول ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2005م.
105. د. محمد أحمد محمد حمد ، عقد الضمان الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 2007م.
106. د. محمد الحسن شرفي ، التحكيم بين الشريعة والقانون ، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة الخرطوم ، 2007م.
107. د. محمد الحسن مكاوي ، المتغيرات في النظام الإنمائي في السودان ، المركز القومي للإنتاج الإعلامي ، الخرطوم ، 2005م.
108. د. محمد بهجت عبد الله ، عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 2007م.
109. د. محمد حسين منصور ، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
110. د. محمد صالح جبر ، الاستثمار بالأسهم والسندات، دار الرشيد للنشر، بغداد، ط 1، 1982م.
111. د. محمد صبحي الطويل ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 2009م.
112. د. محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، مطبوعات جامعة الإسكندرية، 1966م.
113. د. محمد عبد الخالق الزغبى، قانون التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1 ، 2010م.
114. د. محمد عبد العزيز عجمية ود. عبد الرحمن يسري أحمد، التنمية الاقتصادية، دار الجامعة المصرية، الإسكندرية ، 1980م.
115. د. محمد عبد العزيز، الاستثمار الأجنبي المباشر ، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ، ط 1 ، 2005م.
116. د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، تأملات في العقود الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 1 ، 2010م .

117. محمد ماجد عباس خلوصي، المطالبات ومحكمة التحكيم، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى ، 2010م.
118. المستشار د. محمد مأمون سليمان ، التحكيم الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط1 ، 2011م.
119. د. محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط1 ، 2001م.
120. د. محمود سمير الشرقاوي ، الصور المختلفة للتحكيم في منازعات الاستثمار في العالم العربي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1994م.
121. محمود محجوب عبد النور ، والصلح وأثره في إنهاء الخصومة، دار الجيل، بيروت ، 1987م.
122. أ. د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط3 ، 2007م.
123. د.محمود هاشم ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مطبعة النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 2005م.
124. د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، التحكيم التجاري الدولي ، مطابع الطنابي، القاهرة ، 1976م.
125. د. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2010م.
126. د. مصطفى خالد مصطفى، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية، الدار العالمية ودار الثقافة، عمان، الأردن ، ط1 ، 2002م.
127. د. مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، بدون دار نشر ، القاهرة ، 1998م.
128. د. مصطفى نزارى الثاني ، ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم الدولي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط1 ، 2007م.
129. د. منير حنا خضر ، قوة حكم التحكيم وإلزاميته، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 2005م.

130. المستشار د. منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1995م.
131. د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 1997م.
132. د. مهند أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط1 ، 2005م.
133. د. نادر محمد محمد إبراهيم ، مراكز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ط1 ، 2000م.
134. د. ناريمان عبد القادر ، إتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1996م.
135. د. ناظم محمد نوري الشمري وآخرون، أساسيات الاستثمار اليمني المالي، دار الأوائل للطباعة والنشر، عمان ، الأردن ، ط1 ، 1999م.
136. نبيل بشر ، المسؤولية الدولية في عالم متغير ، دار النهضة العربية ، ط1، 1995م.
137. د. نزيه عبد المقصود مبروك ، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2006م.
138. د. هاني صلاح شرف الدين ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1، 2001م.
139. د. هدى محمد صبحي مصطفى ، دور الاستثمار الخاص في تحقيق التنمية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1988م.
140. د. هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2006م.
141. د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ط1 ، 2000م.

142. د. هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ط1 ، 1977م.
143. د. هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ط1 ، 2002م.
144. هناء عبد الغفار السامرائي، الاستثمارات الأجنبية المعوقات والأخطار، بيت، الحكمة، بغداد ، 1998م.
145. د. هيثم مصطفى سليمان، التحكيم الدولي والوطني، شركة الجزيرة للطباعة والنشر، ود مدني ، 2007م.
146. د. الواثق عطا المنان محمد أحمد ، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني والصيرفة الإلكترونية ، الزيتونة للطباعة ، الخرطوم، ط1 ، 2008م.
147. المستشار وائل عز الدين ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2010م.

