



تقرير حول أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه الوطنية في القانون الخاص تحت عنوان
التحكيم في منازعات الاستثمار
بين القواعد التقليدية والحديثة

الباحث معمر نعمان محمد النظاري

لجنة المناقشة

الدكتورة دنيا مباركة أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة... مشرفة ورئيسة
الدكتور عبد الكريم الطالب أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بمراكش... عضوا
الدكتور عبد العزيز حضري أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة... عضوا
الدكتور محمد شهاب أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة... عضوا
الدكتور سعيد الروبيو أستاذ التعليم العالي المؤهل بكلية الحقوق بوجدة... عضوا

السنة الجامعية 2011-2012

لا يخفى على أحد أهمية الاستثمارات بصفة عامة والاستثمارات الأجنبية بصفة خاصة حيث تعمل الدول المتقدمة والنامية على حد سواء على الاستفادة من الاستثمار لما لهذا الأخير من الاسهام في عملية التنمية لهذه الدول فالدول الرأسمالية تمتلك رأس المال، وتمتلك المقدرات التكنولوجية والمهارات الإدارية، بينما الدول النامية تمتلك الموارد الطبيعية والقوى العاملة الأقل تكلفة، وبتفاعل بين الدول المصدرة لرأس المال التي تبحث عن المزيد من الربح والدول النامية التي تحتاج إلى الاستفادة من مقدرات الدولة الرأسمالية أو الشركات المتعددة الجنسيات يتم إبرام عقود واتفاقيات الاستثمار .

إلا أن هذه التعاقدات تتوقف على العديد من العوامل المتمثلة في الضمانات التي تقدمها الدول المضيضة للمستثمرين، مثل البنية التحتية والاستقرار السياسي إضافة إلى الضمانات التشريعية التي تنص عليها قوانين الاستثمار وماتشمله من محفزات للاستثمار من مزايا مالية كالإعفاءات الضريبية وحرية التحويلات المالية إلا أن أهمية الضمانات التي ينشدها المستثمرون هي الضمانات القضائية المتمثلة بالوسائل المتاحة لتسوية ما قد يثار من منازعات الاستثمار والتي قد تنشأ نتيجة انتهاك أحد طرفي عقد أو اتفاق الاستثمار للحقوق أو خرقه الالتزامات المنصوص عليها أو اتخاذ اجراء من شأنه الاضرار بالطرف الآخر .

وتعود أسباب منازعات الاستثمار إلى تنازع المصالح بين الأطراف وعلى وجه الخصوص إذا تغيرت النتائج والتقديرات المرجوة من المشروع الاستثماري، ويمكن القول بصفة عامة إن إمكانية إرجاع هذه الأسباب إلى أسباب تنجم عن الإجراءات الفردية من قبل الدولة المضيضة للاستثمارات الأجنبية، كتلك

الناجئة عن استيلاء الدولة على الاستثمارات عن طريق نزع الملكية أو المصادرة أو التأميم، وهناك منازعات ناجمة عن قيام الدولة المضيفة بتغيير تشريعاتها المنظمة للاستثمار

وبما أن عقود الاستثمار تعد من عقود المدة التي غالباً ما تكون طويلة حيث يطرأ خلالها تغير في الظروف المحيطة بالعقد كتغير الظروف الاقتصادية أو السياسية مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وبالتالي يتعرض العقد إلى الانتهاء أو الإلغاء لاستحالة تنفيذ الالتزام كما في حالة القوة القاهرة، أو تنفيذ الالتزام ولكن بشكل يرهق المستثمر كما في المنازعات الناتجة عن الظروف الطارئة،

وأياً كانت أسباب النزاع فقد أصبح لزاماً أن يلجأ أطرافه إلى تسويته بالطرق السلمية أو الودية كالوساطة والتوفيق بالصورة التقليدية أو الحديثة، وفي حال باتت جهود التسوية بالفشل ينتقل الأطراف إلى الطرق الإلزامية المتمثلة في القضاء سواء الدولي أو الداخلي .

