شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي و أثاره على الحصانة السيادية

(مع الإشارة إلى قانون المحروقات الجزائري- دراسة مقارنة-)

د/ السعيد خويلدي.أستاذ الحقوق
سمية صخري.باحثة دكتوراه في تحولات الدولة
جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر)

ملخص :

يقوم إبرام اتفاق التحكيم على مبدأ التراضي بين الدولة أو أية مؤسسة تابعة لها من جهة و بين المستثمر الأجنبي من جهة أخرى، على أن يكون محل اتفاق التحكيم محددا و في شكل مكتوب.

و أمام التطورات الحاصلة على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية مما اثر على الحصانة السيادية للدولة، و أدى ذلك إلى تحول الحصانة القضائية و التنفيذية المطلقة إلى نسبية لاسيما في عقود التنمية الاقتصادية مع مستثمرين أجانب، و مثاله عقود الاستثمار البترولية من اجل تنمية مصادر الثروة الطبيعية.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم، الاستثمار البترولي، الحصانة السيادية.

Abstract:

The principle of the arbitration agreement between the state or any state institution and the foreign investor is done amicably, so it is very precise and well written.

The development of international economic relations have impacted sovereign immunity status and this has led to the transformation of legal immunity and immunity absolute executive at relative immunities, including development contracts with foreign investors and as a title for example, there are contracts on oil derogatory investment for development sources of natural wealth.

Keywords: arbitration agreement, the investment of oil, sovereign immunity.

Résumé:

Le principe de la convention d'arbitrage entre l'état ou n'importe quelle institution étatique et l'investisseur étranger se fait à l'amiable, de sorte qu'il soit bien précis et bien écrit.

Le développement des relations économiques internationales ont impacté l'immunité souveraine d'état et ceci a mené à la transformation d'immunité juridique et l'immunité exécutive absolue à des immunités relative, notamment dans les contrats de développement avec les investisseurs étrangers et comme titre d'exemple, on trouve les contrats sur l'investissement pétrolier pour les développements des sources de la richesse naturelle.

Mots clés: convention d'arbitrage, l'investissement de pétrole, l'immunité souveraine.

مقدمة :

يتأسس اتفاق التحكيم على التراضي و هذا المبدأ تضمنته اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية، فنصت المادة 25/1 منها على انه :(يشمل اختصاص المركز المنازعات ذات الصبغة القانونية، التي تنشا بين دولة متعاقدة أو أية مؤسسة عامة أو هيئة تابعتين لها و تعينها هذه الدولة للمركز و بين رعايا دولة أخرى متعاقدة بشرط أن يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار...)، كما أخذت محكمة العدل الدولية بهذا المبدأ حيث قضت بتاريخ 19-05-1953 في قضية "امباتيلوس" بما يلي :(... عدم إمكان إلزام الدولة بإحالة منازعاتهم على التحكيم دون رضاها هو احد المبادئ المستقرة تماما في القانون الدولي، و على ذلك يستمد الحكم الصادر من محكمة التحكيم قوته الإلزامية من اتفاق الطرفين)[1]، إذ يجب توافر شروط معينة في اتفاق التحكيم، فيتعين في حالة ما إذا كان الاتفاق على التحكيم سابقا على قيام النزاع تحديد موضوع النزاع، و أما إذا كان اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع فيجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشتملها التحكيم و إلا كان الاتفاق باطلا، و يؤدي تحديد محل النزاع إلى إمكانية تحديد ولاية المحكمين و لهذا فانه

يعتبر باطلا العقد المبرم بين شخصين و الذي يتفقان فيه على عرض أي نزاع ينشا بينهما في المستقبل على المحكمين، و يجب التقيد بموضوع التحكيم في شان النزاع حول عقد معين لا يمتد إلى عقد أخر و لو كان مرتبطا به و بين نفس الخصوم، و لا يمتد اثر الاتفاق على التحكيم إلى غير أطرافه أو إلى غير النزاع الوارد فيه، كما يتعين توافر الأهلية- أهلية التصرف في الحقوق المتنازع عليها-، ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة و يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا، و يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمن ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرهما من وسائل الاتصال، و لا يلزم في الكتابة شكل خاص أو ألفاظ معينة[2]، و مع انتشار إبرام معاهدات الاستثمار الدولية الأمر الذي ساهم في تطور التحكيم و توسع نطاقه و الذي انعكس على مفهوم السيادة، إذ صدرت مجموعة متنوعة من القرارات التحكيمية التي تهدف إلى حل مستقبلي في تحديد مفهوم السيادة[3]، حيث يدخل مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية في نطاق القانون الدولي و هو تعبير صريح عن إرادة الشعوب النامية و طموحها، و خاصة أسلوب عقود الامتياز الذي احدث ردود فعل قوية بعد الحرب العالمية الثانية، و قد لعبت المنظمات الدولية و خاصة منظمة الأمم المتحدة الدور الفعال الذي خلص إلى تعديل تلك العقود بشكل يضمن حقوق الدول صاحبة المواد الطبيعية و يعطيها حق السيادة عليها[4]، و بالتالي ترسيخ مبدأ السيادة الدائمة على ثرواتها الطبيعية و اعتباره جزء من القانون الدولي المعاصر و ذلك عن طريق قراراتها المصادق عليها من طرف الجمعية العامة لها، و يظهر موقف المقنن الجزائري من هذا المبدأ من خلال تبنيه مبدأ ملكية الدولة للثروات الطبيعية، و على الصعيد الدولي القيام بدراسة الآليات القانونية المستعملة من طرفه لتحقيق التوازن بين مبدأ سيادة الجزائر على ثرواتها الطبيعية و فتح المجال للاستثمار الأجنبي[5].

و تظهر أهمية موضوع دراسة شرط إبرام اتفاق التحكيم في إبراز موقف الاتفاقيات الدولية و التشريعات المقارنة و كذا كل من القضاء التحكيمي و الفقه حول أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم، كما تعنى الدراسة بتحديد محل اتفاق التحكيم و الإجابة عن طبيعة الكتابة و مدى اعتبارها كشرط للإثبات و ليس لصحة الاتفاق، و ذلك من اجل الوقوف على مختلف الاتجاهات الدولية و الوطنية حول تلك الشروط و ترجيح الرأي الغالب المعمول به في القانون الجزائري، و نظرا للتطورات الحاصلة على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية مما اثر على الحصانة السيادية للدولة، ما أدى إلى تحول الصفة المطلقة للحصانة إلى الصفة النسبية سواء الحصانة القضائية أو التنفيذية، و هذا من اجل معرفة أثار التحكيم البترولي على الدولة المضيفة المالكة للبترول بالنسبة لحصانتها السيادية.

تهدف دراسة الموضوع إلى الوقوف على النتائج الايجابية و السلبية حول إبرام اتفاق للتحكيم أمام فتح قطاع المحروقات للمستثمرين الأجانب، و إبراز اثر ذلك على سيادة الدولة و الحصانة القضائية و التنفيذية بالتوازي مع إبراز شروط اتفاق التحكيم و موقف مختلف الاتجاهات حولها، و من ثم تحليل النتائج و انعكاساتها.

و بناء على ما سبق نتساءل حول:

كيفية إبرام اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية؟ و ما آثار ذلك على الحصانة السيادية للدولة فهل يعتبر تنازلا من الدولة المضيفة للاستثمار عن حصانتها القضائية و التنفيذية الخاضعين لسيادتها الوطنية؟.

و كمحاولة للإجابة على الإشكالية المطروحة، يقوم إبرام اتفاق التحكيم على مبدأ التراضي بين الدولة أو أية مؤسسة تابعة لها من جهة و بين المستثمر الأجنبي من جهة أخرى، على أن يكون محل اتفاق التحكيم محددا و في شكل مكتوب، مما اثر ذلك على تحول الحصانة القضائية و التنفيذية المطلقة إلى نسبية لاسيما في عقود التنمية الاقتصادية مع مستثمرين أجانب، و مثاله عقود الاستثمار البترولية من اجل تنمية مصادر الثروة الطبيعية.

و في عرضنا لموضوع الدراسة اعتمدنا المنهج المقارن و التحليلي، من خلال تحليل عناصر الموضوع و مقارنتها في القوانين المقارنة و مختلف الاتجاهات الدولية و الفقهية و كذا أحكام التحكيم الدولي، وفق مبحثين هما:

- المبحث الأول نبين فيه الشروط الشكلية و الموضوعية لإبرام اتفاق التحكيم كإجراء لتسوية منازعات الاستثمار البترولي.
- المبحث الثاني نبين فيه آثار اتفاق التحكيم على الحصانة السيادية للدولة المضيفة للاستثمار البترولي.

المبحث الأول: اتفاق التحكيم بين الشكل و الموضوع كإجراء لتسوية منازعات الاستثمار البترولي

لما كان شرط التحكيم يعتبر اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى فانه يلزم لنفاذه توافر أركان و شروط من رضاء صحيح غير مشوب بعيب من العيوب و محل قابل للتعامل فيه و سبب مشروع، و قد قيد المقنن شرط التحكيم في المنازعات الإدارية بضرورة الحصول على موافقة مسبقة من الوزير المختص و إلا كان باطلا[6]، و لصحة الاتفاق التحكيمي[7] هناك عدة شروط يلزم من توافرها في هذا الاتفاق ففضلا عن تطابق الإيجاب و القبول فلابد أن يصدر هذا القبول من شخص ذو أهلية، و في العقود البترولية فان الاتفاق يتم بين شخصيين معنويين احدهما من أشخاص القانون العام و هو الدولة البترولية المالكة لأبار البترول أو المؤسسة العامة التابعة للدولة، حيث عدم توافر شرط الأهلية في الأطراف يؤدي إلى اعتبار شرط التحكيم باطل إذ اعتبرته محكمة النقض الفرنسية بطلان مطلق و لا يمكن لمدير الشركة إبرام اتفاق التحكيم ما لم يفوض بمستند كتابي صريح، و في هذا الشأن صدر الحكم الفرنسي الصادر بتاريخ 08 جويلية سنة 1954 من محكمة "دواي" و قد طبقت قواعد التنازع، و قرر أن القانون الفرنسي هو وحده الذي يحدد من له السلطة في إبرام اتفاق التحكيم لاسيما في المنازعات التجارية مع شركة بلجيكية و لابد من تفويض كتابي صريح، و تجدر الإشارة إلى أن مجمع القانون الدولي ب"أمستردام" سنة 1957 حدد في المادة 04 منه انه: (يسري على أهلية التحكيم القانون الذي تعينه قواعد الإسناد النافذة في الدولة التي يوجد بها مقر محكمة التحكيم) ، كما يمثل الدولة رئيسها أو الوزير المختص في تعاقداتها أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة العامة البترولية[8]، و بموجب اتفاقية جنيف الأوروبية المبرمة سنة 1961 أصبح لأشخاص القانون العام الحق في اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات التجارة الدولية، و تهدف تلك الاتفاقية إلى إبراز دور التحكيم كوسيلة مثلى لفض المنازعات الناشئة في إطار المعاملات التجارية في منطقة أوروبا شريطة أن تكون الدولة منظمة للاتفاقية[9].

