Judicial Immunity of the State in Investment Arbitration: A Comparative study

Munther Qasim Abdullah Al-Hajouj

Received : 03/04/2024
Revised : 26/08/2024
Accepted : 19/08/2024
Published : 31 /03/2025

DOI: 10.35682/jjlps.v17i1.976

*Corresponding author :
munther@yu.edu.jo

Abstract

This study aims to investigate the impact of the state's judicial immunity on the state's submission to investment arbitration, as arbitration is one of the most important means of resolving disputes in investment arbitration. However, the judicial immunity of the state as one of the parties to investment arbitration requires dealing with it with extreme caution; in particular, some countries may barricade themselves behind the judicial immunity of the state to prevent submission to arbitration and force the other party to resort to its national jurisdiction, which causes a disturbance in international relations.

The study also deals with the definition of investment arbitration, the concept of judicial immunity, its justification, scope, and the impact of this immunity on investment arbitration when the state or one of its public legal persons is involved.

The study reached many conclusions, the most prominent of which was that a balance must be achieved between the country's public interest, protecting its interests and achieving its sovereignty on the one hand and the interest of the contracting parties in investment contracts on the other hand. Furthermore, the study also found that the state's judicial immunity in investment arbitration is relative, not absolute, as the state's subjection of its will to investment arbitration does not affect its sovereignty and independence .

The interaction and relation between states and investors, in light of economic developments and the importance of foreign investments in the development of the national economy, requires organizing the issue of states' judicial immunities and finding solutions for the state to maintain its judicial immunity in investment arbitration to evade its contractual obligations.

Keywords: investment arbitration; state; sovereignty; jurisdictional immunity.

الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري (دراسة مقارنة)

منذر قاسم البطوش[1]

تاريخ الاستلام: 2024/04/03
تاريخ المراجعة: 2024/08/26
تاريخ موافقة النشر: 2024/08/19
تاريخ النشر: 2025/03/31

الباحث المراسل:
munther@yu.edu.jo

الملخّص

تهدف هذه الدراسة إلى البحث في أثر الحصانة القضائية للدولة على خضوع الدولة للتحكيم الاستثماري، إذ يعد التحكيم من أهم وسائل فض المنازعات الاستثمارية، إلا أن الدولة ونظراً لتمتعها بالحصانة القضائية كأحد أطراف التحكيم الاستثماري تقتضي التعامل معها بحذر شديد، خاصة ان بعض الدول قد تتمترس خلف الحصانة القضائية للدولة للحيلولة دون الخضوع للتحكيم واجبار الطرف الآخر على اللجوء إلى قضائها الوطني مما يسبب اضطراب في العلاقات الدولية.

وقد اقتضى البحث في الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري؛ تعريف التحكيم الاستثماري ومفهوم الحصانة القضائية ومبرراتها ونطاقها وأثر هذه الحصانة على التحكيم الاستثماري عندما تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها طرفاً فيه.

وتوصلت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج كان من أبرزها: ضرورة تحقيق التوازن بين المصلحة العامة للدولة، وحماية مصالحها وسيادتها من جهة، ومصلحة الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار من جهة أخرى، كما توصلت هذه الدراسة أن حصانة الدولة القضائية في الحكيم الاستثماري حصانة نسبية وليست مطلقة، إذ إن خضوع الدولة بأراداتها للتحكيم الاستثماري لا يمس سيادتها واستقلالها.

إن التعامل بين الدول والمستثمرين في ظل التطورات الاقتصادية وأهمية الاستثمارات الأجنبية في تنمية الاقتصاد الوطني تتطلب ضرورة تنظيم مسألة الحصانات القضائية للدول وإيجاد حلول لتمسك الدولة بحصانتها القضائية في التحكيم الاستثماري للتنصل من التزاماتها التعاقدية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم الاستثماري، الدولة السيادة، الحصانة القضائية.

[1] البحث مستل من رسالة الدكتوراه الموسومة ب الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري لم يتم مناقشتها بعد

المقدمة:

يعد التحكيم من أقدم وسائل فض المنازعات التي عرفتها البشرية، فقد عرفته الحضارة الإغريقية وكذلك الرومانية وعرف العرب قبل الاسلام التحكيم، كما أجاز الاسلام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ونص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية، واخذت الانظمة القانونية بالتحكيم ونظمته بتشريعات خاصة به كوسيله لفض المنازعات.

ونظراً للتطورات التي شهدها عالم التجارة من حيث السرعة في إتمام وتنفيذ المعاملات والبيوع وتنوع الاستثمارات وتجاوزها للحدود الدولية، كأثر للعولمة والتطورات الالكترونية والتكنولوجية في القرن الواحد والعشرين، مما أدى إلى ازدياد المنازعات التجارية، وبالتالي إلى زيادة الاعتماد على التحكيم لكونه وسيلة سريعة وفعالة لحل المنازعات التجارية وبشكل خاص تلك المنازعات التي تتطلب سرعة البت فيها، أضف إلى ذلك تطبيق قانون إرادة الأطراف على النزاع، مما ساعد على انتشار التحكيم الاستثماري، حتى أصبح البعض يسميه بالقضاء الخاص.

قد تكون الدولة طرفا في اتفاق التحكيم، إلا أن البعض منها يدفع بالحصانة القضائية للدولة للتهرب من الخضوع للتحكيم الاستثماري، مما يثير الاسئلة التالية:

ما هو نطاق الحصانة القضائية للدولة؟

ما هي مبررات الحصانة القضائية للدولة؟

ما هو أثر الحصانة القضائية للدولة على التحكيم الاستثماري؟

وللإجابة على هذه الاسئلة قسم الباحث هذه الدراسة إلى مبحثين وهما:

المبحث الأول: مفهوم الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري ومبرراتها

المبحث الثاني: نطاق الحصانة القضائية للدولة وأثرها على التحكيم الاستثماري

الدراسات السابقة:

وفي معرض البحث في حصانة الدولة في مواجهة حكم التحكيم الاستثماري اطلع الباحث على دراسات سابقة وهي مرتبة من الأحدث للأقدم كما يلي:

1. دراسة: عز الدين ابو بكر علي بوخريج، (2020)، بعنوان التأثير المتبادل بين اتفاق التحكيم والحصانة التنفيذية للدولة: دراسة تحليلية مقارنه، تناولت هذه الدراسة التأثير المتبادل بين حكم التحكيم والحصانة التنفيذية للدولة، في ضوء الآراء الفقهية والأحكام القضائية والاتفاقات الدولية.
2. دراسة: سعيد سيف السبوسي، (2019، بعنوان النظام العام والآداب العامة وأثرها على تنفيذ حكم التحكيم، تناولت هذه الدراسة، الطبيعة القانونية للنظام العام والآداب العامة وأثر مخالفة حكم التحكيم التجاري لها على تنفيذه في ظل قانون التحكيم الإماراتي.
3. دراسة: حسين العيساوي، (2011)، بعنوان التحكيم وحصانه الدولة، تناولت هذه الدراسة مدى جواز إثارة الدولة لحصانتها القضائية لعرقله إجراءات تنفيذ حكم التحكيم، وما مدى جواز التمسك بهذه الحصانة عند إثارة الخصومة أمام القاضي الأجنبي أو أمام المحكم بمناسبه نظر هذه الخصومة.

منهج البحث:

اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي، من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية، كما اتبع الباحث المنهج المقارن. إذ سيعتمد الباحث المقارنة بين القانون الأردني والمصري والفرنسي من دون إغفال الفقه المقارن ومع الإشارة إلى موقف القضاء الأردني والمصري والفرنسي أينما تيسر له ذلك.