ونظراً للصعوبات التي قد تواجه الأطراف في هذه الطرق نظراً لضعف المركز القانوني للمستثمر حيث لا يستطيع الوقوف أمام الدولة كطرف أصيل أمام القضاء الدولي ممثلاً في محكمة العدل الدولية إلا في حالة تبني دولة جنسيته لقضيته عبر ممارسة الحماية الدبلوماسية وهذا نادر لحرص الدول على المحافظة على علاقاتها الدبلوماسية فيما بينها، كما لا يمكن للمستثمر الأجنبي غير العربي اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية في ظل نظامها القائم الذي يحظر عليه ذلك .

وفيما يخص القضاء الداخلي فإن الظروف المحيطة بهذه الوسيلة أدت إلى

ضعف ثقة المستثمر الأجنبي فيها وعدم اطمئنانه على نتيجة عرض دعواه الاستثمارية ضد الدولة المضيفة عليها .

كل هذه الأسباب أدت إلى ضرورة اللجوء إلى وسيلة تلقى القبول من جميع الأطراف وهي اللجوء إلى التحكيم التجاري كوسيلة مناسبة لتسوية منازعات الاستثمار لارتكازها على مبدأ إرادة الأطراف الذين لهم الاختيار بين التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي, إلا أن هذا الأخير هو الأكثر اختياراً من قبل الأطراف .

حيث ظهرت العديد من مراكز التحكيم المتخصصة في تسوية منازعات الاستثمار كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID بواشنطن، إضافة إلى مراكز أخرى أثبتت نجاحها في تسوية منازعات التجارة الدولية بصفة عامة وفي منازعات الاستثمار بصفة خاصة كغرفة التجارة الدولية بباريس . ICC.

ولا يمكن بأي حال من الأحوال اللجوء إلى التحكيم سواء الحر أو المؤسسي إلا بناء على اتفاق تحكيم منصوص عليه ضمن بنود عقد أو اتفاق الاستثمار .

هذا ويكتسي اتفاق التحكيم في تعاقدات لاستثمار أهمية كبيرة باعتباره الإطار القانوني الذي يحدد ملامح العملية الإجرائية، وبمعنى آخر بمثابة دستور عملية التحكيم ومصدر سلطات هيئة التحكيم والحائل دون اختصاص القضاء العادي للنزاع .

ونظراً للأهمية الكبيرة التي يحظى بها اتفاق التحكيم فقد أحاطته التشريعات الوطنية والدولية باهتمام كبير ومن هذا المنطلق سأتناول اتفاق التحكيم في

منازعات الاستثمار من خلال التشريعات الوطنية المغرب واليمن نموذجا والتشريعات الدولية مركزا على الاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص ومن أهمها اتفاقية واشنطن، وجنيف 1961 للتحكيم ولوائح التحكيم المؤسسي الأخرى، كما ICC إضافة إلى لقواعد التحكيم المنبثقة عن لجنة اليونسترال ولا يمكن إغفال ما وصلت إليه صياغة اتفاق التحكيم من تطور يتمثل باتفاق التحكيم الالكتروني تزامنا مع تطور أساليب التعاقدات عبر الانترنت ولا يمكن أن يكون مجال الاستثمار بمنأى عن هذه التطورات .

يعد اتفاق التحكيم بمثابة تدبير احترازي لحالة نشوء النزاع بين أطراف التعاقد، فإذا تحقق نشأ هذا النزاع وبالتالي ننتقل إلى المرحلة الإجرائية المتمثلة بإجراءات التحكيم للوصول إلى ثمرة عملية التحكيم وهي صدور حكم التحكيم وتنفيذه .

تعد إجراءات التحكيم بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم من حيث نجاحه أو اخفاقه، فعلى قدر المساحة الكبيرة لحرية الأطراف أو المحكمين في تحديد إجراءات على قدر السهولة البالغة التي يمكن أن ينهار بها التحكيم لخطأ في الإجراءات .

وتبدو أهمية المسائل الإجرائية بما تقرره النظم القانونية والاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم الدائمة من ضرورة مراعاة المسائل الإجرائية وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم أو رفض الاعتراف به أو تنفيذه .

بمعنى أن حرية أطراف عقد الاستثمار تنقيد في حالة التحكيم المؤسسي مقارنة بالتحكيم الحر، وفي كل الأحوال يجب مراعاة المسائل الإجرائية الأساسية وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم أو رفض الاعتراف به أو

تنفيذه، وهو ما أكدته التشريعات الوطنية والدولية على حد سواء .

