



جامعة المنصورة

كلية الحقوق

الدراسات العليا

قسم القانون الدولي العام

رضا الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

بحث مقدم من الباحث

صابر عبد الله عبد الحفيظ الحليقي

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور/ الشافعي محمد بشير

أستاذ القانون الدولي العام

كلية الحقوق – جامعة المنصورة

١٤٣٨ هـ

٢٠١٧ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ
الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ
بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ
اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ
خَصِيمًا]

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

﴿سورة آل النساء: ١٠٥﴾

المقدمة

تمهيد وتقسيم:

وضعت اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي ICSID ثلاثة شروط لانعقاد اختصاص المركز انعقاداً صحيحاً، وتتمثل هذه الشروط في وجود نزاع قانوني ناشئ عن استثمار، إضافة إلى اشتراط أن يكون طرفاً هذه العلاقة دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة أخرى متعاقدة. يتمثل الشرط الثالث في ضرورة صدور موافقة كتابية من أطراف النزاع تحيل إلى التحكيم لدى المركز.

أولت الاتفاقية اهتماماً خاصاً لركن الرضا نظراً لطبيعته الملزمة إلا أنها لم تشترط شكلاً معيناً لهذه الموافقة ما عدا اشتراطها أن تكون مكتوبة، ولا شروطاً لصحتها باستثناء صدورها من أشخاص محددة حددتها على سبيل الحصر.

وعليه سنتناول هذا البحث كالاتي:

المبحث الأول: التراضي شرط أساسي لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المبحث الثاني: صحة التراضي لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المبحث الأول

التراضي شرط أساسي لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

يعتبر التحكيم التجاري الدولي قضاءً خاصاً ينشأ من اتفاق الأطراف على إحالة النزاع على أشخاص من اختيارهم للفصل في النزاع، وعليه فالطابع الإرادي أهم خصائص هذا النظام.

اهتم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالطابع الاتفاقي للتحكيم التجاري الدولي حيث اشترط أن يكون اللجوء إلى هذا المركز طواعية من خلال اتفاق الأطراف على ذلك كتابة، إذ تعتبر موافقة الأطراف على إحالة النزاع الناشئ بينهم إلى التحكيم لدى المركز الدولي أساساً لاختصاص المركز غير أن المركز لم يشترط أي طريقة للتعبير عن هذا الرضا عدا اشتراطه أن يكون مكتوباً.

الفرع الأول: رضا الأطراف وفقاً لاتفاقية واشنطن والاتفاقيات الدولية.

الفرع الثاني: طرق التعبير عن الإرادة.

المطلب الأول

رضا الأطراف وفقاً لاتفاقية واشنطن والاتفاقيات الدولية

بما أن التحكيم أساسه الرضا والاختيار وأنه استثناء من الأصل العام في التشريع فلا يُجبر شخص على سلوكه، ولا يُحرم من اللجوء إلى القضاء إلا عن رضى واختيار^(١)، وعلى هذا الأساس لقي ركن الرضا في عملية التحكيم التجاري اهتماماً من طرف الاتفاقيات الدولية.

أولاً: الرضا وفقاً لاتفاقية واشنطن

لا ينعقد الاختصاص للمركز بنظر المنازعات الاستثمارية بمجرد نشوئها، بل ينبغي أن يوافق طرفا النزاع صراحة على إحالتها إلى المركز، ولا بد من التأكيد على أن تصديق الدولة

(١) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص ٢٨.

على اتفاقية إنشاء المركز لا يعد قبولاً منها لاختصاصه، ولا يلقي على عاتقها التزاماً بعرض أي نزاع استثنائي عليه سواء في الحاضر أم المستقبل^(١).

يعتبر رضا الأطراف Consent of the Parties أو قبولهم التحكيم أمام المركز العمود الفقري لاختصاصه، ذلك أنه لا يمكن للأطراف في اتفاق الاستثمار العدول بحال من الأحوال عن رضائهم السابق بقبول التحكيم لدى محكمة تحكيم المركز^(٢). تقرر الاتفاقية اختصاص المركز على أساس اختياري ومن ثم فإن تصديق الدولة على اتفاقية المركز لا يعني التزامها باللجوء إلى المركز، فكل دولة لها الحرية في أن تقرر موافقتها أو عدم موافقتها على إخضاع منازعاتها الاستثمارية لاختصاص المركز وكذلك المستثمر الخاص يتمتع بنفس الحرية لكي يثبت اختصاص المركز بنظر النزاع يجب أن يوافق الأطراف على ذلك كتابة^(٣).

يحتل التراضي مكانة متميزة في نظام تسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي، الشيء الذي أدى إلى اعتباره حجر الزاوية والأساس في الاتفاقية^(٤).

إن اتفاق التحكيم باعتباره عقد فإنه يتطلب لانعقاده توافر ركن الرضا.

والرضا هو تطابق إرادتين، والمقصود بالإرادة، تلك التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين، وهو إنشاء الالتزام، فلا بد أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني ويترتب عن ذلك أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص عديم التمييز كالطفل والمجنون...، أو من انعدمت إرادته الذاتية، كذلك لا عبرة بالإرادة التي لا تتجه لإحداث أثر قانوني كما في المجاملات أو في الإرادة الصورية وذلك أنها لم تتجه لإحداث أثر قانوني^(٥)، وعليه ولقيام

(١) د. رشا علي الدين، السوابق التحكيمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٦٨.

(٢) د. جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٣) أنظر المادة ١/٢٥ من الاتفاقية..

(٤) د. إبراهيم شحاته، التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات التسوية، مجلة مصر المعاصرة، السنة الثمانون، العددان ٤١٧-٤١٨، يوليو - أكتوبر، ١٩٨٩م، ص ١٥.

(٥) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصادر، الإثبات، الآثار، الأوصاف، =

العقد يجب أن تكون لدى كل من طرفيه إرادة وذلك بأن يعي الشخص الأمر الذي يقصده ويريده^(١).

وقد جاء في المادة ٨٩ من القانون المصري: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون في ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"^(٢).

يقصد بالتراضي بالتحكيم تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون ما اتفق عليه، وذلك بتلاقي إيجاب وقبول على اختيار التحكيم (اختياراً حراً) كوسيلة لحسم المنازعات التي ثارت أو قد تنثور بشأن العلاقة الأصلية^(٣).

إذا كان المشرع قد نظم قواعد التحكيم فإنه ترك حرية الالتجاء إليه للأفراد وعليه فإن التحكيم ينشأ نتيجة اتفاق الخصوم إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة على عرض النزاع على التحكيم دون اللجوء إلى القضاء^(٤)، ويعد رضا المتعاقدين أهم ركن من أركان العقد، وهو ما يفسر قبول تنفيذ القرارات التحكيمية طواعية من دون اللجوء إلى التنفيذ الجبري وتدخل السلطات القضائية في دولة التنفيذ.

فبمجرد صدور الرضا لا يمكن لأي طرف النكوص عن التقديم للتحكيم أمام المركز حتى ولو كان أحد الأطراف الممتازة قد انسحب من الاتفاقية نفسها^(٥).

