مجلة جامعة بنغازي العلمية

http://journals.uob.edu.ly/sjuob

شرط التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي

" دراسة في القانون الليبي "

سالمة فرج الجازوي*

كلية القانون – جامعة بنغازي

تاريخ الاستلام: 27 / 07 / 2021 تاريخ القبول: 15 / 11 / 2021

الملخص:

يسعى المستثمرون إلى الحصول على وسائل محايدة وفعالة لحسم المنازعات، ويعدّ التحكيم الطريقة المثلى لتسوية منازعات الاستثمار، حيث يعدّ وسيلة فعالة لحسم منازعات الاستثمار؛ لذا أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال، لأنه يعد ضمانة للمستثمرين لحسم منازعاتهم مع الدولة الجاذبة للاستثمار، حيث يمتاز التحكيم بالسرعة والسرية التي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، فهو يأتي منسجماً مع رغبة المستثمرين في الابتعاد عن اللجوء إلى القضاء الوطني.

ويصادف التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الكثير من المشكلات، إذ إن اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار لم يعد متوقفاً على الإرادة المطلقة للدولة، فهي وإن كانت من الناحية النظرية حرة في اللجوء إلى التحكيم من عدمه، إلا أنها تجد نفسها مضطرة من الناحية الواقعية إلى قبول شرط التحكيم في تعاقداتها.

وسندرس شرط التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي باتباع المنهج التحليلي والنقدي.

وخلصت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات، من أهمها أن وجود شرط التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي ضمانة إضافية وتشجيعٌ للمستثمرين للدخول في المشاريع المحلية، لما يحققه التحكيم من توازن بين طرفي العقد في حال النزاع. وفي الختام نوصي المشرع الليبي بإصدار قانون خاص ينظم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية؛ وذلك نظراً لأهمية هذه الوسيلة في حل المنازعات في هذه العقود، ولكثرة اللجوء إليها في الوقت الحاضر.

الكلمات المفتاحية:

شرط التحكيم، منازعات، عقود استثمار.

Abstract

Investors seek to secure impartial and effective means of resolving disputes, and arbitration is seen as providing such a means. Unsurprisingly, it has grown to become the natural judiciary in this area. It assures the investors of resolving their disputes with the host state in a manner characterized by speed and secrecy, two attributes commensurate with the nature of investment contracts, and removed from this state's own judiciary. Arbitration in disputes concerning investment contracts is, however, associated with a number of problems. A key problem stems from the fact that while the host state can in theory decide whether to agree to an arbitration clause, it finds itself in real life with no choice but to accept the clause. In studying the arbitration clause in foreign investment contracts, we adopted an analytical and critical approach and we reached several conclusions and recommendations. A key conclusion is that the inclusion of an arbitration clause in investment contracts encourages foreign investors to finance national projects; it assures them of a balanced position vis-à-vis the host state in case a dispute occurs. As might be expected, having such a clause has become commonplace in these contracts. Therefore, we call upon the Libyan legislature to enact a law to regulate arbitration in these contracts.

Keywords: arbitration clause, disputes, investment contracts.

1. المقدمة:

يؤدي الاستثمار الأجنبي دوراً كبيراً في عملية تنمية الدول المضيفة له، إذ يعدّ دعامة أساسية للتنمية ، سواء في قطاع الإنتاج أم الخدمات ، فهو يسهم في إضافة الطاقة الإنتاجية ، وزيادة الثروات ، ومكافحة البطالة ، كما يوفر السلع والخدمات ، ويشجع الصادرات ، ويجلب النقد الأجنبي، ويسهم الاستثمار الأجنبي في حل العديد من المشكلات ؛ لذا أصبحت معظم الدول تتسابق إلى جذب الاستثمارات الأجنبية ، لما ينتج عن ذلك من آثار إيجابية مؤثرة في القدرة الاقتصادية للدولة ، ويسهم فيه المستثمر الأجنبي برأس المال والخبرات الفنية والإدارية والتكنولوجية الحديثة.

كما أن الاستثمار يحقق لدولة المستثمر عوائد ومزايا اقتصادية، من خلال بناء علاقات اقتصادية منفتحة على الدول الأخرى، وجلب الريع والأموال.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن ليبيا عرفت نظام الاستثمار الأجنبي مبكراً، وكان ذلك في مجال النفط، وذلك منذ صدور قانون البترول رقم 5 لسنة 1955م.