إن التحكيم المعاصر يقوم في رحاب دولة لها قضاؤها المتمتع بسلطة الأمر وسلطة الرقابة على تصرفات الناس، وفي ظل هذه الحقيقة كان من الطبيعي أن يستعين المحكم في أداء مهمته بسلطة الأمر الثابتة للقضاء، وأن يخضع عمله لرقابته .

لكل هذه الاعتبارات فقد عنيت النظم القانونية المعاصرة على تنظيم العلاقات بين القضاء والتحكيم وذلك باقرار مبدأ الرقابة القضائية اللاحقة على أساس أن حكم التحكيم ذو طبيعة خاصة إستنادا إلى أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق الخصوم .

وإذا كان الأصل أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الأمر المقضي به ويكون واجب النفاذ متى ما راع الأحكام القانونية والاتفاقية فإنه استثناء من هذا الأصل أتاحت التشريعات المنظمة للتحكيم للقضاء ببسط رقابته على حكم التحكيم مجيزة الطعن في مجالات محددة وفقا لإجراءات معينة، كما اشطرت لتنفيذ صدور أمر بذلك من القضاء المختص .

وبما أن التحكيم في منازعات الاستثمار يتخذ صوراً عديدة فقد يكون داخليا عندما يكون جميع عناصر النزاع داخلية، وقد يكون دوليا حسب الجهة التي قامت به أو انتماء أحد الأطراف إلى دولة أخرى، وفي هذه الصورة فإن تدخل القضاء فيها جد محدود مقارنة بالتحكيم الداخلي، حيث تقوم مراكز التحكيم الدائمة لا سيما مركز واشنطن بالإنفراد في القيام بعملية التحكيم من بدايتها وحتى نهايتها ومراجعة الأحكام طبقا للقواعد المعمول بها في هذه المراكز ناهيك على أن أن مركز واشنطن يعتبر الحكم الصادر عنه بمثابة سند تنفيذي

قابل للتنفيذ في الدولة المنفذ بها دون حاجة إلى تذييل بالصيغة التنفيذية .

إلا أن الصعوبة تكمن في حال رفض المحكوم ضده التنفيذ وهنا لا يمكن الاستغناء عن القضاء والاستعانة بقضاء دولة التنفيذ للتنفيذ الجبري ضد الممتنع .

أهمية الموضوع

ترجع أهمية البحث في هذا الموضوع من الناحية النظرية :

- لما تلعبه عقود واتفاقات الاستثمار من دور طلائعيا في مجال التنمية في البلدان المستفيدة من الاستثمار لارتباطها المباشر بالتنمية الاقتصادية نظرا لاتساع الهوة بين البلدان النامية والمتقدمة لاسيما من الناحية التكنولوجية .
- نظرا لخصوصية منازعات الاستثمار واختلاف اطراف النزاع ومراكزهم القانونية الناتجة عن تشابك وتعقد روابط العلاقة الاستثمارية بين الأطراف فقد يكون جميع الأطراف ينتمون للقانون الخاص وطنيين، أو وطني و أجنبي، وقد يكون أحد الأطراف منتما للقانون العام كالدولة أو أحد الاجهزة التابعة لها مع المستثمر الأجنبي ولعلها الصورة الأبرز في منازعات الاستثمار وهو ما يؤكد الطابع الخاص الذي يميز التحكيم في هذا المجال نظرا لاختلاف أطراف النزاع ومراكزهم القانونية .

- الطبيعة الخاصة لموضوع النزاع التي تتسم بالطبيعة المركبة والفنية والتي يصعب على القاضي أو المحكم العادي النظر في مثل هذه القضايا مما يدعو في معظم الأحيان إلى الاستعانة بخبير اقتصادي أو فني أو تكنولوجي أو

هندسي حسب نوع النزاع لإرتباطها في الغالب بأعراف وعادات وممارسات مهنية لا علم للقاضي بمضمونها ولا وجود لمثل هذه المواصفات إلا في التحكيم القائم على مبدأ سلطان الإرادة الأطراف خاصة في حرية اختيار الأطراف لمحكميهم أو الالتجاء الى مؤسسة تحكيمية مشهود لها بالكفاءة لاحتوائها على كبار فقهاء القانون والخبراء

-ومن الناحية العملية :

-انتشار ظاهرة تهميش الرضا في مراكز عديدة لتسوية منازعات الاستثمار ابرزها مركز ICSID بواشنطن الذي عمد في الآونة الأخيرة إلى التوسيع في اختصاصه بقبول تسوية المنازعات بدون اتفاق خاص استنادا على تشريع داخلي أو اتفاقية استثمار تجعل من اللجوء إلى المركز كأحد الخيارات لتسوية المنازعات, وقد اعتبر معظم الفقه أن مثل هذه الإحالات لا تعدو إلا من قبيل تبصير أطراف العقد على الوسائل المتاحة لهم لتسوية النزاع .