المبحث الأول

مفهوم الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري ومبرراتها

تعد الحصانة القضائية للدولة من موضوعات القانون الدولي الخاص، وإذا كان القانون الدولي ينظر للدول على أنها متساوية من حيث السيادة وبالتالي حقها في تنظيم اختصاص قضائها دون سلطان عليها من أي جهة سوى ما تفرضه عليها المعاهدات التي وقعتها مع الدول الأخرى بإرادتها والعرف الدولي الذي يقتضي وجوب احترام الحصانة القضائية للدول الاخرى (صادق 2002، 26)، ولذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري:

يقتضي بيان مفهوم الحصانة القضائية في التحكيم الاستثماري بيان المقصود بالتحكيم الاستثماري كما ورد في التشريعات المقارنة والقضاء المقارن والفقه، ثم بيان مفهوم الحصانة القضائية للدولة ولذلك سنتناول هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: ماهية التحكيم الاستثماري:

سنتناول التعريف القانوني للتحكيم في القانون الأردني والتشريعات المقارنة، ومن ثم التعريف القضائي للتحكيم في القضاء الأردني والقضاء المقارن، وبعد ذلك سنستعرض بعض التعريفات الفقهية للتحكيم وعلى النحو التالي:

عرفت بعض التشريعات العربية التحكيم، وحسنا فعلت التشريعات الأخرى التي لم تعرف اتفاق التحكيم وتركت هذه المهمة للفقه، ومن التشريعات التي عرفت التحكيم قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 وتعديلاته بحيث اوضحت المادة التاسعة منه المقصود بالتحكيم بانه:" اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف سواء من الأشخاص الحكمية أو الطبيعية الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد، على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت او غير تعاقدية".

أما المشرع المصري فقد عرف اتفاق الحكيم في الفقرة الأولى من المادة (4) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة (1994) والتي نصت على: "ينصرف لفظ (التحكيم) في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك."

كما عرف القضاء الأردني اتفاق التحكيم وكذلك القضاء المقارن في أحكامه المتعلقة بالنزاعات التحكيمية، وقد كان لها ذات المدلول وإن اختلفت من حيث الصياغة أو التوسع والإيجاز في تعريف التحكيم، وسنتناول هذه التعاريف على النحو التالي:

عرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم بأنه" اتفاق الأطراف، سواء من الأشخاص الحكمية أو الطبيعية الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد، على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية." (تمييز حقوق رقم 3415 لسنة 2023. تاريخ 2023-09-24، منشورات قسطاس).

أما محكمة النقض المصرية فقد عرفت التحكيم بأنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم." (نقض حقوق رقم 275 لسنة 36 ق. تاريخ 16 فبراير 1971 مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض السنة 22 العدد الأول من يناير إلى مارس 1971 ص 179).

وعرفت محكمة استئناف باريس التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ 5/3/1994 والذي جاء فيه: "يقصد بحكم التحكيم أعمال المحكمين التي تفصل بشكل حاسم أو نهائي كلياً أو جزئياً في النزاع المعروض عليهم، سواء أكان هذا الحكم في الموضوع أو الاختصاص، أو في مسألة إجرائية تؤدي بهم إلى إنهاء الخصومة" (القصاص 2004، 69).

وعرف الفقه اتفاق التحكيم إذ عرفه الدكتور فوزي محمد سامي بأنه: "الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء" (سامي 2008، 13).

وعرف بأنه: "عقد يتفق فيه الطرفان على التنازل عن مراجعة القضاء العادي والاحتكام إلى شخص عادي أو أكثر للفصل في النزاع المحتمل أو النزاع القائم بينهما" (المالكي 2003، 25).

نستخلص من التعريفات السابقة أنها جاءت في مجملها ذات مدلول واحد وإن اختلفت في الصياغة إلا أنها كانت تحمل ذات العناصر وهي أن التحكيم طريق بديل لفض النزاعات ويتم التوافق عليه باتفاق طرفي العقد.

وقد اختلف الفقه حول التفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم الخاص، من حيث الطبيعة القانونية لكل منهما، وأي منهما يقوم على إرادة الخصوم، ومدى القوة الإلزامية، فالقضاء الفرنسي القديم لم يكن يعترف بصحة شرط التحكيم، إذ قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم أصدرته في 1943/7/1 أجازت فيه فقط الاتفاق الذي يبرم بعد نشوء الالتزام، حيث اعتبر شرط التحكيم وعدا باللجوء إلى التحكيم يحتاج إلى إبرام اتفاق خاص بعد قيام النزاع وبالتالي كان يرتب على الرجوع عن شرط التحكيم مجرد تعويض لكن دون إرغام الطرف الذي رجع عن شرط التحكيم على إبرام اتفاق خاص بالتحكيم، فيكون الفقه والقضاء الفرنسيان قد وضعا شرط التحكيم في مرتبة أدنى من اتفاق التحكيم، ثم ظهرت آراء أخرى تدعو إلى إعطاء شرط التحكيم نفس المرتبة والقوة القانونية التي يتمتع بها اتفاق التحكيم ،وهذا من أجل إعطائهما مفهوم

قانوني واحد، حيث جاء بروتوكول جنيف لسنة (1961) خطوة هامة من أجل تحقيق ذلك لشرط التحكيم (كولا 2008، 100).

وبعد استعراض بعض التعريفات الفقهية للتحكيم، فيمكن تعريف التحكيم الاستثماري بأنه: اتفاق أطراف الخصومة بإرادتهم الحرة على إحالة النزاع الاستثماري إلى هيئة أو منظمة تحكيمية للبت في موضوع النزاع وعدم اللجوء للقضاء.

الفرع الثاني: ماهية الحصانة القضائية للدولة:

لم تعرف الأنظمة القانونية الدولية أو الإقليمية أو الوطنية التي عالجت موضوع الحصانة أو تطرقت إليه بشكل جزئي الحصانة أو أي من أشكالها، ومجمل ما تضمنته تلك القوانين في هذا السياق هو تحديد الأشخاص المستفيدين من نظام الحصانة، والأحكام الخاصة بها، من حيث مدتها الزمنية، والأفعال التي تغطيها، وآثارها (جاموس 2015، 4)، وإن كانت اتفاقية حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام 2004 حددت معنى الحصانة القضائية بصورة غير مباشرة بعد أن نصت عليها في المادة الخامسة منها عندما نصت على كيفية أعمال هذه الحصانة من قبل المحاكم الوطنية إذ نصت في المادة (6) منها على: "1- تعمل الدولة حصانة الدول المنصوص عليها في المادة 5 بالامتناع عن ممارسة الولاية القضائية في دعوى مقامة أمام محاكمها ضد دولة أخرى وتضمن لهذه الغاية أن تقرر محاكمها من تلقاء نفسها احترام حصانة تلك الدولة الأخرى بموجب المادة (5) التي نصت على: "تتمتع الدولة، فيما يتعلق بنفسها وبممتلكاتها، بالحصانة من ولاية محاكم دولة أخرى، رهنا بأحكام هذه الاتفاقية.". ولذلك سنتناول التعريف الفقهي للحصانة القضائية كما ورد في الفقه القانوني إذ إن التعريف من مهمته، وعلى النحو التالي:

عرفت الحصانة بأنها: " امتياز يقرره القانون الدولي العام أو القانون الداخلي يؤدي إلى إعفاء المتمتع به من عبئ او تكليف يفرضه القانون على جميع الأشخاص الذين يوجدون على إقليم، أو يعطيه ميزة عدم الخضوع لأحكام سلطة عامة في الدولة وخاصة السلطة القضائية أو بعض أوجه مظاهرها" (الأسدي، 2010).