وتبرز أهمية البحث من حيث إن شرط التحكيم يهدف إلى تسوية المنازعات التي تثار أو التي يمكن أن تثار بمناسبة تنفيذ عقود الاستثمار، الذي يحتل مكاناً مهماً وبارزاً كونه ضماناً للاستثمار الأجنبي، حيث يعد التحكيم من الوسائل المهمة التي يلجأ إليها المتعاقدون في عقود الاستثمارات الأجنبية لحل المنازعات التي يمكن أن تثار، حتى إنه يمكننا القول إن التحكيم أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، وذلك نتيجة للمزايا التي يتميز بها التحكيم

* للمراسلات إلى: سالمة فرج الجازوي
البريد الإلكتروني:
Salmaalgazue_22@yahoo.com

[1] فرج أحمد معروف، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة من 24 إلى 26 سبتمبر 2013م. ص1. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد " دراسة قانونية اقتصادية مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة 27، سبتمبر 2003م، ص57.

©2021 جامعة بنغازي. جميع الحقوق محفوظة. الرقم الدولي/ الإلكتروني: 2790-1637، الورقي: 2790-1629. رقم الإيداع القانوني: 2018/154 دار الكتب الوطنية

، والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، فهو يقلل من مخاوف المستثمرين من الاقتراب من قضاء الدولة المضيفة ، وما يترتب على ذلك من ضمان حيادية القرار المتخذ لحسم النزاع ، وعدم ترجيح مصلحة الدولة المضيفة للاستثمار على المستثمر الأجنبي، ويتميز التحكيم بالسرية ، الأمر الذي يؤدي إلى تجنب المساس بمركز المستثمرين وبسمعتهم في مجال النشاط الاقتصادي، هذا فضلاً عن السرعة في البت في النزاع ، ما يؤدي إلى توفير الوقت ، إذ يعد التحكيم أهم وسيلة يرغب المتعاملون في الاستثمار الأجنبي والتجارة الدولية اللجوء إليها لحسم الخلافات التي تنشأ بينهم.

والجدير بالإشارة هنا أن تقريراً أعده المعهد عبر الدولي بأمستردام في أكتوبر 2019م ذكر أن اثنتي عشرة قضية تحكيم مرفوعة على الدولة الليبية، وبلغت القيمة المالية لإحدى القضايا 452 مليون دولار لشركة سوريليك.[1]

ويصادف التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الكثير من المشكلات إذ إن اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار لم يعد متوقفاً على الإرادة المطلقة للدولة، فهي وإن كانت من الناحية النظرية حرة في اللجوء إلى التحكيم من عدمه، إلا أنها تجد نفسها مضطرة من الناحية الواقعية إلى قبول شرط التحكيم في تعاقداتها. ويوجد خلاف بين فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، كما يثور التساؤل عن العلاقة بين العقد الأصلي وشرط التحكيم الوارد به.

وسترتكز دراسة موضوع شرط التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي على محورين، المحور الأول: ماهية عقود الاستثمار الأجنبي، والمحور الثاني: شرط التحكيم الذي يحسم النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي. وسندرس هذين المحورين وفقاً للقانون الليبي باتباع المنهج التحليلي، والمنهج النقدي، وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: ماهية عقود الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: شرط التحكيم.

المطلب الأول: ماهية عقود الاستثمار الأجنبي[2]

إن بيان ماهية عقود الاستثمار يتطلب منا تعريف عقد الاستثمار الأجنبي، وتحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار؛ لذا سنتناول في الفرع الأول تعريف عقود الاستثمار الأجنبي، أما الفرع الثاني فسنخصصه للطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي، وذلك وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار الأجنبي

بادئ ذي بدء، نودّ الإشارة إلى أن المشرع الليبي لم يُعرف عقد الاستثمار، ولا غضاضة في ذلك، حيث إن المشرع عادة ما يتجنب وضع التعاريف، ويترك هذه المهمة للفقه.

وقد ذهب بعض الباحثين إلى تعريف عقود الاستثمار بأنها العقود التي تبرم بين الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي، ويكون ذلك في مجال الاستثمار.[3]

وهناك من يعرف عقود الاستثمار بأنها العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص، وتتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار التنمية الاقتصادية للبلاد.[4]

وما يمكن ملاحظته على التعريفين السابقين أنهما قصرا الطرف المستثمر على الطرف الخاص ، في حين أنه يمكن أن يكون طرفاً عاماً أو خاصاً، إذ لا يشترط في المتعاقد مع الدولة المضيفة أن يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص، ومن ثم كان عدم جواز أن تدخل الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها في عقد الاستثمار الأجنبي ؛ لكون الدولة شخصاً عاماً، إذ قد يكون الطرف الأجنبي شخصاً خاصاً وشخصاً عاماً أيضاً، وذلك لأن هناك الكثير من عقود الاستثمار وخصوصاً الاستثمارات الكبيرة تقوم بها الدولة، وأمثلة ذلك نجدها في عقود النفط التي تشكل جانباً مهماً من الاستثمارات المباشرة .