-اتساع مجال التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار حيث يكاد لا يخلو عقد أو اتفاقية استثمار ثنائية أو جماعية من إدراج شرط التحكيم كوسيلة ملائمة لتسوية هذه النزاعات لما يوفره للأطراف من ضمانات كالسرية والسرعة والتخصص وغيرها .

-المستجدات الحديثة التي طرأت على المعاملات والتعاقدات الالكترونية والتي أفرزت العديد من الإشكاليات والمنازعات التي تحتاج إلى وسائل تتناسب وهذه المنازعات ويتمثل ذلك في التحكيم الالكتروني كوسيلة ملائمة لتسوية هذه المنازعات ومنها منازعات الاستثمار .

دواعي اختيار الموضوع

. يرجع سب اختياري لهذا الموضوع إضافة للأهمية التي يحظى بها الموضوع إلى عدة أسباب نظرية وواقعية أهمها :

-ضعف الاستثمارات الأجنبية والوطنية لاسيما في الجمهورية اليمنية ولعل أهم الأسباب يعود لضعف الضمانات الإجرائية لتسوية منازعات الاستثمار المنصوص عليها في التشريعات الوطنية .

-اقتصار معظم الدراسات في هذا الموضوع على الناحية النظرية, ولم أجد . على حد علمي . دراسة متعمقة تتناول هذا الموضوع من الناحية الإجرائية، وهو ما دفعني إلى تناول الموضوع من الناحية الإجرائية طبقا للتشريعات الوطنية التشريع المغربي واليمني (نموذجاً) ومن ناحية التشريعات الدولية المتعلقة بمنازعات الاستثمار بما فيها التشريعات الحديثة .

-محاولة تقريب الرؤيا للمهتمين في هذا المجال من مستثمرين وقانونيين على المزايا التي تتمتع بها التشريعات الداخلية، ومحاولة إبراز مكامن القصور والخصوصية التي يتمتع بها التشريع المغربي واليمني في تشجيع المستثمر الأجنبي وطمأنته من ناحية الضمانات التشريعية والإجرائية في تسوية منازعات الاستثمار إضافة إلى ما وصل إليه الاجتهاد القضائي في هذا المجال .

إشكالية الموضوع

إلا أن موضوع التحكيم في منازعات الاستثمار يطرح العديد من الإشكاليات تتمحور حول مدى نجاح آلية التحكيم بصورتيه التقليدية والحديثة في تسوية منازعات الاستثمار

وتتفرع عن هذه الإشكالية العديد من الإشكالات حول :

- ماهية منازعات الاستثمار؟ وأسبابها والوسائل المتاحة أمام

الأطراف في تسويتها؟ وماهي الضمانات القانونية التي قدمتها التشريعات

الوطنية والدولية لأطراف الاستثمار والتي تكفل لهم تسوية عادلة

لمنازعاتهم؟

- وماهي خصوصية اتفاق التحكيم في عقود واتفاقات الاستثمار؟ وما

هو موقف التشريعات من ظاهرة تهमيش الرضا في اتفاق التحكيم؟ وماهي

أهم الصعوبات التي تواجه اتفاق التحكيم؟ وماهي الوسائل الكفيلة بالتغلب

عليها؟ وهل يعد اتفاق التحكيم بصورته الحديثة ضمانة إجرائية يستفيد منها

الأطراف كما هو الحال في صورته التقليدية؟

- وحول المرحلة الإجرائية المتمثلة في إجراءات التحكيم تبرز العديد

من الإشكاليات تتمثل في كيفية تحقيق فاعلية مسطرة التحكيم قبل الشروع

بالمسطرة أثناء تشكيل هيئة التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق لا سيما