== الانتقال، الانقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٤٧-٤٨.

(١) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٣٩.

(٢) أنظر: المادة ٨٩ من القانون المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.

(٣) د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٤) أمال أحمد الفزايري، دور القضاء الدولية في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢٤.

(٥) د. جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص ٣٢.

كما أن الرضا أو قبول التحكيم لدى المركز يحرم الأطراف من تقديم منازعتهم أمام أي جهة أخرى، فعلى سبيل المثال، تحرم الدولة المتعاقدة التي يتبعها المستثمر الأجنبي من تقديم أي حماية دبلوماسية له، وكذلك تحرم من أي تقديم أي طلب للدفاع عن المستثمر المنتمي إليها^(١).

وبالتالي فإن رضا الطرفين في التحكيم أمام المركز هو رضا نهائي لا يجوز العدول عنه أو سحبه بالإرادة المنفردة من قبل أي الطرفين^(٢).

ومن الخطأ أنه يُنظر إلى هذا المركز على أنه أداة جبرية لتسوية منازعات الاستثمار التي تنور بين أعضائه وبين المستثمرين من الدول الأخرى الأعضاء به، فاختصاص المركز في هذا الشأن ليس إلزامياً، فتصديق الدولة على اتفاقية إنشاء المركز لا يعني سوى استعدادها لقبول تسهيلات وخدماته دون أن ينصرف ذلك إلى إلزامها باختصاصه بتسوية المنازعات التي تكون هي طرفاً فيها، وهنا يظهر الطابع الإرادي للمركز فالدولة يجب أن توافق - بصورة واضحة - على تقديم النزاع الذي تكون طرفاً فيه إلى المركز لتسويته بطريق التوفيق أو التحكيم^(٣).

وعلى هذا الأساس فقد بنت الاتفاقية اختصاص المركز على أساس اختياري بحت، بحيث لا يكفي تصديق الدولة على الاتفاقية لإلزامها باستخدام التسهيلات التي يقدمها المركز، فكل دولة حرة تماماً في أن تقرر طبقاً للظروف موافقتها أو عدم موافقتها على إخضاع المنازعات الاستثمارية الحالية أو المستقبلية لاختصاص المركز، إلى جانب ذلك، يتمتع المستثمر الخاص بنفس الحرية، فلكي يثبت اختصاص المركز يجب أن يوافق الأطراف على ذلك كتابة^(٤).

(١) أنظر: المادتين ٢٦، ٢٧ من الاتفاقية.

(٢) د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار...، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

(٣) د. منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٤) عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، ==

فحسب نص الفقرة الأولى من المادة ٢٥^(١)، من الاتفاقية التي تنص على: "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة (أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها) وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز، وعندما يعطي الطرفان موافقتهما لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة".

يُفهم من نص المادة أن الموافقة المشتركة للطرفين على إحالة النزاع على المركز شرط ضروري لاختصاص المركز، وإن كان هذا الحق مقيد بعدم جواز التراجع عن القبول بمجرد صدور الموافقة وتصرف الطرف الثاني على أساسها.

كما تدعم اشتراط الموافقة المشتركة لطرح النزاع على المركز بما جاء في الفقرة ٢ من المادة ٣٦ التي تنص:

"يجب أن يشمل الطلب معلومات عن المسائل موضوع النزاع، وعلى تعريف شخصية أطرافه، وعلى موافقتهم على الالتجاء للتحكيم طبقاً لقواعد تحريك إجراءات التوفيق والتحكيم"^(٢).

واستناداً على هذه المواد من الاتفاقية تكون الموافقة المطلوبة هي الموافقة المزدوجة للدولة المتعاقدة وكذا المستثمر، حيث تتمثل الموافقة الأولى في المصادقة على الاتفاقية من طرف الدولة الطرف في النزاع وكذا دولة المستثمر، أما الموافقة الثانية فتتمثل في الموافقة الكتابية الخاص بأطراف النزاع على عرض النزاع على التحكيم، فاجتماع هذين الشرطين أساس لاختصاص هيئات التحكيم التي تتشكل في إطار المركز الدولي.

== مرجع سابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

(١) أنظر: المادة ٢٥ من الاتفاقية.

(٢) أنظر: المادة ٣٦ من الاتفاقية.

يرجع اهتمام الاتفاقية برضا الأطراف إلى كون التحكيم بنظام ورد على سبيل الاستثناء من الأصل العام الذي يجعل من القضاء سبيلاً لتسوية كافة المنازعات، ومن ثم فلا يجوز فرض تسوية المنازعات التي يكون الأفراد أطرافاً فيها عن طريق التحكيم؛ لما في ذلك من مصادرة لحق الأفراد في التقاضي أمام قاضيهم الطبيعي وهو الحق المكفول دستورياً^(١).

وبالنسبة لوقت صدور الموافقة: فلم تحدد الاتفاقية وقتاً محدداً لإعلان الموافقة، وعلى ذلك يمكن أن تعطي الموافقة قبل أو بعد نشوء النزاع، ولا يشترط أن تصدر موافقة الطرفين في وقت واحد، وإنما كل ما تطلبته الاتفاقية هو ضرورة تواجد موافقة الطرفين عند تقديم طلب التحكيم إلى السكرتير العام للمركز^(٢).

الرضا وفقاً للاتفاقيات الدولية:

لم ينحصر الاهتمام بركن الرضا على اتفاقية واشنطن إنما لقي اهتماماً كبيراً من طرف الاتفاقيات الدولية المقارنة.

تتفق اتفاقية واشنطن من حيث اشتراطها لتوفير التراضي بالتحكيم مع عدة اتفاقيات دولية خاصة بالتحكيم منها:

قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال^(٣)، حيث جاء في المادة الأولى منها: "إذا اتفق طرفا عقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم...".

كما تتفق مع أحكام نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية^(٤)، والتي جعلت اتفاق التحكيم من المشتملات المطلوبة لصحة طلب التحكيم وهذا ما جاء في المادة ٢/٣: "يشمل الطلب

(١) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإرادية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٢) غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٤٥١.

(٣) أنظر: المادة (١) من قانون الأونسيترال باللغة العربية، لدى: د. عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص ٣٩٣.

(٤) أنظر: المادة ٣ من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، لدى: د. مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري ==

بوجه خاص على ما يلي: ج- الاتفاقات القائمة ولا سيما اتفاق التحكيم والوثائق والمعلومات التي توضح ظروف القضية".

نظرًا لأهمية الاتفاق على التحكيم فقد حصرت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي^(١)، مجال تطبيقها على المنازعات الناتجة عن عقود تتضمن اتفاقيات تحكيم (أبرم بشأنها اتفاقيات تحكيم) إذ تنص المادة الأولى منها:

تطبيق الاتفاقية:

أ- على اتفاقيات التحكيم المبرمة من أجل تسوية المنازعات الناتجة أو الممكنة النشوء من عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو معنوية، والتي تمتلك وقت إبرام الاتفاقية مقر إقامة أو عمل في إحدى الدولة المتعاقدة.