تم تقنين تسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية لأول مرة في التشريع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية رقم 93-09 بتاريخ 25 افريل سنة 1993 الملغى بموجب قانون رقم08-09 بتاريخ 25-02-2008، و يعد هذا التغيير إيجابي نظرا إلى المستجدات المتعلقة بالتجارة الدولية و الواقع أن تشجيع الاستثمار و التجارة الدولية مع الشركاء الأجانب لا يمكن تصورها من دون إطار قانوني مما يتيح لهم اتخاذ القرارات الصحيحة[10]، و بالرجوع إلى قانون المحروقات الجزائري نظمت المادة 58 من قانون رقم 13-01 المتضمن قانون المحروقات كيفية تسوية المنازعة التي تحدث بين الوكالة و المتعاقدين و شركة "سونطراك"، و قد ميز هذا النص بين طريقتين للتسوية:

1- طريقة التسوية الودية وفق الشروط المتفق عليها في العقد في تسوية كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات(النفط) و المتعاقد حسب الفقرة الأولى من نص المادة 58 من قانون رقم 13-01، و بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نتساءل عن المقصود بالتسوية الودية في الكتاب الخامس تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات هذا الأخير مقسم إلى بابين، الباب الأول بعنوان في الصلح و الوساطة و الباب الثاني بعنوان في التحكيم، و نلاحظ أن المقنن في قانون المحروقات رقم 07-05 في المادة 58 حدد التسوية الودية بالمصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، و في حالة عدم الوصول إلى حل يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد، كما يستفاد من هذه الطريقة أنها إجراء إجباري لأي تسوية حيث يجب على الأطراف اختيار هذه التسوية قبل أي إجراء أخر و تتميز هذه الطريقة بأنها اتفاقية تهدف إلى تقليص مدة النزاع و تقليل كلفته، و تتكفل بالمصالحة هيئة يتفق على تشكيلها أطراف عقد البحث أو الاستغلال و تتخذ في العادة شكل

لجنة متساوية الأعضاء، و أراء هذه اللجنة غير ملزمة بل هي مجرد حلول توفيقية بين الأطراف لا يمكن تنفيذها إلا بعد موافقة جميع الأطراف، و نحن نرى أن عدم تحديد مصطلح التسوية الودية إما بالمصالحة أو التحكيم التجاري الدولي قد يفسر تطبيق المادة لدى البعض باللجوء إلى الوساطة و هذا ما استبعده المقنن في القانون رقم 07-05، لذا من المستحسن إعادة صياغة نص المادة 58 بضبط المقصود بالتسوية الودية.

2-التسوية عن طريق التحكيم في حالة فشل الأطراف في الوصول إلى حل عن طريق المصالحة المسبقة، يمكن للأطراف الأكثر استعجالا عرض النزاع على هيئة التحكيم و تخضع هذه الهيئة للقواعد العامة للتحكيم التجاري الدولي[11]، كما اخضع المقنن الجزائري منازعات المؤسسة الوطنية "سوناطراك" شركة ذات أسهم كقاعدة عامة إلى قواعد التحكيم التجاري الدولي حسب الشروط المنصوص عليها في العقد، و وفق نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في المواد من 1039-1065، أما في نص المادة 58 من قانون رقم07-05 إذا كانت "سوناطراك" هي المتعاقد الوحيد يسوى النزاع بتحكيم من الوزير المكلف بالمحروقات[12]، كما نلاحظ في نفس نص المادة من 58 من قانون رقم 13-01 في الفقرة الثالثة و الرابعة هناك تكرار في الأحكام من جهة أن التحكيم الدولي يخص الأشخاص المكونين للعقد دون المؤسسة الوطنية "سونطراك"، ثم في الفقرة الأخيرة أعاد المقنن إدخال المؤسسة الوطنية و الأشخاص المكونين للمتعاقد عرض نزاعاتهم على التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الأول: أهلية طرفي عقد الاستثمار البترولي في إبرام اتفاق التحكيم

يشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر أركان العقد من الرضا و المحل و السبب، و حتى يكون التراضي صحيحا يجب أن يصدر من ذي أهلية و خاليا من العيوب ، و هذا التراضي يمكن أن يصدر من الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك حق التصرف في حقوقه، و قد يحق للشخص الاعتباري إبرام عقد الاستثمار البترولي و ليس له حق توقيع اتفاق التحكيم فإذا تضمن العقد الإداري شرطا بالتحكيم و لم يكن العقد موقع من الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، فينعقد العقد ويقع شرط التحكيم باطلا غير منتج لأثر، و ذلك إعمالا لنص المادة الأولى من القانون رقم 09 لسنة1997 بتعديل أحكام قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 التي ذهبت إلى انه :(مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع)، حيث تتفق إرادة طرفي التعاقد على الالتجاء إلى التحكيم أو وفق اتفاق خاص، ومن ثم فلا يجوز فرض تسوية المنازعات التي يكون الأفراد طرفا فيها عن طريق التحكيم لما في ذلك من مصادرة لحق الأفراد في التقاضي أمام قاضيهم الطبيعي[13]، و الإيجاب بالنسبة لعقود التجارة الدولية هو حصيلة المفاوضات بين الأطراف و من ثم قبول صاحب العرض كافة الشروط التي نتجت عن المفاوضات حتى يصل إلى مرحلة الإيجاب النهائي، لذا فالعرض عن طريق الإعلانات لا يعتبر إيجابا وإنما دعوة لإبرام العقد، و هذا يعني أن الفرق بين الإيجاب الكامل و الدعوة لإنشاء علاقة تعاقدية هو أن الإيجاب يجب أن يتضمن كل العناصر الضرورية لإنشاء اتفاق ملزم قانونا، و هو ما أشارت إليه المادة 14 من اتفاقية "فيينا" للبيع الدولي للبضائع[14]، و بناء على ذلك فالقبول في العقود التجارية الدولية يكون هو التعبير عن الرضا ممن وجه إليه الإيجاب و التي تكون عادة ثمرة المفاوضات التمهيدية، و بهذا يشترط أن يكون القبول صادرا ممن وجه إليه الإيجاب لذلك لابد من مطابقة القبول للإيجاب على محل العقد و أن يكون موافقا له، و يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف أخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب، و يشترط أن يكون القبول خلال المدة المحددة في الإيجاب إن كانت هناك مدة محدد، وإلا فخلال مدة معقولة يتم تقديرها وفقا للظروف التي تمت فيها الصفقة، فقانون البيوع الدولي للبضائع نص على:(يبدأ سريان المدة التي يحددها الموجب للقبول في برقية أو رسالة من لحظة تسليم البرقية للإرسال أو من التاريخ المبين بالرسالة)[15]، و قد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس

الدولة إلى تبني الرأي القائل بعدم صحة شرط التحكيم بعد العمل بالقانون رقم 27 لسنة 1994 لأسباب قائمة على طبيعة العقد الإداري و على قواعد الأهلية و الاختصاص إلا أن يكون ذلك بتفويض صريح من المقنن، في حين ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لان القانون رقم 27 لسنة 1994 قد أجاز في مادته الأولى للأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات، و قد أكد التقرير الصادر عن لجنة الشؤون الدستورية و التشريعية عن مشروع القانون رقم 9 لسنة 1997 بأنه إعمالا بضوابط الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية حظر مشروع القانون التفويض في ذلك الاختصاص، فلا يباشرها إلا من أوكل له القانون هذه المهمة لخطورتها و لاعتبارات الصالح العام[16]، أما قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 08-09 فقد نصت المادة 1006 منه انه :(...لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية...)، و من خلال تحليلنا لهذا النص يتبين لنا انه يحق للأشخاص المعنوية العامة إبرام اتفاق التحكيم لفض منازعاتها المترتبة عن علاقاتها الاقتصادية ذات الطبيعة الدولية، و تكريسا لهذا النص في مجال المحروقات أجازت المادة 58 من قانون المحروقات رقم 13-01 للوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات "النفط" و المتعاقد، و كذا الخلاف القائم بين المؤسسة الوطنية سوناطراك و الأشخاص المكونين للمتعاقد.

و بالرجوع إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958 نجد أنها لم تورد أي قواعد موضوعية في خصوص النظام العام و أهلية إبرام اتفاق التحكيم ، و اكتفت أعمالها التحضيرية بإيضاح أن مؤتمر الأمم المتحدة حرص على تأكيد استبعاد أي قيود فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافا في اتفاق التحكيم الخاضع لقواعد الاتفاقية ، و بعبارة أخرى فان الأعمال التحضيرية تستبعد أي قيد يتعلق بجنسية أو موطن أطراف اتفاق التحكيم عند تطبيق التنظيم السائد في ظل الاتفاقية، فقد ذهب جانب من الفقه إلى إمكان تحديد قدرة أشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء إلى التحكيم طبقا لقانونها الشخصي حسب المادة 5/ا من الاتفاقية ، و يقوم نص المادة على افتراض أن قدرة أشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم تعد من مسائل الأهلية، إذا خلصنا إلى أن هذه القدرة هي نوع من السلطة و الاختصاص و يعني أننا أمام مجال من مجالات القانون العام التي تخرج أساسا من دائرة تنازع القوانين، و مفاده أن المرجع في تحديدها للقانون الذي عاصر ميلاد هذا الشخص و حدد أهدافه و منحه الشخصية القانونية التي تكفل تحديد هذه الأهداف (قانون محل التأسيس)[17]، و تنص المادة 501 من قانون المرافعات المصري على ما يلي :(لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف)، وقد الغي نص المادة 501 بالمادة 11 من قانون رقم 27 سنة 1994 حيث نصت: (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه و لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) ، و في القانون المدني الفرنسي نصت المادة 2059 على :(الشخص الذي لا يملك أهلية التصرف في حقوقه كالقاصر و المحجور عليه لا يستطيع إبرام عقود اتفاق التحكيم إلا عن طريق الوصي أو القيم بعد الحصول على إذن بذلك من المحكمة، و البطلان الناشئ عن نقص الأهلية هو بطلان نسبي غير متعلق بالنظام العام و لا يستطيع الطرف الأخر التمسك بهذا البطلان، أما انعدام الأهلية فيترتب عليه بطلان مطلق)[18]، و وضعت المادة 1003 من تقنين المرافعات الفرنسي مبدأ الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم فنصت :(يجوز لكل شخص الاتفاق على التحكيم بشان الحقوق التي يملك التصرف فيها و معنى هذا أن لا يكفي أن تكون للشخص أهلية التعاقد فحسب ، و إنما يجب أيضا أن يكون أهلا للتصرف في الحق موضوع النزاع)، و للوكيل الاتفاقي أن يبرم اتفاق التحكيم نيابة عن موكله بشرط أن يكون مفوضا في ذلك بتوكيل خاص، فإذا كان وكيلا عاما أو وكيلا خاصا في الصلح وحده يمنع عليه إبرام اتفاق التحكيم، و على هذا الأساس ثبت عن القضاء الفرنسي على أن (المحامي) الموكل في إقامة دعوى و المرافعة فيها لا يجوز له أن يتفق مع الخصم على التحكيم لأنه وكيل في الخصومة فحسب [19].

الفرع الأول: الشركات البترولية كمستثمر أجنبي في إبرام اتفاق التحكيم

أقرت الاتفاقيات الدولية خضوع أهلية التحكيم في العلاقات القانونية للقانون الشخصي، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1958 برفض الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه إذا اثبت المدعى عليه أن الأطراف في اتفاق التحكيم كان يصيبهم نقص في الأهلية وفقا للقانون واجب التطبيق عليهم، و الفقرة الثانية من المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية سنة 1961 أكدت على أن تفصل محاكم الدولة المتعاقدة فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقا للقانون الواجب التطبيق على الأطراف ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة من ذات الاتفاقية على أن :(الأطراف في اتفاق التحكيم يكون قد عابهم نقص في الأهلية وفقا للقانون الواجب التطبيق)، و لم تتعرض أي اتفاقية دولية لتحديد المقصود بالقانون الشخصي هل هو المعيار الخاص بالجنسية أو الموطن، و الراجح فقها هو إخضاع أهلية التحكيم للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة سواء أكان قانون الموطن أو قانون الجنسية[20].

و يثور التساؤل حول أهلية الشركات البترولية المستثمرة في إبرام الاتفاق التحكيمي ، و التي غالبا ما تأخذ شكل شركات مساهمة تكتسب الشخصية المعنوية بعد إشهارها في السجل التجاري و التي اغلبها تنتمي لجنسية أمريكية و انجليزية و فرنسية و الصينية، و هي شركات يمثلها قانونا رئيس مجلس الإدارة و له أهلية إبرام اتفاق التحكيم أو عن طريق المحامي المفوض كتابيا عن الشركة، إذ تنص المادة 11 من قانون التحكيم المصري و التي تقابلها المادة 190من القانون القطري أن الوقت الذي يعتد فيه بالأهلية و الإنابة هو وقت إبرام العقد، و أما الشركة المستثمرة الأجنبية إذا وقعت في الإفلاس فان اتفاق التحكيم يصح إبرامه من أمين التفليسة المعين من قبل محكمة الإفلاس، إما إذا كانت الشركة في فترة التصفية فيصح إبرام اتفاق التحكيم من المصفي المختار رضائيا من الأطراف أو المعين من المحكمة [21].

