أهمية التحكيم كأسلوب لحل منازعات عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة ومخاطره على الدولة المضيفة

الأستاذة: بولقواس سناء
باحثة دكتوراه جامعة باتنة 1

أستاذة مساعدة «أ»
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد الصديق بن يحي
-جيجل-

مقدمة:

أصبحت عقود البوت في الآونة الأخيرة من أهم العقود المعول عليها في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول لاسيما النامية منها، لاسيما في مجال إنجاز مرافقها العامة وإنشاء بنيتها التحتية، وقد دعا البنك الدولي والأونيسترال للتوجه للاعتماد على هذا النوع من العقود باعتبارها مخرجا يمكنها التعويل عليه في تحقيقها للتنمية التي تعد شغلها الشاغل، ومن جهة أخرى يمكنها من التوجه للإنفاق على المشروعات العامة الإستراتيجية التي لا تحظى باهتمام القطاع الخاص بما يجنبها مشكلة اللجوء للاقتراض.

تعمد كل الدول المضيفة لمشاريع عقود البوت التي تعتمدها لإنجاز مرافقها العامة وتسييرها وكذا إنجاز كل مشاريع البنية التحتية للعمل على تهيئة قوانينها الداخلية حتى توفر البيئة الملائمة لانتشار هذه العقود وتحقق الاطمئنان لشركات المشروع المنفذة لها والتي في الغالب ما تكون أجنبية بالنظر للاستثمارات الضخمة التي تتطلبها، من بين ما قامت بتهيئته الدول المضيفة في قوانينها مسألة الوسائل التي يعتمد عليها لحل منازعات عقود البوت والتي يعد التحكيم أهمها، فهو عامل هام في جذب الاستثمارات في عقود

البوت لتخوف شركات المشروع من الاعتماد على قضاء ليس بالمحايد، ومن هذا المنطلق فهناك من يرى بأن التحكيم أمر إلزامي وحتمي على الدول وعليها الأخذ به في حالة رغبتها في جذب الاستثمارات.

بالنظر للتوجه المتزايد لتقليص دور الدولة في المجال الاقتصادي والتوجه لدعم مشاركة القطاع الخاص المباشر في مشروعات إنجاز المرافق العامة والبنية التحتية والتي تعد عقود البوت أحد وسائلها الحديثة والتي حظيت بتأييد للبنك الدولي، بدأ التوجه للتحكيم كطريق لحل المنازعات التي تثور بشأنها لما يؤديه من دور هام في حماية العلاقات الاقتصادية بين كل من الدولة المضيفة وشركة المشروع بما يضمن تعزيزا لنجاح هذه العقود وتوسعها، بما يضمن للدولة المضيفة تحقيق نمو اقتصادي واجتماعي متكامل، ومن هنا نتساءل ما هي الأهمية التي يحققها اللجوء للتحكيم كطريق لحل منازعات عقود البوت المعتمدة في إنجاز وتسيير المرافق العامة؟ وما هي المخاطر التي يحملها التي يمكن أن تؤثر سلبا على الدولة المضيفة؟

للإجابة عن الإشكالية السابقة نقوم باستعراض مفهومي عقود البوت والتحكيم، ثم نبرز صور أهمية اللجوء للتحكيم لحل منازعات عقود البوت، ثم نختم دراستنا ببيان مخاطر اللجوء للتحكيم على الدولة المضيفة لعقود البوت وذلك على النحو التالي:

أولا: مفهوم عقود البوت والتحكيم

قبل تفصيلنا في موضوع أهمية التحكيم كأسلوب لحل منازعات عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة ومخاطره على الدولة المضيفة لابد من أن نعرف المقصود بعقود البوت ومختلف الصور التعاقدية التي تأخذها هذه الأخيرة فمنها ما هو منصب على مشاريع جديدة، ومنها ما هو متعلق بمشاريع قائمة أصلا، ثم نقوم ببيان تعريف التحكيم طريق معتمد لحل المنازعات التي تثور بصددها وصوره وذلك على النحو التالي:

تعريف عقود البوت وبيان صورها

1-1: تعريف عقود البوت

مصطلح البوت B.O.T كلمة إنجليزية هي اختصار لثلاث كلمات، البناء Build،

التشغيل Operate، ونقل الملكية Transfer،[1] وفي بداية ظهور هذا النوع من العقود وانتشاره كآلية لإنشاء وتسيير المرافق العامة،[2] لم يتم وضع تعريف لها بالنظر للصعوبة الكامنة وراء إيجاد تعريف دقيق يحيط بها إحاطة كاملة ودقيقة بمفهومها الشامل، والذي يضم في طياته عددا من العناصر التعاقدية المختلفة.[3]

عرفتها منظمة اليونيدو UNIDO بأنه

" A contractual arrangement whereby a private sector entity undertakes the construction, including design and financing, of a given infrastructure facility and the operation and maintenance there of the private sector entity operates the which it is allowed to charge facility over a fixed term during facility users appropriate fees and other charges not exceeding those proposed in its bid incorporated in the project agreement to enable the private sector entity to recover its investment and operating and maintenance expenses in the project, plus a reasonable return thereon. At the end of the fixed term the private sector entity transfers the facility to the government agency or to a new private entity selected through public bidding" [4]

عرفت عقود البوت أيضا أنها:" صور جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية تستهدف القيام بمشاريع ضخمة، تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة أو إداراتها العامة أو مؤسساتها العامة بعد انقضاء المدة المتفق عليها".[5]

عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عقود البوت بأنها:" شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الاتحاد المالي للمشروع امتيازا لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجاريا أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز وفي

نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع."[6]

1 - 2: صور عقود البوت

عقد البناء والتشغيل والتملك ونقل الملكية BOOT

في هذا العقد يتولى المستثمر مهام إقامة المشروع وتملكه واستغلاله لفترة محددة، خلالها تكون عائدات المشروع له، وفي النهاية ينقل ملكية المشروع للطرف الأول دون مقابل أو بمقابل متفق عليه..."،[7] وتتراوح مدة هذا النوع من العقود ما بين 10 إلى 30 سنة.