وتُعرّف الحصانة: "منح بعض الامتيازات لمن يتمتع بها قانوناً نظراً لظرف أو صفة موضوعية تخصّ هذا الأخير. فهناك الحصانة الدبلوماسية والوظيفية والقضائية والجنائية" (موسى بدون تاريخ)

كما عرفت الحصانة القضائية بأنها: "تمتع الدولة الأجنبية بعفاء من الخضوع لقضاء المحاكم الوطنية في جميع المنازعات التي تكون طرفا فيها أو بعضها، إلا إذا قبلت الخضوع لذلك القضاء صراحةً" (رياض 1986، 445).

وبعد أن وضحنا المقصود بالحصانة القضائية فأننا سنوضح المقصود بالدولة ليكتمل المعنى المقصود بالحصانة القضائية للدولة.

عرفت اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لسنة 2004، المقصود بالدولة والمعاملة التجارية في المادة الثانية منها إذ عرفتها بما يلي:

(2/ب) يقصد بـ "الدولة":"1"الدولة ومختلف أجهزة الحكم فيها؛ "2" الوحدات التي تتكون منها دولة اتحادية أو التقسيمات الفرعية السياسية للدولة التي يحق لها القيام بأعمال في إطار ممارسة سلطة سيادية، والتي تتصرف بتلك الصفة؛ "3" وكالات الدولة أو أجهزتها أو غيرها من الكيانات، ما دام يحق لها القيام بأعمال في إطار ممارسة السلطة السيادية للدولة، وتقوم فعلا بهذه الأعمال؛"4" ممثلو الدولة الذين يتصرفون بتلك الصفة."

(ج) يقصد بـ "المعاملة التجارية": "1" كل عقد تجاري أو معاملة تجارية لبيع سلع أو لتقديم خدمات؛"2" كل عقد بخصوص قرض أو معاملة أخرى ذات طابع مالي، بما في ذلك كل التزام بالضمان أو التعويض يرتبط بهذا القرض أو بهذه المعاملة؛ "3" كل عقد اخر أو معاملة أخرى ذات طابع تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهني، ولكن دون أن يشمل ذلك عقد استخدام الأشخاص".

بعد ان استعرضنا بعض التعريفات الفقهية للحصانة القضائية للدولة، فأن الحصانة القضائية للدولة تعرف بأنها: امتياز يمنحه القانون الدولي للدولة وممتلكاتها بأخراجها من ولاية القضاء الوطني للدول الاخرى.

المطلب الثاني: مبررات الحصانة القضائية للدولة:

يذهب أغلب الفقه إلى اعتبار مبدأ السيادة والاستقلال من أهم الأسانيد التي تمنح بموجبها الحصانات، إذ إن خضوع الدول للقضاء الأجنبي يمثل انتهاكا للسيادة ويتعارض مع مبدأ الاستقلال الذي تتمتع به الدول، كما أقر القضاء الفرنسي بهذا المبدأ من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام 1949 المتضمن "أن مبدأ استقلال الدول من أهم المبادئ المسلم بها في القانون الدولي العام وهو يمنع أن تقضي محاكم دولة بحق دولة أخرى..." (الشاوي 2006، 52).

الفرع الأول: مبررات الحصانة القضائية للدولة:

يعود الأساس القانوني للحصانة القضائية إلى مجموعة من النصوص القانونية التي تحكم علاقة الدولة بغيرها من الدول الأجنبية، وسنتناول المبررات القانونية والواقعية لهذه الحصانة على النحو التالي:

أولاً: مبدأ تساوي سيادات الدولة:

تُعرف السيادة بأنها: "وصف للدولة الحديثة يعني أن يكون لها الكلمة العليا واليد الطولى على إقليمها وعلى ما يوجد فوقه أو فيه وهو من المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها النظام الدولي المعاصر" (معجم القانون 1999، 637).

تتخذ السيادة مظهرين أحدهما داخلي، والآخر خارجي، فالسيادة الداخلية تتجلى في حرية الدولة في تصريف شئونها الداخلية وتنظيم حكومتها ومرافقها العامة بالإضافة إلى حقها في فرض سلطانها على كل ما يوجد على إقليمها من أفراد أو أشياء ولا تخضع الدولة في ممارسة تلك الاختصاصات لأية سلطة أخرى ولا تشاركها في ممارستها أي جهات أخرى (باخشب 2015، 324) .

أما السيادة الخارجية فتعني: تحرر الدولة من كل الضغوطات الخارجية، وقدرتها على اتخاذ قراراتها في السياسة الداخلية والخارجية، وإقامة العلاقات الدبلوماسية وإبرام المعاهدات والانضمام إلى المنظمات الإقليمية والعالمية بكل حرية (حمياز 2016، 287). وقد نصت المادة (1/2) من ميثاق الأمم المتحدة على: " تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها."، أي أن الدولة مقيدة وهي بصدد ممارسة مظاهر سيادتها الخارجية بوجوب احترام القانون الدولي العام، وبذلك تكون الدولة قد تمتعت بسيادة داخلية مطلقة وسيادة خارجية تتقيد بأحكام القانون الدولي العام (الدقاق 1988، 144).

وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها إذ جاء في حكمها رقم (1781) لسنة 2009 والذي جاء فيه: "...لأن كل دولة تطبق قانونها الخاص بها انطلاقاً من مبدأ سيادة الدولة. وحيث ثبت لمحكمة الموضوع أن البضائع المستوردة هي سجاد موكيت ولها مثيل في المنتوجات الأردنية وأنه تم استيرادها بعد أن أصبحت المملكة عضواً في منظمة التجارة العالمية فيكون ما توصلت إليه محكمة الجمارك الاستئنافية قد أصاب صحيح القانون (تمييز حقوق رقم 1781، تاريخ 2-6-2009. منشورات قسطاس).

ثانياً: مبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

يقصد بمبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى: " ذلك الالتزام الملقى على عاتق الدول بالامتناع عن القيام بأي عمل يمس إرادة دولة أخرى للتأثير عليها، أو إجراء ينطوي على ضغط أو إكراه أو إلزام -أيا كان شكله- وإجبارها على الامتناع عن ممارسة عمل يدخل في نطاق اختصاصها الداخلي أو لإجبارها على تنفيذه ضد رغبتها" (شيباني 2016 -2017، 13).

وقد أكدت العديد من المعاهدات والمواثيق الدولية مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول ومنها ميثاق الأمم المتحدة. إذ نصت الفقرة السابعة من المادة الثانية من الميثاق على ما يلي: " ليس في هذا الميثاق ما يسوغ" للأمم المتحدة "أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع" (ميثاق الأمم المتحدة، بدون تاريخ).

كما أكدت محكمة العدل الدولية على مبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول في حكمها الخاص بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية التي قامت بها الولايات المتحدة ضد دولة نيكاراغوا بتاريخ 27/06/1986. إذ رفضت المحكمة في هذا الحكم، الاعتراف للولايات المتحدة بأي حق في التدخل في الشؤون الداخلية والخارجية لنيكاراغوا، مهما تكن الأسباب. وذكرت أن اختيار هذه الدولة لنظام ماركسي مختلف عن العقيدة السياسية الأمريكية لا يمنح الولايات المتحدة حقا في التدخل في شؤونها، لأن التدخل في هذه الحالة، ولهذا السبب، يتناقض مع المبدأ الدولي الذي يترك لكل دولة حرية مطلقة في اختيار نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي (أبو جودة 2008، 167).