وقد تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد عقود الاستثمار، وعرفتها بأنها: "عقد شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام، وشركة أجنبية تقوم باستثمارات ومنشآت لها طابع الدوام". [5]

كما وصف الأستاذ Dupuy في قضية تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية عقود الاستثمار هذه بأنها: "عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعاً من التعاون الطويل المدة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتتضمن نصوصاً تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي، وعدم المساس بالعقد، وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي؛ حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة ".[6]

مما سبق يمكننا تعريف عقود الاستثمار بأنها العقود التي بمقتضاها يُوصَل المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر، وذلك بإقامة مشروع إنتاجي أو خدمي، إما بنفسه أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار

نود ابتداءً الإشارة إلى أن خلافاً في الفقه قد ثار حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، إذ اختلفت الآراء حول ذلك، وسنتعرض لها فيما يلي:

أولاً ـ الطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار.

يرى بعض الفقهاء أن عقود الاستثمار هي عقود إدارية، وذلك لعدة أسباب، منها أن الدولة تتمتع في هذا النوع من العقود بصفة السيادة التي تعدّ أحد أهم مبادئ القانون الدولي المعاصر، إذ إن للدولة الحق في السيادة على ثرواتها الطبيعية، واستغلالها بالطريقة التي تحقق لها التنمية في مجالات الحياة المختلفة.[7]

كما أن عقود الاستثمار هي عقود تنمية تهدف الدولة من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة، أحد أهم معايير العقد الإداري.

بالرغم مما قيل في الطبيعة الإدارية للعقود الاستثمار، فإن هذا الرأي نُقِدَ بأنه ينطلق من خلفيات اقتصادية وليست قانونية، فنظر أصحابه إلى هذه العقود من حيث أهدافها الاقتصادية، ومرجع ذلك إلى أن جلهم ينتمي إلى الدول النامية التي تسعى إلى التنمية الاقتصادية وتحقيق النمو الاقتصادي من إبرام هذه العقود.[8] كما أن صفة السيادة التي بنى عليها أصحاب هذا

---

[1] مشار إليه في وليد عثمان، التحكيم ضمانة استثمارية، المؤتمر الأول للتوفيق والتحكيم، بنغازي، 23 يناير 2021م، ص 3.

[2] من أهم صور عقود الاستثمار الدولية عقد B.O.T وهي عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

[3] عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م، ص6.

[4] فريجة رمزي بهاء الدين، شرط التحكيم ودوره في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الطاهر مولاي، 2018م، ص36.

[5] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004م، فريجة رمزي بهاء الدين، مرجع سابق ذكره، ص37.

[6] 3-37. I.L.M .1978, vol 17, pp مشار إليه في رسالة بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص13.

[7] إبراهيم محمد قعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، ديسمبر 2015م، ص 302

[8] مهيب عبد الجبار فياض، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، العدد 53، السنة الثانية، 2019م، ص 121

©2021 جامعة بنغازي. جميع الحقوق محفوظة. الرقم الدولي/ الإلكتروني: 2790-1637، الورقي: 2790-1629. رقم الإيداع القانوني: 2018/154 دار الكتب الوطنية

الرأي فكرهم في اعتبار أن هذه العقود هي عقودٌ إدارية؛ هي صفة لا تتوافر في العديد من هذه العقود، حيث توجد شروط وبنود في عقود الاستثمار تتساوى فيها المراكز القانونية بين أطراف العقد، وبالتالي تنتفي فكرة السيادة، ولا تعدّ أساساً يميز هذه العقود. كما أن إضفاء صفة العقود الإدارية على تلك العقود يتطلب بالضرورة وجود قضاء إداري دولي للنظر في المنازعات التي تنشأ عنها، في حين أن هذا النوع من المنازعات عادة ما يكون الاختصاص فيه للتحكيم الدولي.[1]

ثانياً ـ الطبيعة المدنية لعقود الاستثمار.

يرى أصحاب هذا الرأي أن عقود الاستثمار هي عقود مدنية تخضع للقانون الخاص، واستندوا في ذلك إلى أحكام التحكيم التجاري الدولي، التي ذهبت إلى أن عقود الاستثمار لم تعد ترتبط بالمرافق العامة وتقديم الخدمات، بل أصبحت ذات طبيعة خاصة تنظمها مبادئ القانون الخاص، التي تستند إلى مبدأ الحرية الدولية للاتفاقات والعقود، المشتق من مبدأ سلطان الإرادة المتعارف عليه في القانون الخاص. والجدير بالذكر أن هذا الاتجاه لم يلق قبولاً عند كثير من فقهاء القانون؛ إذ لم يفسّر بعض مظاهر عقود الاستثمار التي تتمتع الدولة فيه بملامح السلطة العامة، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى الاعتراف للدولة في هذه العقود ببعض امتيازات السلطة العامة.[2]

ثالثاً ـ الطبيعة الدولية لعقود الاستثمار.