عقد البناء والتملك والتشغيل BOOT

عرف هذا العقد بأنه:" من العقود التي تتفق الدولة مع المستثمر أو شركة المشروع على إقامة المشروع وتملكه وتشغيله، وبهذا تتملك شركة المشروع كاملا وفي النهاية يكون لها الحق في التصرف في المشروع دون التزام بإعادته للدولة".[8]

عقد البناء والتشغيل وتجديد الامتياز BOR

يتم التعاقد في عقود BOR لبناء المشروع ثم تشغيله للفترة الزمنية المتفق عليها، وغالبا ما يترتب على ذلك استمرار المنافع من المشروع وزيادة عدد المتعاملين مع المشروع وزيادة الرسوم المفروضة، وبهذا قد تدخل الدولة في مفاوضات جديدة مع المستثمر لحصوله على فترة زمنية أخرى وذلك لتجديد عقد الامتياز.[9]

عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل DBFO

يتم الاتفاق في هذا العقد على تصميم المشروع ثم بعد ذلك بنائه وفقا للشروط الفنية والتصميمات التي حددتها الدولة للمستثمر بواسطة أجهزتها الاستشارية، وتعمل كذلك شركة المشروع على توفير التمويل اللازم لذلك، ثم يتم تشغيله وفقا للضوابط التي تضعها الدولة ليحصل المستثمر على إيرادات المشروع خلال فترة التشغيل، ولا تنتقل ملكية المشروع للدولة بعد نهاية المدة المتفق عليها، لأن هذه الأخيرة تحصل على

مقابل منح الامتياز، ويحق للحكومة تجديد الامتياز أو منح الامتياز لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمستثمر الخاص المالك للمشروع.[10]

في الغالب ما لا تلجأ الدولة لهذا العقد إلا في الحالات التي تكون فيه المشروعات ضخمة وتحتاج لتمويل كبير تعجز ميزانيتها عن الوفاء به دفعة واحدة،[11] ويرى بعض الفقه أن هذا النوع من العقود يعد شكلا من أشكال خصخصة القطاع العام ولا يعد من عقود البوت.[12]

عقد البناء والتأجير والتحويل BLT

عرف عقد BLTأنه:" العقد الذي تقوم الدولة فيه بالتعاقد مع القطاع الخاص لبناء مشروع أو مرفق عمومي، وتتولى تأجيره له خلال فترة العقد بعدها تؤول ملكية المشروع إلى الدولة ويحصل المتعاقد على رسوم المشروع مقابل سداد قيمة الإيجار المتفق عليه."[13]

عقد الإنشاء والتسليم والإدارة BTO

تقوم شركة المشروع في هذا العقد بإنشاء المرفق العام ثم تسليمه للدولة المضيفة مقابل التزام هذه الأخيرة بمنحها الحق في إدارته وتشغيله وكذا استغلاله طوال مدة العقد، وتقوم بحصيل الإيرادات من المرتفقين، وفي هذه الصورة العقدية يتم إبرام عقدين بين شركة المشروع والدولة المضيفة، الأول يتضمن إنشاء المرفق العام، والثاني يتم الاتفاق فيه على تشغيل وإدارة المرفق العام، وهذا الفصل الموجود بين العقدين له تأثير كبير على شروط العقد من حيث التمويل، ومدة تنفيذ العقد، وعادة ما يتم اللجوء لعقد BTO لإنجاز الفنادق.[14]

عقد التحديث والتملك والتشغيل والتحويل MOOT

بمقتضى هذا العقد يتعهد المستثمر بتجديد أحد المرافق العامة الموجودة إما لكونها لا تعمل بكفاءة أو بسبب التطور التكنولوجي الذي يجعله بحاجة لعملية التحديث،[15] وفقا للمقاييس العالمية، ويتولى تشغيله لفترة زمنية معينة خلالها يحصل على إيرادات تشغيله وبنهاية المدة يعيد الملكية للدولة دون مقابل.[16]

عادة ما تلجأ الدولة لإبرام هذا العقد بالنسبة للمرافق التي تحتاج عملية تحديثها لتكنولوجيا وتجهيزات حديثة ومتطورة تتطلب أموالا كبيرة تعجز موازناتها عن تحملها، ونرى أن هذا العقد لن يكون ذا فائدة ما لم يضمن تدريبا للعمالة المحلية على استخدام هذه الأجهزة والبرامج الحديثة.[17]

عقد الإيجار والتجديد والتشغيل والتحويل LROT

في هذا العقد يقوم المستثمر باستئجار مشروع ما من الدولة لمدة زمنية محدودة ثم يقوم بتجديده وتحديثه وتشغيله واستغلاله وبعد انتهاء المدة المحددة للإيجار يقوم بإعادته للجهة المالكة له بحالة جيدة دون مقابل.[18]

عقد التجديد والتملك والاستغلال ROO

تتعاقد الدولة في هذا العقد مع شركة المشروع من أجل القيام بعملية تجديد مرفق عام قائم يحتاج لتجديد وإعادة هيكلة، ثم تجهيزه بكل المعدات والتكنولوجيا اللازمة لتشغيله، ومقابل هذا تقوم شركة المشروع بتملك المرفق العام وتشغيله وتجديده واستغلاله وتقوم بتحصيل إيراداته، ويقوم بدفع إيراداته للدولة في شكل مبلغ متفق عليه مقابل انتقال ملكية المشروع للمستثمر وغالبا ما يتم تقسيط المبلغ على عدة سنوات بحسب كل عقد.

تعريف التحكيم وبيان صوره

2 - 1: التحكيم لغة مصدر حكَم وأصلها حكم، حكم: حكما: رجع. يقال رجع "أحكمه فحكم" أي أرجعه فرجع، وحكم الفرس: جعل عليه حكمة، وحكمه عن كذا: منعه وردَه.[19]

2-2: التحكيم اصطلاحا أوردت العديد من التعريفات للتحكيم، فعرف بأنه:" الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكورا في الاتفاق أم لم يكن."[20]

عرفه مركز الويبو بأنه:" إجراء يرفع على أساسه نزاع باتفاق الطرفين، إلى محكم واحد أو أكثر لإصدار حكم في النزع يكون ملزما للطرفين."[21]

عرف أيضا بأنه:" تقنية تهدف إلى إعطاء حل في المسألة التي تنطوي على علاقة بين شخصين أو أكثر من جانب واحد أو أكثر من أشخاص آخرين – والمحكم أو المحكمين- يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويقرر على أساس هذا الأخير دون أن يعهد بهذه المهمة من قبل الدولة."[22]