كما أكد ميثاق جامعة الدول العربية لسنة (1945) على هذا المبدأ إذ جاء في المادة (2) منها على: "الغرض من الجامعة توثيق الصلات بين الدول .... وصيانة لاستقلالها وسيادتها، ...." ونصت المادة (5) من ذات الميثاق على: "لا يجوز الالتجاء إلى القوة لفض المنازعات بين دولتين أو أكثر من دول الجامعة..." وجاء في المادة (8) "تحترم كل دولة من الدول المشتركة في الجامعة نظام الحكم القائم في دول الجامعة الأخرى، وتعتبره حقاً من حقوق تلك الدول، وتتعهد بأن لا تقوم بعمل يرمى إلى تغيير ذلك النظام فيها".

ثالثاً: مبدأ المجاملة الدولية وحسن العلاقات:

يقصد بالمجاملات الدولية: "مجموعة القواعد التي تعبر عن العادات الحميدة التي تسيير عليها الدول، دون إلزام قانوني، في سبيل تعزيز علاقاتها المتبادلة، مثل القواعد الخاصة بمراسم استقبال رؤساء الدول والسفراء والسفن الحربية وتحية العلم وتبادل البرقيات " (الهناندة (1/فبراير/2024)).

ويرجع أصل فكرة الحصانات الدبلوماسية إلى قواعد المجاملة الدولية، وكذلك منح بعض الضمانات والامتيازات والحصانات لبعض الأفراد الذين يمثلون دولاً أخرى أو بسبب ارتباطهم بهم دون أن يكون هناك التزام دولي بهذا الخصوص.

تستلزم المجاملات الدولية وحسن العلاقات بين الدول عدم قيام أي منها بما يمس هذه العلاقات، ومما يخل بقواعد المجاملة الدولية قيام القضاء الوطني في دولة ما بمحاكمة تصرف قامت به دولة أخرى داخل إقليمها (العجمي 2013، 23).

وقد أكدت محكمة العدل الدولية على أن الهدف من الحصانة القضائية المدنية للدولة هو تحقيق مبدأ المجاملة الدولية إذ جاء فيه حكمها الخاص بقضية العدساني: "إن منح الدولة الحصانة القضائية من الدعوى المدنية يبتغي تحقيق هدف مشروع يتطلبها القانون الدولي وهو المجاملة بين الدول، وذلك من خلال احترام سيادة كل منها بواسطة الآخر" (العجمي 2013، 24).

الفرع الثاني: مدى وجاهة مبررات الحصانة القضائية في إطار التحكيم الاستثماري:

وبعد أن استعرضنا مبررات الحصانة القضائية للدولة، وبالرغم من وجاهتها في نطاق القانون الدولي فإن السؤال الذي يطرح هو ما مدى وجاهة هذه المبررات في نطاق التحكيم الاستثماري؟ وللإجابة عن هذا السؤال فإننا سنتناول المبررات السالفة الذكر من وجهة نظر التحكيم الاستثماري لنستنتج مدى وجاهتها في هذا الإطار وعلى النحو التالي:

أولاً: مبدأ تساوي سيادات الدولة

بالرغم من وجاهة هذا المبدأ الذي يعد من المبادئ المستقرة في نطاق القانون الدولي، إذ إن تساوي الدول في سياداتها يحرر الدول من الضغوط الدولية التي قد تتعرض لها في نطاق علاقاتها الدولية وسياساتها الخارجية، إلا أن هذا المبدأ لا يعد مبرراً لأعمال الحصانة القضائية للدولة في نطاق التحكيم الاستثماري؛ إذ إن الدولة تبرم اتفاق التحكيم بكامل إرادتها، أضف إلى ذلك أن نطاق التحكيم يتعلق بمواضيع تجارية ولا يمس علاقاتها الدولية أو سياساتها الخارجية، بل إن بعض الدول تنص على التحكيم الاستثماري في قوانينها الوطنية لغايات اقتصادية وتشجيع الاستثمار كما هو الحال في قانون البيئة الاستثمارية الأردني والذي أعطى المستثمر حرية اختيار قانون من بين القوانين المحددة في المادة (45) من ذات القانون الذي يرغب بتطبيقه على النزاع في حال عدم الاتفاق عليه (قانون البيئة الاستثمارية الأردني لسنة 2022)، وبالتالي فإن خضوع الدولة للتحكيم الاستثماري لا يمس بسيادتها الداخلية او الخارجية.

ثانياً: مبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

أما في إطار التحكيم الاستثماري فإن الأمر مختلف فخضوع الدولة للتحكيم الاستثماري سواءً الداخلي أو الخارجي لا يعني تدخلاً في شؤونها الداخلية؛ والسبب أن موضوع التحكيم هو موضوع تجاري لا يرتبط بسيادة الدولة واستقلالها أضف إلى ذلك أن الدولة هي التي نظمت التحكيم فالعديد من الدول ومنها الأردن ومصر وفرنسا نظمت التحكيم الاستثماري بقوانين خاصة به ونصت على أهلية الدولة لإبرام اتفاق التحكيم (قانون التحكيم الأردني وتعديلاته لسنة2001)، أضف غلى ذلك أن الدولة تخضع للتحكيم الاستثماري بإرادتها من خلال إبرام اتفاق التحكيم.

ثالثاً: مبدأ المجاملة الدولية وحسن العلاقات:

إذا كانت المجاملات الدولية وحسن العلاقات بين الدول تستلزم عدم قيام أي منها بما يمس هذه العلاقات، ومما يخل بقواعد المجاملة الدولية الاخلال بمبدأ الحصانة القضائية للدولة من خلال السماح لقضائها بالنظر في نزاع يكون أحد أطرافه دولة أخرى، فأن الموضوع مختلف في إطار التحكيم الاستثماري، فالمجاملة الدولية وحسن العلاقات مع الدول الأخرى تتطلب التزام الدولة باتفاق التحكيم الذي أبرمته مع المستثمر الأجنبي، إذ إن المجاملات الدولية تتطلب من الدولة التي أبرمت هذا الاتفاق احترامه والخضوع له وعدم

الإضرار بالطرف الآخر الذي قد يكون من رعايا دولة أخرى مما يتطلب احترام هذه الدولة ومجاملتها من خلال عدم الاضرار بمواطنيها.

المبحث الثاني

نطاق الحصانة القضائية للدولة وأثره على التحكيم الاستثماري

تكمن خطورة الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري أن الدولة قد تسعى للدفع بالحصانة القضائية للدولة، للحيلولة دون الخضوع لقضاء دولة أجنبية أو للتحكيم، متذرعةً بعدم جواز خضوعها للتحكيم، فمن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية تأسيسا على فكرة السيادة والمساواة بين الدول، بمعنى أنه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المنبثقة عنها طرفا فيها لغير قضاء هذه الدولة وبالتالي عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر تلك المنازعات سواء أكان ذلك القضاء رسميا في دولة أجنبية أم كان قضاء تحكيمياً، ولذلك سنتناول، نطاق هذه الحصانة وأثرها على التحكيم الاستثماري وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: نطاق الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري:

يشمل نطاق الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يتمتعوا بهذه الحصانة كما يحدد الأعمال التي تشملها الحصانة القضائية لذلك سنتناول هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: نطاق الحصانة القضائية للدولة في التحكيم الاستثماري من حيث الأشخاص:

يشمل نطاق الحصانة القضائية بالنسبة للدولة في التحكيم الاستثماري الدولة الأجنبية ذاتها وما ينطوي تحتها من أشخاص اعتبارية عامة، ولن نتطرق إلى الحصانة القضائية لرئيس الدولة وممثليها الدبلوماسيين وممثلي الدولة الآخرين الذين يتصرفون بصفتهم العامة لعدم الخروج عن نطاق موضوع الدراسة لذلك سنوضح المقصود بالدولة وما ينطوي تحتها من أشخاص اعتبارية عامة باعتبارها الشخص المعنوي الذي يتمتع بالحصانة القضائية في التحكيم الاستثماري على النحو التالي:

عرفت اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لسنة 2004 في المادة (1/2/ب) المقصود بالدول إذ نصت على:

"1- لأغراض هذه الاتفاقية: .....