إن العقد باعتباره تلاقي إرادتين من أجل إنشاء آثار قانونية معينة، قد يتم داخل إطار النظام القانوني الداخلي لدولة معينة، وقد يتصل بدول مختلفة يحكمها أكثر من نظام قانوني؛ لذلك تجري التفرقة عادة في مجال روابط القانون الخاص ـالتي تشكل المحور الرئيس لتنازع القوانين ـبين الروابط الداخلية وتلك التي تتسم بالطابع الدولي. حيث تخضع الأولى للقانون الداخلي، بينما يتعين الرجوع في الثانية إلى أحكام القانون الدولي الخاص.[3]

وهكذا فإن عقود الاستثمار تتمتع بالصفة الدولية، وهو ما يترتب عنه إفلات العقد من نطاق تطبيق قانون وطني محدد، كان سيطبق عليه تطبيقاً مباشراً دون حاجة لاستشارة قواعد الإسناد لو لم تتوافر له هذه الصفة الدولية. وأيضاً إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص، سواء ما كان منها معتبراً من قواعد تنازع القوانين وبالتالي منح الأطراف مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع، إذا كان النزاع مطروحاً أمام القاضي الوطني، وعلى الموضوع والإجراءات، إذا كان النزاع مطروحاً أمام محكم؛ أو ما كان من هذه القواعد ذا صبغة مادية، لا سيما تلك المستمدة من أصل اتفاق دولي.[4]

إذن، وفقاً لهذا الرأي فإن هذه العقود هي عقود استثمارات صادرة من إحدى الدول، وآتية لدولة أخرى، ووظيفتها أو الهدف منها هو دفع حركة رأس المال الأجنبي، وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، إذ إن عقد الاستثمار الأجنبي يبرم بين طرفين ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة من جهة، والشخص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية[5]. إذن، بناء على ما سبق قوله يعدّ عقد الاستثمار الأجنبي عقداً دولياً وفقاً لهذا الرأي.

رابعاً ـ الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار.

تتميز عقود الاستثمار بعدد من السمات والخصائص التي تميزها عن سائر العلاقات التعاقدية الأخرى، وتعطيها طبيعتها الخاصة. تلك السمات والخصائص التي تخلق وضعاً يكون فيه الطرف الخاص الأجنبي دائم المواجهة لسلطة حكومية دائمة التدخل بفضل نفوذها كونها سلطةً سيادية؛ لضمان أن يتحقق الهدف المنشود من تعاقدها مع المستثمر الأجنبي، ما يخلق مشكلة أساسية ملازمة لهذه العقود، ألا وهي كيفية التوفيق بين الأهداف والمصالح العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها، والأهداف والمصالح التي ينشدها المستثمر الأجنبي.[6]

نخلص مما تقدم إلى أن عقود الاستثمار تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى طبيعة أطرافها، وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ؛ الأمر الذي يستوجب الاعتراف لهذه العقود ببعض المبادئ العامة اللازمة لتحقيق الغرض المنشود من إبرامها، فالطبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص ، بل تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة ، إذ تهدف هذه العقود بشكل أساسي إلى الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ، ما يكسبها بُعداً عاماً يتمثل في الارتباط بالمجتمع، بمعنى أن هذه العقود لم تعد في مصلحة الأطراف فحسب ، بل في مصلحة المجتمع أيضاً ، لذلك فإن إرادة الأطراف وقتَ توقيع العقد لم تعد العنصر الوحيد المهم ، بل هناك أيضاً المصلحة العامة. [7]

من خلال ما سبق عرضه من آراء حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي، فإننا نؤيد الرأي القائل بأن عقود الاستثمار الأجنبي هي عقود تتميز بعدد من السمات والخصائص التي تميزها عن سائر العلاقات التعاقدية، فهي عقود ذات طبيعة خاصة.

المطلب الثاني: شرط التحكيم

في البداية نودّ الإشارة إلى أن المادة 24 من القانون رقم (9) لسنة 2010م بشأن تشجيع الاستثمار؛ تنص على أن " يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة بفعل المستثمر، أو نتيجة لإجراءات اتخذتها الدولة ضده على المحاكم المختصة في الدولة، إلا إذا وُجدت اتفاقية ثنائية بين الدولة والدولة التي ينتمي إليها المستثمر، أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفاً فيها تتضمن نصوصا متعلقة بالصلح أو التحكيم، أو اتفاقيات بين المستثمر والدولة تنص على شرط التحكيم"

ودراسة شرط التحكيم في عقود الاستثمار تقتضي القيام بتعريف شرط التحكيم في عقود الاستثمار، وكذلك التطرق لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي؛ لذا سيكون تعريف شرط التحكيم في الفرع الأول، ويتطرق الفرع الثاني لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم

شرط التحكيم هو الاتفاق الذي تتعهد فيه الأطراف بعرض أي نزاع قد ينشأ مستقبلاً بخصوص تنفيذ عقد معين على هيئة التحكيم.[8]

فشرط التحكيم هو اتفاق يرد ضمن نصوص العقد، ويقرر بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم؛ لتسوية المنازعات المستقبلية التي قد تثور حول العقد وتنفيذه، وغالباً ما يدرج شرط التحكيم في العقد الأصلي، ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق عليه في وثيقة مستقلّة تُعَدُّ بمثابة ملحق للعقد الأصلي.[9] وشرط التحكيم سواء أكان بنداً في العقد أم جاء مستقلاً عن العقد، فإنّ ذلك لا يؤثر

---

[1] إبراهيم محمد قعود، مرجع سبق ذكره، ص303، ومهيب عبد الجبار فياض، مرجع سبق ذكره، ص 120، 121.

[2] إبراهيم محمد قعود، مرجع سابق ذكره، ص303

[3] أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013م، ص29.

[4] إبراهيم محمد قعود، مرجع سابق ذكره، ص300

[5] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص66.

[6] مهيب عبد الجبار فياض، مرجع سبق ذكره، ص123، أحمد بوخلخال، مرجع سبق ذكره، ص 26

[7] بشار محمد الأسعد، مرجع سبق ذكره، ص 65 وما بعدها.

[8] محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، الإسكندرية، المكتب العربي الحديث، ط1، 2007م، ص 59.

[9] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ب.ط، 2007م، ص 25.

©2021 جامعة بنغازي. جميع الحقوق محفوظة. الرقم الدولي/ الإلكتروني: 1637-2790، الورقي: 1629-2790. رقم الإيداع القانوني: 2018/154 دار الكتب الوطنية

في وصفه شرطاً للتحكيم، مادام الاتفاق عليه كان قبل نشأة النزاع.

فشرط التحكيم إذن عبارة عن شرط يرد في العقد يقضي بأنَّ أي نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يُسوَّى عن طريق التحكيم، وهنا يجب الإشارة إلى أنّ شرط التحكيم يرد لحسم النزاع في علاقة تعاقديّة، ويكون قبل حدوث النزاع، إذ لا يتصور أن يرد شرط التحكيم لحسم علاقة غير تعاقدية.[1]

وقد نصَّت المادة 739 من قانون المرافعات الليبي على أنه " يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكّمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصَّة ".

أما شرط التحكيم في عقود الاستثمار فيقصد به " الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلا بشأن هذا العقد، فالعبرة إذن هي بلحظة إبرام اتفاق التحكيم، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل نشوء النزاع، فذلك هو شرط التحكيم".[2]

فشرط التحكيم في عقود الاستثمار إذن هو نصٌّ يرد في عقد الاستثمار، ويقضي بحق طرفي عقد الاستثمار في اللجوء إلى التحكيم عند حدوث نزاع بينهما.

وترجع نشأة شرط التحكيم في عقود الاستثمار إلى عقود الامتياز التي أُبْرِمَتْ من قبل الشركات متعددة الجنسية مع الدول النامية لاستثمار مواردها الطبيعية كالنفط والمعادن، وذلك في النصف الأول من القرن الماضي، التي أعطت الحق لتلك الشركات باللجوء إلى التحكيم عند تعرضها إلى الأضرار والخسائر التي تلحق بعقد الامتياز بسبب تغير الظروف.

والملاحظ أنّه قد تتفق أطراف النزاع على إحالة جميع المنازعات التي تثور بينها للتحكيم، وهذا ما يعرف بشرط التحكيم العام، كما قد تتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن بعض المسائل المحددة، ويُطلق على شرط التحكيم في هذه الحالة شرط التحكيم الخاص.[3]

الفرع الثاني: استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي

يعدّ مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرَّة في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدوليَّة، على أساس أنّه يستند إلى الوضع المختلف للعقدين: العقد الأصلي، وشرط التحكيم.

ويقصد بذلك استقلال الاتفاق المبرم على شكل شرط التحكيم، والمدرج ضمن بنود عقد الاستثمار؛ عن هذا الأخير ومن المؤثرات التي تؤثر بصحته، بمعنى أنه إذا أبطل عقد الاستثمار فهذا لا يعني إبطال شرط التحكيم المدرج ضمن بنود العقد.