عرف التحكيم كذلك بأنه:" صورة خاصة لحكم قضائي، والذي بواسطته شخص ثالث محايد (المحكم)، مختاروتدفع أتعابه من الأطراف، صانعا قرارا ملزما ونافذ (يسمى بالحكم أو القرار)، فيما يتعلق بكيفية فض النزاع."[23]

عرف أيضا أنه:" وسيلة لتسوية المنازعات بالتراضي، من قبل جهات غير الحكومية صانعة القرار، والتي ينتج إلزاما قانونيا وقابلة للتنفيذ."[24]

2 - 3: صور التحكيم

يأخذ التحكيم كوسيلة لحل المنازعات صور عدة في الممارسة العملية، نبرزها على النحو التالي:

من حيث مدى حرية اللجوء إليه

الأصل في التحكيم أنه يستند لإرادة أطراف النزاع، وهو ما يضفي عليه الطابع الاختياري،[25] فيقوم الطرفان المتنازعان باختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على النزاع موضوعيا وإجرائيا، وتعد الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين أحد الأركان التي يقوم عليها التحكيم الاختياري، لأن لها الدور الأساسي في إيجاد هذا الأخير للفصل في المنازعات مشاركا بذلك القضاء صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل فيها، ولكن تظل هذه المشاركة تحت إشرافه.[26]

قد يكون التحكيم كذلك إجباريا وذلك بتدخل المشرع وجعله لهذا الأخير آلية لتسوية بعض المنازعات بالنظر لطبيعتها الخاصة،[27] بحيث لا يجوز للخصوم اللجوء للقضاء لتسوية تلك المنازعات،[28] ويرى بعض الفقهاء أن هذا التحكيم ليس تحكيما بالمعنى الفني الدقيق لتخلف عنصر فيه هو إرادة أطراف النزاع، ومن ثم فهو شكل من أشكال القضاء العام، إلا أن اتجاها فقهيا آخر يرى أنه تحكيم بالمعنى الفني ودون أي

تحفظ،[29] ونرى أن السبب الكامن وراء هذا الاختلاف هو الاختلاف في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم.

من حيث مدى وجود منظمة تديره

بانتشار التحكيم كآلية لحل النزاعات ظهرت مؤسسات ومنظمات دولية ووطنية وإقليمية تتولاه وفقا لقواعد وإجراءات محددة سلفا، وتم تقسيم التحكيم من حيث مدى وجود منظمة تديره إلى نوعين هما:

التحكيم الحر

عرف التحكيم الحر بأنه:" التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، ويختارون القواعد الإجرائية والموضوعية التي يلزم بها المحكمون، وتنتهي مهمة المحكمين بإصدار حكم فاصل في النزاع."[30]

يعاب على التعريف السابق إغفاله لطرق أخرى تنتهي بها مهمة المحكمين بالإضافة للحالة التي أوردها هي: وفاة أحد أطراف العقد، أو بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه، أو بوفاة أحد المحكمين.

التحكيم المؤسساتي

عرف التحكيم المؤسساتي بأنه:" التحكيم المنظم عن طريق هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية دائمة تضطلع بالتحكيم وفق قواعد وإجراءات تتضمنها لوائحها معروفة سلفا، وتعد قوائم بأسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرات والكفاءات والسمعة الدولية يختار الأطراف من بينهم، وتوفر للراغبين في التحكيم عن طريقها الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدربة تيسيرا لعملية التحكيم وحسن سير إجراءاته."[31]

بالرغم من أن التحكيم الحر هو السباق في الظهور على التحكيم المؤسساتي، إلا أن الوضع قد تغير وأصبح التحكيم المؤسساتي ذائع الانتشار باعتباره أكثر اتساقا مع العلاقات الدولية، لكونها تحتاج لتنظيم دقيق لإجراءاتها وكذا مباشرتها من قبل من يتوافر على الخبرة، وهو ما يتوافر في التحكيم المؤسساتي لأنه ينضم إجراءات التحكيم

بصورة تفصيلية موجودا سلفا، إلى جانب وجود قائمة بأسماء المحكمين، وكذا الجهاز الذي سيتولى متابعة تنفيذ هذه الإجراءات حتى صدور حكم التحكيم في النزاع.

ج. من حيث مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون

عندما يتم عرض النزاع على المحكم يقوم بفحص وتقييم إدعاءات الأطراف المتنازعة، للفصل في النزاع بحكم، ولذلك سيسلك أحد الطريقين التاليين بناء على اتفاق الأطراف:

الأول: أن يلتزم بتقييم الإدعاءات بمعيار موضوعي أساسه أحكام القانون مثله مثل القاضي، بغض النظر عن مدى عدالة النتائج التي توصل إليها، وهو ما يعرف بالتحكيم بالقانون الذي عرف أيضا بالتحكيم العادي وأطلقت عليه كذلك محكمة النقض المصرية مصطلح " التحكيم بالقضاء".[32]

الثاني: أن يلتزم في تقييمه بمعيار شخصي أساسه التقدير الذاتي لمدى عدالة الإدعاءات المطروحة أمامه، ويقوم هنا بالبحث عن حل عادل ومنصف يلاءم النزاع، ولو استلزم ذلك عدم الالتزام الحرفي بالقواعد القانونية الواجبة التطبيق طالما كان ذلك في إطار احترام النظام العام عبر الدولي، وهو ما يطلق عليه بالتحكيم بالصلح.[33]

نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري نص قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية أن يفصل المحكم في النزاع المطروح عليه عن طريق التحكيم بالصلح كاستثناء من القاعدة العامة، وهي أن يتم الفصل في النزاع من قبل المحكمين كمفوضين في الصلح،[34] غير أنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عدل عن موقفه المجيز للتحكيم بالصلح بنصه صراحة على أن التحكيم يكون وفقا لقواعد القانون، حيث نص على " يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون".[35]

ثانيا: صور أهمية اللجوء للتحكيم لحل منازعات عقود البوت

يتسم التحكيم كأسلوب يعتمد عليه في حل منازعات عقود البوت بجملة من المزايا والخصائص التي تجعل منه أحد أهم الأساليب المنتهجة في حل المنازعات التي تثور في

مختلف المراحل التي يمر بها إنجاز مشروع المرفق العام،[36] ويمكننا إجمال الصور التي تبرز لنا أهمية الاعتماد على التحكيم فيما يلي:

مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود البوت

1-1: السرعة في الإجراءات

يتميز التحكيم بالسرعة والبساطة في إجراءاته اللازمة للفصل في النزاع في أقل وقت، حيث تجري عملية البحث عن حل للنزاع مطابق لما كان القاضي سيقرره لكن ضمن ظروف تبدو لأطراف النزاع أفضل من حال لجوئهم للمحاكم الوطنية، فيحسم بذلك النزاع بسرعة وبتكاليف اقل،[37] فالمرونة التي تتوافر في إجراءات التحكيم تؤدي لتوفير الكثير من الوقت، والذي يقابله البطء الشديد لإجراءات التقاضي في النظم القضائية التقليدية المقيدة بالنصوص القانونية المعوقة للفصل السريع في النزاع، لاسيما مع وجود درجات متعددة لأن هدف القضاء هو حماية حقوق الأفراد، عكس التحكيم الذي يحدد فيه أطرافه إجراءاته وميعاد صدور القرار فيها...الخ.[38]

بالنظر لتواجد مبالغ كبيرة ومجمدة في عقود البوت في انتظار صدور حكم قضائي فاصل في النزاع، فإن ذلك سيرتب لا محالة خسائر محققة نتيجة التأخر، وهي مرتبطة بعامل الزمن في تنفيذها، لذا فأطراف النزاع تفضل التحكيم في عقود البوت لما يقدمه من عدالة سريعة تمكن من استئناف تنفيذ هذه العقود.

1 - 2: السرية

على عكس ما هو في القضاء الوطني والتي تعد العلانية فيه من الضمانات الجوهرية، التحكيم في مجال عقود البوت تعد السرية أمرا بالغ الأهمية ومن المميزات الجوهرية فيه، لأنه في مثل هذه العقود يترتب على علانية الأسرار المهنية والاقتصادية الإضرار بمركز أطراف عقود البوت، كما أن السرية قد تؤدي للتخفيف من تضخيم النزاع وتؤدي لتسويته وديا ومن ثم استمرارية العلاقة بين الأطراف المتنازعة.[39]

1 - 3: التحكيم قضاء متخصص

إن الفصل في المنازعات الناشئة عن عقود البوت يحتاج للمعرفة والخبرة القانونية

والفنية المتخصصة اللازمة لتسوية منازعاتها، لذلك فإن أطراف هذه المنازعات يفضلون أسلوب التحكيم لأنه أقرب للعدالة لإمكانية الاستعانة بخبراء على كفاءة عالية علمية وقانونية، لأن المحكم المتخصص أقرب لتحقيق العدالة لأنه أكثر قدرة على استيعاب تفاصيل النزاع وتعقيداته من القاضي الذي ينظر كل أنواع المنازعات دون أن يكون متخصصا في مجال النزاع.

2. تمسك شركة المشروع بشرط التحكيم

يعتبر اللجوء للقضاء الوطني للدولة المضيفة لتسوية المنازعات الناجمة عن عقود البوت أمرا غير مرغوب فيه من وجهة نظر هؤلاء المستثمرين (شركة المشروع)، لأنه في الغالب ما ينظرون لقضائها الوطني بعين الريبة والشك في خبرته من جهة،40 وانعدام النزاهة وعدالة محاكمه من جهة أخرى، إضافة لعدم قبوله الخضوع بسهولة لقضاء دولة أجنبية ولنظام قانوني مختلف عن ذلك السائد في دولته، بالإضافة لخشيتها من أن يميل القاضي الوطني لدولته وعدم اهتمامه بوجهة نظر شركة المشروع، لذلك تحرص هذه الأخيرة على تضمين عقد البوت نصوصا تمكنها من اللجوء للتحكيم وتضمن لها حماية لا تتوفر في القضاء والقانون الوطنيين، ومن ثم فلا شك في أن القضاء يحقق لها الحماية التي تطلبها، ويوفر لها هيئة محايدة، ويقر للأطراف بحرية كاملة في اختيار المحكمين المكلفين بالفصل في النزاع، وفي تحديد القانون الواجب التطبيق.

3. التحكيم ضمانة قضائية إجرائية لتشجيع عقود البوت

بالنظر لحاجة الدول المضيفة لاسيما النامية منها لرؤوس الأموال الأجنبية اللازمة لتنمية مواردها، وحرصا منها على جذب وتشجيع المستثمرين الأجانب، قامت بتقديم العديد من الضمانات التي يرتاح لها المستثمر الأجنبي من بينها تنازلها عن اختصاص قضائها الوطني في الفصل في المنازعات وإقرارها للتحكيم كوسيلة لحل مثل هذه المنازعات، ومن ثم فإن قبول الدولة المضيفة للتحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي والذي في الغالب

ما لا يكون محل ترحيب من جانب المستثمرين الأجانب، ومما سبق يتضح بشكل جلي التفاعل والصلة بين التحكيم وتشجيع تدفق رؤوس الأموال الأجنبية.[41]

لقد عملت الدول المضيفة على ضمان التسهيلات التي تضمن لشركة المشروع الحصول على عائدات مناسبة لحجم المخاطر التي تتحملها في عقود البوت، وهو ما تم فعلا وبسببه انتشرت بشكل واسع عقود: BOT, BROT, ROO ...الخ، حسب نوعية المشاركة أو الملكية الخاصة في المرفق.

4. صور أخرى لأهمية التحكيم

بالنظر للرغبة في الاحتفاظ بعلاقات حسنة بين شركات المشروع والدولة المضيفة، فإن وجود جهاز مستقل وغير متحيز قادر على تسوية الخلافات الاستثمارية أصبح ضرورة ملحة، وبالنظر لكون ظروف القانون الداخلي والمحاكم الوطنية التابعة لبعض الدول المضيفة للاستثمار قد لا توحي بالثقة بالنسبة للمستثمر الأجنبي إما بسبب وجود نظام قضائي أو قانوني غير كاف للوفاء بمتطلبات المجتمع الدولي الحديث بدأت تزيد من أهمية اللجوء للتحكيم.