(ب) يقصد: بـ "الدولة": "1" الدولة ومختلف أجهزة الحكم فيها؛ "2" الوحدات التي تتكون منها دولة اتحادية أو التقسيمات الفرعية السياسية للدولة التي يحق لها القيام بأعمال في إطار ممارسة سلطة سيادية، والتي تتصرف بتلك الصفة، "3" وكالات الدولة أو أجهزتها أو غيرها من الكيانات، ما دام يحق لها القيام

بأعمال في إطار ممارسة السلطة السيادية للدولة، وتقوم فعلا بهذه الأعمال، "4" ممثلو الدولة الذين يتصرفون بتلك الصفة"

وسنتناول الدولة وما ينطوي تحت مفهومها كما وردت في النص السالف الذكر على النحو التالي:

نصت الفقرة الأولى أن مفهوم الدولة يشمل الدولة ذاتها وأجهزتها المختلفة فهي تشمل رئيس الدولة أو ممثلها كرئيس الوزراء وكافة الوزارات والمؤسسات والأشخاص الاعتبارية العامة التي تمثل الدولة في تعاملاتها وسنتناول الدولة والوحدات التي تتكون منها والأشخاص الاعتبارية العامة ولن نتطرق إلى ممثلي الدولة الذين يتصرفون بتلك الصفة لعدم الخروج عن نطاق موضوع هذه الدراسة كما سبق وأسلفنا.

يشترط لتمتع الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة بالحصانة القضائية، أن تكون متمتعة بالشخصية الدولية وأن تكون ذات سيادة من وجهة نظر القانون الدولي العام، كما تشمل الأشخاص الاعتبارية الدولية بالإضافة إلى الدول والمنظمات الدولية، فالدولة هي المستفيد المباشر من الحصانة، حتى بالنسبة لتلك التي تمنح للمبعوث الدبلوماسي، لأنه يتمتع بالحصانة القضائية بصفته ممثلا للدولة (الترجمان 1996، 121)، كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الحصانة القضائية للدولة تشمل الدول المحمية؛ إذ إن هذه الدول تتمتع بالشخصية الدولية (عبد العال 1986، 195).

ولا يشترط أن تعترف دولة القاضي بالدولة الأجنبية لتتمتع بالحصانة القضائية إذ يتجه الفقه الحديث إلى أن عدم الاعتراف بالدولة لا يؤثر في شخصيتها الدولية، ومن ثم لا يحرمها من التمتع بالحصانة القضائية، فالمعيار المعتمد لذلك هو كون الدولة اكتملت لها عناصر الوجود وتمتعها بالشخصية القانونية الدولية (عماره 2017، 1188).

أما الوحدات التي تتكون منها الدولة والتي نصت عليها الفقرة الثانية من ذات المادة فيقصد بها الوحدات المكونة للدول الاتحادية إذ تُمنح هذه الوحدات المكونة للدولة الاتحادية في بعض النظم الاتحادية الشخصية القانونية الدولية وبالتالي يكون لها ذات الحصانة القضائية الممنوحة للدولة الاتحادية؛ لاعتبارات تاريخية أو سياسية، ولا يشترط لتمتعها بالحصانة القضائية أن تمارس أعمالا سيادية معينه، بينما لا تمنح بعض النظم هذه الوحدات الشخصية القانونية الدولية وبالتالي لا يكون لها ذات الحصانة القضائية الممنوحة للدولة الاتحادية فمنهج الدول الاتحادية غير موحد بهذا الخصوص (حولية لجنة القانون الدولي 2001، 139).

كما نصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على أن الدولة تشمل: وكالات الدولة وأجهزتها أو غيرها من الكيانات، بما أنها يحق لها القيام بأعمال في إطار ممارسة السلطة السيادية للدولة، وتقوم فعلا بهذه الأعمال؛ فإنها تنطوي تحت مفهوم الدولة ويحق لها أن تمارس أعمالا ذات طابع سيادي فإنها تتمتع بالحصانة القضائية بخصوص هذه الأعمال، كما يحق للمناطق التي تتمتع باستقلال ذاتي في دولة ما

وتقوم بأعمال في إطار ممارسة السلطة السيادية للدولة أن تحتج بالحصانة القضائية بخصوص هذه الأعمال (الشاوي 2006، 74).

الفرع الثاني: نطاق الحصانة القضائية للدولة من حيث طبيعة الأعمال:

لقد أدى تطور وظائف الدولة وتوسع نشاطها الاقتصادي إلى بروز عدة اتجاهات فقهية حول حصانتها القضائية، تمحورت حول نظريتين أساسيتين هما: نظرية الحصانة المطلقة، ونظرية الحصانة النسبية.

كان المبدأ السائد في مختلف دول العالم (السيادة المطلقة) حتى أوائل القرن العشرين هو تمتع الدول الأجنبية بإعفاء مطلق من الخضوع لقضاء المحاكم الوطنية للدول الأخرى في جميع المنازعات التي تكون طرفا فيها، إلا إذا قبلت الخضوع لذلك القضاء صراحةً (Scard n.d.).

ويبرر أنصار هذه الاتجاه (مبدأ الحصانة المطلقة) أن سيادة الدولة واستقلالها يتناقضان مع إمكانية خضوعها بأية صورة من الصور لسلطان القضاء في دولة أخرى، ذلك أن خضوع الدولة لقضاء دولة أخرى ينطوي على انتهاك لسيادتها ومساس باستقلالها. وقد طبقت المحاكم الإنكليزية في الماضي نظرية الحصانة المطلقة، وقضت بأن الدولة الأجنبية بشكلٍ عام لا يمكن أن تخضع لقضاء المحاكم الإنكليزية حتى عندما تمارس أنشطة تجارية (الصقلي 2018، 291).

وبسبب تطور دور الدولة واتساع أنشطتها أخذ مبدأ الحصانة المطلقة للدولة يتراجع نتيجة لاتساع دور الدولة وقيامها بأعمال تخرج عن إطار نشاطها التقليدي. إذ أصبحت الدولة تمارس نوعين من الأعمال: أعمال ذات طبيعة سيادية وأعمال ذات طبيعة تجارية وأعمال الإدارة العادية التي تتنازل فيها عن صفتها كدولة ذات سيادة وتتساوى فيها مع الأفراد العاديين مثل عقود الاستثمار (الصقلي 2018، 291).

أما المعايير التي يرجع إليها لتحديد التصرفات والأعمال التي تمارسها الدولة لتحديد فيما إذا كانت تخضع لاختصاص القضاء الوطني لدولة أخرى أم أنها تبقى تحت ضل الحصانة القضائية فقد بين الفقه أهم ثلاثة معايير وهي:

1. معيار الصفة التي تظهر بها الدولة في النزاع، فإذا ظهرت الدولة بمظهر السلطة السيادية فتتمتع في هذه الحالة بالحصانة القضائية، أما إذا ظهرت في النزاع بوصفها شخصا عاديا لا يتمتع بامتيازات السلطة فإنها في هذه الحالة لا تتمتع بالحصانة وتخضع لولاية القضاء الوطني للدول الأخرى (عبد الرحمن 1991، 170).
2. معيار المعاملة بالمثل؛ الذي يعتمد على أساس معاملة الدولة الأجنبية المعاملة نفسها التي تعامل بها الدولة أمام محاكمها الوطنية الدولة الأخرى من حيث الخضوع للقضاء الوطني (المبارك 2023، 399).