الفرع الثاني: الدولة و الأشخاص العامة المالكة للبترول كطرف في إبرام اتفاق التحكيم

لصحة الاتفاق التحكيمي هناك عدة شروط يجب توافرها في هذا الاتفاق فضلا عن تطابق الإيجاب والقبول ، إذ لابد أن يصدر هذا القبول من شخص ذو أهلية، و في مجال العقود البترولية فان الاتفاق بين شخصين معنويين احدهما من أشخاص القانون العام وهو الدولة البترولية المالكة لأبار البترول أو المؤسسة العامة التابعة لها، و إذا نظرنا إلى أهلية الدولة فان الذي يمثلها رئيسها او وزير الخارجية ، وبعد إنشاء وزارة الطاقة و المناجم (البترول و التعدين) أصبح الوزير المختص بالبترول هو المختص في تمثيل الدولة في الاتفاقيات التي تبرمها مع الشركات الأجنبية المستثمرة، أو عبر المؤسسة البترولية العامة في الدول العربية التي انشات نظام المؤسسات العامة المسؤولية عن البترول، مثل جمهورية مصر العربية التي انشات المؤسسة العامة سنة 1956، و الجماهيرية العربية الليبية التي انشات مؤسستها العامة سنة 1968، و دولة قطر التي انشات شركة قطر النفطية للبترول سنة 1970، ودولة العراق التي انشات الشركة الوطنية للنفط سنة 1964، و إمارة أبو ظبي التي انشات شركة بترول أبو ظبي سنة 1971، وفي المملكة العربية السعودية تنص المادة 03 من المرسوم رقم 49 الصادر بتاريخ 25 افريل سنة 1983 و التي تنص على انه :(أن المؤسسات الحكومية في المملكة لا يجب عليها أن تدخل كطرف في اتفاق التحكيم إلا بعد موافقة مجلس الوزراء السعودي)[22]، أما في الجزائر نشات الشركة الوطنية "سوناطراك" بموجب مرسوم رقم 63-491 بتاريخ 31-12-1963 لنقل المحروقات و تسويقها، و هي شركة ذات أسهم تملكها الدولة تقوم بمباشرة النشاط الاقتصادي، و قد حدد رأسمال الشركة باربعون مليون دينار جزائري، ثم صدر المرسوم رقم 66-292 بتاريخ 22-11-1966 ليعدل من نظامها الأساسي و يحول دورها من مجرد النقل وبيع المنتجات إلى دور المسؤولية الكاملة في مباشرة النشاط البترولي بالإقليم الجزائري و أصبحت تدعى"الشركة الوطنية للتنقيب عن المحروقات و إنتاجها و نقلها وتحويلها و تسويقها"، و على اثر هذا التوسع صدر مرسوم بتاريخ 12-12-1966 يرفع ميزانية الشركة إلى أربعمائة مليون

دينار، و قد نصت المادة الرابعة من أمر رقم 12-04-1971 على أن أجهزة الشركة تتألف من متصرف و مجلس مكون من ممثلي أعضاء الشركة و يفوض هذا المجلس بمباشرة سلطات مديرية التسيير و الإدارة، و بعد التأميم النهائي تولت" سوناطراك" ممارسة كل النشاطات البترولية في الجزائر و زيادة سيطرتها إلى56% سنة1971 و 82% سنة 1980 و بلغت سيطرتها 100% على الحقل البترولي "حاسي مسعود"، و قد تميزت الجزائر بوضع قانوني مميز يمنحها السيادة الكاملة على ثرواتها الطبيعية منذ اتفاقيات التعاون سنة 1965. [23]

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية من أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم

بعد الحرب العالمية الثانية ظهرت حاجة الدول إلى إبرام الاتفاقيات الدولية نذكر منها على سبيل المثال:

1-اتفاقية نيويورك الصادرة بتاريخ 10 جوان 1958: لم تنص الاتفاقية على أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في إبرام اتفاق التحكيم، و ذهب بعض الفقهاء إلى تفسير الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية كون مصطلح الشخص المعنوي الوارد بالفقرة جاء دون قيد ودون تمييز بين الشخص الاعتباري الخاص أو العام[24]، حيث أن أهلية الشخص المعنوي العام يحكمها قانون الدولة المنشئة للشخص العام، فقد تركت اتفاقية نيويورك سنة 1958 لكل دولة الحرية في تقرير أهلية أشخاصها العامة في اللجوء إلى اتفاق التحكيم.

2-الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي بجنيف سنة 1961:نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن :(الأشخاص العضوية التي تعتبر وفقا للقانون الواجب التطبيق عليها، من أشخاص القانون العام تكون لها القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة)، و قد قيدت الاتفاقية من الاعتراف المطلق للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية على انه :(يجوز لكل دولة عند التوقيع أو التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها أن تقيد من القدرة وفق الشروط المعينة في إعلانها)، حيث أن الدولة هي المنظمة لمسالة أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في الاتفاق على التحكيم، تهدف الاتفاقية السابقة إلى السماح لأشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات التجارة الدولية، و بهذه الاتفاقية أصبح الشخص العام في الدول المتعاقدة يتمتع بالأهلية التي تمكنه من اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات التي يكون طرفا فيها، و قد ضيقت الاتفاقية من نطاق تطبيقها و قصرت ذلك على اتفاقات التحكيم بين الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين بشرط أن يكون لهم محل إقامة أو مقر في دولة متعاقدة و مختلفة، و تهدف الاتفاقية إلى إبراز دور التحكيم كوسيلة مثلى لفض المنازعات الناشئة في إطار المعاملات التجارية في منطقة أوروبا[25].

3-اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى بواشنطن 1965:سمحت هذه الاتفاقية للأشخاص المعنوية العامة التابعة للدولة المتعاقدة بالدخول طرفا في اتفاقية التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، و التوقيع على الاتفاقية يعطي الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة للدول المنتجة الاتفاق على شرط التحكيم، و لم تتضمن الاتفاقية أي التزام على الدول للاعتراف بأهليتها و أهلية أشخاصها الاعتبارية العامة بالاتفاق على التحكيم، و نصت المادة 25 على أن :(رضاء الهيئة العامة أو المؤسسة التابعة لدولة متعاقدة يجب التصديق عليه من هذه الدولة ما لم تخطر هذه الدولة المركز بان هذه الموافقة ليست ضرورية)، و حددت الفقرة الثالثة من المادة 25 الشروط و هي:

- توافر رضاء هذا الشخص بنظام المركز و الاعتراف باختصاصه.
- تأييد الرضاء من جانب الدولة التي يتبعها الشخص الاعتباري، ما لم تخطر الدولة المركز الدولي لتسوية المنازعات بان هذا القبول ليس ضرور[26].

ثانيا: موقف التشريعات العربية و الأجنبية من أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم

العديد من القوانين تنص على قدرة الشخص العام في اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات التي ينبغي أن تخضع إجباريا للتحكيم، حيث استقر الفقه الفرنسي في مجال التحكيم الدولي على اعتبار المنع الوارد في نص المادة 2060 من القانون المدني لا يتعلق بالنظام العام الدولي، و بموجب الحكم الصادر بتاريخ 02 ماي سنة 1966 اعتبرت الغرفة المدنية الأولى أن هذا المنع لا يطبق على العقد الدولي[27] تنص المادة التاسعة من قانون التحكيم السوري على انه :(لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه وفقا للقانون الذي يحكم أهليته)، أما بالنسبة للمقنن السعودي فقد نص في المادة 03 من نظام التحكيم السعودي على انه :(لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، و يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم)، أما المقنن الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية سنة 2008 أجاز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في علاقاتها التجارية ذات الطابع الدولي و في الصفقات العمومية بنص المادة 1006، و لا يوجد نص في القانون النموذجي للتحكيم في البحرين وسار على نفس النهج المقنن الكويتي و اللبناني و المغربي و السوداني و الإماراتي في إخضاع أحكام الأهلية للقواعد العامة[28]، و في اعتقادنا حول مسالة أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إبرام اتفاق التحكيم في التشريعات القانونية في الأصل هو الجواز إلا ما استثناه القانون بنص صريح، و في حالة السكوت يفهم ضمنيا من القواعد العامة صحة أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إبرام اتفاق التحكيم ما لم يخالف النظام العام، و يحدد مضمون النظام العام الدولي في القانون المقارن الدولي بمجموعة السياسات العامة وفقا لمعايير داخلية مماثلة لمتطلبات دولة القانون الذي يمكن الاحتجاج به لمنع تطبيق قانون الأجانب في التحكيم التجاري الدولي[29]، و مع تحليل دقيق لموضوع النظام العام فان الجوانب الفلسفية لقانون التحكيم الدولي يتضمن قواعد غير مألوفة في القانون الدولي الخاص و القانون الدولي العام[30].

و نظرا لمتطلبات التجارة الدولية فيما يتعلق بالأعمال التجارية للمرافق العامة نجد اتفاقية الحكومة الإيرانية و الشركة العامة الإيرانية للبترول وقعت سنة 1954 من خلال شركة "كونسر تيم"، و قد أبرمت الحكومة التركية اتفاق مع الشركة العامة الإيرانية للبترول سنة 1958، و نشير إلى إمكانية إبرام اتفاق التحكيم بالنسبة للدول و مثاله التشريع البرازيلي في المادة الأولى، و في التشريع الفنزويلي يتطلب الحصول على ترخيص مسبق من الوزير المختص إذا كانت الدولة تشارك بنسبة 50% من المؤسسة، وفي القارة الإفريقية نجد المادة 03 من التشريع الجيبوتي للتحكيم تقرر أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم، كما نصت المادة 315 من قانون الإجراءات المدنية الإثيوبي على ذلك ما لم يتعارض مع النظام العام الدولي، و في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي سنة 1806 نص صراحة على حق الدولة و المؤسسات العامة و الأقاليم باللجوء إلى التحكيم[31].

ثانيا: موقف الفقه من أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم

أثيرت مشكلة إبرام الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة اتفاق التحكيم، و قد ذهب الفقه إلى أن الدولة لها الأهلية في الاتفاق على التحكيم و السبب في ذلك أن الدولة تقوم بإدارة مشروعات اقتصادية عملاقة و مؤسسات كبيرة ذات نفع عام، و قد اخذ بذلك القانون السويسري حيث نص في المادة 2/177، و قد أيدت ذلك أيضا محكمة استئناف باريس باعتبارها تنظر الطعون في أحكام التحكيم التي تصدر عن غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر بتاريخ 13 جوان سنة 1996، و من ذلك القانون المصري رقم 09 لسنة 1997، و التشريع السعودي في المادة الثالثة من المرسوم الملكي رقم 46 سنة 1983 التي اشترطت موافقة رئيس مجلس الوزراء، و في حالة إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم الموافقة هل يعتبر باطلا؟، انقسم الفقه بشان هذه المسالة حيث اعتبره البعض خطا مرفقي بينما ذهب البعض الأخر إلى أن إبرام اتفاق التحكيم حتى دون حصول الموافقة إلزامي[32].