في حالة عدم وجود إرادة صريحة من الأطراف أو عدم الاتفاق بينهم على

هذه الإجراءات والمعوقات التي تعترض مسطرة التحكيم باعتباره قضاء

خاصا وعن موقف التشريع والفقهاء والقضاء الداخلي من هذه الإشكالات

وكيفية معالجتها؟

- وما هو موقف التشريعات الدولية ولوائح التحكيم المؤسسي من هذه

الإشكالات في حال كان التحكيم دولياً؟

-وأهم من هذا وذاك هو ما يعترى الحكم التحكيمي من إشكاليات سواء فيما يتعلق بالطعن فيه أو عدم التنفيذ وهو ما يقود إلى التساؤلات حول الضمانات التشريعية على المستوى الداخلي والدولي لتحقيق فاعلية الأحكام التحكيمية في قضايا الاستثمار؟

وما هو دور القضاء الوطني في تحقيق فاعلية الحكم التحكيمي؟

لكل ذلك أرتأيت الإجابة على هذه الإشكالات من خلال تقسيم الموضوع إلى بابين على النحو الآتي

الباب الأول: الإطار القانوني للتحكيم في منازعات الاستثمار .

والذي بدوره قسمته إلى فصلين الأول منازعات الاستثمار ووسائل حسمها، بينما الفصل الثاني لاتفاق التحكيم في عقود واتفاقيات الاستثمار .

وفي الباب الثاني: عنوانته بالنظام الإجرائي للتحكيم في منازعات الاستثمار .

الذي قسمته إلى فصلين مفردا الفصل الأول لدراسة إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار، بينما تناولت في الفصل الثاني فاعلية الحكم التحكيمي في تسوية هذه المنازعات ..

محددات الدراسة والمنهج المتبع :

مما سبق ارتأيت البحث في موضوع التحكيم في منازعات الاستثمار بين القواعد التقليدية والحديثة على ضوء المقتضيات القانونية المنظمة للتحكيم في القوانين النافذة في التشريعات الداخلية المغرب واليمن نموذجا، والتشريعات الدولية المتعلقة بمنازعات الاستثمار كاتفاقية واشنطن ولوائح التحكيم المؤسسي إضافة إلى قواعد التحكيم الصادرة عن اليونسسترال المقترحات :

الخاتمة

توصلت الدراسة إلى أن تضمين عقد أو اتفاقية الاستثمار شرط الثبات التشريعي ضمانا اتفاقية للمستثمر الأجنبي من قيام الدولة بتغيير في تشريعاتها قصد الإضرار بالمستثمر .

-تضمين عقد أو اتفاقية الاستثمار شرط إعادة التفاوض الذي بموجبه يلتزم الأطراف في حالة التغيير الجوهرى لظروف التفاوض مرة أخرى من أجل خلق التوازن التعاقدى الجديد وإعادة تكييفه، في حالة الأحداث الطارئة أو القوة القاهرة .

-يمكن تكييف النزاعات الناشئة عن الأزمة المالية بأنها ناتجة عن ظروف طارئة وللهيئة التحكيمية السلطة التقديرية في تقرير ذلك حسب نوع وظروف القضية المثارة أمامها .

-تعد الوسائل الودية الحل الأنجع لتقريب وجهات النظر في قضايا الاستثمار لاسيما في بداية النزاع بما من شأنه أن يكفل استمرارية المشروع الاستثماري ونجاحه .

-صعوبة الالتجاء إلى القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار
حيث إن المركز القانوني للمستثمر الأجنبي الخاص لا يؤهله الوقوف أمام
الدولة في محكمة العدل الدولية .

-محكمة الاستثمار العربية تجربة جديرة بالاهتمام كأحسن وسيلة
دولية لتسوية منازعات الاستثمار، ولكن مازال دورها سلبيا بالنظر إلى ندرة
القضايا التي تنظرها، من ناحية أخرى يصعب التجاء المستثمر الأجنبي (غير
العربي) لها وفقا لنظامها الحالي المنحصر بالدول العربية والمستثمرين
العرب .

-تناسب الوسائل الودية بما فيها الوساطة الالكترونية مع منازعات
التجارة الالكترونية وإمكانية الاستفادة من هذه الوسائل في تسوية منازعات
الاستثمار بصورتها التقليدية .