من جهة أخرى فالتحكيم يضمن للأطراف تحقيق ما يريدون، فهم لا يبحثون أحيانا عن مجرد تطبيق للنصوص القانونية وحدها بل لروح القانون بنوع خاص، لاسيما في عالم أصبح متصلا ببعضه على الصعيد الاقتصادي وأصبحت الأعراف والقواعد منظمة للحقوق ويجد فيها الأطراف المتنازعة حلولا لمنازعاتهم في مجال التحكيم غير موجودة أمام القضاء.[42]

كما أنه ورغبة في تنمية المعايير الحاكمة للحقوق والواجبات الأساسية للمستثمر الأجنبي الخاص على المستوى الدولي، وتماشيا مع طبيعة العالم الذي نعيش فيه وأسلوب حل المشكلات الدولية فإن الوسيلة الدولية هي أنسب الوسائل التي يمكنها أن تحوز على ثقة شركة المشروع بالنسبة للفصل في المنازعات التي تثور بينه وبين الدولة المضيفة.

بالنظر لكون الاتفاقيات الدولية الجماعية أحد الوسائل المهمة والفعالة التي يمكنها أن تقدم الجهاز القضائي الدولي القادر على تحقيق الأهداف السابق ذكرها، فقد جرت العديد من المحاولات لإنشاء وسيلة قضائية دولية تتولى الفصل في المنازعات بين الدولة المضيفة ومواطني الدول الأخرى عن طريق التوفيق والتحكيم، وأعلن داج همرشلد عندما كان سكرتيرا للأمم المتحدة سنة 1960 أمام اتحاد البنوك الدولية عن أهمية إقامة جهاز لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الحكومات والمستثمرين الأجانب، وهنا بدأت الجهود لإنشاء جهاز تحكيم في نطاق الأمم المتحدة، غير أن هذه الأخيرة باءت بالفشل لاصطدامها بالكتلة الشيوعية في الأمم المتحدة التي عارضت إنشاءه.

بعد ذلك تصدى البنك الدولي للإنشاء والتعمير لهذه المهمة لأن من مسؤولياته تقديم التسهيلات اللازمة لتشجيع انسياب الاستثمارات الأجنبية الخاصة لأقاليم الدول النامية للمساهمة في تنميتها الاقتصادية وتزويدها بالخبرات الفنية غير المتاحة فيها، وبنجاح البنك الدولي في التوسط لحل العديد من المنازعات الدولية المتعلقة بالاستثمارات شجعته على المضي قدما، وقدم المستشار العام للبنك مذكرة للمديرين التنفيذيين أوضح فيها أهمية إنشاء وسيلة دولية فعالة لتسوية المنازعات الاستثمارية الدولية التي قد تثور بين الدولة ومواطني الدول الأخرى، بواسطة التوفيق والتحكيم.

بعد دراسات عديدة قام بها البنك بواسطة مجلس محافظيه والمديرين التنفيذيين والمستشار العام، اشتركت فيها حكومات الدول الأعضاء إضافة لعدة اجتماعات استشارية عقدت على المستوى الإقليمي في جهات متفرقة من العالم ساهم فيها خبراء وقانونيون من دول متعددة، وتوجت هذه المجهودات في 18 مارس 1965 بوضع مشروع اتفاقية دولية متعددة الأطراف أطلق عليها "اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى"، بموجبها تم إنشاء مركز دائم هو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كمؤسسة دولية مستقلة تستهدف تقديم خدمات التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات القانونية الناشئة مباشرة عن عملية الاستثمار.[43]

ثالثا: مخاطر اللجوء للتحكيم على الدولة المضيفة لعقود البوت

على الرغم من أهمية اعتماد التحكيم كأسلوب لحل منازعات عقود البوت التي تثور بين الدولة المضيفة للمشروع وشركة المشروع كما سبق بيانه، إلا أن الاعتماد عليه لا يخلو من مخاطر على الدولة المضيفة وهو ما ثبت عمليا منها ما كان له صلة مباشرة بحماية البيئة فيها، ومنها ما هو متصل بشكل مباشر بتطبيق مبادئ حديثة كان لها تأثير على الدولة المضيفة، كما أن انعكاس النظام العام الدولي في التحكيم كان له تأثير عليها أيضا، نفصل في كل ذلك على النحو التالي:

1-الاعتماد على التحكيم لحماية شركة المشروع من آثار البيئية الناجمة عن بنائها للمرافق العامة في الدولة المضيفة في عقود البوت

تم استخدام التحكيم من قبل شركات المشروع ضد الدول المضيفة لحماية نفسها من تبعات الاستثمارات التي أنجزتها في عقود البوت التي كانت مضرة بالبيئة، لاسيما عقود البوت التي من خلالها تم إنشاء مرافق صناعية أو تحويلية واستخراجية... الخ، فالعديد من المنازعات التي عرضت للتحكيم كانت في صالحهم،[44] ولم يبقى أمام الدول المضيفة للاستثمار إلا أحد الحلين، إما أن تسمح لشركة المشروع بالاستمرار في تنفيذ المشروع على الرغم من أضراره البيئية كما حدث في عقد الحكومة التركية مع شركة Eurogold حيث وجدت الحكومة التركية نفسها أمام التزام بدفع مبلغ 300 مليون دولار إذا أعربت عن رغبتها في إنهاء العقد، وفي نفس الوقت لا يمكنها تطبيق قوانينها الوطنية البيئية لذا استمرت الشركة بإنتاج الذهب والفضة باستخدام مادة سامة هي السيانيد، الأمر الذي ترتب عليه أثار بيئية وصحية على السكان،[45] أو توقيفها ودفع تعويضات كبيرة لها، ومثال ذلك ما قامت به الحكومة الكندية عند منعها لشركة أمريكية من استعمال Gasoline السام وقامت بتعويضها.[46]

نشير في هذا الصدد إلى أنه نتيجة للتطبيقات السابقة تم الانتباه لهذه المخاطر البيئية وتم اعتبارها جزء من المنازعات التي تنشأ بصدد تنفيذ هذه العقود وعلى الهيئات التحكيمية أن تعمل على الأخذ بها بعين الاعتبار عند تسوية منازعاتها، وهنا نشير إلى أن

المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1958 اعتبرت حماية البيئة من ضمن التصرفات ذات الطابع الاقتصادي الذي تخضع للتحكيم.