المطلب الثاني: محل اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية

محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع حيث يشترط لصحة التحكيم إلا يكون موضوعه أي محله مخالفا للنظام العام و إلا وقع الاتفاق باطلا و ينسحب البطلان إلى قرار التحكيم، و حكمه عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، و هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها، كما انه لا يجوز فيما يتعارض مع حسن الآداب[33]، و منه فانه يقصد بالمحل في اتفاق التحكيم أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشا بينهم بمناسبة موضوع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدي أو غير التعاقدي بشان مسالة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، حيث يشترط لصحة التحكيم وجود المنازعة و تحديدها و ذلك في حالة مشارطة التحكيم، و أما شرط التحكيم يعد فيه محل العقد معدوما أي تحكيم ضمني كما يشترط أن تكون المنازعة مما يجوز فيها التحكيم، و قد ربطت اغلب التشريعات في جواز التحكيم بين قابلية هذه المنازعة للصلح يكون التحكيم فيها جائزا[34]، حيث أن اتفاق التحكيم لا يكفي أن يتوفر فقط التراضي إنما يلزم أيضا تحديد محل الاتفاق على التحكيم حتى يمكن مراقبة مشروعيته، و يشترط في المحل أن يكون مشروعا لا يخالف النظام العام حيث أن فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى، لذلك رفض مؤتمر الأمم المتحدة الذي تولى وضع اتفاقية نيويورك سنة 1958 بشان الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين، حيث قام المؤتمر بتحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم و ذلك لان قابلية محل النزاع للتحكيم تختلف من دولة إلى أخرى، و لذلك فان قضاء التحكيم يأخذ بفكرة النظام العام الدولي، حيث أن المحكمين مكلفون بحماية المصالح العليا في المجتمع الدولي، حيث اثبت قضاء التحكيم أن هناك توافق بين النظام العام الداخلي و الدولي و انقسمت أحكام التحكيم حول هذه المسالة إلى اتجاهين، الاتجاه الأول بطلان اتفاق التحكيم و عدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع، و الاتجاه الثاني يرى اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع[35]، و يعد تحديد موضوع النزاع كشرط لصحة عقد التحكيم من اجل عدم إثارة منازعات فرعية بين الخصوم، و من اجل تيسير مهمة القاضي في مراقبة المحكم و التأكد من عدم خروجه عن الاتفاق على التحكيم، و أخيرا حتى لا يخرج المحكم عن موضوع النزاع و يقضي بما يطلبه الخصوم، كما يقصد بتحديد موضوع النزاع تحديد مجموع الادعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم و يكفي أن يقال أن موضوع النزاع هو حسم الخلافات التي نشأت بمناسبة دعوى معينة، كما يتعين تعيين المحكمين تحت طائلة البطلان كما هو الشأن بالنسبة لموضوع النزاع، و يشمل التعيين الصفة و الطريقة التي يعين هؤلاء بالإضافة إلى ذلك هناك بيانات أخرى يجوز إثارتها في عقد التحكيم حتى تكون هذه البيانات صحيحة، و نذكر على سبيل المثال هذه البيانات في جواز تحديد مهمة المحكمين و أن يتضمن العقد تفويضا لأحد المحكمين، ويجوز للخصوم أن يعدلوا عن الحق في الطعن بالاستئناف، ا و ان يحتفظوا بحق رفع الطعن بالاستئناف بالنص على ذلك صراحة بالإضافة إلى بيانات أخرى يمكن إدراجها في عقد التحكيم أو اتفاق مستقل، مثل تحديد طبيعة التحكيم كان يكون عاديا أو مطلقا و تحديد أسباب انتهاء الخصومة كما يمكن للأطراف تنظيم مسالة أتعاب المحكمين[36]، فالاتفاقيات الدولية علقت التزام الدول الاعتراف باتفاقات التحكيم كون النزاع محل الاتفاق يقبل التسوية عن طريق التحكيم، و أجمعت الأنظمة القانونية المختلفة على أن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، و نعرض موقف الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية من قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم:

الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من بروتوكول جنيف سنة 1923 منه على أن :(تعترف الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التحكيم و كذلك شرط التحكيم...في المسائل التجارية أو المسائل الأخرى التي تقبل التسوية بطريق التحكيم...)، و نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك سنة 1958 على أن:(تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق على التحكيم المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بان يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت

أو يمكن أن تنشا بينهم بشان علاقة قانونية معينة، سواء أكانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسالة يجوز تسويتها بطريق التحكيم، أما الاتفاقية الأوربية بجنيف سنة 1961 نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة منها على:(تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم، و في المسائل الأخرى:ا-وفقا للقانون الذي اخضع له الأطراف اتفاق التحكيم...)، كما نصت الفقرة الرابعة من المادة 25 من اتفاقية واشنطن سنة 1965 على انه :(يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية أو في أي تاريخ لاحق، أن تخطر المركز بالنزاع أوالمنازعات التي ترى إمكانية خضوعها لاختصاص المركز)[37].

الفرع الثاني: موقف التشريعات الدولية و العربية من قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم

من التشريعات التي تعرضت لتحكيمية المنازعات التشريع الفرنسي في المادة 2060 التي منعت التحكيم في مسائل الأهلية و منازعات المؤسسات العامة، أما المقنن الألماني في قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1988 نص على استبعاد عدد من المنازعات من التسوية بطريق التحكيم، و منها منازعات الأحوال الشخصية و منازعات الأمن البوليسي و الإيجار في المدن الألمانية، المسائل الجنائية و الصلح بشأنها و مسائل الأحوال الشخصية ومسائل منح الجنسية أو سحبها، و منازعات العقود الإدارية ومنازعات الوكالات التجارية، و إذا كانت المنازعات الناشئة عن عقود البترول و الغاز الطبيعي هي من المنازعات القابلة للتسوية بطريق التحكيم، فان هناك عدد من التشريعات البترولية التي صدرت من اجل التأكد على إمكانية اللجوء الاختياري إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية المنازعات التي تنشا عن العقود المبرمة في قطاع الاستثمار البترولي، فمثلا دولة كولومبيا صدر قانون رقم 26 أكتوبر سنة 1955 وأيضا القانون الإثيوبي سنة 1967، أما عن التشريعات العربية التي تناولتها قوانينها البترولية و التعدينية أكدت على التحكيم في العقود و منها القانون الليبي رقم 25 سنة 1955[38]، و القانون الإيراني للبترول الصادر سنة 1957، و تحظر بعض التشريعات تسوية المنازعات البترولية عن طريق التحكيم، أما القانون المصري فقد نصت المادة 298 من قانون المرافعات المدنية و التجارية التي تشترط لتنفيذ حكم التحكيم في مصر أن يكون صادرا في مسالة يجوز فيها التحكيم طبقا للقانون المصري، و قد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن المستفاد من نص المادة 841 من قانون المرافعات المدنية و التجارية أنها أوجبت صدور حكم المحكمين في مصر و إلا اتبعت في شانه القواعد المقررة للأحكام الصادرة في بلد أجنبي[39].

المطلب الثالث: الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية

إذا كان الاتفاق على التحكيم يتم برضاء الأطراف المتعاقدة، فهل يكفي هذا الرضاء لقيام التحكيم؟ أم يجب أن يتم إفراغه في شكل معين، أي هل يجب أن يكون مكتوبا؟، للإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نعرض موقف القوانين الوطنية ثم موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، و في مجال عقود الاستثمارات البترولية لابد أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حتى يمكن اعتبارها صحيحا، مما يرتب انعقاد الاختصاص للمحكمة التحكيمية و تلتزم بناء عليه المحكمة القضائية بإحالة الخصوم إلى المحكمة التحكيمية، و قد اختلفت التشريعات العربية حول اشتراط المقنن العربي كتابة اتفاق التحكيم هل هو لإثباته؟، أو من اجل صحة انعقاد اتفاق التحكيم؟، في الاتجاه الأول اعتبر المقنن المصري و الأردني و البحريني و المغربي و السوري و السوداني أن كتابة اتفاق التحكيم شرط انعقاد وليس شرط إثبات[40]، و في اتجاه آخر فقد اعتبرت العديد من التشريعات العربية الأخرى كتابة اتفاق التحكيم للإثبات و ليس للانعقاد مثل المقنن العراقي و الجزائري و الكويتي و الإماراتي و الليبي و اللبناني و التونسي و اليمني و السعودي[41]، لهذا فان الاتجاه العام لدى المقنن العربي هو اعتبار كتابة اتفاق التحكيم شرط للإثبات و ليس للانعقاد[42]، و تعد الكتابة شرط لإثبات عقد التحكيم و هي ليست مطلوبة كركن شكلي لعقد التحكيم أي انه يصح العقد

التحكيمي و لو لم يكن مكتوبا، و حين لا يوجد نموذج واحد للكتابة فقد يثبت عقد التحكيم في صورة سند رسمي أو سند عادي أو ورقة أخرى لها قيمة السند العادي من حيث الإثبات، أو بموجب محضر يتم أمام المحكمين يوقعه الأطراف و المحكمين معا[43].

الفرع الأول: موقف القوانين الوطنية من كتابة اتفاق التحكيم

اشترطت معظم القوانين الوطنية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، و اختلفت فيما بينها حول شكل الكتابة المطلوبة ما إذا كانت رسمية أو عرفية، و حول ما إذا كانت الكتابة شرطا لصحة اتفاق التحكيم أوأنها مجرد كتابة للإثبات، حيث تذهب بعض القوانين الوطنية إلى ضرورة الكتابة الرسمية لاتفاق التحكيم، ذلك باعتبار أن الاتفاق يمثل الأساس القانوني للتحكيم كما هو الحال في "كوستاريكا" و "بيرو" و "فنزويلا" و "المكسيك" و "البرتغال"، في حين أن غالبية القوانين الوطنية الأخرى لم تتطلب أن تكون الكتابة رسمية وتكتفي بالكتابة العرفية كما هو الحال في بريطانيا، أمريكا، روسيا وبقية الدول الاشتراكية وفي بعض دول أمريكا اللاتينية كالأرجنتين و شيلي و البرازيل و في بوليفيا بالنسبة للتحكيمات التجارية، و هناك بعض القوانين التي لم تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم كما هو الحال في ألمانيا و أيضا كولومبيا وفقا للقانون الجديد للتحكيم الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1989 و المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1991، و من ناحية أخرى فان معظم القوانين التي اشترطت كتابة اتفاق التحكيم نصت على الكتابة كشرط للإثبات و ليس شرطا لصحة اتفاق التحكيم كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية و بلجيكا وبريطانيا، و في فرنسا تنص المادة 1443 من قانون المرافعات بالنسبة للتحكيم الداخلي على انه: (يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد الأصلي أو في مستند يحيل إليه هذا العقد و إلا كان باطلا)، و تنص المادة 1495 من هذا القانون على انه :(عندما يكون التحكيم الدولي خاضعا للقانون الفرنسي، لا تنطبق نصوص الباب الأول و الثاني و الثالث من هذا الكتاب إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك و فيما عدا المادتين 1493 و 1494)، و بناء عليه يجوز للأطراف مخالفة القاعدة الواردة في المادة 1443 و أن يختاروا أي شكل آخر لاتفاق التحكيم، و لكن إذا كانت كتابة اتفاق التحكيم ليست شرطا لصحته و لكن لازمة لإثباته إذ أن المادة 1499 من هذا القانون تتطلب لتنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به تقديم النسخة الأصلية من حكم التحكيم مصحوبة باتفاق التحكيم، كما تتطلب معظم قوانين البلدان العربية الكتابة كشرط للإثبات من ذلك القانون الكويتي و البحريني و اليمني و العراقي و قانون الإمارات الجديد بشان التحكيم رقم 11 الصادر بتاريخ 08 مارس سنة 1992، إذ تنص المادة 203 الفقرة الثانية من هذا القانون على أن :(إثبات اتفاق التحكيم لا يتم إلا بالكتابة)، أما المقنن المصري اشترط الكتابة كشرط للإثبات حيث نصت المادة 501 من قانون المرافعات على انه:(لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة) و لكن المقنن في القانون الجديد للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 اشترط كتابة اتفاق التحكيم ورتب على تخلفها بطلان الاتفاق بنص المادة 13 منه، و لم يشترط صيغة معينة في الكتابة و ذلك بنصه :(ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرهما من وسائل الاتصال المكتوبة)، و قد صار في نفس الاتجاه القانون الجزائري الجديد للتحكيم الصادر بتاريخ 23 افريل سنة 1993[44].