-يمكن القول إن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على
موضوع النزاع بواسطة الأطراف يمنع احتمال نشوء نزاع حول هذه
المسألة، ويجنب المخاطرة غير المحسوبة التي يحملها لهم قرار التحكيم في
شأن القانون الواجب التطبيق، وإرادة الأطراف بهذا الخصوص قد تكون
صريحة وقد تكون ضمنية، وهذه الأخيرة يمكن أن تستفاد من أفعال أو كتابات
تدل على اتجاه إرادة الأطراف أو توقعهم أن قانونا معيناً سوف يحكم
علاقاتهم، وهذه الإرادة الضمنية يجب أن تستقرأ بأسباب معقولة تسوغ ما
انتهت هيئة التحكيم إليه .

-تختلف الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية فيما إذا كان التحكيم

داخليا أو دوليا ففي التحكيم الداخلي اتضح من خلال الدراسة للتشريعات الوطنية أنها تعطي سلطة أكبر للقضاء الوطني للدفع في عملية التحكيم قبل جريان مسطرة التحكيم أو اثنائها، أو عند الرقابة الفعلية على هذه الاحكام بمناسبة الطعن أو تذييله بالصيغة التنفيذية وفي حال كان التحكيم دوليا فإن التشريعات الوطنية تسعى إلى التخفيف من هذه الرقابة على احكام التحكيم الدولية أو الأجنبية بهدف خلق جو من الثقة لدى المستثمر الأجنبي في التحكيم كوسيلة مفضلة لتسوية منازعات الاستثمار للوصول إلى الحقوق التي تقرها هذه الاحكام .

وعلى ضوء هذه النتائج أدلى بالتوصيات التالية :

-تفعيل دور محكمة الاستثمار العربية من خلال حث الدول العربية

على إدراج نص قانوني في تشريعات الاستثمار أو ضمن بنود اتفاقيات الاستثمار لجعلها من ضمن الوسائل المتاحة لتسوية منازعات الاستثمار على غرار اتفاقية واشنطن، إضافة إلى توسيع نطاق اختصاصها لتشمل جميع المستثمرين بما فيهم الأجانب غير العرب .

- من الأولى أن تسند تسوية منازعات الاستثمار في حال اتفق أطراف

الاستثمار على القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار إلى قضاء متخصص في قضايا الاستثمار وأرى في هذا الإطار إنشاء محاكم متخصصة للاستثمار أو شعب خاصة في محاكم الاستئناف، ودوائر أو غرف على مستوى المحكمة العليا .

-يتعين على التشريعين المغربي واليميني: إدراج شرط الخبرة في كل من

أسندت له مهمة المحكم أسوة بالتشريع السعودي أو أن يكون المحكم يحمل

شواهد تؤهله لإنجاز عملية التحكيم بنجاح واقتدار وأرى أن يوكل الأمر بالنسبة للجانب المغربي إلى وكيل الملك المختص بالتصريح للمحكمن طبقا للفصل على أساس أن المحكم الخبير في مجال المنازعة المعروضة مسألة إيجابية لما لذلك من دور في تحقيق فاعلية التحكيم من خلال إصدار أحكام عن دراية واقتدار خاصة في المنازعات الاستثمارية، مما لا يدع مجالاً للطعن في هذه الأحكام بالإبطال .

-على التشريع اليمني مراجعة قانون التحكيم أو التعجيل باعتماد

مشروع قانون التحكيم لما يعترى القانون الحالي من نقص وغموض وتناقض في العديد من النصوص وعلى سبيل الإيضاح :

-على التشريع اليمني السير على خطا التشريع الفرنسي والمغربي

من حيث نطاق اختصاص محكمة الاستئناف بنظر دعوى البطلان بأن لا تكفي المحكمة بإبطال الحكم المطعون فيه عودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدوره، بل يستوجب على المحكمة إذا قضت بالبطلان أن تفصل في الموضوع في الحدود التي كان يملكها المحكم إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك إلا إذا كان سبب الإبطال غياب اتفاق التحكيم أو بطلانه على أساس أن هيئة التحكيم تستند في مهامها على هذا الاتفاق .

-يجب صياغة اتفاق التحكيم -ضمن عقود واتفاقيات الاستثمار- صياغة

قانونية محكمة تشير إلى جميع عناصر النزاع بوضوح بإرادة صريحة كاختيار القانون الواجب التطبيق واللغة ومكان التحكيم وطريقة تعيين هيئة التحكيم إن كان التحكيم حر أو اختيار مؤسسة تحكيمية لتقوم بذلك .