ب- كما تطبق على إجراءات وأحكام التحكيم المؤسسة على الاتفاقية المذكورة في الفقرة (١) (٢).

المطلب الثاني

طرق التعبير عن الإرادة

لم تحدد الاتفاقية وسيلة معينة للتعبير عن الإرادة بل جعلت حرية التعبير عن الإرادة هي الأصل؛ حيث تكون لصاحب الإرادة إمكانية اختيار الصورة التي يريد لها للتعبير عن إرادته إلا أن التعبير عن الإرادة قد يكون في صورتين: تعبير صريح أو تعبير ضمني، وإن كان التعبير الصريح لا يثير أي صعوبة إلا أن التعبير الضمني لا يخلو منها.

تنص المادة ٩٠ من القانون المدني المصري على:

== الدولي، مرجع سابق، ص ٤٠٤-٤٠٥.

(١) للإطلاع على نصوص الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي باللغة العربية، لدى: د. عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص ٣٨٣ وما بعدها.

(٢) للإطلاع على نصوص الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي باللغة العربية، لدى: د. عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص ٣٨٣ وما بعدها.

١- "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

أولاً: التعبير الصريح

يكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا اتخذ صاحبه سبيلاً يدل عن إرادته بطريقة مباشرة طبقاً للصورة المألوفة بين الناس، فقد يتم ذلك باللفظ (أي الكلام)، كما قد يقع التعبير الصريح بالكتابة سواء العرفية أم الرسمية، كما يعتبر تعبيراً عن الإرادة التعبير بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يعتبر صريحاً اتخاذ موقف عملي معين لا يدع مجالاً للشك في حقيقة المعنى المقصود^(١).

ثانياً: التعبير الضمني

هو الكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، أي بطريقة ليست هي الصورة المألوفة لإظهار الإرادة، فالوسيلة التي ظهرت بها الإرادة لا تدل بذاتها على حقيقة المعنى المقصود لكن ظروف الحال تسمح بتفسيرها في هذا المعنى^(٢).

ومثال ذلك أن تكون علاقات متصلة بين أطراف النزاع التي جرى العمل بينهما على النص على إدراج شرط تحكيم في العقود التي تقوم بينهما، ثم يبرمان عقداً من نفس النوع ودون أن ينصا فيه على التحكيم^(٣).

(١) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١١٢.

(٢) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ١١٢-١١٣.

(٣) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٢٨٦.

أجازت محكمة باريس الاستناد إلى تواتر العمل بين الأطراف بالتحكيم للقول بوجود اتفاق ضمني عليه، إلا إذا استبان من العقد الجديد أن المتعاقدين قد قصدا بعدم ذكره رغبتهما في عدم إخضاع المنازعات الناشئة عن هذا العقد بصفة خاصة للتحكيم^(١).

ثالثاً: السكوت والتعبير عن الرضا بالتحكيم

لم يتعرض المشرع المصري، في المادة ٩٠ من القانون المدني لهذه الحالة، إلا أن السكوت في معرض الحاجة إلى التصريح إذا ما لابسته قرينة تُرجح دلالاته بمثابة قبول من صاحبه لما يعرض عليه من اتفاق التحكيم.

غير أن الاتفاقية وكذا التشريعات الداخلية باشرطها الكتابة في اتفاقيات التحكيم فهي تهدر كل قيمة قانونية للرضا الذي يتم التعبير عنه بوسيلة غير الكتابة ما لا يتم التعبير عنه بعد ذلك في محرر مكتوب^(٢)، على النحو الموضح في المادة ١/٢٥ من الاتفاقية التي تنص على: "... بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز..."، وبذلك تتوافق الاتفاقية من حيث اشتراطها الكتابة مع اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها^(٣)، في المادة ٢ التي تنص على: "تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة...".

كما تتفق الاتفاقية مع قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري^(٤)، الذي يلزم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وبأي شكل، وذلك في المادة ٧ من هذا القانون.

(١) مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم ٢٧ سنة ١٩٩٤ في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٩٣-٣٩٤.

(٢) مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص ٣٩٣.

(٣) تفاصيل أكثر أنظر: المادة ٢ من اتفاقية نيويورك باللغة العربية، لدى: د. عبد الحميد الأحمد، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٤) تفاصيل أكثر أنظر: المادة ٧ من قانون الأونسيترال باللغة العربية، لدى: د. عبد الحميد الأحمد، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

تتفق الاتفاقية أيضاً مع الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ من حيث اشتراطها للكتابة وذلك من خلال نص المادة ٣ الفقرة الأولى من الاتفاقية إذ يتم الخضوع للتحكيم طبقاً لهذه الفقرة إما بإدراج شرط التحكيم في العقد المبرم أو باتفاق لاحق وهذا ما يستفاد منه ضرورة الكتابة^(١).

إن اشتراط الكتابة في الاتفاق على تسوية النزاع من طرف الاتفاقية يتوافق مع واقع التحكيم التجاري الدولي^(٢)، نظراً لاعتبارات الحماية القانونية وخطورة الأثر الجوهري الذي يترتب على هذا النوع من الاتفاق وهو سلب قضاء الدولة الاختصاص الأصيل لصالح قضاء خاص يرتضيه الأطراف لحل المنازعة القائمة بينهم^(٣)، كما أن الكتابة ضرورية لتفادي قدر الإمكان أي احتجاج يتعلق بالتزام أحد الطرفين بالتحكيم.

ومع ذلك فتطلب الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم، يثير التساؤل في بعض الفروض إذ غالباً ما يتم الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد كالتمن، المحل كيفية تنفيذ المسؤولية، ويتركون مسألة التحكيم واردة ضمن شروط عامة أو مطبوعة سلفاً أو بالإحالة إلى الشروط النموذجية لأحد المراكز التحكيمية.

تثير هذه الأوضاع الكثير من المشاكل في تحديد ما إذا كانت الإرادة المشتركة للطرفين قد انصرفت إلى الأخذ بنظام التحكيم الوارد في مثل هذه الشروط أم لا، وهذه المشاكل لا يستهان بها لأن في القول بانصراف الإرادة إلى الأخذ بنظام التحكيم ما يؤدي إلى حرمان الأطراف من اللجوء لقضاء الدولة^(٤).

(١) صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧، بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٦٠.

(٢) أحمد عبد الفتاح الشلقاني، التحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد ٤ السنة العاشرة، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٦.

(٣) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٤) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، حكم المحكم وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٠.

يعتبر اتفاق التحكيم اتفاقاً متميزاً بذاته عن العقد الذي ينشأ عنه النزاع موضوع التحكيم، حتى وإن ورد هذا الاتفاق في ذات الوثيقة الحاملة لهذا العقد، فتقتضي هذه الحقيقة استقلالية اتفاق التحكيم إلا إذا ثبت انصراف الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى التحكيم، مما يقتضي توافر علم الطرفين أو على الأقل استطاعتها العلم بشرط التحكيم المتضمن في شروط العقد العامة وفي شروط العقد المحال عليه وقت التعاقد^(١)، فالقول بانصراف الإرادة إلى الأخذ بهذه الشروط العامة يعادل القوة بالرضا بما يردُ فيهما من شروط تحكيمية.