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية و قواعد التحكيم الدولية من كتابة اتفاق التحكيم

نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك بشان الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها سنة 1958 على انه:(تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بان يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشا بينهم...)، و في الفقرة الثانية من نفس المادة أوضحت المقصود بالاتفاق المكتوب بنصها :(يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات أوالبرقيات المتبادلة بينهم)، و قد ذهب رأي من الفقه إلى القول بان الكتابة تعد ركنا أساسيا يجب توافره في لقيام اتفاق التحكيم في مفهوم اتفاقية نيويورك، في حين ذهب رأي آخر إلى القول بان الكتابة

وفقا لاتفاقية نيويورك تعتبر شرط وجود وليس للإثبات فالنص لم يرتب البطلان أو الانعدام على عدم الكتابة، و ذهب بعض الفقهاء إلى القول بان القاعدة الموضوعية التي قررتها المادة الثانية من الاتفاقية تعتبر قاعدة موحدة لا يجب أن تختلف في تفسيرها و تطبيقها تبعا للقوانين الوطنية، في حين يرى جانب من الفقه انه يمكن للدول المصادقة على الاتفاقية الإبقاء على قوانينها الأكثر تحررا في نطاق علاقات القانون الداخلي، بل و يمكن الإبقاء على هذه القوانين حتى في إطار التحكيمات ذات الطابع الدولي، و بالنسبة للاتفاقية الأوربية بشان التحكيم التجاري الدولي سنة 1961 فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذه الاتفاقية على انه :(يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو المتضمن في رسائل متبادلة بينهم أو برقيات أو تلكسات، و في العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها الشكل المكتوب، كل اتفاق مبرم في الأشكال التي تقرها هذه القوانين)، و بالنسبة لاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و المبرمة في واشنطن سنة 1965 فقد اكتفت بالنص في المادة 25 /1 على أن يكون اتفاق الأطراف على الخضوع للتحكيم لدى المركز الدولي مكتوبا، و قد سارت في نفس الاتجاه قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية و نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجي سنة 1985 على أن:(يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، و يعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا ورد في مستند موقع عليه من الأطراف أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرهما من وسائل الاتصال السلكي و اللاسلكي التي تدل على وجوده أو في تبادل المطالبة و الدفاع، و التي يدعى فيها احد الطرفين وجود هذا الاتفاق و لا ينكره الطرف الأخر، كما أن الإحالة في عقد ما إلى مستند متضمن لشرط تحكيم تعتبر بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد المحيل مكتوبا وان تكون الإحالة جزءا من هذا العقد)، و قد ذهب رأي في الفقه إلى القول بأنه في الحدود التي يثبت فيها اتفاق التحكيم من تبادل المذكرات فان اتفاق التحكيم الشفوي من حيث الأصل يكون صحيحا في شكله، و قد تطلبت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1976 أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، و كذلك الأمر بالنسبة للائحة محكمة لندن للتحكيم فطبقا للمادة الأولى من اللائحة فان على الطرف الذي يرغب في بدء إجراءات التحكيم أن يقدم طلب تحكيم مكتوبا على أن يكون مصحوبا بصور من المستندات التعاقدية، و نفس الشيء بالنسبة للائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية و بناء عليه يمكن القول بان اللائحة تستلزم أن يكون اتفاق التحكيم واردا في مستند مكتوب[45].

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم

أجمعت الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية على إخضاع شكل الاتفاق لقانون محل الإبرام باعتبارها قاعدة اختيارية، و أوضحت المادة السابعة من توصية "مجمع القانون الدولي" المنعقد بمدينة "أمستردام" الهولندية سنة 1957 على انه:(يسري على شكل اتفاق التحكيم القانون النافذ في البلد الذي ابرم فيه هذا الاتفاق، مشارطة التحكيم أو شرط التحكيم الذي لا يكون مستوفيا المتطلبات الشكلية المقررة في قانون البلد محل الإبرام، و يكون صحيحا متى كانت قد وافقت فيه الأشكال المقررة في قانون المكان الذي يوجد به مقر محكمة التحكيم)، و قد نصت المادة 20 من القانون المدني المصري على أن : (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، و يجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك)[46].

المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم على الحصانة السيادية

ظهر مبدأ السيادة الدائمة في أوائل الخمسينات من خلال قرار الأمم المتحدة رقم 523 الصادر بتاريخ 12 جانفي 1952، و للسيادة الدائمة على المصادر الطبيعية اثر على الدول المنتجة للبترول، فقد أصبح بإمكانها أن تعيد النظر في اتفاقيات الامتياز و في نهاية سنة1951 تثبيت صيغة المحاصصة في الأرباح على أساس50/50 بين الدول المنتجة و الشركات صاحبة الامتياز، و تضمن بيان صدر عن أوبك في جوان 1968 تصريحا عن السياسة النفطية في الدول

الأعضاء و أكد البيان كذلك :(الحق الثابت للأقطار كافة في ممارسة سيادة دائمة على مصادرها الطبيعية خدمة للتنمية القومية فيها...)[47].

ظلت الحصانة السيادية عائقا يحول دون مقاضاة الدولة أو التنفيذ على أموالها، و انطلاقا من مبدأ سيادة الدولة و الذي كان مبررا على اتجاه الدولة لأداء وظائفها التقليدية كدولة حارسة، إذ تميزت هذه الحصانة بالصفة المطلقة حتى أواخر القرن الحالي سواء كانت قضائية أو حصانة ضد التنفيذ، و أمام التطورات التي حدثت في العلاقات الاقتصادية و التجارية المعاصرة و التي دفعت بالدولة إلى التطوير في وظائفها و نزولها إلى ميدان القطاع الخاص و التعامل مع الأفراد على قدم المساواة، و إذا كان مبررا تمسك الدولة بحصانتها السيادية فيما يتعلق بما تمارسه من أعمال الإدارة العادية التي يمارسها الأفراد، إذ من شانه تمسك الدولة بحصانتها بخصوص أعمال الإدارة أن يؤدي إلى إعاقة نمو المعاملات الخاصة عبر الحدود و ذلك فيما لو دخلت الدولة في علاقات تعاقدية ذات طابع استثماري أو تجاري مع طرف خاص أجنبي، و حاولت عند نشوء النزاع بشان تنفيذ و تفسير هذه العلاقة التمسك بعلاقتها القضائية، وأصبح أمرا مسلما به على المستوى الدولي حتى أن دول النظام الانجلو أمريكي قبلت بالحصانة النسبية أو المقيدة بشان ما تمارسه من أعمال الإدارة العادية، بل أن دول انجلترا، الولايات المتحدة الأمريكية، كندا و استراليا سارعت إلى إصدار تشريعات خاصة تنظم حصانات الدول الأجنبية، و إيراد استثناءات على هذا المبدأ فيما يتعلق بما تمارسه الدولة من نشاط تجاري أو نشاط استثماري مما يمارسه الأفراد، وأن شرط التحكيم الوارد في العقد بان الدولة تتنازل عن حق الحصانة هو صياغة عمومية لا يعبر عن إرادة واضحة للدولة، حيث لا يحق للطرف الأخر أن يحجز على الأموال العائدة للسفارات التابعة لتلك الدول، كما لا تجيز اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ 18 افريل1961 الخاصة بالعلاقات الدبلوماسية إعاقة الوظائف الدبلوماسية لتلك السفارات، إلا إذا جاءت الصياغة صريحة تشمل تنازل الدولة عن حصانتها، ولكن هناك حالات يمكن أن يلاحظ فيها أن الدولة لا تعتبر متخلية عن حصانتها السيادية لان جواز الحجز على أموال السفارات يؤدي إلى عرقلة وظائفها[48].

المطلب الأول: الحصانة القضائية بين الإطلاق و النسبية في إطار استغلال الثروات الطبيعية

أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أن الدولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة القضاء الوطني للدول الأخرى، و قد سادت نظرية الحصانة القضائية في معظم بلاد العالم تقريبا في القرن التاسع عشر و قد تبناها الفقه و القضاء، و طبقا لنظرية الحصانة المطلقة فان الدولة لا تخضع إلا للقانون الدولي و بالتالي فان منازعاتها مع الأفراد لا تخضع لقضاء دولة أخرى، و ظل القضاء الانجليزي يعمل بهذه النظرية إلى ما قبل انضمام انجلترا إلى الاتفاقية الأوربية لحصانات الدول الأجنبية لسنة 1972، و كذلك القضاء الأمريكي حتى سنة 1952، و أول تقنين دولي لمبدأ الحصانة الاتفاقية الأوروبية لحصانة الدول الأجنبية الصادرة في ماي 1972 و التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1979، و قد نصت المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية بشان الحصانات القضائية الأجنبية سنة 1972 بعدم جواز الدفع بالحصانة القضائية من الدول الأجنبية عندما تمارس على إقليم دولة القاضي أنشطة تجارية أو صناعية أو مالية كباقي الأشخاص الخاصة العادية، وقد تم النص على ذلك المبدأ في القانون الأمريكي الصادر سنة 1976 الذي دخل حيز النفاذ في 19 جانفي1977 و طبق مبدأ الحصانة القضائية المقيدة و استبعد الأنشطة التجارية التي تمارسها الدول الأجنبية من نطاق الحصانة المطلقة للدولة، و في بريطانيا صدر قانون الحصانة القضائية للدولة سنة 1978 الذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 22 نوفمبر 1978 حيث استبعد المقنن الانجليزي الأنشطة التجارية التي تمارسها الدول الأجنبية من نطاق الحصانة المطلقة المستقرة للدولة[49]، لكن انتقد تأسيس الدفع بالحصانة القضائية على فكرة السيادة و الاستقلال والمساواة التي تتمتع بها كل دولة في مواجهة الدولة الأخرى بحجة أن مثل هذا الأساس يقتضي الاعتراف للحصانة بصفة الإطلاق، و هذا يخالف الاتجاه الغالب فقها و قضاء و الذي يسعى إلى تقييد الحصانة، و هناك من يرى أن

الأساس السليم للدفع بالحصانة القضائية يكمن في فكرة التعايش المشترك بين الدول و تحقيق التناسق بين النظم القانونية المختلفة، و هناك من يرى انه إلى جانب فكرة التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية، فان منح الحصانة يستند أيضا إلى مبررات عملية واقعية و هي تمكين من يتمتع بالحصانة من أداء وظيفته، و إلى جانب هذه الأسس التقليدية فانه تم اللجوء إلى بعض الأسس الأخرى ذات الصفة الثانوية أو التكميلية لتبرير الدفع بالحصانة القضائية و افتراض تنازل المتعاقد الخاص مع الأخيرة عن اللجوء إلى قاضيه الطبيعي و خضوعه لقضاء الدولة المتعاقدة معها، و كثيرا ما يستلزم تنفيذ الأحكام الالتجاء إلى القوة الجبرية و ليس مقبولا استعمالها ضد دولة أجنبية، لكن انتقد هذا التبرير على أساس انه يتضمن خلطا بين نشأة الحق و فاعليته فمعظم أحكام القضاء الدولي لا يتضمن إجراءات تنفيذية كما أن الجزاء لا يعتبر عنصرا ضروريا في القاعدة القانونية في كل الأحوال و مثاله قواعد القانون الدولي، و يظهر دور الاستثمار الأجنبي في تحول الحصانة القضائية للدولة من الإطلاق إلى النسبية حيث لم يعد هناك من الفقه أو القضاء من يدافع عن الحصانة المطلقة في هذا الخصوص، بل أصبح السائد حاليا هو الأخذ بالحصانة النسبية أو المقيدة أو المعدلة، حيث أن الدولة أصبحت تدخل كثيرا طرفا في عقود التنمية الاقتصادية مع مستثمرين أجانب لاسيما الدول النامية التي تحاول استقطاب رأس المال الأجنبي من اجل تنمية مصادر ثرواتها الطبيعية، و في الغالب يكون هناك شرط تحكيم قد يخرج العقد كلية من إطار اختصاص المحاكم الوطنية للطرفين و يسند الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تنشا عنه إلى قضاء خاص من اختيارهم، لذلك كان لابد من الحد من الحصانة القضائية المطلقة و الأخذ بالحصانة القضائية المقيدة التي أصبحت هي السائدة في الوقت الحالي، و لذلك كان القضاء الفرنسي أكثر دقة عندما استقر على عدم تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية بالنسبة للدعاوى التي ترفع عليها بشان ممارستها لنشاط تجاري، و يعتبر أن الروابط الاستثمارية ذات طبيعة مختلطة يغلب عليها الطابع العام نظرا لمساسها بالمصلحة العامة للدولة أكثر من غيرها من العقود، حيث تدور هذه الروابط حول مسائل التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و التصنيع و استغلال الثروات الطبيعية للبلاد، و حرية الدولة التعاقدية مرتبطة بالتشريع إذ أن التحكيم ليس من أدوات القانون العام أو القانون الخاص، ففي قضية Sapphire int.peteroleum ltd.V.national Iranian oil رفضت محكمة استئناف "لاهاي" الاعتماد على ما تتمتع به الشركة الإيرانية من امتيازات القانون العام كسلطة نزع الملكية مقابل تعويض بوصفها ملك للدولة و تخضع لإشرافها، و أن هدفها هو اكتشاف و استغلال البترول ومصادر الغاز الطبيعي بالإضافة إلى تطوير صناعة البترول في إيران، و من ثم انتهت المحكمة إلى أن تصرفات هذه الشركة يتعين النظر إليها باعتبارها من الأعمال التجارية العادية و هو مجال لا تستطيع فيه الشركة الإيرانية التمسك بالحصانة القضائية.[50]

و قد أثار اتفاق التحكيم المدرج بعقود الاستثمار البترولية العديد من الآراء حول المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة التعاقدية، و ظهرت مشكلة حصانة الدول القضائية أمام هيئات التحكيم و المحاكم القضائية الأجنبية، و ذلك من خلال عرض موقف الاتفاقيات الدولية و أحكام هيئات التحكيم و كذا موقف القضاء و الفقه فيما يتعلق بأثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية للدول.

الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية و أحكام هيئات التحكيم من حصانة الدول القضائية

أولا: نصت المادة 1/25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية واشنطن سنة 1965 أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز اتفاقا لا يمكن العدول عنه بالإرادة المنفردة من الطرفين، و نصت المادة 26 من الاتفاقية على أن رضا و قبول الأطراف المتعاقدة للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة وفقا للإطار العام للاتفاقية بمثابة تنازل عن اللجوء لأي طريق أخر خلاف التحكيم، و يترتب على ذلك أن كافة الدول الموقعة على الاتفاقية لا يجوز لها الدفع بحصانتها القضائية أمام المركز في المنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية الاستثمارية، و نصت المادة 1/125 من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالحصانات القضائية CEI على انه :(في حالة قبول الدولة

المتعاقدة كتابة على خضوع منازعاتها الناشئة عن العلاقات التجارية أو المدنية للتحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها، بموجب الموافقة الصريحة من الدولة)، ونصت الفقرة الأولى من المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحصانات الدول الأجنبية سنة 1972على انه :(لو أن دولة متعاقدة قبلت كتابة أن تخضع للتحكيم للمنازعات التي نشأت من قبل أو التي يمكن أن تنشا في المسائل المدنية و التجارية فلا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة دولة أخرى متعاقدة يجري على إقليمها التحكيم وفقا لقانونها[51].

ثانيا: موقف أحكام التحكيم من حصانة الدول القضائية

جاء في الحكم التمهيدي الصادر بشان الدعوى رقم 2321 سنة 1974، قرار المحكم أن فكرة الحصانة القضائية للدولة لا يتم العمل بها إلا أمام المحاكم القضائية الأجنبية، أما المحكم لا يمثل دولا ولا ينتمي لأجهزتها القضائية، و يستمد سلطته من اتفاق الأطراف المتعاقدة و هو ما يعني عدم وجود محل للدفع بالحصانة فيما يخص إجراءات التحكيم، و كذلك حكم تحكيم "Liamco" الصادر ضد الحكومة الليبية بتاريخ 12 افريل 1977 حيث رفضت الحكومة الليبية قبول التحكيم لتعارضه مع سيادتها، إلا أن المحكم "محمصاني" رفض الدفع و أكد على أن الدولة يمكنها التنازل عن حقوقها السيادية من خلال الاتفاق على التحكيم، و هو ما يعني أن الدولة المبرمة لعقود البترول عند قبولها لاتفاق التحكيم لا يمكن لها التنصل من الشرط عند نشوء النزاع، و يذكر أيضا في هذا المقام حكم التحكيم التمهيدي الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس بشان الدعوى رقم 3879 الصادر بتاريخ 25 مارس 1984، حيث قامت الحكومات المصرية، السعودية، الإمارات العربية المتحدة و قطر بتاريخ 19 افريل 1975 بإبرام اتفاقية بهدف إنشاء الهيئة العربية للتصنيع لتطوير صناعة السلاح في الدول الأربعة الأعضاء فيها، و تم إبرام عقد مع شركة "ويست لاند" البريطانية لإنشاء شركة مختلطة لتصنيع و بيع الطائرات الهيلكوبتر من نوع Lynx في الفترة من27 فيفري1978 و بتاريخ 14 ماي 1979 صدرت قرارات القمة العربية المنعقدة في مدينة بغداد العراقية و قررت الدول الثلاث إنهاء الاتفاقية إلى 01 جويلية 1979 و تصفية أعمال الشركة و إلغاء كافة العقود المبرمة نتيجة توقيع مصر اتفاقية السلام مع دولة إسرائيل، فلجأت الشركة البريطانية للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس و امتنعت الدول الثلاث عن المشاركة في إجراءات التحكيم وتم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا للحصانة القضائية لمصر، و اختارت هيئة التحكيم "جينيف" سويسرا مقرا للتحكيم، و أصدرت حكمها التمهيدي باختصاصها لتسوية النزاع و أكدت على أن اتفاق التحكيم يعد تنازلا من الدولة عن حصانتها القضائية، و في دعوى تحكيم تكساكو"Texaco" سنة 1977 ضد الحكومة الليبية حيث ذهب المحكم إلى أن عدم وجود اتفاق بين الأطراف المتعاقدة حول القانون الإجرائي الواجب التطبيق فانه يتعين عليه وجود اتفاق بين الأطراف المتعاقدة حول القانون الإجرائي الواجب التطبيق، حيث أن الدولة ذات السيادة و الطرف في إجراءات التحكيم يعتبر الدفع بحصانتها القضائية و عدم الخضوع لقضاء أجنبي يتعارض مع ما تمارسه السلطات القضائية في دولة مقر التحكيم لحقها في الرقابة عليه و التدخل في إجراءاته[52].

الفرع الثاني: موقف القضاء و الفقه من حصانة الدول القضائية

أولا: موقف القضاء من حصانة الدول القضائية

حرصت الهيئات القضائية الأوروبية على إقرار مبدأ الحصانة القضائية المقيدة للدولة في علاقاتها التجارية، إذ لا يجوز للدولة التمسك بحصانتها المطلقة القضائية، كما طبق القضاء الفرنسي الحصانة القضائية المقيدة على أعمال السلطة العامة بالنسبة للحصانة المطلقة، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية تمتع الممثل التجاري للاتحاد السوفيتي بالحصانة القضائية المطلقة استنادا إلى أن التصرفات الصادرة عن الهيئة التابعة لها ليست سوى تصرفات تجارية

ورفضت محكمة الدفع النرويجي بالحصانة استنادا إلى أن التصرفات الصادرة كانت لإشباع حاجات خاصة طبقا للقواعد القانونية الخاصة، و ألغت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 29 جانفي1957، و قامت المحكمة بإحالة الدعوى لمحكمة استئناف"Rauen" و التي أصدرت بتاريخ 10 فيفري 1957 حكمها و الذي قضت فيه بان الدولة التركية ضمنت تنفيذ الالتزامات التعاقدية المبرمة بواسطة مدينةConstantinople تكون قد أنجزت عملا يعد من أعمال القانون المدني بطبيعته، كما تصرفت باعتبارها شخصا طبيعيا و بالتالي لا يعمل فيها بفكرة السلطة العامة، و في القضاء المصري طبقت محكمة النقض المصرية مبدأ الحصانة القضائية المقيدة، حيث ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ 29 افريل 1986 إلى:(...الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية و هو ما يبنى عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى، إلا انه لما كانت الحصانة القضائية غير مطلقة فلا تندرج فيها المعاملات المدنية و التجارية، و طالما أن العقد يبرم بالإرادة الكاملة للدولة فيمكن النص صراحة عن التنازل عن هذه الحصانة، و قد يتم النص في العقد على اختصاص محاكم الدول الأجنبية بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية بين أطرافه.

ثانيا:موقف الفقه من حصانة الدول القضائية

انقسم الفقه القانوني إلى ثلاث اتجاهات فيما يتعلق بأثر اتفاق التحكيم بالنسبة للحصانة القضائية:

-الاتجاه الأول: يرى أن الدولة و الأجهزة التابعة لها عند الاتفاق على التحكيم تتنازل عن سيادتها فيما يخص موضوع الاتفاق، على أساس أن المحكم مكلف بالفصل من الأطراف المتعاقدة نفسها و بإرادتها، حيث أن شرط التحكيم المدرج بالعقد يعد تنازلا ضمنيا من الدولة عن حصانتها القضائية، على أساس قدرة الدولة على رفض إدراج شرط التحكيم بموجب سيادتها عند الإبرام، و لما قبلت الدولة اختصاص هيئات التحكيم بتسوية المنازعات فلا حصانة لها بموجب إرادتها الحرة، مستندين في ذلك إلى أن نظام التحكيم نظام خاص لا ينتمي لسلطة أي دولة أجنبية، حيث أن التحكيم يوفر الضمانات للطرفين معا ولا يتعلق بسيادة الدولة كما أن الحصانة تتنافى و مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية.

-الاتجاه الثاني: يرى أن وجود الدولة أمام هيئات التحكيم يمس بسيادتها و حصانتها القضائية، على أساس أن سيادة الدولة القضائية تعني عدم خضوعها لقضاء أي دولة أجنبية و بالتبعية لا يمكن خضوع الدولة أمام شخص عادي هو المحكم.

-الاتجاه الثالث: يميز هذا الاتجاه بين الأعمال الخاصة بالسيادة المتعلقة بالقانون العام و الأعمال المتعلقة بالأنشطة الخاصة التجارية و الاقتصادية التي تمارسها الدولة إذ أن اللجوء للتحكيم لا يمس بحصانة الدولة القضائية، حيث تهدف الدولة من خلالها إلى إدارة مرافق اقتصادية من خلال إبرام العقود البترولية مع الأشخاص الأجنبية الخاصة، و تتمتع الدول بالحصانة عندما تقوم بتسيير المرافق العامة واعتنق هذا الاتجاه الفقه الفرنسي والقانون المصري[53].

من خلال تحليل تلك الاتجاهات القضائية و التحكيمية يتبين لنا أن الدولة باعتبارها ذات سيادة على إقليمها و ثرواتها الطبيعية فان استغلال تلك الموارد البترولية عبر عقود الاستثمار يندرج ضمن العلاقات الاقتصادية الدولية، و التي تبرم وفقا للاتفاقيات الدولية و كذا التشريعات الوطنية و التي تسعى للحفاظ على البنية التحتية من جهة، و تقديم مختلف الحوافز و الضمانات القانونية الحمائية و المشجعة للمستثمر الأجنبي، لذا فاللجوء إلى التحكيم الدولي كوسيلة ودية لفض المنازعات البترولية يعد إجراء قانوني ذو طبيعة اتفاقية يسعى فيها الأطراف المتنازعة إلى الوصول إلى حل وسط يرضي الجميع بما يخدم المصلحة العامة للدولة المستثمرة و يحفظ سيادتها من جهة، و يحمي حقوق الشركة الأجنبية المستثمرة و حقها في التعويض المنصف في حالة ضرر وقع عليها.