3. معيار طبيعة العمل الذي تقوم به الدولة؛ إذ يعتمد هذا المعيار على التفرقة بين الأعمال التي تصدر عن الدولة فيما إذا كانت من أعمال السلطة والسيادة فتتمتع بالحصانة القضائية، أما الأعمال التجارية والإدارية فإن الدولة لا تتمتع بالحصانة القضائية بشأنها (موسى بدون تاريخ).

وقد أخذت بعض الدول بمعيار طبيعة العمل للتفرقة بين الحصانة القضائية في المسائل الجزائية والحصانة القضائية في المسائل المدنية والإدارية في أعمال الدولة، على أساس طبيعة الأعمال التي تقوم بها الدولة إذ ميزت بين الأعمال ذات الصفة السيادية خاصة في المسائل الجنائية والأعمال ذات الصفة المدنية والإدارية، إذ تتمتع الدولة بحصانة قضائية مطلقة في الأعمال ذات الطبيعة السيادية فلا يجوز أن تخضع لقضاء دولة أخرى. أما بالنسبة إلى الأعمال ذات الصفة الاستثمارية، فلا تتمتع الدول الأجنبية بأية حصانة عن أعمالها المدنية والاستثمارية، ومن ثم يمكن خضوعها للقضاء الوطني للدول الأخرى، وهذا ما يسمى بنظرية الحصانة النسبية وكان القضاء الإيطالي والبلجيكي والنمساوي والسويسري والألماني والمصري من أوائل المنادين بمبدأ الحصانة المقيدة للدولة، وفي الوقت الحالي أصبحت الدول تميل إلى الحد من الحصانة القضائية للدولة الأجنبية فيما يتعلق بالعلاقات التجارية (فتياني 2018).

فمعيار التفرقة بين الأنشطة السيادية للدولة التي تتمتع بحصانة مطلقه فيها والأنشطة التي تمارسها التي لا تتمتع بحصانة مطلقة فيها هو طبيعة النشاط وليس غرضه، لتحديد ما إذا كان هذا النشاط من قبيل أعمال السيادة التي تمنع القضاء الوطني من النظر في المنازعات المتعلقة بها أو من قبيل أعمال الإدارة العادية التي لا تتصل بالسلطة العامة، وفي هذه الحالة يجوز لمحاكم الدول الأخرى النظر في المنازعات المتعلقة بها، وأخيراً حتى ولو افترضنا جدلاً ان المستثمر الأجنبي قد حصل على حكم ضد الدولة المضيفة، فقد ينتهي به الأمر إلى العجز عن تنفيذ هذا الحكم في أغلب الأحوال، نظراً لما تقرره التشريعات الوطنية في هذا الفرض من عدم التنفيذ الجبري على الأموال العامة (المجذوب، 2002، صفحة 22).

وما يقال بالنسبة إلى القضاء يقال في التحكيم الاستثماري إذ إن بعض الدول قد تمتنع عن اللجوء للتحكيم الاستثماري بحجة الحصانة القضائية للدولة، إلا أن أغلب الدول تأخذ بمبدأ الحصانة المقيدة في التحكيم إذ تجيز التشريعات الوطنية اللجوء للتحكيم الاستثماري لفض النزاعات الناجمة عن العقود الاستثمارية أو الادارية التي لا تتعلق بأعمال السيادة، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (3) من قانون التحكيم الأردني على: "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في المملكة تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي، يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على إخضاعه لهذا القانون، سواء تعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية أو غير عقديه." (قانون التحكيم الأردني وتعديلاته لسنة2001).

أما القضاء الأردني فقد أخذ أيضاً بمبدأ الحصانة المقيدة إذ تواترت أحكام محكمة التمييز الأردنية على التفرقة بين الأعمال الصادرة عن الدولة بوصفها شخص دولي من جهة وبين تصرفاتها العادية التي تخضع للقانون الخاص من جهة أخرى. فالدولة الأجنبية لا تتمتع بالحصانة القضائية إذا كانت هذه الأعمال ذات طابع تجاري، إذ جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية ما يلي: "إن الدولة العراقية كنظام ..... بمعنى أن الدولة تعتبر هي من قامت بهذه التصرفات والأعمال وأن الوزارة ليس لها كيان مستقل خارج كيان الدولة، بل هي تتكامل مع بعضها البعض في التشكيل القانوني للدولة. 2- إن المعيار الواجب الأخذ به في شأن تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية من عدمه هو التفرقة بين أعمالها الصادرة عنها بوصفها شخصا دوليا من جهة، وبين تصرفاتها العادية التي تخضع للقانون الخاص من جهة أخرى. فالدولة الأجنبية لا تتمتع بالحصانة القضائية عند ممارستها نشاط خاص سواء اتسم هذا النشاط بالطابع التجاري من عدمه." (تمييز حقوق 5468 /2018. تمييز جزاء 374 /2003).

أما التشريع المصري فقد أخذ أيضاً بمبدأ الحصانة القضائية المقيدة إذ نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري على: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ....." (قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية لسنة 1994) كما أوردت المادة الثانية من ذات القانون الحالات التي يكون فيها التحكيم تجارياً. وأوضحت أن هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر. أي أن أي علاقة اقتصادية ذات طبيعة تجارية يكون التحكيم بشأنها تحكيماً تجارياً وبالتالي لا تتمتع الدولة إذا كانت طرفاً فيه بالحصانة القضائية.

كما أخذ القضاء المصري بمبدأ الحصانة القضائية المقيدة للدولة إذ تواترت أحكام محكمة النقض المصرية على أن الحصانة القضائية التي لا تخضع الدولة بموجبها لولاية القضاء في دولة أخرى تقوم أساسا على مبدأ استقلال الدولة وسيادتها في المجتمع الدولي، فهو من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام ومن مقتضاه أن يمتنع على محاكم دولة أن تقضى في حق دولة أخرى بالنسبة للأعمال التي تصدر منها وهي تباشر سلطاتها بصفتها صاحبة سلطة وسيادة، أما التصرفات العادية وأعمال التجارة فلا تشملها الحصانة القضائية للدولة، إذ جاء في حكم لها: " أن الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما يبنى عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى لما في ذلك من مساس بسلطة الدولة وسيادتها واستقلالها وعلى المحكمة أن تقضى في هذه الحالة بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ما لم تتنازل الدولة عن تلك الحصانة فتقبل ولاية قضاء دولة أخرى، إلا أنه لما كانت الحصانة غير مطلقة وإنما تقتصر على الأعمال التي تباشرها الدولة الأجنبية بما لها من سيادة فلا تندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما

يتفرع منها من منازعات مما تنحسر عنه هذه الحصانة" (نقض مدني 14963 / 2017و حكم محكمة النقض المدنية 11590 / 2011. وحكم محكمة النقض المدنية 13921 / 2017. منشورات قسطاس)

وعلى هذا النهج سار أيضاً المشرع والقضاء الفرنسي حيث استبعد كلاً منهما الأنشطة التجارية التي تمارسها الدولة من الحصانة القضائية للدولة، ومنحها للدولة فقط بشأن أعمال السلطة العامة (بهاء الدين، 2017- 2018، صفحة 70).