كما أن الإحالة إلى شرط تحكيم وارد في عقد نموذجي أو عقد يربط أحد الطرفين بشخص ثالث ويتضمن هذا العقد شرط التحكيم، ففي هذه الحالة لا تفيد الإحالة المجردة أكثر من انصراف إرادة المتعاقدين إلى اعتبار العقد المحال إليه جزءاً من القواعد الحاكمة للعقد الأصلي المبرم بينهما، ولا تكون لها أية دلالة على انصراف إرادتهما إلى شرط التحكيم، غير أنه إذا كان الطرفان على علم بهذا الشرط أو كان بمقدورهما العلم به فإنه يستفاد منه انصراف إرادة الطرفين إلى شرط تحكيم^(٢).

لكن هل الإحالة العامة تكفي للقول بأن الأطراف قد ارتضوا بالاتفاق على التحكيم أم تلزم الإحالة إلى شرط التحكيم ذاته وجود إحالة خاصة؟

يلتزم الأطراف بشرط التحكيم في العقد المحال إليه في حالتين هما:

- إذا تمت الإحالة إلى شرط التحكيم بصفة خاصة.
- إذا كانت الإحالة عامة، إلا أن الأطراف كانوا على علم بشرط التحكيم في العقد المحال إليه أو كان يمكنهم العلم بهذا الشرط^(٣).

(١) مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية...، مرجع سابق، ص ٣٩١-٣٩٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٩٢.

(٣) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية...، مرجع سابق، ص ٤٣.

أما عن الموافقة على التحكيم في العقود المركبة والتي تعني وجود عقد يرتبط بعقد آخر وهذا الأخير يشتمل على عقد تحكيم سواء أكان هذا الارتباط راجعاً إلى هذا الأخير هو تنفيذ الأول أم أنه يساهم مع العقد الآخر، في أي نشاط اقتصادي مثل سلسلة العقود المسماة الكونسورسيوم، ففي هذه الحالة هل يلتزم أطراف العقد الأول بشرط التحكيم الوارد في العقد الثاني؟

يذهب القضاء الفرنسي إلى الإجابة بالإيجاب وذلك استناداً إلى الإرادة الضمنية التي تستخلص من مركز الأطراف وبنشاطهم المشترك وهذا يؤدي إلى افتراض علمهم بوجود الشرط ونطاقه وبالتالي انصراف إرادتهم إلى الأخذ به^(١).

(١) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية...، مرجع سابق، ص ٤٣-٤٤.

المبحث الثاني

صحة التراضي لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

إذا كان اللجوء إلى المراكز التحكيمية المتخصصة بتسوية منازعات الاستثمار حق لأي كان؛ فإن اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حكر على بعض الأشخاص دون غيرهم، إذ أن الاستفادة من خدمات المركز مقررة لفئة محددة حددتها نصوص الاتفاقية على سبيل الحصر وعليه فإنه يتعين على السكرتير العام للمركز رفض أي طلب مقدم من أي شخص غير الأشخاص المحددة طبقاً لنص الاتفاقية.

غير أنه وإن تحقق هذا الشرط وقدم طلب التحكيم من قبل أحد هذه الأشخاص المحددة، إلا أنه يتعين توفر شرط آخر هو خلو إرادة هؤلاء الأشخاص من العيوب ذلك أن توفر عيب من هذه العيوب قد يعدم إرادة هذا الشخص وبالتالي يكون العقد معرضاً للإبطال.

الفرع الأول: صدور الرضا من أشخاص آهلين.

الفرع الثاني: خلو الرضا من عيوب الإرادة.

المطلب الأول

صدور الرضا من أشخاص آهلين

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، والأهلية المقصودة هنا هي أهلية التصرف، حيث نصت المادة ١٠/١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤^(١)، على أنه:

"لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه".

^(١) قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، الجريدة الرسمية، جمهورية مصر العربية، العدد ١٦ تابع، والصادر بتاريخ ٢١/أبريل/١٩٩٤

فلا يمكن للشخص أن يجري اتفاقاً على التحكيم، ما لم تكن له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمه بالتحكيم.

حددت الاتفاقية المنشأة للمركز الدولي فئتين من الأشخاص، تكون وحدها الأهلة لمباشرة أو طلب التحكيم أمام المركز، وتتمثل هذه الأشخاص في:

أولاً: الدولة

يقصد بها الدولة المتعاقدة الطرف في الاتفاقية وذلك بعد موافقتها وتصديقها على الاتفاقية، حيث إنه لا توجد أي مشكلة حول تحديد الدول المتعاقدة، فسكترارية المركز تحتفظ بقائمة أسماء الدول التي وقعت على الاتفاقية وكذا الدول التي قامت بالتصديق فيكفي فحص القائمة للتأكد من العضوية^(١).

فالدولة غير المتعاقدة، أي غير طرف في الاتفاقية لا يجوز لها أن تصبح طرفاً في إجراءات التحكيم تحت إشراف المركز، حيث إنه نشب الخلاف فيما إذا كان يجوز للدول غير متعاقدة استعمال التسهيلات التي يقدمها المركز بصفة وقتية أو عارضة، ولقد استقر العمل على إمكان منح الدول غير المتعاقدة هذه الرخصة دون إعطائها الحق في الوقوف كطرف في تحكيم المركز^(٢).

أما عن التاريخ الذي يتعين الاعتراف به لاعتبار الدولة طرفاً متعاقداً في حكم الاتفاقية فقد نصت المادة ٦٨ من الاتفاقية على دخولها دور النفاذ لكل دولة تقوم بإيداع وثيقة تصديقها وقبولها للمعاهدة بعدد ثلاثين يوماً من الإيداع، في حين اقترح البعض أن يكون التاريخ المقرر لاعتبار الدولة طرفاً في الاتفاقية، هو وقت ملء طلب التحكيم لدى السكرتير العام للمركز،

(١) حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، ٢٠٠٥، ص ٣٢.

(٢) جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة، مرجع سابق، ص ١٩.

غير أنه من الأفضل للدولة أن تكون قد اتخذت خطوات الانضمام للاتفاقية عند تقديم طلب التحكيم إلى المركز للاستفادة من خدماته^(١).

بالإضافة إلى اختصاص المركز بنظر المنازعات التي تكون الدولة المتعاقدة طرفاً فيها، يمتد هذا الاختصاص إلى المؤسسات والوكالات والأشخاص المعنوية التابعة لهذه الدولة، وتعريف المؤسسات لا يقتصر على المحليات والبلديات الموجودة في بعض الدول الاتحادية، ولكنه يتسع ليشمل أيضاً المؤسسات التي قد تتمتع ببعض الاستقلال عن الدولة في أدائها لأعمالها^(٢).