تبنى المجلس التنفيذي التابع للمحكمة الدائمة للتحكيم قواعد اختيارية متعلقة بالتحكيم في المنازعات التي لها صلة بموضوع التحكيم في المنازعات المتعلقة بالبيئة والمصادر الطبيعية، ووضعت من خلال تبني قواعد الأونيسترال لسنة 1976 وقد تم إجراء تعديلات عليها لإظهار طبيعتها الخاصة وتم إعداد قائمة بالمحكمين المختصين بها، وقد وافقت اللجنة الاقتصادية الأوروبية على الإشارة للقواعد البيئية في مسودة المسؤولية المدنية...الخ، وتم إنشاء العديد من المراكز للتحكيم في المنازعات البيئية.[47]

2-التوسع في تطبيق مبادئ حديثة ذات تأثير مباشر على الدولة المضيفة في عقود البوت

2 - 1: مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم

يقوم التحكيم على تكريس لمبدأ سلطان الإرادة فالأطراف المتعاقدة هي من تقوم بتسيير الدعوى التحكيمية واختيار ما يتناسب معها من قوانين تحكيمية، فيمكنهم الاتفاق على أن تكون لغة معينة هي لغة التحكيم حتى ولو كانت ليست بلغة الدولة المضيفة، كما أنهم يقومون تحت هذا المبدأ باختيار القانون الذي سيتم تطبيقه على النزاع حتى ولو كان غير قانون الدولة المضيفة، ويستند مبدأ قانون الإرادة لاعتبارات عملية فهو يستجيب للتنوع الهائل والمعقد للعمليات التعاقدية الدولية التي تتطلب السماح للأفراد بالعمل على اختيار القانون الذي يرونه ملائما لهم.[48]

حتى مكان التحكيم يمكن أن يكون في دولة أخرى، وهذا يحرم الدولة مما يحققه التحكيم من عائدات أصبحت في حد ذاتها استثمارا،49 ويسمح لهم مبدأ سلطان الإرادة باختيار المحكمين الذي سينظرون في النزاع من بين قائمة المحكمين المحددين في قائمة المركز لأن التحكيم في عقود البوت دائما ما يكون تحكيما مؤسساتيا.

2-2: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد البوت

أصبحت استقلالية التحكيم من المبادئ المكرسة في النظم القانونية التي يخضع لها اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي المعاصر،[50] بعد أن أعلن عن المبدأ من قبل محكمة النقض الفرنسية في Arrêt Gosset سنة 1963 ،[51] ويتمتع اتفاق التحكيم باستقلالية عن عقد البوت الأمر الذي يترتب عليه نتيجتين هامتين:

اتفاق التحكيم يبقى صحيحا وغير مرتبط بمصير العقد الذي ينص عليه حتى في حال الإدعاء ببطلانه أو فسخه...الخ، لكن هذا يتطلب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا في حدا ذاته،[52] وهو ما أكده المشرع الجزائري في أحكام المادة 1040 ق.إج.م.إد:"... لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".[53]

-إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي.[54]

إذا كانت استقلالية اتفاق التحكيم تعني أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بمصير عقد البوت فإنه يعني أيضا أنه إذا تحقق بطلان اتفاق التحكيم لأي سبب فإن هذا لا يؤثر على صحة العقد، وتعطي الاتجاهات الحديثة في التحكيم للهيئة التحكيمية صلاحية الفصل في الطعون المتعلقة بعدم اختصاصها (وهو ما يعرف باسم مبدأ اختصاص الاختصاص)،[55] ونرى أن هذا الأمر قد يستغل من قبل شركات المشروع الأجنبية بما يحقق مصلحتها الخاصة على حساب الدولة المضيفة.

نجد أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص منصوص عليه في الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولية لسنة 1961، فنصت على أنه: مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فإنه يقضي على المحكم المطعون بصلاحيته إلا يتخلى عن القضية، وهو له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزء منه،[56] كما أن اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 نصت على هذا المبدأ أيضا في أحكام

المادة 1/1 منها، كما أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 أشارت لهذا المبدأ.[57]

2 - 3: مبدأ عدم الدفع بالسيادة للتحلل من اتفاق التحكيم

لما كان التحكيم سالبا من الدولة لبعض صلاحياتها فإنه لا يجوز للدولة المضيفة أن تحاول التهرب من التحكيم وتدفع بسادتها الوطنية، لاسيما وان الهيئة التحكيمية عند نظرها في المنازعات التي تثور بصددها يستدعي قيامها بمناقشة وتقييم أعمالها فكما هو معلوم لا يحق لأي جهة دولية القيام بإصدار قرارات في أمور هي من صميم الشؤون الداخلية للدولة.[58]

3-انعكاس النظام العام الدولي في التحكيم على الدول المضيفة في عقود البوت

نشير في هذا الصدد إلى أن القول بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد أو القوانين الوطنية لا يعني أنه لا يتم الامتثال للنظام العام الدولي الذي يضم قواعد مشتركة بين كل التجمعات دولا وشعوبا،[59] وقد فسر في التطبيقات العملية بالقيم والمصالح العليا للدول المتقدمة وهو ما يعني أنه في حالة ما إذا كانت الدولة المضيفة لعقد البوت ليست بالدولة المتقدمة فهذا سيجعلها الحلقة الأضعف أمام الهيئات التحكيمية في مواجهة شركة المشروع.

تثبت العديد من الأحكام التحكيمية ما سبق الإشارة إليه، ففي هذا الصدد في الحكم التحكيمي الصادر في النزاع الثائر بين الجزائر وأحد المستثمرين الأجانب في عقد موضوعه الصرف الصحي في مدينة الجزائر العاصمة، توسط شخص ثالثا لإبرام العقد مقابل حصوله على مبلغ مالي متفق عليه، وبعد إتمام إبرام العقد حصل الوسيط على جزء من المبلغ المتفق عليه وامتنع الطرف المتعهد عن دفع باقي المبلغ وتم إحالة النزاع على التحكيم مرتين في الأخير صدر حكم التحكيمي الذي قدم للتحكيم أمام القضاء الإنجليزي وعلى الرغم من أن العقد الأصلي غير قانوني لمخالفته النظام العام الجزائري

إلا أن هيئات التحكيم لم تعتبر ذلك مخالفا للنظام العام الدولي وكان بذلك الحكم لصالح المستثمر الأجنبي.[60]

في عقد آخر متعلق بإنشاء كازينو في منطقة البحر الميت في الأردن من قبل مستثمر إنجليزي والذي ضمن شرط التحكيم، قامت الأردن بإنهاء العقد على أساس أنه مخالف للنظام العام فيها، وهنا تمسك المستثمر بإعمال شرط التحكيم، ولكن بالنظر لتجاربها السابقة في هذا المجال والأحكام التحكيمية التي خسرتها في كل مرة تمسكت فيها بالنظام العام اختارت الحكومة الأردنية اللجوء للتسوية الودية وهو ما تم وألغت إنشاء الكازينو.[61]

الخاتمة:

في ختام دراستنا نتوصل لجملة من النتائج والاقتراحات نوجزها على النحو التالي:

أولا: النتائج

1-على الرغم من كون عقود البوت عقودا إدارية لكنها تحمل في طياتها شروطا مستحدثة غير مألوفة في مفهوم العقد الإداري بصورته التقليدية على غرار شرط التحكيم الذي كان محل دراستنا، ونرى أن هذا الأمر لن تؤثر على الطابع الإداري للعقد، لكن الصياغة غير الدقيقة له وإعمال قانون لا يعرف التمييز بين العقود الإدارية وغيرها يمكن أن يؤثر بشكل سلبي على الطبيعة الإدارية للعقد.