-أرى إمكانية تسوية منازعات الاستثمار بالطرق الحديثة ومنها التحكيم

الإلكتروني طبقاً للقواعد المنصوص عليها في العديد من مراكز التحكيم

الافتراضية مع التشدد على إحاطة العملية بتدابير احترازية انتجتها التقنيات الحديثة تتمثل في الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني، حيث يمكن لأطراف التصرفات القانونية ومنها أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني الاستعانة بوسيط الكتروني، يتمثل في طرف ثالث محايد يسند إليه مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الإلكتروني، ويلجأ إليه للتحقق من هوية الأطراف المتعاقدة، وأهليتهم القانونية، وإصدار شهادة مصادقة عليها تتعلق بصحة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية لأطراف العقد، وتحديدًا تحديدًا دقيقًا تمكن المتعاملين من الاعتماد عليه

-وبخصوص وسائل التنفيذ المباشر لأحكام التحكيم الإلكتروني الرأي

فيما أعتقد أن اللجوء إلى وسائل التنفيذ الذاتي لأحكام وقرارات مراكز التسوية الإلكترونية يكون أكثر فعالية ومناسب لمعظم المنازعات الإلكترونية، لأن ذلك سيوفر الكثير في تنفيذ الأحكام الإلكترونية بيسر وسهولة وإعفاء المحكوم له من عناء متابعة تنفيذ الحكم وما يترتب عليها من خسائر مالية ومصاريف سفر وأجور محامين وغيرها. إلا أن هذه الطريقة غير ذي جدو في تنفيذ منازعات الاستثمار لأسباب عديدة أهمها: أهمية وجسامة الأحكام الصادرة في تلك المنازعات خاصة عندما يتعلق الأمر بالتنفيذ على أموال الدولة المضيفة وبالتالي يصعب إعمال مثل هذه الوسائل، وعليه فالحل الأنجع هو تنفيذ هذه الأحكام وفقا لاتفاقية نيويورك ولكن ليس بصيغتها الحالية بل بإدخال التعديلات اللازمة لتواكب هذه المتغيرات ومنها اعتماد شكل الحكم التحكيمي الإلكتروني أي التخفيف من شرط كتابة الحكم أو عمل اتفاقية دولية جديدة خاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني مع أخذ الاعتبار آراء الدول النامية إضافة إلى تحديث القوانين الوطنية لكي لا تصطدم إذا واجهت مثل هذه القضايا .

وفي ختام هذا البحث لا أقول إنني أتيت من سبأ بنياً يقين ولكني أقول إنني بذلت مجهودي وكأني عمل إنساني لا يخلو من الخطأ والنقص والنسيان والكمال لله وحده عليه توكلت وإليه أنيب .

الباحث معمر نعمان محمد النظاري

تصميم الأطروحة

المقدمة

1

الباب الأول: النظام القانوني للتحكيم في منازعات

الاستثمار 17

الفصل الأول: منازعات الاستثمار ووسائل

حسمها 21

المبحث الأول: ماهية منازعات الاستثمار

واسبابها 22

المطلب الأول: مفهوم منازعات الاستثمار

وطبيعتها 23

الفقرة الأولى: تعريف الاستثمار و

أنواعه 23

الفقرة الثانية: تعريف منازعات الاستثمار و

طبيعتها 31

المطلب الثاني : أسباب منازعات

الاستثمار 37

الفقرة الأولى: المنازعات الناجمة عن الإجراءات الفردية المتخذة

من قبل الدولة المضيفة للاستثمارات

الأجنبية 40

الفقرة الثانية: المنازعات الناتجة عن تغير الظروف التي تم فيها

التعاقد 52

المبحث الثاني : وسائل تسوية منازعات

الاستثمار 65

المطلب الاول : الوسائل الودية لتسوية منازعات

الاستثمار 65

الفقرة الأولى : ماهية الوسائل الودية لتسوية منازعات

الاستثمار 66

الفقرة الثانية : الوساطة

..... 70 .