ويصبح الوضع أكثر تعقيداً عندما يكون الطرف الحكومي مؤسسة أو شخص معنوي تابع لها، ومن المسلم به اختلاف دلالة التعبيرين من دولة لأخرى، لذلك فإنه من الحكمة ترك تحديدها وفقاً لاختيار كل دولة، وهذا ما سارت عليه الاتفاقية حيث تركت لكل دولة متعاقدة حرية تحديد الهيئات العامة التي يمكنها أن تصبح طرفاً في تحكيم المركز^(٣).

غير أن امتداد اختصاص المركز إلى نظر المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرفاً فيها، مشروط بتعيين الدولة العضو لهذه الهيئات والأشخاص تعييناً رسمياً^(٤)، أي إذا كان الطرف الحكومي في النزاع هو إحدى هيئات الدولة أو جهاتها الإدارية، ويجب أن تكون هذه الهيئة أو الجهة الإدارية معينة للمركز بواسطة الدولة على أنها أهلة لأن تكون طرفاً في إجراءات التحكيم أمام المركز، وأن تكون الموافقة المقدمة من هذه الهيئة بعرض النزاع على تحكيم المركز مصادقاً عليها من الدولة المتعاقدة التابع لها^(٥).

غير أنه يمكن الاستغناء عن شرط التعيين لهذه الأشخاص، وذلك إذا قامت الدولة بإخطار المركز بأن موافقتها السابقة على اعتبار هذه المؤسسات والأجهزة التابعة لها غير

(١) جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار...، مرجع سابق، ٢٠١٩-٢٠.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٤.

(٣) حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية...، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٤) حيث تنص المادة ٣/٢٥: "موافقة المؤسسات العامة والأجهزة التابعة للدولة المتعاقدة، لا يكتمل إلا بعد إقرارها من تلك الدولة...".

(٥) حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، مرجع سابق، ص ٣٢.

ضرورية، وهذا ما جاء في المادة ٣/٢٥ من الاتفاقية والتي تنص على أن: "... فيما عدا لو أوضحت الدولة المذكورة للمركز أن مثل هذا الإقرار غير ضروري".

تتخذ موافقة الدولة المتعاقدة على إخضاع المؤسسة أو الهيئة التابعة لها لاختصاص المركز أشكالاً عديدة، فقد تكون في شكل شرط موجود في الاتفاق مع الدولة المتعاقدة، كما قد تتخذ شكل وثيقة تحتوي الرضاء على التقدم إلى تحكيم المركز وتخضع صحة هذه الموافقة لرقابة المركز؛ لأنها تخص اختصاص محكمة التحكيم بنظر المنازعة^(١).

يجوز للدولة المتعاقدة سحب موافقتها على خضوع المؤسسة أو الهيئة التابعة للاختصاص المركز في أي وقت، ذلك لأن موافقة الدولة ما هي إلا تصرف بالإرادة المنفردة صادر عن الدولة المتعاقدة، غير أن هذه الموافقة تصبح ملزمة ولا يجوز سحبها إذا كان الطرف الآخر في عقد الاستثمار قد تصرف على أساس وجودها^(٢).

تجدر الملاحظة أنه أثناء فترة حياة الاستثمار طالت أو قصرت، قد تحدث تغيرات سياسية وإدارية، وهذه التغيرات قد تتضمن تصفية الهيئة أو الجهة الإدارية الطرف في شرط التحكيم أو استبدالها أو إضافتها إلى كيانات عامة أخرى، فما مدى التزام الهيئات أو الجهات الإدارية الجديدة بالموافقة السابقة على التحكيم أمام المركز؟

لتقادي هذه الإشكالية، فإنه يفضل بيان هذه المسألة صراحة عند كتابة شرط تحكيم المركز، وأحياناً يتم هذا عن طريق النص على أن الدولة المتعاقدة سوف تتعهد باتخاذ جميع الخطوات الضرورية لتعيين الهيئة أو الجهة التي ستصبح طرفاً في اتفاق الاستثمار وأهلاً لأن تكون طرفاً في النزاع وفقاً لنصوص اتفاقية واشنطن^(٣).

إلى جانب الدولة المتعاقدة أو أحد هيئاتها، اشترطت الاتفاقية أن يكون الطرف الثاني في إجراءات التحكيم أمام المركز مستثمراً تابعاً لدولة أخرى متعاقدة.

(١) حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية...، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٢) جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار...، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٣) حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية...، مرجع سابق، ص ٣٣.

ثانياً: المستثمر الأجنبي

تحوّل قواعد القانون الدولي دون أن يقوم الفرد بمقاضاة إحدى الدول مباشرة أمام المحاكم الدولية، إذ تنوب عنه دولته في ذلك وفقاً لنظام الحماية الدبلوماسية، غير أن التطورات الحديثة في المجتمع الدولي أملت ضرورة البحث عن وسائل جديدة من شأنها السماح للفرد بمقاضاة الدولة مباشرة؛ رغبة منها في مواكبة التطورات سارت اتفاقية واشنطن في هذا المسار، وذلك عند اشتراطها أن يكون الطرف الثاني في النزاع رعية من رعايا الدول المتعاقدة الأخرى^(١)، وتعبير الرعية هنا يشمل كلا من الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية.

ميزت الاتفاقية بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية من حيث مدى أهليتها لأن تكون طرفاً في نزاع يعرض على المركز.

١ - الشخص الطبيعي:

يمكن للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول المتعاقدة أن يكون طرفاً في إجراءات التحكيم لدى المركز، لكن بشرط توفر شرط الجنسية في تاريخين معاً.

أ- تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على المركز.

ب- تاريخ تسجيل طلب التحكيم لدى المركز.

حيث إن توفر الجنسية في كلتا الحالتين شرط لانعقاد اختصاص المركز وهذا ما يستفاد من نص الفقرة ٢/أ من المادة ٢٥ من الاتفاقية^(٢).

لا يختص المركز بنظر المنازعات التي يكون أحد أطرافها دولة متعاقدة وشخص طبيعي يحمل جنسيتها، وعليه يتعين على الشخص الطبيعي أن يصرح بجنسيته الحقيقية عند

(١) أنظر: نص المادة ١/٢٥ من اتفاقية واشنطن.

(٢) أنظر: نص الفقرة ٢/أ من المادة ٢٥.

تسجيل طلب التحكيم تفادياً لرفض طلبه في حالة ما إذا اتضح سعي الشخص للتوصل إلى اختصاص المركز عن طريق تغيير الجنسية الأصلية^(١).

لا يثور أي إشكال في حالة الشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية واحدة إذ يكون أهلاً ليكون طرفاً في إجراءات التحكيم، إذا كان يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى، غير أنه يفقد هذه الأهلية في حالة تطابق جنسيته مع جنسية الطرف الآخر، عدم الأهلية مطلقة.

لكن الإشكال يثور في حالة الشخص المزدوج الجنسية وكذا عديم الجنسية.

بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية دولتين متعاقبتين طرفاً في الاتفاقية فيكون الشخص أهلاً لأن يكون طرفاً في إجراءات التحكيم لتوفر شرط الجنسية.

أما بالنسبة للشخص الذي يتمتع بجنسية دولتين إحداهما طرفاً في الاتفاقية والأخرى ليست طرفاً فيها، فإن الأعمال التحضيرية للاتفاقية وكذا صياغة المادة ٢/٢٥ تقيد على أنه يكفي للانعقاد اختصاص محكمة المركز أن يتمتع الشخص بجنسية أية دولة متعاقدة حتى ولو ثبت له جنسية دولة أخرى غير متعاقدة.

وبالنسبة للشخص الذي يتمتع بجنسية دولتين متعاقبتين إحداهما من جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، فلا يجوز له التقدم للتحكيم لدى المركز، نظراً لوحدة الجنسية بين الطرفين، وذلك تفادياً لحالة مفاضة الدولة من قبل رعاياها.

أما الشخص الطبيعي عديم الجنسية، فلا يكون أهلاً لطلب التحكيم أمام المركز وذلك لتخلف شرط الجنسية المنصوص عليه في المادة ١/٢٥^(٢)، وإن كان تصور هذه الحالة أمراً نادراً ذلك أن القوة الاقتصادية لهذه الأشخاص سيسهل حتماً الحصول على جنسية إحدى الدول.

(١) جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار...، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٢) جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار...، مرجع سابق، ص ٢٩-٣٠.

٢ - الشخص الاعتباري:

إضافة إلى المستثمر الشخص الطبيعي أجازت الاتفاقية للأشخاص الاعتبارية أن تكون طرفاً في إجراءات التحكيم أمام المركز، بشرط أن يتوفر شرط الجنسية في تاريخ موافقة الأطراف على اختصاص المركز فيكون متمتعاً بجنسية إحدى الدول المتعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع.

إلا أن هذا الشرط ليس مطلقاً فيمكن أن يكون الشخص الاعتباري الطرف في النزاع المتمتع بجنسية الدولة الطرف في النزاع أهلاً لمباشرة إجراءات التحكيم أمام المركز ضد الدولة التي يحمل جنسيتها، إذ اتفق على معاملته كمواطن تابع لدولة متعاقدة أخرى، فيما يتعلق بأغراض هذه الاتفاقية نظراً لإرادته الأجنبية^(١).

لا يثير تحديد المقصود بالشخص الاعتباري الأجنبي التابع لدولة أخرى أية صعوبة تذكر في الكثير من الحالات، إلا أنه قد يحدث من الناحية العملية أن يتفق في عقد مبرم بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية على إنشاء شركة في الدولة المتعاقدة تساهم هذه الدولة في رأس مالها بنسبة معينة يتم تحديدها وفقاً لقانون الدولة أو اتفاق لاحق^(٢).

ينتج عن هذا النوع من العقود إشكالات عديدة فكيف تُكَيَّف هذه الشركة، هل هي تابعة للدولة التي أنشئت وفقاً لقوانينها، أم تابعة للشخص الأجنبي نظراً لإدارته من طرف هذا الأخير.

(١) المادة ٢/٢٥ من اتفاقية واشنطن: "كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضاً كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ ويتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى، بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية".

(٢) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، مرجع سابق، ص ١١٢.

اعتبرت المادة ٢/٢٥ (ب) من الاتفاقية، أشخاصًا تابعين لدولة أخرى كل شخص اعتباري يتمتع بجنسية الدولة الطرف في النزاع اتفق الطرفان على اعتباره شخص تابع لدولة أخرى متعاقدة، نظرًا لإرادة وسيطرة المصالح الأجنبية عليه.

أثار تفسير هذه المادة خلافًا حادًا بين الأطراف المتنازعة في العديد من القضايا، أبرزها قضية Holidays Inns ضد المغرب^(١).

يستحق هذا الحكم كل التقدير والإشادة نظرًا للتطبيق الصحيح لنص المادة ٢/٢٥ (ب) ذلك أن تفسيرًا غير هذا سوف يؤثر على نظرة الدول إلى مصداقية المركز وبالتالي الإجماع عن عرض نزاعاتها على هذا المركز.

لا تعد قضية Holidays Inns ضد المغرب، القضية الوحيدة التي أثير فيها تفسير المادة ٢/٢٥ (ب)، إذ أن تفسير هذه المادة كان محلًا للمناقشة في قضايا عديدة منها قضية Amco ضد حكومة إندونيسيا، وكذا قضية Klockner ضد الكامرون، وقضية LETCO ضد حكومة ليبيريا^(٢).

تعتبر قضية TokiosTokeles ضد أوكرانيا مثال آخر لمقاضاة الدولة من طرف أفراد منتمين إلى جنسيتها، وذلك راجع لأن الشخص المعنوي قد تأسس وفقًا لقوانين أوكرانيا، وبالتالي فهو يتمتع بالجنسية الأوكرانية، الأمر الذي أدى بالمحكمة إلى منحه حق رفع النزاع إلى المركز لتسويته بصفته شخص اعتباري ينتمي بجنسيته لدولة أخرى متعاقدة بغض النظر عن جنسية الأطراف المساهمين^(٣).

يتضح من القضايا السابقة، أنه قد اختلفت الأحكام الصادرة في هذه القضايا باختلاف ظروف كل منها، حيث إنه اشترط المحكمون في قضية Holidays Inns موافقة صريحة من قبل الدولة لمعاملة مواطنيها كأشخاص أجنبية، في حين أقرت المحكمة في قضية LETCO

^(١) للإطلاع أكثر على هذه القضية أنظر: لدى د. حسين محمود عطية، حل منازعات الاستثمار بطريق التحكيم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١١، ص ٣٢٢، وما بعدها.

^(٢) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، مرجع سابق، ص ١٢٧.

^(٣) طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٣٨٩-٣٩١.

ضد ليبيريا اختصاصاها، واعتبرت الشركة متمتعة بجنسية نظراً لإدارة هذه الشركة من أفراد متمتعين بجنسية فرنسية.

يتعين على المحكمة أن تراعي في تحديد اختصاصها عوامل عدة، ذلك أن تقرير اختصاصها في قضية بين دولة وإحدى الأشخاص المعنوية التابع لها فيه مساس بسيادة الدول وسلب لاختصاصها في تنظيم علاقتها الداخلية وهو حق مكرس ومعترف به في أغلب الاتفاقيات.

المطلب الثاني

خلو الرضا من عيوب الإرادة

إذا كان التراضي يعني توافق الإرادتين نحو إحداث أمر قانوني معين، فإنه يقتضي أن تكون هذه الإرادة حرة وخالية من أي عيب يشوبها، لأنه من شأنها أن ترتب جملة من الآثار تلقى على عاتق المدين بها، وعيوب الإرادة هي الإكراه، الغلط، التدليس، والاستغلال.

أولاً: عيوب الإرادة:

عملاً بالقواعد العامة تتمثل عيوب الإرادة في:

١- الإكراه:

الإكراه غصب الملتزم على التعاقد بالإرهاب أو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة^(١).