المطلب الثاني: أثار شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة أمام القضاء الوطني

قد ينظر القضاء الوطني منازعات ناشئة عن عقد دولي يتضمن شرطا تحكيميا، و قد يكون هذا أثناء نظر المحكم للنزاع أو بناء على طلب الأخير فيما لو اقتضى الأمر اتخاذ إجراءات عاجلة أو وقتية أوتحفظية ، كما قد يكون هذا النظر بعد صدور حكم التحكيم و ذلك للنظر في الطعون المقدمة من الأطراف في هذا الحكم أو من اجل إصدار أمر تنفيذه، فإذا ما عرض أمام القضاء الوطني منازعة ناشئة عن عقد دولي يتضمن شرطا تحكيميا، فهل يفيد هذا الشرط تنازل الدولة عن تمسكها بالحصانة القضائية أمام هذا القضاء الخاضع لسيادة دولة أخرى؟.

يعتبر تنازلا صريحا من الدولة عن حصانتها القضائية الحالة التي تلجا فيها الدولة إلى القضاء الوطني لدولة أخرى بشان المنازعات الناشئة عن عقد يربط بينهما و بين طرف خاص أجنبي، رغم تضمين هذا العقد شرطا تحكيميا، إذ حسب البعض ليس هناك وسيلة أكثر دلالة عن التعبير عن التنازل عن الحصانة القضائية من طريق رفع الدعوى مباشرة، و في هذه الحالة يكون مسلك الدولة هو القرينة التي يستفاد منها تنازلها عن الحصانة، حيث لا يعد وجود شرط التحكيم قرينة في حد ذاته على هذا التنازل.

لكن المشكلة تثور في حالة قيام الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة برفع دعواه أمام المحاكم الوطنية رغم اشتمال العقد على شرط التحكيم، فهل يعد وجود هذا الشرط بمثابة تنازل من الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية في مواجهة القضاء الوطني الذي رفعت أمامه الدعوى؟، انقسم الفقه في ذلك إلى رأيين:

-الرأي الأول: يرفض مطلقا أن يكون هناك ثمة تنازل من الدولة عن الحصانة في هذه الحالة، حيث أن الأمر في هذه الحالة خصوصا و أن شرط التحكيم باعتبارها قضاء خاصا لا يخشى منه المساس بسيادة الدولة و استقلالها، إلا أن هذا الشرط لا يمنع الدولة من التمسك بحصانتها إذا ما عرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم أمام القضاء الوطني، حيث تسترد الدولة الطرف في النزاع في هذه الحالة مالها من ميزة كاملة في مواجهة هذا القضاء، و إذا اتضح أن التصرف محل النزاع من التصرفات التي تتعلق بالإدارة العامة و الذي أبرمته الدولة بوصفها سلطة عامة ذات سيادة، فان إدراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود محل التصرف لا يغير من طبيعتها و تحويلها إلى عقد تجاري، و بالتالي فان الدولة تظل متمتعة بحصانتها القضائية الكاملة في هذا الخصوص و لا تخضع للقضاء الوطني.

- الرأي الثاني: و الذي يميل إليه الاتجاه الحديث الذي يهدف إلى تقييد الحالات التي يجوز التمسك فيها بالحصانة القضائية، و يرى أن مجرد الاتفاق على حل المنازعات الناشئة عن عقد الدولة بطريق التحكيم يعد تنازلا ضمنيا عن الحصانة، و بالتالي فان وجود شرط التحكيم في مثل هذا العقد يحول دون الدولة و التمسك بحصانتها القضائية، و الذي تبنته الاتفاقية الأوربية لحصانات الدول الأجنبية لسنة 1972، و كذلك القانون الانجليزي لسنة 1978 و كذلك اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات بين الدول و رعايا الدول الأخرى المبرمة سنة 1965، أما اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لم تتناول في نصوصها مسالة التنازل الضمني عن الحصانات السيادية، فان النظام الذي وضعته لعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، يقود إلى الاعتراف بان الدولة الطرف في النزاع و التي قبلت اختصاص المركز تكون قد تنازلت عن الحصانة و هذا ما أكدته المادة[54]، 25و لقد تأكد ذلك عملا في قضية "Letco" ضد حكومة ليبريا، حيث ذهب القضاء الأمريكي في هذه القضية إلى انه لا مجال للتمسك بالحصانة القضائية من جانب الدولة التي ارتضت اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[55].

المطلب الثالث: انعكاس اتفاق التحكيم البترولي على الحصانة التنفيذية

تعني هذه الحصانة انه لا يجوز توقيع الحجز على أموال الدولة الواقعة خارج إقليمها سواء أكانت واقعة في دولة المحكمة أو في دولة ثالثة و سواء كان هذا الحجز حجزا تنفيذيا أو حجزا تحفظيا أو حجزا لدى الغير، و قد أخذت

الحصانة ضد التنفيذ الشكل المطلق عند ظهورها، فتحول الحصانة القضائية من الإطلاق إلى النسبية أدى إلى ضرورة مراجعة إطلاق الحصانة ضد التنفيذ لاسيما في مجال النشاط الاقتصادي و التجاري الذي تمارسه الدولة، حيث لازال جانب من الفقه من يصر على ضرورة تمتع هذه الحصانة بالصفة المطلقة، نظرا لخطورتها فلا يجوز تنفيذ حكم ضد دولة أجنبية إلا باللجوء إلى الطرق الدبلوماسية و ذلك استنادا إلى العرف الدولي الذي قننته المادة 32 من اتفاقية "فيينا" لقانون المعاهدات لسنة 1961 التي تنص على أن :(التنازل عن الحصانة القضائية فيما يخص دعوى مدنية أو إدارية لا ينطوي على تنازل عن الحصانة بالنسبة إلى تنفيذ الحكم بل لابد في الحالة الأخيرة من تنازل مستقل)، وهذا ما أخذت به أيضا المادة 4/45 من اتفاقية "فيينا" لسنة 1963، و هناك جانب قوي من الفقه أكد على أن هناك ارتباط بين الحصانة القضائية و الحصانة ضد التنفيذ و يضيف هذا الاتجاه أن هناك ارتباط تلازمي بين الحصانتين، و انه لا توجد حصانة قضائية ضد إجراءات التنفيذ فمتى تنازلت الدولة عن حصانتها القضائية فلا يجوز أن تدفع بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ المتخذة ضدها، ففي18 جانفي 1981 أمرت محكمة استئناف "Stockhom " بتنفيذ حكم تحكيم الصادر بتاريخ 12 افريل 1977 في جنيف لصالح شركة "LIAMKO" ضد ليبيا، على أساس أن هذا الحكم صادر بصدد نشاط اقتصادي مارسته الدولة بالاتفاق مع الشركة المذكورة و أن الأموال المطلوب الحجز عليها تتعلق بهذا النشاط، و من ثم لا يجوز التمسك بصددها بالحصانة ضد التنفيذ، و نفس النهج نجده في حكم المحكمة الدستورية الألمانية في حكمها الصادر بتاريخ 12-04-1998 في قضية "NIOC"، حيث رفضت المحكمة الدفع بالحصانة ضد إجراءات التنفيذ الذي تمسكت به الشركة الإيرانية بخصوص الدعوى التي رفعتها بعض الشركات البريطانية و الأمريكية للحجز على الحسابات البنكية التي تحتفظ بها الشركة الإيرانية في البنوك الألمانية، كما أن الشركة المذكورة تقوم بتحويل عائدات البترول إلى الخزانة العامة الإيرانية في البنوك الألمانية، حيث تمسكت هذه الشركة بعدم جواز الحجز على أصولها نظرا لان هذه الحسابات تستخدم لأغراض خاصة بالدولة نفسها، و قد بررت المحكمة رفض الدفع بالحصانة ضد التنفيذ على أساس أن الشركة الإيرانية لها الكيان القانوني المستقل عن الدولة الإيرانية، و أن هذه الشركة ارتبطت باتفاقات ذات طبيعة تجارية لا يجوز التمسك في المنازعات الناشئة عنها بالحصانة السيادية.

أما موقف التشريعات الوطنية الحديثة التي أخذت بالحصانة النسبية ضد إجراءات التنفيذ فان القانون الأمريكي الخاص بحصانات الدول الأجنبية الصادر سنة 1976 يقرر مبدأ تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة ضد التنفيذ كقاعدة عامة و ذلك في الفصل 1609 منه، بينما الباب 1610 من هذا القانون يتضمن استثناءات على هذه القاعدة منها: -تنازل الدولة الصريح أو الضمني عن التمسك بالحصانة ضد التنفيذ.

-ممارسة الدولة لنشاط تجاري حيث يجوز التنفيذ على الأموال المتعلقة بهذا النشاط.

كذلك ينظم القانون الانجليزي سنة 1978 و الخاص بالحصانات الدول الأجنبية، و ذلك في الباب الثالث عشر منه حيث يتمتع طبقا لهذا القانون التنفيذ على أموال الدولة الأجنبية (2/B/13) باستثناء حالات منها:

- رضاء الدولة المكتوب بالتنفيذ على أموالها و ممتلكاتها.
- إذا كانت الأموال المطلوب الحجز عليها مستخدمة في نشاط تجاري[56]، كما اختلف الفقه حول ما إذا كان يعتبر شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي بمثابة تنازل ضمني من الدولة عن التمسك بحصانتها ضد التنفيذ؟، اتجاه يرى أن إدراج الدولة لشرط التحكيم في عقدها مع المستثمر الأجنبي لا يعني تناولا عن حصانتها القضائية و يمكنها التمسك بها في مواجهة القضاء الوطني لدولة أخرى، فالتنازل عن الحصانة القضائية لا يشمل التنازل عن الحصانة ضد التنفيذ طبقا للفقه الغالب، و هذا ما أخذت به الاتفاقية الأوروبية لضمانات الأجنبية لسنة 1972، بينما اتجه رأي أخر إلى اعتبار أن شرط التحكيم في عقد الدولة يعني تنازلها الضمني عن الحصانة

القضائية و الحصانة ضد التنفيذ و هو ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1986.[57]

خاتمة :

يقوم اتفاق التحكيم على مبدأ التراضي بين الدولة المتعاقدة أو أية مؤسسة عامة تابعة لها من جهة و بين المستثمر الأجنبي من جهة أخرى، و هو احد المبادئ المعمول بها في القانون الدولي، إلى جانب تحديد محل الاتفاق التحكيمي تحت طائلة البطلان، و يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و موقعا من الأطراف دون التقيد بشكل معين، و منه توصلنا في دراستنا إلى النتائج التالية:

- يتم الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار البترولية بين الدولة المالكة للبترول ممثلة برئيسها أو الوزير المختص أو مدير المؤسسة العامة البترولية و بين الشركات البترولية الأجنبية.
- اخضع المقنن الجزائري منازعات المؤسسة الوطنية "سونطراك" شركة ذات أسهم كقاعدة عامة إلى قواعد التحكيم التجاري الدولي، و ذلك بموجب قانون المحروقات رقم 01/13 في المادة 58 منه، كما أجاز قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 09/08 في نص المادة 1006 لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية.

-كرس المقنن الجزائري التحكيم في مجال المحروقات بموجب المادة 58 من قانون المحروقات رقم 01/13 في المنازعات الناشئة بين المؤسسة الوطنية "سونطراك" و المتعاقد معها، و بعد التأميم النهائي للبترول تولت "سونطراك" ممارسة كل النشاطات البترولية في الجزائر، و بلغت سيطرتها على الحقل البترولي "حاسي مسعود" بنسبة 100%، و هذا ما يعني سيادة الدولة الجزائرية الكاملة على ثرواتها الطبيعية.

-بالنسبة لموقف الاتفاقيات الدولية حول أهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم، حيث تركت اتفاقية نيويورك سنة 1958 هذه المسالة لقانون الدولة المنشئة له، في حين سمحت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري بجنيف سنة 1961 لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات التجارة الدولية، و نفس الشيء بالنسبة لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى بواشنطن سنة 1965.