الفقرة الثالثة:

التوفيق

..... 74

المطلب الثاني : الوسائل القضائية لتسوية منازعات

الاستثمار 79

الفقرة الأولى : القضاء الوطني وسيلة لحسم منازعات

الاستثمار.....79

الفقرة الثانية : القضاء الدولي والتحكيم لحسم منازعات

الاستثمار 88

الفصل الثاني: اتفاق التحكيم في عقود واتفاقيات

الاستثمار.....107

المبحث الأول: اتفاق التحكيم في التشريعات

الداخلية.....109

المطلب الأول: ما هية اتفاق التحكيم

.....110

الفقرة الأولى: تعريف اتفاق التحكيم

وطبيعته.....110

الفقرة الثانية: شروط اتفاق التحكيم

.....113

المطلب الثاني : صور اتفاق التحكيم

وآثاره.....125

الفقرة الأولى: صور اتفاق

التحكيم.....

126

الفقرة الثانية: آثار اتفاق

التحكيم.....

137 ..

المبحث الثاني: اتفاق التحكيم في التشريعات

الدولية.....153

المطلب الأول: اتفاق التحكيم من منظور الاتفاقيات الدولية

154

الفقرة الأولى: ماهية اتفاق التحكيم من خلال الاتفاقيات الدولية

155

الفقرة الثانية: الإكراهات التي تواجه اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار

وطرق حلها..... 177

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم

.....الالكتروني

197

الفقرة الأولى: ماهية اتفاق التحكيم

الالكتروني..... 197

الفقرة الثانية: شروط اتفاق التحكيم

الالكتروني..... 202

الباب الثاني : النظام الإجرائي للتحكيم في منازعات

الاستثمار 219

الفصل الاول : إجراءات التحكيم في منازعات

الاستثمار..... 222

المبحث الأول: إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار وفق التشريعات

الوطنية..... 225

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق

..... 225

الفقرة الأولى: تشكيل هيئة

.....التحكيم

226

الفقرة الثانية: القانون الواجب التطبيق

243

المطلب الثاني: اجراءات سير خصومة

التحكيم 249

الفقرة الأولى: تعريف خصومة

التحكيم

251

الفقرة الثانية: اجراءات سير خصومة

التحكيم 254

المبحث الثاني: اجراءات التحكيم وفقا للتشريعات

الدولية 270

المطلب الأول: اجراءات التحكيم وفقا للاتفاقيات الدولية

271

الفقرة الأولى: تحريك الدعوى

التحكيمية 271

الفقرة الثانية: خصومة التحكيم طبقا للتشريعات

الدولية 303

المطلب الثاني: اجراءات التحكيم وفق القواعد الحديثة

322

الفقرة الأولى: تحريك اجراءات التحكيم

الالكتروني 323

الفقرة الثانية: مسطرة التحكيم

الالكتروني

333

الفصل الثاني: فعالية الحكم التحكيمي في منازعات

- الاستثمار 333
- المبحث الأول: الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي في التشريعات
الداخلية 344
- المطلب الأول: الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي عن طريق
الطعن 344
- الفقرة الأولى : الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي عن طريق الطعن
بالبطلان 345
- الفقرة الثانية : الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال طرق الطعن
غير العادية 386
- المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي عن طريق إعطاء
الحكم الصيغة
- التنفيذية.....
- 397
- الفقرة الأولى: مسطرة تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية والطعن
فيها 399
- الفقرة الثانية: حدود الرقابة القضائية أثناء طلب تنفيذ حكم
التحكيم 405
- المبحث الثاني: طرق مراجعة الحكم التحكيمي وفقا للتشريعات
الدولية 413
- المطلب الأول: طرق مراجعة الحكم التحكيمي أمام مراكز تسوية منازعات
الاستثمار 415
- الفقرة الأولى: خصوصية مراجعة الحكم التحكيمي أمام مركز
واشنطن 415..... ICSID
- الفقرة الثانية: طرق مراجعة الحكم التحكيمي وفقا للاتفاقيات الأخرى

والمستجدات

الحديثة.....

423

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعات الاستثمار

وفقا للاتفاقيات

الدولية.....

429

الفقرة الأولى: تنفيذ حكم التحكيم وفق اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات

الاستثمار..... 430

الفقرة الثانية: تنفيذ حكم التحكيم وفقا لاتفاقية نيويورك

436

الخاتمة.....

454

الملاحق:.....

466

لائحة

المراجع:.....

467

الفهرس.....

486