ومقتضيات هذا المبدأ هي اعتبارات التجارة الدولية، وتفعيل مسار رضائي لتسوية المنازعات؛ لكي تُسَوَّى المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي بالتحكيم رغم انقضائه، إعمالاً لإرادة الأطراف الواردة في الاتفاق على التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، سواء نشأت تلك المنازعات عن انقضائه أو سريانه، ولو تصورنا غير ذلك، وهو زوال اتفاق التحكيم تبعاً للعقد الأصلي، فإن ما يثور من منازعات حول العقد لا يمكن التحكيم بشأنها، وهو ما لم تقصده أطراف العلاقة وفق اتفاقهم على التحكيم.[4]

كما تبرر الضرورة العملية للأخذ بهذا المبدأ، إذ إن الخصوم قد أقدموا على إبرامه لتسوية منازعات بينهم ناشئة عن العقد الأصلي، رغبة منهم في تجنب الإجراءات القضائية البطيئة والمعقدة، فإذا ما أبطل العقد الأصلي أو زال لأي سبب، فإن القول بسقوط اتفاق التحكيم تبعاً له يؤدي إلى نتائج سلبية عكس ما قصده الأطراف في اتفاقهم على التحكيم، فتحقق رغبتهم وتفعيل إرادتهم يكون بالتمسك باستقلال اتفاق التحكيم".[5]

وفكرة استقلال شرط التحكيم تقطع الطريق على الخصوم للقيام بتعطيل الإجراءات والكيد في الخصومة، كما هو الشأن في إساءة التقاضي في نظام قضاء الدولة الرسمي، وتصميم الخصوم على سلوك جميع السُّبل التي تؤدي إلى إطالة أمد التقاضي، وبخاصة من الطرف الذي يحتمل خسرانه للتقاضي، لاسيما وأنّ من أهم أسباب اللجوء إلى التحكيم هو الرغبةَ في حسم النزاع في أجل قصير. وهذه الميزة الأساسية لفكرة الاستقلال هي التي دفعت إلى النظر لشرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم.[6]

إذن، فشرط التحكيم مستقلٌّ عن العقد الأصلي مصدر العلاقة القانونية بين الطرفين، حيث يعتبر اتفاق التحكيم مستقلاً عن هذا العقد، وإن كان قد أُدْرِجَ ضمن بنود هذا العقد، علماً بأنّ بطلان العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر على صِحَّة الآخر أو بطلانه.[7]

فشرط التحكيم مستقلٌّ عن العقد الأصلي محلّ النزاع ، ولا يتأثر بما يطرأ على العقد الأصلي من بطلان ، أو إنهاء ، أو فَسْخ ، ومعنى ذلك أنه من الممكن بطلان العقد الأصلي محلّ النزاع ، وبطلان شرط التحكيم ، كما لو كان البطلان ناتجاً عن عيب من عيوب الإرادة، ففي هذه الحالة يكون العقد وشرط التحكيم باطلَين كليهما ، كما أنه قد يكون العقد صحيحا ولكن شرط التحكيم باطل ، كما لو أُبْرِمَ العقد إبراماً صحيحاً، وأُدْرِجَ شرط التحكيم فيه، ولكن شرط التحكيم كان في مسألة لا يجوز التحكيم فيها، ففي هذه الحالة يكون العقد صحيحاً، ويعدّ شرط التحكيم باطلاً .[8]

ومن نتائج استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أنّه قد يخضع العقد الأصلي لقانون يختلف عن القانون الواجب تطبيقه على شرط التحكيم.[9]

وقد قَضَتْ محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 مايو 1963م بأنّ "شرط التحكيم، سواء أبرم منفصلاً أو مدرجاً في التصرف القانوني الذي يتعلق به، يكون له دائماً استقلال قانوني كامل، يحول دون إمكان تأثره بعدم صحة التصرف المحتملة ".[10]

كما قضت ذات المحكمة بأنّه: " في مجال التحكيم الدولي يتعين إعطاء عبارة اتفاق التحكيم مفهوماً موحداً وأن -يعامل على قدم المساواة-شرط التحكيم الوارد في نصوص عقد ومشارطة التحكيم التي أُبرمت استقلالاً، بحيث يتمتع الاثنان بذات القدر من الاستقلالية ... واتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع كونه قاعدةً عامة باستقلالية قانونية لا تتأثر باحتمالات إبطال

---

[1] طيب قبايلي، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012م، ص 122.

[2] فريجة رمزي بهاء الدين، مرجع سبق ذكره ص 23.

[3] أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ب.ط، 1990م، ص 23.

[4] أبو الخير عبد العظيم سكرمة، المرجع الوافي في التحكيم في المنازعات الخاصة التجارية الدولية، القاهرة، دار العدالة، ب.ط، 2015، ص 71.

[5] المرجع السابق ذكره، ص 73

[6] عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ب.ط، 2008، ص 88 و89.

[7] أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق ذكره، ص 23.

[8] أحمد الهواري، موقف التشريعات العربية من الاتجاهات الحديثة في التحكيم، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، أبو ظبي، ط1، 2008م. ص 627.