يعتبر الإكراه من أبرز العيوب التي يمكن أن تتعرض لها إرادة المحتكم، فعلى مستوى التجارة الدولية الإكراه يكون متصور الحدوث عندما يكون التعامل مع الشركات العملاقة التي تمارس نوعاً من الاحتكار، إذ تفرض شروطاً على متعاملها، وفي مقدمتها شرط التحكيم، وهذا ما تقوم به شركة LACOFAX الفرنسية (شبه الحكومية) التي أصبحت تفرض شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية على من يتعامل معها^(٢).

^(١)المستشار محمد علي سكيكر، المستشار معزز كامل مرسي، شرح القانون المدني، الالتزامات، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٩٩.

^(٢)ياسر كامل الصيرفي، اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، المنعقد بكلية الحقوق، جامعة

الغلط وهو يقوم بذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته، ويدفعه ذلك إلى التعاقد، بحيث لو لم يكن الغلط ما كان الشخص ليبرم العقد، فالغلط حالة تقوم بنفس المتعاقد تجعله يتصور الأمر على غير الواقع^(١)، حيث يُقدّم على إبرام تصرف ما كان ليبرمه لو تبين حقيقة هذا الواقع^(٢).

الغلط المقصود هنا هو الغلط المانع الذي من شأنه أن ينعدم معه الرضا.

ويكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حدًا من الجسامة يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

اعتبر المشرع المصري الغلط جوهرياً إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب اعتبارها كذلك نظرًا لشروط العقد ولحسن النية، أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيس في التعاقد^(٣). يجب كذلك أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط، أي يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين، حيث يقع كلا المتعاقدين في الغلط^(٤).

يرى الفقه المدني أنه بصدد الاتفاق على التحكيم، لا مجال للغلط في محل العقد (إخراج المنازعة من ولاية القضاء)، كما أنه لا محل للغلط في القيمة لأن محل العقد في نطاق التحكيم ليس له قيمة مالية تقبل الزيادة أو النقصان، لكن يتصور أن يوجد غلط في شخص المتعاقد الآخر، أو في صفة من صفاته، وذلك في حالة ما إذا كانت شخصيته محل اعتبار.

=الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، من ٢١ إلى ٣٢ إبريل، ٢٠٠٨.

<http://ama2.alafdal.net/montada-f9/topic-1527-html>

(١) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٥٢.

(٢) عبد المنعم فرج الصدد، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٩٨.

(٣) المادة ١٢١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.

(٤) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ١١٠.

يمكن أن يكون الغلط أيضاً في القانون، فيبطل العقد إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع، والأقرب إلى التصور أن يتعلق الغلط في القانون بالعقد الذي يولد النزاع موضوع التحكيم، ولكن يمكن أن يوجد غلط في القانون في اتفاق التحكيم ذاته، مثال ذلك أن يتصور أحد المتعاقدين أن حكم المحكمين يقبل الطعن أمام القضاء ثم يكتشف أن القانون لا يجيز ذلك^(١).

٣ - التدليس:

التدليس هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر مخالف للحقيقة ودفعه إلى إبرام العقد بناء على ذلك الوهم^(٢)، فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط، والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال، إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد، وللتدليس عنصران:

أ- العنصر المادي:

يتوافر التدليس عند وجود تحايل غير مشروع عن طريق وسائل احتيالية بنية تظليل المتعاقد، ويتسع ذلك ليشمل كل الطرق لإيهام الغير بما يخالف الحقيقة^(٣).

ب- العنصر النفسي:

هو أن تكون هذه الطرق الاحتيالية هي التي دفعت إلى التعاقد (أي أن التدليس هو الدافع للتعاقد)^(٤)، والتدليس متوقع الحدوث في التحكيم التجاري الدولي، فيمكن أن يوجد تدليس يعيب الرضا في اتفاق التحكيم أيًا كانت صورته^(٥).

ولكي يعتد بالتدليس كعيب في الإرادة وسبباً للتمسك بإبطال العقد يلزم توافر شرطين:

- الأول: أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

(١) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٢) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٣) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٤) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العام للالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٥؛ أنظر كذلك عبد المنعم فرج الصدد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١٦.

(٥) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص ٤٦.

• الثاني: اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس^(١).

أجاز التشريع المصري إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، كما اعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملايسة تدليسياً، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملايسة، وهذا طبقاً لنص المادة ١٢٥ من القانون المصري الجديد.

٤ - الاستغلال:

أن يعلم الغير بعقلة شخص فيستغل هذه الحالة وسيتصور منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة^(٢).

رغم توفر الاستغلال في هذه الحالة الذي يعد عيباً من عيوب الإرادة إلا أنه لا يمكن التمسك به من أجل المطالبة بإبطال العقد لأن الحاجة لرأس المال والتكنولوجيا الأجنبية فرضت هذا الواقع.

ثانياً: مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم و عيوب الإرادة

يتميز اتفاق التحكيم بخصوصيات معينة في نطاق بحث عيوب الإرادة الخاصة به فإبطال شرط التحكيم لعيب في إرادة أحد الطرفين لا يمتد إلى العقد الأصلي الملحق به والذي يبقى صحيحاً رغم إبطال شرط التحكيم وذلك نظراً لاستقلال شرط التحكيم عن الاتفاق الوارد به، كما أن بطلان العقد الأصلي لعيب في الإرادة لا يكون.

غير أنه يمكن أن يمتد بطلان العقد إلى الشرط ذاته وذلك في حالات:

• بالنسبة لعيب الغلط: فهذا العيب من عيوب الرضا إذا ورد على محل العقد الأصلي، أو على قيمة المعقود عليه فهو لا يمتد بطبيعة الحال إلى شرط التحكيم؛ لأن له محلاً متميزاً على محل العقد الأصلي وهو إخراج النزاع من ولاية القضاء، أما إذا كان

(١) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٢) المستشار محمد علي سكيكر، المستشار معتز كامل مرسي، شرح القانون المدني، الالتزامات، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

الغلط في شخص المتعاقد في العقد الأصلي أو في صفة من صفاته فهو يمتد إلى شرط التحكيم، لأن المتعاقد الأصلي هو بالضرورة متعاقد في شرط التحكيم.

• الإكراه: إذا نصب على شخص المتعاقد في العقد الأصلي فإنه يمتد إلى شرط التحكيم لوحدة الشخص وبالتالي بطلان العقد الأصلي يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم^(١).

وعلى ذلك فمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يجد تطبيقاً مطلقاً في حالة بطلان العقد الأصلي للاستغلال والغبن فيظل شرط التحكيم صحيحاً على الرغم من إبطال العقد الأصلي لهذا السبب^(٢).

لكن في مجال التجارة الدولية يصعب تطبيق هذه العيوب نظراً لعدم وجود قانون التجارة الدولية ينظم المعاملات بين الأفراد ويحدد عيوب الرضا.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم (شرط أو مشاركة) قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الإكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم^(٣).