2-بالنظر لما تتسم به عقود البوت من طابع فني فإنها بحاجة عند النظر في منازعاتها لأن يتم نظرها من قبل متخصصين فنيين وليس قانونيين فقط، وهو ما يجعل من التحكيم الوسيلة الملائمة لحل هذه المنازعات، بالنظر لتوافر الهيئة التحكيمية على خبراء في الإنشاءات والمقاولات، وهو الأمر الصعب التحقق في القضاء الوطني للدولة المضيفة.

3-إن ما يحمله التحكيم في طياته من أحكام حديثة في حال عدم قدرة الدول المضيفة في عقود البوت للتعامل معها وتهيئة بيئتها القانونية بما يتلاءم معها، يمكن أن يجعل منها موجهة من قبل شركات المشروع لتنفيذ ما تقرره من خلال الاعتماد على التحكيم كطريق لحل المنازعات التي تثور بصدد تنفيذ عقود البوت بفرضها للغتها وحتى القوانين التي تراها ملائمة لها للتطبيق على النزاع...الخ.

4-فتح المجال للطعن بالبطلان في الأحكام التحكيمية بشكل واسع سيؤدي حتما للتأثير في خاصية السرعة التي يتسم بها أسلوب التحكيم كطريق لحل المنازعات، وهذا الأمر خطير في عقود البوت لأنه سيؤثر في استمرارية إنشاء المرفق العام للانتقال للمرحلة الثانية وهي تشغيله الأمر الذي سيترتب عليه حتما ارتفاع في التكلفة المالية له.

ثانيا: الاقتراحات

1-عقود البوت عقود تمويلية بالأساس تعتمد عليها الدولة في إنجاز مرافقها العامة

وبنيتها التحتية، وبالنظر لطول مدتها لذا نرى أنه من الضروري جدا أن تستند لدراسة دقيقة بما يضمن مصالح متوازنة بين الدولة المضيفة وشركة المشروع، لاسيما ما تعلق منها بالوسائل المعتمدة في تسوية المنازعات التي تثور عند تنفيذها بالشكل الذي يضمن تحقيق عدالة واقعية للطرفين لا لحساب شركة المشروع على الدولة المضيفة، وبما يضمن أيضا السرعة في حسم كل نزاع يثور بالنظر لأهمية عامل الزمن في هذا النوع من العقود.

2-لتجنب ما يمكن أن ينجر سلبا عن اعتماد لتحكيم كأسلوب لحل منازعات عقود البوت على الدولة وتحقيقها لأهدافها من خلال اختيارها لهذا النوع من العقود، يتعين أن تتم صياغة هذا الشرط المتعلق به بشكل دقيق لاسيما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق الذي يتعين أن يكون أخذا بنظام الازدواجية القانونية حتى يضمن أن لا يتجاهل تطبيق القواعد التي تحكم المرافق العامة والتي تسعى لتأمين استمرارية تشغليها ودفعها لعجلة التنمية.

3-يتعين النص في القانون المنظم للتحكيم على ترتيب البطلان اتفاق الأطراف على تطبيق قانون أجنبي لا يعرف التمييزبين القانون العام والقانون الخاص، لما لهذا التمييز من أهمية بين القانونين بالنسبة لعقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة، كما يتعين النص على إلزامية قيام الهيئة التحكيمية بتطبيق ذلك.

4-على الدولة أن تضمن الاستقرار السياسي فيها لأنه ثبت من خلال تجارب بعض الدول انه من أهم العوامل التي تهدد عقود البوت، فقد تعرضت العديد من عقود البوت للإنهاء بسببها كما حدث في لبنان في عقدين لبناء شبكتي الهاتف النقال فيها قبل انتهاء المدة المحددة فيها،[62] وعند عرض النزاع على التحكيم حكم على لبنان بتعويضات كبيرة جدا.

الهوامش:

1 -مصطفى عبد المحسن الحبشى، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008، ص 9.

-2 لكن لا يمكن قصر إبرام عقود البوت على عملية إنجاز المرافق العامة ومشروعات البنية التحتية فقط، فقد أثبت الواقع العملي أن العديد من المشروعات التي جرى التعاقد على تنفيذها بواسطة عقود البوت لا تدخل في إطار مشروعات البنية التحتية كما هو الحال بالنسبة للمشروعات الترفيهية، حتى أن الحكومة البريطانية في هذا الصدد طرحت للتمويل بواسطة القطاع الخاص مشروعات في مجال إنشاء السجون.

- ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2005، ص 22.

3 - إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، د ط، د س، ص 82.

4 - اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص الخاص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط أن لا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص خاص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة.

5 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 81.

6 - عصام أحمد البهجى، عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008، ص 13.

7 - ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2005، ص 29.

8 - عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 2008، ص ص 23، 24.

9 - نفس المرجع، ص 25.

10 - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 38.

11 - عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت BOT، المرجع السابق، ص 23.

12 - مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت BOT، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008، ص 17.

13 - أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، مطبعة وزارة الإعلام، د ب ن، الطبعة الأولى، 2006، ص 54.

14 - محمد أديب الحسيني، "الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام BOT (عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2009، ص 167.

15 - أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 55.

16 - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 40.

17 - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 163.

18 - عصام أحمد البهجي، عقود البوتBOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 24.

19 - المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق بيروت، الطبعة التاسعة والعشرون، 1988، ص 146.