[9] المرجع السابق، ص 628.

[10] مشار إليه في أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2006م، 276

©2021 جامعة بنغازي. جميع الحقوق محفوظة. الرقم الدولي/ الإلكتروني: 1637-2790، الورقي: 1629-2790. رقم الإيداع القانوني: 2018/154 دار الكتب الوطنية

العقد الأصلي، مع ما يتبع ذلك من إقرار هيئة التحكيم بالاستمرار في نظر النزاع، وإصدار حكم واجب الاحترام ".[1]

ولم ينص القانون الليبي على هذا المبدأ، الأمر الذي يعدّ قصوراً في القانون الليبي ؛ لذا نهيب بالمشرع الليبي النص على هذا المبدأ ، لاسيما بعد تدخل المحكمة العليا الليبية ، حيث قضت بأنه " وإن كانت الوزارة قد لجأت إلى فسخ العقد استناداً إلى المادة التاسعة منه، وهذا من حقها الذي لا مطعن عليه إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ... وبما أن نص البند السابع عشر من العقد صريح في أنّ أي نزاع أو خلاف قد ينشأ حول كيفية تطبيق أو تفسير هذا العقد، ويتعذر تسويته بواسطة الاتصالات المباشرة بينهما، يجب أن يعرض على هيأة تحكيم ... وبما أنّ النزاع يتناول حتماً وضمنياً تحقيق أسباب الفسخ ، وهو ما يقتضي إعمال شرط التحكيم الذي ارتضته الوزارة في عقدها، والذي لا يجوز لها أن تجحده".[2]

ففي هذا الحكم أخذت المحكمة العليا الليبية بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فهي ترى سريان شرط التحكيم الموجود في العقد، حتى ولو حدث فسخ للعقد بعد تحقق أسباب قادت لذلك الفسخ.[3]

وفي قضية تتلخص وقائعها في أنّ الحكومة الليبية وقعت مع شركة B. P عقداً للبحث والتنقيب عن النفط، وبعد مدّة قامت الحكومة الليبية بتأميم شركات النفط ، ما حدا بهذه الشركة للجوء إلى التحكيم، حيث أكّدت هيأة التحكيم مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.[4]

وفي تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية تمسكت الحكومة الليبية بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لعقد الامتياز، وكذلك لشرط التحكيم المدرج فيه، إلا أن الأستاذ Dupuy رفض ذلك، وأقر باختصاصه بالفصل في النزاع استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وجاء حكم التحكيم متضمناً النص على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.[5]

2. الخاتمة:

أولاً ـ الخلاصة:

إن اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي أصبح ضرورة ملحة يفرضها الواقع، ووسيلة أساسية للنهوض باقتصاديات الدول النامية وتحقيق التنمية المنشودة، لا سيما أن أغلب الشركات تتمسك بشرط التحكيم في عقودها، وذلك لما يتسم به من مزايا كبيرة بالمقارنة مع إجراءات التقاضي العادي، فضلاً عما يتمتع به من سرية تحفظ سمعة ومصالح تلك الشركات، وقد أصبح التحكيم مطلباً من متطلبات الاستثمار، ووسيلة للوقوف أمام أي إجراء يضر بمصالح المستثمر، وذلك على أساس الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم وبقائه قائماً على الرغم من فسخ العقد الأصلي، كل هذه الخصائص أدت إلى اعتبار التحكيم من أهم الوسائل المثلى والفعالة في تسوية منازعات عقود الاستثمار.

ثانياً ـ النتائج:

1. إنَّ الاستثمارات الأجنبية تمثل عصباً مهماً للدول ولاسيما النامية منها، وهذا ما دفعها إلى العمل على جذب هذه الاستثمارات من خلال سن التشريعات الملائمة لذلك، والانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار، التي نصت بشكل صريح على التحكيم وسيلةً لتسوية النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار.
2. إن التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض منازعات عقود الاستثمار، وبخاصةٍ في ظل ما نشهده من تغيرات متتابعة في عصرنا هذا، لاسيما في منطقتنا العربية.
3. تتمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، بل تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة.
4. وجود قصور في القانون الليبي فيما يتعلق بالتحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي، حيث نظّم التحكيم بصفة عامة، وفي مجموعة نصوص في قانون المرافعات الليبي، إذ لا يوجد قانون للتحكيم في منظومة التشريعات الليبية.
5. يعدّ وجود شرط التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي ضمانة إضافية، وتشجيعاً للمستثمرين للدخول في المشاريع المحلية؛ لما يحققه التحكيم من توازن بين طرفي العقد عند حدوث النزاع.
6. إن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد أصبح من المبادئ القانونية المستقرة في التحكيم التجاري، ما يوفر ضمانات للمستثمر الأجنبي من ناحية عدم تأثر بند التحكيم ببطلان العقد الأصلي، ولم ينصَّ القانون الليبي على هذا المبدأ، ولكن تبنته المحكمة العليا الليبية.