وبالنظر في اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لسنة 2004 نجد أنها أخذت بمبدأ الحصانة المقيدة إذ حددت في المواد من (10 – 16) الأعمال التي لا يجوز للدولة أن تحتج فيها بالحصانة القضائية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك فجعلت من إرادة الطرفين هي المرجع في تحديد ما يمكن أن ينطوي من أعمال تحت الحصانة القضائية وما يخرج عن نطاقها:

اولاً: الأعمال التجارية وهذه الأعمال هي:

1. المعاملات التجارية

أوضحت المادة (10) من ذات الاتفاقية أنه إذا دخلت دولة ما في معاملة تجارية مع شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ثم حدث نزاع بشأن هذه المعاملة التجارية وكان هذا النزاع يدخل ضمن ولاية محكمة دولة أخرى، بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص، فلا يجوز في هذه الحالة للدولة أن تحتج بالحصانة من تلك الولاية.. كما لا يجوز للدولة أن تحتج بالحصانة القضائية عندما تكون إحدى المؤسسات الحكومية أو الكيانات الأخرى التي أنشأتها الدولة والتي لها شخصية قانونية مستقلة وتتمتع بأهلية التقاضي كطرف في النزاع، كذلك إذا كانت هذه المؤسسات الحكومية والكيانات الأخرى التابعة لها تتمتع بأهلية اكتساب الأموال أو امتلاكها أو حيازتها والتصرف فيها، بما في ذلك الأموال التي رخصت لها الدولة بتشغيلها أو بإدارتها إذا كانت طرفا في نزاع يتعلق بمعاملة تجارية لذلك الكيان.

وقد استثنت هذه المادة الحالتين التي يجوز للدولة أن تتمسك بحصانتها القضائية فيها وهي: إذا كانت المعاملة التجارية بين الدول أو إذا اتفق طرفا النزاع المتعلق بالمعاملة التجارية على غير ذلك صراحة

2. عقود العمل

نصت المادة (11) على عدم جواز احتجاج الدولة بالحصانة القضائية في المنازعات المتعلقة بعقود العمل المبرمة بين الدولة وفرد من الأفراد بشأن عمل تم أداؤه أو يتعين أداؤه كليا أو جزئيا في إقليم تلك الدولة الأخرى إذا كان النزاع من اختصاص دولة أخرى من جميع الوجوه، ما لم تتفق الدولتان المعنيتان على غير ذلك.

واستثنت من هذه الأعمال الحالات التالية: إذا كان المستخدَم قد وظِّف لتأدية مهام معينة تتعلق بممارسة السلطة الحكومية أو إذا كان المستخدَم موظفا دبلوماسيا حسبما هو معرف في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام أو موظفا قنصليا حسبما هو معرف في اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 أو موظفا دبلوماسيا في بعثات دائمة لدى منظمة دولية أو عضوا في بعثة خاصة، أو عين ممثلا لدولة في مؤتمر دولي أو أي شخص آخر يتمتع بالحصانة الدبلوماسية أو إذا كان النزاع يتعلق بتوظيف فرد أو تجديد استخدامه أو إعادته إلى وظيفته أو صرفه من الخدمة او إنهائها، وقرر رئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو وزير الخارجية للدولة المستخدِمة، أن هذه الدعوى تخل بالمصالح الأمنية لتلك الدولة، إذا كان المستخدم وقت إقامة الدعوى مواطنا من مواطني الدولة التي تستخدمه، ما لم يكن لهذا الشخص محل إقامة دائمة في دولة المحكمة، أو اتفاق الدولة المستخدِمة والمستخدَم كتابة على غير ذلك، مع عدم الإخلال بالنظام العام الدولي الذي يخول محاكم دولة المحكمة دون غيرها الولاية القضائية بسبب الموضوع محل الدعوى.

3. الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات

إذا كانت الدعوى تتعلق بالتعويض النقدي عن وفاة شخص أو عن ضرر لحقه أو عن الإضرار بممتلكات مادية أو عن ضياعها، نتيجة لفعل يدعي المدعي نسبته إلى الدولة أو إحدى المؤسسات أو الكيانات التابعة لها أو امتناع عن عمل، إذا كان الفعل أو الامتناع قد وقع كليا أو جزئيا في إقليم تلك الدولة الأخرى وكان الفاعل أو الممتنع موجودا في ذلك الإقليم وقت حدوث الفعل أو الامتناع فلا يجوز للدولة أن تحتج بالحصانة من الولاية القضائية أمام محكمة دولة أخرى تكون من جميع الوجوه الأخرى هي المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى، ما لم تتفق الدولتان المعنيتان على غير ذلك.

4. الملكية وحيازة الممتلكات واستعمالها

أوضحت المادة (13) من ذات الاتفاقية أنه لا يجوز لدولة أن تحتج بالحصانة القضائية أمام محكمة دولة أخرى، هي المختصة بالنظر في النزاع، إذا كانت الدعوى تتعلق بحق أو مصلحة للدولة في ممتلكات عقارية واقعة في دولة المحكمة، أو حيازتها أو استعمالها، أو التزام للدولة ناشئ عن مصلحتها في هذه الممتلكات أو حيازتها أو استعمالها أو حق أو مصلحة للدولة في ممتلكات منقولة أو عقارية ينشأ عن طريق الإرث أو الهبة أو الشغور أو حق أو مصلحة إدارة ممتلكات مثل ممتلكات الائتمان أو أموال شخص مفلس أو ممتلكات شركة في حالة تصفيتها. ما لم تتفق الدولتان المعنيتان على غير ذلك.

5. : الملكية الفكرية والصناعية

أوضحت المادة (14) أنه لا يجوز للدولة أن تحتج بالحصانة القضائية أمام محكمة دولة أخرى، تكون هي المختصة بالفصل في حق للدولة في براءة اختراع، أو تصميم صناعي، أو اسم تجاري أو عنوان تجاري، أو علامة تجارية، أو حق المؤلف، أو أي شكل آخر من أشكال الملكية الفكرية أو الصناعية يتمتع بقدر من الحماية القانونية، ولو كان مؤقتا، في دولة المحكمة أو بتعدٍّ يدَّعي المدعي أن الدولة قامت به،

في إقليم دولة المحكمة، على أي حق من الحقوق المذكور في الفقرة (أ) من هذه المادة يخص الغير ويتمتع بالحماية في دولة المحكمة. ما لم تتفق الدولتان المعنيتان على غير ذلك.

6. . الاشتراك في شركات أو في هيئات جماعية أخرى

أوضحت المادة (15) من ذات الاتفاقية أنه لا يجوز الاحتجاج بالحصانة القضائية أمام محكمة دولة أخرى هي المحكمة المختصة بالنظر في دعوى تتعلق باشتراكها في شركة أو في هيئة جماعية أخرى، سواء كانت متمتعة بالشخصية القانونية أم لا، باعتبارها دعوى تتعلق بالعلاقة بين الدولة والهيئة أو المشتركين الآخرين فيها، بشرط أن تكون الهيئة: فيها مشتركون من غير الدول أو المنظمات الدولية او أنشئت أو أسست وفقا لقانون دولة المحكمة أو يقع مقرها أو مكان عملها الرئيسي في تلك الدولة. ما لم تتفق الدولتان المعنيتان على غير ذلك سواءً باشتراط ذلك في اتفاق مكتوب أو إذا تم تضمين الصك المنشئ أو المنظم للهيئة المذكورة أحكاما بهذا المعنى.

7. السفن التي تملكها أو تشغلها الدولة

نصت المادة (16) على أنه لا يجوز لدولة تملك سفينة أو تشغلها أن تحتج بالحصانة القضائية أمام محكمة دولة أخرى، تكون هي المحكمة المختصة بالنظر في دعوى تتعلق بتشغيل تلك السفينة إذا كانت السفينة وقت نشوء سبب الدعوى، مستخدمة في غير الأغراض الحكومية غير التجارية. ما لم تتفق الدولتان المعنيتان على غير ذلك. إلا أن هذا النص منح الدولة الحق في الاحتجاج بالحصانة القضائية في الحالات التالية: السفن الحربية أو السفن البحرية المساعدة وكذلك السفن الأخرى التي تملكها أو تشغلها دولة وتكون مستخدمة، في ذلك الحين، في الخدمة الحكومية غير التجارية دون غيرها.