20 - مهند عزمي أبو مغلي، أمجد حمدان الجهني، "رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد الثامن والثلاثون، أفريل 2009، ص 272.

21 - WIPO Arbitration And Médiation Centre, "Dispute Resolution For The 21 st Century", WIPO Arbitration And Mediation Centre, World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Center, Switzerland, p 12.

22 - Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traité de L'arbitrage commercial international, Edition Litec, Paris, 1996, p 12.

23 - Julia HÖrnle, Cross-Border Internet Dispute Resolution, Cambridge University Press, New York, First Edition, 2009, p 58.

24 - Georgios I. Zekos, International Commercial and Marine arbitration, Routledge- Cavendish, Abingdon, 2008, p 34.

25 - آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بغداد، د ط، 1988، ص 275.

26 - محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، الكتب العربي الحديث، الإسكندرية، د ط، 2009، ص ص 145،144.

27 - هذه الصورة نادرة الحدوث لأنها تخالف إعلانات الحقوق والدساتير، التي تنص على حق كل شخص في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتنص المادة 151 من دستور 1996 المعدل والمتمم على:" - الحق في الدفاع معترف به.

- الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية."

28 - عبد العزيز خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 28.

29 - نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002، ص 45.

30 - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008، ص 53.

31 - خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص ص 27، 28.

32 - نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 58.

33 - نفس المرجع، ص 57.

34 - المادة 451 من المرسوم التشريعي رقم 93 /09 المؤرخ في 25 أفريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 66 /154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج رعدد 27.

35 - المادة 1023 من القانون رقم 08 /09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج رعدد 21.

36 - سواء مرحلة بناء المرفق العام أو عند تشغيله وحتى عند نقل ملكيته للدولة المضيفة، وتكون هذه المنازعات ذات طابع قانوني كما قد تكون ذات طابع فني أو مالي.

37 - عبد الحميد الأحدب، التحكيم وأحكامه ومصادره، الجزء الأول، دار نوفل، دون بلد نشر، د ط، د س، ص 20.

38 - جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص 207.

39 - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، 2009، ص 9.

- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 3 وما بعدها.

40 - عيبوط محندو علي، " التحكيم الدولي في مجال المنازعات الخاصة بالاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري"، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة والثلاثون، سبتمبر 2013، ص 622.

41 - جورج حزبون حزبون، رضوان عبيدات، "إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السادس والعشرون، أفريل 2006، ص 469 وما بعدها.

- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص ص 172، 173.

42 - عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 20.

43 - أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، 1990، ص ص 109، 113.

44 - ومن أمثلة هذه الأحكام التحكيمية:

- الحكم الصادر عن هيئات تحكيم مثل تلك التابعة GATT في قضية تونا دولفن Tuna-dolphin

- الحكم الصادر عن تلك التابعة لمنظمة التجارة العالمية WTO في قضية شرمب تورتل Shrimp-turtle

- حكم التحكيم الصادر عن ICSID في قضية المياه العادمة الخطرة بين شركة متل كلاد Metalclad والمكسيك

45 - لافي محمد درادكه، " أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي: دراسة في الاتفاقيات والقواعد الدولية والعربية والتشريعات الداخلية تطبيقاتها العملية"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر السنوي التاسع عشر، الموسوم بـ" قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات

الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 25- 27 أفريل 2011، ص ص 1368، 1369.

46 - نفس المرجع، ص 1368.

47 - نفس المرجع، ص ص 1370، 1371.

48 - تعرض مبدأ قانون الإرادة للانتقاد من قبل الفقه على أساس أن هؤلاء الأفراد متى قاموا باختيار القانون الذي سيطبق على العقد الذي أبرموه، فإنه من الناحية العملية سيكونون قد وضعوا قاعدة إسناد على غرار قواعد الإسناد التي تضعها الدولة، ونتيجة لذلك قال الفقيه باتيفول أن هؤلاء الأطراف لا يقومون إلا باختيار القانون الواجب التطبيق مباشرة فدورهم مقصور فقط على تركيز العقد في بلد من اختيارهم بتطبيق قانونه، وقد رد أنصار قانون الإرادة بالقول بأن اختيار الأطراف لقانون العقد يتم استنادا للموافقة الضمنية المسبقة لمختلف الدول المعنية، فإشارة قاعدة الإسناد لتطبيق القانون الذي يختاره الأطراف فهذا يعني السماح بتطبيق أي قانون ومن هذا المنطلق فهم ليسوا بمنافسين للدول باختيارهم للقانون الحاكم للعقد لأنها من سمحت لهم بذلك مسبقا.

- محمد وليد هاشم المصري، " العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد العشرون، جانفي 2004، ص ص 170، 171.

49 - لافي محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1373.

50 - تراري ثاني مصطفى، " استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مجلة دراسات قانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، أفريل 2003، العدد التاسع، ص 9.

51 - نفس المرجع، ص 10.

52 - عمر محمود السيد التحيوي، شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دط، 2001، ص 38.

53 - القانون رقم 08/09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج رعدد 21.

54 - لقد أخذ بذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري لسنة 1958 في مادته 16/1.

55 - لافي محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1372.

56 - المادة 5/3 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.

57 - تنص المادة 16/1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على أنه:" يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم..."

58 - إيناس هاشم رشيد، وعود كاتب الأنباري، " التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة السابعة، العدد الأول، 2015، ص 278.

59 - تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق، ص ص 16، 17.

60 - لافي محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1376.

61 - نفس المرجع، ص 1377.

62 - تعلق الأمر هنا بالعقد المبرم بين وزارة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية وشركة ليبانسل، والعقد المبرم بين ذات الوزارة وشركة FTML، وقد كان الخلاف القائم بين الوزارة والشركتين متعلقا بمخالفات أثناء تنفيذ العقد كانت سببا في توجيه تعليمات خطية لهما، وسبب عدم امتثالهما لها تم بناء على قرار مجلس الوزراء إصدار أمر بالتحصيل من قبل الوزير المختص في 22/4/2000 لمبلغ 300 مليون دولار أمريكي

منهما كتعويضات للخزينة، وهنا قدمت الشركتين اعتراضا على أمر التحصيل للمحكمة الابتدائية في بيروت، ثم توجهت للتحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس.

- إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة (عقد ال BOT)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، د ط، 2006، ص ص 349، 350.