ثالثاً ـ التوصيات:

1. نظراً للطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار نوصي المشرع الليبي بإصدار قانون خاص ينظم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، وذلك نظراً لأهمية هذه الوسيلة في حل المنازعات في هذه العقود، وكثرة اللجوء إليها في الوقت الحاضر، إذ إن المستثمرين يعدّون التحكيم في هذه العقود ضمانةً تحميهم من التغييرات التشريعية من الدولة المضيفة للاستثمار.
2. ضرورة إنشاء مراكز خاصة بالتحكيم، وتوفير مُحكّمين متخصصين في هذا المجال، والعمل على عقد الندوات والمؤتمرات التي تتصدى لمشكلات التحكيم في عقود الاستثمار، على أن يتولاها متخصصون أكفاء بخطط محكمة ومدروسة؛ لتقديم الدراسات المطلوبة في المسائل القانونية الخاصّة بالتحكيم.
3. إعداد الكوادر الخاصة بالتحكيم، وذلك بالعمل على عقد الدورات الخاصة بالتحكيم، وإنشاء ثقافة قانونية تحكيمية، بوصف التحكيم الوسيلة الأفضل لتسوية منازعات الاستثمار، ما يسهم في خلق بيئة مناسبة للاستثمار.
4. توصي الباحثة بإقرار مادة قانون التحكيم إحدى الموادّ المقررة في كلية القانون بجامعة بنغازي. وندعو كليات القانون بالجامعات الليبية إلى تشجيع ثقافة اللجوء إلى نظام التحكيم ودعمها.
5. نظراً لأهمية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية؛ فإننا ندعو المشرع الليبي أن يأخذ به بصورة صريحة، وذلك كنظيره في التشريعات الأخرى، لكونه أصبح من المبادئ المستقرة في قضاء التحكيم.
6. على الحكومة الليبية الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية الخاصّة بالتحكيم.

---

[1] مشار إليه في أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ذكره، ص 277.

[2]- المحكمة العليا: طعن إداري رقم 16/28ق، جلسة 26 ربيع الأول1391هـ الموافق 2 مايو 1971م، مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة، العدد الرابع، يوليو 1971م، ص49.

[3] أحمد عمر أبو زقية، أوراق في التحكيم، بنغازي، جامعة بنغازي، ط1، 2003م. ص 62

[4] Rev / arb. 1980 مشار إليه علاء محيي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008م.، ص 254.

[5] بشار محمد الأسعد، مرجع سبق ذكره، ص 396.

©2021 جامعة بنغازي. جميع الحقوق محفوظة. الرقم الدولي/ الإلكتروني: 1637-2790، الورقي: 1629-2790. رقم الإيداع القانوني: 2018/154 دار الكتب الوطنية

3. المراجع:

أولاً ـ الكتب:

1. أبو الخير عبد العظيم سكرمة، المرجع الوافي في التحكيم في المنازعات الخاصة التجارية الدولية، القاهرة، دار العدالة، ب.ط، 2015م.
2. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ب.ط، 1990م.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2006م.
4. أحمد عمر أبو زقية، أوراق في التحكيم، بنغازي، جامعة بنغازي، ط1، 2003م.
5. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ب.ط، 2007م.
6. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ب.ط، 2008م.
7. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
8. محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، الإسكندرية، المكتب العربي الحديث، ط1، 2007م.

ثانياً ـ الرسائل العلمية:

1. أحمد بو خلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013 م.
2. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004م.
3. علاء محيي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008م.
4. فريجة رمزي بهاء الدين، شرط التحكيم ودوره في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الطاهر مولاي، 2018م.
5. طيب قبايلي، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2012م.

ثالثاً ـ البحوث:

1. إبراهيم محمد قعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، ديسمبر 2015م.
2. أحمد الهواري، موقف التشريعات العربية من الاتجاهات الحديثة في التحكيم، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، أبو ظبي، ط1، 2008م.
3. فرج أحمد معروف، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحـــــة من 24 إلى 26 سبتمبر 2013م.
4. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد " دراسة قانونية اقتصادية مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة 27، سبتمبر 2003م.
5. مهيب عبد الجبار فياض، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، العدد 53، السنة الثانية، 2019م.
6. وليد عثمان، التحكيم ضمانة استثمارية، المؤتمر الأول للتوفيق والتحكيم، بنغازي، 23 يناير 2021م.

©2021 جامعة بنغازي. جميع الحقوق محفوظة. الرقم الدولي/ الإلكتروني: 1637-2790، الورقي: 1629-2790. رقم الإيداع القانوني: 2018/154 دار الكتب الوطنية