^(١)نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص ٤٦.

^(٢)نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص ٤٦-٤٧.

^(٣)محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٦.

الخلاصة

مما سبق يستخلص أن الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم تتلخص في احترام الإرادة الفردية في اختيار طريق تسوية النزاع، وهذا المفهوم تم تقريره في معظم التشريعات الوضعية للتحكيم ولوائح مراكز التحكيم الدائمة بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم، وهذا المفهوم تم تأكيده بشكل قاطع في الأحكام العديدة التي صدرت من المحكمة الدستورية العليا في مصر.

يتمتع اتفاق التحكيم في وجوده القانوني باستقلال كامل عن العقد الذي ورد أو ارتبط به، فلا يتأثر بحكم هذا العقد فيما يلحقه من انعدام أو بطلان، كما لا يتأثر بحكم القانون واجب التطبيق على هذا العقد أو بحكم أي قانون آخر قد يكون سبباً في بطلانه.

يأخذ اتفاق التحكيم أولوية مطلقة في تطبيقه إذا تعارض، أو ورد مع شرط الاختصاص القضائي في عقد واحد، وتأتي هذه الأولوية من منطلق أن اتفاق التحكيم له مجال واسع في التطبيق من مجال شرط الاختصاص القضائي، فضلاً عن أنه يستجيب أكثر لواقع المعاملات الدولية ولذلك يُعدُّ اتفاق التحكيم بمثابة شرط خاص يقيد الشرط العام الذي يمنح الاختصاص القضائي للدولة بالفصل في النزاع^(١).

يستغرق اتفاق التحكيم كافة الاتفاقات التي تتم في مجال الاستثمار أو التجارة الدولية، أيًا كان الوصف الذي تكسبه هذه العقود في المجال الداخلي، فلا أثر لتكيف العقد بأنه من العقود المدنية أو الإدارية أو غير ذلك على ترتيب اتفاق التحكيم لآثاره القانونية في تسوية النزاع الناشئ عن ذلك العقد ما دام قد تم في إطار المعاملات التجارية الدولية ويتحرر اتفاق التحكيم الدولي بالمقارنة باتفاق التحكيم الداخلي من القيود التشريعية التي تحظر إدراج شرط التحكيم

(١) د/ أحمد مخلوف، مرجع سابق، ٤٤٦.

في بعض العقود^(١)، كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي يُبطل شرط التحكيم في العقود المدنية.

يمكن القول - كما يذهب جانب من الفقه^(٢) - أن اتفاق التحكيم بات يسير نحو مبدأ الكفاية الذاتية له بحيث يكفي أن يتضمن العقد شرطاً للتحكيم حتى ينتج آثاره القانونية تلقائياً في تسوية النزاع، وترتيب العديد من الآثار القانونية، "أن التحكيم التجاري الدولي أصبح نظاماً قضائياً عالمياً يعلو فوق النظم القانونية الوطنية".

النتائج:

١- يعتبر مركز الأكسيد، القضاء الدولي المتخصص في تسوية منازعات الاستثمار لما يتمتع به من خبرة وآليات قانونية تمنحه القوة والمصادقية.

٢- إن اتفاقية إنشاء المركز قد صيغت في إطار قانوني جذاب لتحفيز الدول على الانضمام إليها، فالصياغة الحرفية للنصوص تشير إلى انسجام الدولة إلى اتفاقية واشنطن لا يعني أن تُجبر على تسوية منازعات الاستثمار التي تكون طرفاً فيها عن طريق المركز، حيث أن الاتفاقية تشترط أن يكون اللجوء إلى مركز الأكسيد بالاتفاق كتابة بين الأطراف وبالتالي يمكن للدولة أن تخضع بعض منازعات الاستثمار المتعلقة لمظلة مركز الأكسيد، وتستثنى البعض الآخر الذي قد يتعلق بسيادتها وتمس مصالحها القومية.

التوصيات:

• أولاً: لقد تبين من هذه الدراسة تمتع المستثمر الأجنبي بمهارة قانونية فائقة تمكنه من الاستفادة من الأدوات القانونية المختلفة والربط بينها حتى ينتهي إلى عقد الاختصاص لمركز الأكسيد سواء عن طريق الاتفاق المباشر في عقد الاستثمار بشأن اختصاص المركز أم عن طريق الاستناد إلى النصوص الواردة في الاتفاقيات الثنائية الخاصة

(١) د/ أحمد مخلوف، مرجع سابق، ٤٤٦.

(٢) د/ أحمد مخلوف، مرجع سابق، ٤٤٨.

بحماية أو تشجيع الاستثمار أو اتفاقية واشنطن ذاتها ولذلك يتعين على الدول العربية أن تهتم بتوفير الكوادر القانونية القادرة على التعامل مع هذا الوسط الجديد واستيعاب هذه الأدوات القانونية بشكل جيد.

- **ثانياً:** ونوصي بضرورة الاهتمام البالغ بصياغة اتفاق التحكيم مع المستثمر منذ البداية حيث إن هذا الاتفاق من الممكن أن يوفر حماية كافية للدول العربية من تعسف المستثمر في التفسير أو محاولة إرغام الدول العربية على اللجوء إلى مركز الإكسيد ونتذكر في هذا الشأن نص المادة ٢٧ من اتفاقية واشنطن والتي تقرر أن: "موافقة الطرفين على التحكيم طبقاً لهذه الاتفاقية تعني اتفاقهما على استبعاد سبل حل النزاع الأخرى إلا إذا نص على غير ذلك..." والمفهوم من هذه الصياغة أنه يمكن للأطراف بالاتفاق المشترك استبعاد عقد الاختصاص لمركز الإكسيد والاتفاق على وسيلة أخرى لتسوية النزاع، ومن هنا فإن الباحث يركز على أهمية صياغة اتفاق التحكيم كأساس حقيقي لتحديد واختيار طريق تسوية النزاع.

قائمة المراجع

- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٠.
- أمال أحمد الفزايري، دور القضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.
- جلال وفاء محمدين:
- التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- رشا علي الدين، السوابق التحكيمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
- سامية راشد:
- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصادر، الإثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

- **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم ٢٧ سنة ١٩٩٤ في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية وضع التحكيم من النظام القانون الكلي، اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ١٩٩٨.**
- **رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.**
- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.**
- **عبد المنعم فرج الصدد، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.**
- **طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.**
- **منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.**
- **محمود مختار أحمد بريري:**
- **التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.**

المقدمة

المبحث الأول: التراضي شرط أساسي لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.....	٥
المطلب الأول: رضا الأطراف وفقاً لاتفاقية واشنطن والاتفاقيات المقارنة.....	٦
المطلب الثاني: طرق التعبير عن الإرادة.....	١٢
المبحث الثاني: صحة التراضي لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.....	١٨
المطلب الأول: صدور الرضا من أشخاص آهلين.....	١٨
المطلب الثاني: خلو الرضا من عيوب الإرادة.....	٢٦
الخاتمة	٣١
قائمة المراجع	٣٤
الفهرس.....	٣٦