خامساً: المعاجم اللغوية

1. أبو الحسن بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، دار الفكر ، بيروت.
2. أحمد حسن الزيات ، المعجم الوسيط ، قام بإخراجه إبراهيم مصطفى ، ط1 ، 1960م ، ج1.
3. الصحاح في اللغة العربية والعلوم ، دار الحضارة العربية ، بيروت.
4. مجد الدين محمد بن يعقوب ، الفيروز الشيرازي ، القاموس المحيط ، مطبعة دار العلم للجميع ، بيروت.
5. محمد بن علي بن حنبل بن منظور الأنصاري الأفرقي المصري ، لسان العرب ، طبعة دار صابر ، بيروت.
6. المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية والعلوم ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، القاهرة ، 1990م.

سادساً : الرسائل الجامعية

أ/ رسائل الدكتوراه:

1. أحمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1998م.
2. ايمان مأمون ، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية إبرام العقد وإثباته ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، 2006م.
3. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2004م.
4. حازم حسن جمعة ، الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1981م.
5. خالد عبد العزيز حسن محمد ، سياسة التحرير الاقتصادي على مستقبل جذب الاستثمار في السودان ، رسالة دكتوراه ، جامعة شندي ، السودان ، 2009م.
6. سراج أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 1985م.
7. سلافة فرس عذب ، رسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، 1998م.
8. عبد الرحيم محمد سعيد ، النظام القانوني لعقود البترول ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2007م.
9. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1993م.
10. عمرو طه بدوي ، اللاتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد ، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية ، رسالة دكتوراه ، حقوق جامعة القاهرة ، 2004م.
11. عوض الله شيبه الحمد السيد ، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، جامعة أسيوط ، 1992م.

12. فيصل حسن صالح الزهاوي ، المشروعات المشتركة ، وفقاً لقوانين الاستثمار ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1982م.
 13. ماجد عبد الحميد السيد عمار ، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، 1992م.
 14. مأمون عوض السيد إبراهيم ، عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع ، رسالة دكتوراه ، جامعة شندي ، 2009م.
 15. ماهر محمد صالح عبد الفتاح ، إتفاق التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، 1996م.
 16. منى محمود مصطفى ، الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي ، وفقاً لقوانين الاستثمار، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1984م.
 17. نرمين محمود صبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2003م.
 18. نسرین نصر الدين أحمد حسين ، الاستثمار الأجنبي في مصر ، المعاملة والمحصلة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، 2006م.
- ب/ رسائل الماجستير:**

1. خالد محمد القاضي ، النظام القانوني لمشارطات التحكيم في ضوء أحكام القانون الدولي العام ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة أسيوط ، 1996م.
2. رنا سيد بيومي ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة النيلين ، 2008م.
3. سهام سوادي الطائي ، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، حقوق القاهرة ، 2010م.
4. مثقال عوني عبيدان ، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التحكيم التجاري الدولي ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، 1999م.
5. محمد حسين جامع ، الاستثمارات الأجنبية ودورها في التنمية ، رسالة ماجستير ، جامعة النيلين ، السودان ، 2001م.

6. مونية جمعى ، الاستثمار الأجنبي ، رسالة ماجستير ، حقوق جامعة القاهرة،
2009م.

سابعاً: التشريع

الاتفاقيات الدولية والقوانين واللوائح:

أ/ الاتفاقيات الدولية:

1. إتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958م.
2. معاهدة جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961م.
3. إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965م.
4. إتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983م.
5. قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987م.
6. قانون Uncitral النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985م.
7. إتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987م.
8. قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1998م.

ب/ القوانين:

القوانين السودانية:

1. قانون القضاء المدني لسنة 1929م.
2. قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م.
3. قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م.
4. قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
5. قانون الأحوال الشخصية لسنة 1991م.
6. القانون الجنائي لسنة 1991م.
7. قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999م ، تعديل 2000م/2001م.
8. قانون التحكيم لسنة 2005م.