- يشترط تحديد محل الاتفاق على التحكيم و أن يكون مشروعا لا يخالف النظام العام، كما اشترطت معظم القوانين المقارنة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و اختلفت حول نوع الكتابة رسمية أو عرفية، واعتبرتها كشرط للإثبات و ليس لصحة اتفاق التحكيم.
- أمام التطورات التي حدثت في العلاقات الاقتصادية الدولية دخلت الدولة في علاقات تعاقدية استثمارية مع الطرف الأجنبي، مما اثر على الحصانة السيادية التي تحولت من الحالة المطلقة إلى الحالة النسبية سواء كانت قضائية أو حصانة تنفيذية، حيث أصبحت الدولة تدخل في عقود التنمية الاقتصادية مع مستثمرين أجانب لاسيما الدول النامية من اجل تنمية مصادر ثرواتها الطبيعية، و قد أكدت اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية واشنطن سنة 1965 على أن الدول الموقعة على الاتفاقية لا يجوز لها الدفع بحصانتها القضائية أمام المركز، و كذلك الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالحصانات القضائية CEI كون كل دولة متعاقدة قبلت التحكيم لا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها القضائية.

من خلال تحليل تلك الاتجاهات القضائية و التحكيمية و الفقهية يتبين لنا أن الدولة باعتبارها ذات سيادة على إقليمها و ثرواتها الطبيعية، فان استغلال تلك الموارد البترولية عبر عقود الاستثمار الدولية ينـدرج ضمن العلاقات الاقتصادية الدولية، لذا فاللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة ودية لفض المنازعات البترولية يعد إجراء قانوني

ذو طبيعة اتفاقية، و التنازل عن الحصانة القضائية لا يشتمل التنازل عن الحصانة ضد التنفيذ، و هذا ما أخذت به الاتفاقية الأوروبية للضمانات الأجنبية سنة 1972.

الهوامش :

1) احمد عبد الحميد عشوش،عمر أبو بكر باخشب:النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي،نفس المرجع السابق،ص351.

2) عبد الحميد المنشاوي:التحكيم الدولي والداخلي(في المواد المدنية والتجارية و الإدارية طبقا للقانون رقم27لسنة1994)،منشاة المعارف،الإسكندرية،مصر،سنة1995،ص27-31.

انظر إلى:المواد10،12من القانون رقم27لسنة1994المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجريدة الرسمية العدد16، الصادر بتاريخ 2 افريل سنة1994.

3) Susan D.Franck :The legitimacy crisis in investment treaty arbitration,fordham law review,volume 73,issue 04,2005,p1536-1613.

4) وفي الدولة الإسلامية حكم الأمة يعتمد على مبدأ الشورى، و يقول الله تعالى:(و الذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم)سورة الشورى الآية38، والدولة قادرة على الدخول في علاقات دولية قائمة على المعاملة بالمثل، انظر إلى: احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان:القانون والسيادة وامتيازات النفط(مقارنة بالشريعة الإسلامية)،نفس المرجع السابق،ص182-183.

5) ايتعمر جهان:دراسة الآليات القانونية للسياسة الجزائرية الجديدة للاستثمارات المنجمية، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر،سنة2010، ص13-14.

6) عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي(في المواد المدنية والتجارية و الإدارية طبقا للقانون رقم27لسنة1994المعدل بالقانون رقم09سنة1997،رقم08لسنة2000)،نفس المرجع السابق،ص17.

7) وقد اختلف العلماء في المجالات التي يجوز فيها التحكيم و ذلك إلى ثلاثة أراء:

-الأول واليه ذهب جمهور الأحناف وجمهور المالكية وفريق من الشافعية وفريق من الحنابلة إلى جواز التحكيم في كل شيء الا في الحدود و القصاص و النكاح و اللعان،لان التحكيم تفويض والتفويض يصح بما يملك المفوض فيه بنفسه ولا يصح فيما لا يملك كالتوكيل، و لان حكم المحكم بمنزلة الصلح و لا يجوز استيفاء القصاص و الحد بالصلح، و لأنها تتدرئ بالشبهات.

-الثاني:واليه ذهب جمهور الحنابلة وفريق من الشافعية، جواز التحكيم في كل شيء،لان من صح حكمه في حكم من الأحكام صح في جميع الأحكام كالحاكم الذي ولاه الإمام.

-الثالث واليه ذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة وبعض المالكية جواز التحكيم في الأموال فقط، ولا يجوز فيما عدا لان الباقي أمور نص عليها الشرع فلا يجوز أن يتولاها إلا الإمام،

أما جوازه في الأموال فلانه من الحقوق الخالصة للفرد فله الخيرة إن شاء استوفاها أو أسقطه فجاز فيه التحكيم.

انظر إلى:فتح القدير ج499/5،البحر الرائق ج7 ص27،تبيين الحقائق ج4 ص193،القوانين الفقهية لابن جزي ص255، تبصرة الحكام لابن فرحون ج1 ص44،المهذب ج2 ص291،مغني المحتاج ج4 ص376،المغني مع الشرح الكبير ج11 ص484.

8) هاني محمد كامل المنايلي:اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية،نفس المرجع السابق،ص163-167.

9) انضمت إلى الاتفاقية كوريا و الأردن وباكستان وسلفادور وهي دول غير أوروبية.

10) Yahia Amnache :L’arbitrage commercial international en droit Algérien,droit des affaire d’Algerie,p4.

11) عجة الجيلالي:الكامل في القانون الجزائري للاستثمار-الأنشطة العادية وقطاع المحروقات-،نفس المرجع السابق،ص730-731.

12) المادة رقم 58 فقرة 02 من قانون المحروقات، انظر: إلى عجة الجيلالي:الكامل في القانون الجزائري للاستثمار،نفس المرجع السابق،ص738.

13) صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي:المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية،مركز البحوث و الدراسات الإدارية،دون بلد النشر،سنة1998،ص35.

14) حمدي ياسين:موسوعة العقود الإدارية و الدولية(العقود الإدارية في التطبيق العلمي، المبادئ و الأسس العامة)، الكتب القانونية، منشاة المعارف سنة1998 ،ص124.

15) حمدي ياسين:موسوعة العقود الإدارية و الدولية(العقود الإدارية في التطبيق العلمي، المبادئ و الأسس العامة)، نفس المرجع السابق، ص125 فما فوق.

16) تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريع للقانون رقم09لسنة1997منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة ملحق العدد الثاني،السنة الحادية و الأربعون ابريل-يونيو1997ص29،في حين ذهب جانب من الفقه إلى أن موافقة الوزير تتضمن ضررا بالمصلحة العامة و بالحكومة المصرية،انظر إلى:عصام احمد البهجي:التحكيم في عقود البوتBOT،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،مصر،سنة2008،ص81-86.

17) عصام الدين القصبي:خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،سنة1993،ص53-55.

18) اشرف عبد العليم الرفاعي:اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية(دراسة فقهية قضائية مقارنة)،نفس المرجع السابق،ص255-260.

19) محسن شفيق:التحكيم التجاري الدولي(دراسة في قانون التجارة الدولية)،نفس المرجع السابق،ص174-182.

20) احمد حلمي خليل هندي:عقود الامتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها،نفس المرجع السابق،ص345.

21) هاني محمد كامل المنايلي:اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية-دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم-،نفس المرجع السابق،ص179-191.

22) هاني محمد كامل المنايلي:اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية-دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم-،نفس المرجع السابق،ص166وما بعدها.

23) يسرى محمد أبو العلا:نظرية البترول بين التشريع و التطبيق في ضوء الواقع و المستقبل المأمول، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،مصر،سنة2008،ص703فما فوق.

24) تنص المادة الخامسة الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك سنة1958 على :(...الأحكام التي تصدر في منازعات ناشئة عن علاقات بين أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية...).

25) عبد العزيز عبد المنعم خليفة:التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، نفس المرجع السابق،ص147.

26) احمد حلمي خليل هندي:عقود الامتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها،نفس المرجع السابق،ص346-348.

27) اشرف عبد العليم الرفاعي:اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)،دار الفكر الجامعي،سنة 2003، ص273-277.

28) هاني محمد كامل المنايلي:اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية،نفس المرجع السابق،ص168-169.

29) Gaston Kenfack Douaini :La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA, revue camerounaise de l'arbitrage,n29,2005,p8.

30) Pierre Lalive : L'ordre public transnational et l'arbitre international, nouveaux instruments du droit international privé, liber fausto pocar,Guiffré editore(AG),2009,p601-602.

31) هاني محمد كامل المنايلي:اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية،نفس المرجع السابق،ص181-182.

32) علاء محي الدين أبو احمد:التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)،دار الجامعة الجديدة،مصر،سنة2008،ص300-303.

33) صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي:المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، نفس المرجع السابق،ص36.

34) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي:النظام القانوني لاتفاق التحكيم(دراسة تحليلية)،ط2،دون دار وبلد النشر،سنة2008،ص126-130.

35) علاء محي الدين أبو احمد:التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم(دراسة مقارنة)،دار الجامعة الجديدة،مصر،سنة2008،ص294-295.

36) شعيب احمد سليمان:التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة،نفس المرجع السابق،ص36-41.

37) احمد حلمي خليل هندي:عقود الامتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها،نفس المرجع السابق،ص354-356.

38) هاني محمد كامل المنايلي:اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية،نفس المرجع السابق،ص210-217.

39) احمد حلمي خليل هندي:عقود الامتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها،نفس المرجع السابق، ص356-357.

40) انظر إلى المادة10من قانون التحكيم المصري،المادة10من قانون التحكيم الأردني،الفصل307من المسطرة التشريعية المغربية،المادة12من التقنين العماني،المادة08 من قانون التحكيم السوري،المادة08 من قانون التحكيم السوداني.

41) انظر إلى المادة252 من قانون الإجراءات العراقي، المادة1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، المادة173من قانون الإجراءات الكويتي، المادة2/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة766من قانون المحاكمات اللبناني، المادة742 من قانون الإجراءات الليبي،المادة04من قانون التحكيم اليمني،الفصل السادس من قانون التحكيم التونسي.

42) هاني محمد كامل المنايلي:اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية،نفس المرجع السابق، ص220فما فوق.

43) شعيب احمد سليمان:التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة،نفس المرجع السابق، ص34-35.

44) سراج حسين أبو زيد:التحكيم في عقود البترول،نفس المرجع السابق، ص271-276.

45) حسين أبو زيد سراج:التحكيم في عقود البترول،نفس المرجع السابق، ص276-281.

46) احمد حلمي خليل هندي:عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها،نفس المرجع السابق، ص362-363.

47) احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان:القانون والسيادة وامتيازات النفط(مقارنة بالشريعة الإسلامية)،الطبعة الثالثة،مركز دراسات الوحدة العربية،بيروت،لبنان،2009، ص145.

48) طالب حسن موسى:قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى الإصدار السادس، دار الثقافة،عمان،الأردن،سنة2008،ص236-237.

49) احمد حلمي خليل هندي:عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، نفس المرجع السابق، ص381-382.

50) صفوت احمد عبد الحفيظ:دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي،نفس المرجع السابق،ص375-392.

51) احمد حلمي خليل هندي:عقود الامتياز البترولية واسلوب حل منازعاتها،نفس المرجع السابق،ص386-390.

52) احمد حلمي خليل هندي:عقود الامتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها،نفس المرجع السابق،ص387-391.

53) احمد حلمي خليل هندي:عقود الامتياز البترولية واسلوب حل منازعاتها،نفس المرجع السابق،ص382-386.

54) تنص المادة25على انه:(فضلا عن ذلك فانه يصدر من السكرتير العام لICSIDقرار تنفيذ حكم التحكيم الصادر عن هذا المركز وهذا القرار يكون قابلا للتنفيذ دون حاجة للحصول على أمر تنفيذ من القضاء الوطني،بل رفض الدولة المدينة تنفيذ هذا القرار خلال30يوما من صدوره يؤدي إلى عرض المر على مجلس المحافظين بالبنك الدولي للإنشاء والتعمير التابع له هذا المركز للنظر في تجميد عضوية الدولة الممتنعة عن التنفيذ).

55) صفوت احمد عبد الحفيظ احمد:دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص،رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي،نفس المرجع السابق،ص417-421.

56) صفوت احمد عبد الحفيظ احمد:دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، نفس المرجع السابق، ص399-412.

57) صفوت احمد عبد الحفيظ احمد:دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، نفس المرجع السابق، ص426-427.