القوانين العربية:

1. نظام التحكيم السعودي لسنة 1983م.

2. قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة 1990م.
3. قانون التحكيم اليمني لسنة 1992م.
4. قانون التحكيم المصري لسنة 1994م.
5. قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري لسنة 1997م.
6. قانون الاستثمار القطري لسنة 2000م.
7. قانون التحكيم الأردني لسنة 2001م.
8. قانون الاستثمار الكويتي لسنة 2001م.
9. نظام الاستثمار الأجنبي السعودي لسنة 1421هـ.
10. قانون الاستثمار اليمني لسنة 2002م.
11. قانون الاستثمار الأردني لسنة 2003م.

ج/ اللوائح:

1. لائحة النائب العام للتحكيم بين أجهزة الدولة لسنة 1981م.
2. لائحة اتحاد أصحاب العمل للتوفيق والتحكيم لسنة 1996م.
3. لائحة المجلس الهندسي للتحكيم في النزاعات الهندسية لسنة 2005م.

ثامناً: الأوراق العلمية

1. د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، اختيار طريق التحكيم ومفهومه ، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم ، مركز عين شمس ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 22-27/1/2000م.
2. أ. د. أحمد مجذوب أحمد ، بحث تمويل التنمية بولاية البحر الأحمر ، ملتقى الاستثمار الثاني ، ولاية البحر الأحمر بالتعاون مع اتحاد أصحاب العمل ، قاعة السلام ، بورتسودان ، 14-15/12/2011م.
3. د. أحمد يحي الخزان ، التطور التشريعي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، بحث مقدم لدورة تنفيذ الأحكام الأجنبية ، نظمها المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، 23/ مارس 2006م.

4. عبد العزيز الدهماني ، بحث مقدم للمؤتمر الخامس حول التحكيم والاستثمار لعام 2004م ، الرباط ، المغرب ، عقدها الاتحاد العربي للتحكيم الدولي ، 15 - 16/7/2004م.

5. د. عكاشة محمد عبد العال ، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية ، بحث بعنوان: آفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية، مركز الدراسات العربي الأوروبي ، يوليو 2001م.

6. أ. د. محمد رفعت علي ، بحث الأبعاد المعاصرة لدورة الأجهزة الأمنية في تهيئة المناخ الاستثماري في مصر ، المؤتمر القومي نحو إستراتيجية أمنية لتشجيع الاستثمار في مصر ، القاهرة ، 24/3/1996م.

7. د. يونس عرب ، عقود نقل التكنولوجيا ، بحث على شبكة المعلومات العالمية الموقع: www.arablaw.net.

تاسعاً: الدوريات

المجلات القضائية:

1. مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1966م.
2. مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1967م.
3. مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1968م.
4. مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1976م.
5. مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1979م.
6. مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1982م.
7. مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1988م.
8. مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1993م.
9. مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 2004م.

المجلات العلمية:

1. مجلة إدارة القضايا الحكومية المصرية لسنة 1968م.
2. مجلة العلوم القانونية الأردنية ، العدد الأول ، 1996م.

3. مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الأول ، 1998م.
4. مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الثاني ، 1998م.
5. مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الثالث ، 1999م.
6. مجلة الحقوق اليمنية ، العدد الثالث ، 2000م.
7. مجلة التحكيم العربي ، العدد الثالث ، 2000م.
8. مجلة العدل السودانية ، العدد (5) ، 2002م.
9. مجلة العدل السودانية ، العدد (12) ، 2004م.
10. مجلة العدل السودانية ، العدد (24) ، 2008م.
11. مجلة العدل السودانية ، العدد (33) ، 2011م.
12. مجلة العلوم القانونية الجزائرية ، العدد الثالث ، 2011م.

عاشراً: المقابلات الشخصية:

1. د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، مستشار بوزارة العدل السودانية ، بمكتبه بالخرطوم ، مفوضية الاستثمار ولاية الخرطوم ، في يوم الثلاثاء 2012/1/31م ، الساعة واحدة بعد الظهر.
2. م. أزهرى باسبار ، مدير إدارة التسويق بوزارة النفط ، بمكتبه بالخرطوم، وزارة النفط ، في يوم الاثنين الموافق 2010/1/30م ، الساعة الحادية عشر صباحاً.
3. د. حيدر أحمد دفع الله ، قاضي المحكمة العليا ، بمكتبه بالخرطوم ، المحكمة العليا الاتحادية ، في يوم الأحد الموافق 2012/1/29م ، الساعة الثانية والنصف بعد الظهر.
4. د. سيف الدين الياس حمدتو ، مدير إدارة الجودة جامعة شندي ، بمكتبه بالمتمة - كلية القانون ، في يوم الأحد 2012/1/8م ، الساعة العاشرة والنصف صباحاً.
5. د. عبد الرحمن محمد شرفي ، نائب رئيس القضاء ، بمكتبه بالخرطوم ، رئاسة الهيئة القضائية ، في يوم الأحد الموافق 2012/1/29م ، الساعة الواحدة والنصف بعد الظهر.

6. د. عبد المنعم زمزم ، أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد ، بمكتبه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، في يوم الخميس الموافق 2010 /8/19 م ، الساعة التاسعة صباحاً.
7. م. عثمان صديق محمد طه ، مدير عام شركة هجليج لخدمات البترول والاستثمار المحدودة ، بمكتبه بالخرطوم ، حي الصفا ، شارع عبيد ختم ، في يوم الاثنين الموافق 2012/1/30 م ، الساعة العاشرة صباحاً.
8. أ. د. مختار أحمد بريري ، أستاذ القانون التجاري والبحري والجوي ، بمكتبه كلية الحقوق جامعة القاهرة ، في يوم الثلاثاء الموافق 2010/8/17 م ، الساعة العاشرة صباحاً.
9. أ. ندى الأقرع ، مستشار بوزارة العدل ، بمكتبها بالخرطوم ، وزارة المعادن ، في يوم الثلاثاء الموافق 2012/1/31 م ، الساعة الواحدة بعد الظهر.
10. د. وهبي محمد مختار ، نائب رئيس القضاء ، بمكتبه بالخرطوم ، المحكمة العليا الاتحادية ، في يوم الأحد الموافق 2012/1/29 م ، الساعة الثانية بعد الظهر.

الباب الأول : ماهية التحكيم وتطوره التاريخي

الفصل الأول: نشأة نظام التحكيم وتطوره

المبحث الأول: التحكيم في الشرائع القديمة

المبحث الثاني: التحكيم في الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث: التحكيم في النظم القانونية

الفصل الثاني: ماهية التحكيم

المبحث الأول: تعريف التحكيم وتميزه عن غيره.

المبحث الثاني: طبيعة التحكيم .

المبحث الثالث: مميزات وأنواع التحكيم.

الباب الثاني: عقود الاستثمار

الفصل الأول: ماهية عقود الاستثمار

المبحث الأول : تعريف الاستثمار وتطوره التاريخي.

المبحث الثاني : تعريف عقود الاستثمار وأطرافها.

المبحث الثالث: أنواع عقود الاستثمار .

الفصل الثاني:التكييف القانوني لعقود الاستثمار

المبحث الأول: خصائص عقود الاستثمار وطبيعتها القانونية

المبحث الثاني: حقوق والتزامات أطراف عقود الاستثمار

المبحث الثالث: أسباب منازعات عقود الاستثمار

الباب الثالث: تسوية منازعات عقود الاستثمار عن طريق التحكيم

الفصل الأول: التحكيم في عقود الاستثمار

المبحث الأول: مبادئ التحكيم في عقود الاستثمار

المبحث الثاني: التحكيم في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية

المبحث الثالث: الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

الفصل الثاني: التحكيم في منازعات 8 استثمار

المبحث الأول: مطلوبات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

المبحث الثاني: صياغة الحكم وإصداره

المبحث الثالث: تنفيذ حكم التحكيم

المبحث الرابع: حكم التحكيم الصادر وفقاً لاتفاقية المركز الدولي لتسوية

منازعات عقود الاستثمار