كما نصت المادة (16) من ذات الاتفاقية على عدم جواز الاحتجاج بالحصانة من الولاية القضائية أمام محكمة دولة أخرى تكون المحكمة المختصة، في دعوى تتعلق بنقل حمولة على متن سفينة تملكها أو تشغلها تلك الدولة إذا كانت السفينة وقت نشوء سبب الدعوى، مستخدمة في غير الأغراض الحكومية غير التجارية. ما لم تتفق الدولتان المعنيتان على غير ذلك. واستثنى من ذلك بأجازة الاحتجاج بالحصانة من الولاية القضائية إذا تعلق النزاع بأي حمولة منقولة على متن السفن المشار إليها في الفقرة الثانية، كما لا تسري على أي حمولة تملكها دولة وتكون مستخدمة أو مزمعا استخدامها في الأغراض الحكومية غير التجارية دون غيرها. كما يجوز للدول أن تتمسك بجميع أوجه الدفع والتقادم وتحديد المسؤولية التي تكون متاحة للسفن والحمولات الخاصة ومالكيها.

أما إذا أثيرت في أي دعوى مسألة تتعلق بالطابع الحكومي وغير التجاري لسفينة تملكها أو تشغلها دولة ما أو لحمولة تملكها دولة ما، فإن المرجع في تحديد ما إذا كانت ذات طابع تجاري أو حكومي هو شهادة

موقعة من ممثل دبلوماسي أو من سلطة مختصة أخرى في تلك الدولة ومقدمة إلى المحكمة تعتبر دليلا على طابع تلك السفينة أو الحمولة.

ثانياً: المسائل التي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم

لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتعارض مع النظام العام، كما يجب على المحكم ألا يخالف أثناء نظر الخصومة التحكيمية ضمانات تحقيق العدالة لارتباطها بفكرة النظام العام وأهمها حق الدفاع واحترام المواجهة ومراعاة المساواة بين الخصوم كما يجب ألا يكون في الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ، وعليه فإن فكرة النظام العام تحاصر السلطات الثلاثة التي تتجاذب التحكيم، سلطة الأطراف في الاتفاق، وسلطة محكمة التحكيم في إصدار الحكم وسلطة الدولة في تنفذه (بن تركية، 2022، صفحة 721).

أما قانون التحكيم الأردني رقم (30) لسنة 2001 فقد أوضحت الفقرة الأولى من المادة (3) منه أن أي منازعة قانونية وأيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع يمكن أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم. إلا أن المادة (9) من ذات القانون نصت على: "...ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح". ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع قد ربط بين قواعد التحكيم وقواعد الصلح التي أيضاً لم يحدد نطاقها، وبالرجوع إلى القواعد العامة الخاصة بأحكام العقود نجد أن نص المادة (89) من القانون المدني الأردني قد جاء فيه: "تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل". (القانون المدني الأردني لسنة 1976)

وقد نصت المادة (163) من القانون المدني الأردني على شروط التعاقد والحالات التي لا يجوز التعاقد عليها وبالتالي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم وهي:"

1. يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد.
2. إن منع الشارع التعامل في أي شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً.
3. يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية: كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال، والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في المال المحجوز ومال الوقف ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"

إن فكرة النظام العام فكرة نظرية نسبية غير ثابتة ويختلف مفهوم النظام العام من مجتمع لآخر، ومن زمان لآخر. إلا أن ذلك لم يمنع من تعريفه إذ عرف بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الفرد، سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو خلقية" (البشري، 2005، صفحة 25).

بعد أن بيّنا المقصود بالنظام العام فإننا سنكتفي بذكر المسائل غير تجارية التي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم دون البحث فيها لعدم الخروج عن موضوع الدراسة وعلى النحو التالي:

أولاً: المسائل المتعلقة بالنظام العام

1. مسائل الأحوال الشخصية.
2. المسائل المتعلقة بالآداب العامة.
3. المسائل المتعلقة بالجنسية.
4. المسائل الجنائية.
5. المسائل المتعلقة بإجراءات التقاضي والتنفيذ (أبو الوفا، 2001، صفحة 80).

المطلب الثاني: أثر الحصانة القضائية للدولة على الاختصاص القضائي والتحكيمي:

إن استقرار المعاملات الدولية يتطلب الحد من الحصانة القضائية في مواجهة إجراءات التحكيم الاستثماري إذ إن إقرار هذا الحق للدولة هو أمر استثنائي تقرر لها في حالات خاصة وإن القول بامتداد نطاقه في إطار التحكيم الاستثماري سيؤدي إلى التخوف من الدخول في العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفا فيها، لما يمثله من تهديد للتوقعات المشروعة للطرف الآخر في العقد وقيدا على الاستثمار التجاري الدولي. والسؤال الذي يطرح الأن هو هل يمكن للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة أن تحتج بالحصانة القضائية في مواجهة التحكيم الاستثماري الذي خضعت له بإرادتها من خلال التوقيع على اتفاق التحكيم؟ للإجابة على هذا السؤال سنتناول هذا المطلب في فرعين وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: أثر اتفاق التحكيم على اختصاص القاضي الوطني النظر في النزاع:

لا يجوز لأي طرف من أطراف النزاع بعد التوافق على اتفاق التحكيم التحلل منه، حتى ولو كان هذا الطرف هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، فلا يصح الانسحاب منه بصورة منفردة، كما يترتب على اتفاق التحكيم أثر في غاية الأهمية، وهو منع القاضي الوطني من نظر النزاع طالما وجد اتفاق تحكيم وتمسك به أحد الأطراف (مسعود، 2022، صفحة 294) . إذ نصت المادة (8) من قانون التحكيم الأردني وتعديلاته رقم (31) لسنة 2001 على: "لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا في الأحوال المبينة فيه، وذلك دون إخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على إجراءات التحكيم ...."، كما نصت المادة (12) من ذات القانون على: "أ. على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى."

تعد الدفوع وسيلة لدحض ادعاءات الخصم، وبما أن اتفاق التحكيم يسلب القاضي ولايته في النظر في الخصومة، ويمنح المدعى عليه الحق في التمسك باللجوء لنظام التحكيم بدل القضاء الوطني، فالسؤال

الذي يثار هنا ماذا لو كان اتفاق التحكيم في حد ذاته هو موضوع الدفع بعدم الصحة أو بسقوطه أو بعدم شموله لموضوع النزاع.

والسؤال الذي يثار هنا هو ماذا لو تبين للقاضي بأن اتفاقية التحكيم واضحة البطلان أو غير قابلة للتطبيق فهل يبقى مختصا بنظر الدعوى الموضوعية؟ لم يعالج المشرع الأردني هذه الحالة إلا أن القواعد العامة تلزم القاضي بالتحقق من صحة الدفع ببطلان الاتفاقية وإذا ما توصل لصحة هذا الدفع فهنا يكون القاضي مختصا برؤية الدعوى ويحكم بقبول هذه الدفوع ويقرر رد طلب التحكيم بحكم بطلانه (الدبوبي، 2020).

قد ينازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم قبل فصل هيئة التحكيم في النزاع وذلك استنادا للقواعد العامة في الأحوال التي يكون فيها اتفاق التحكيم باطلا لانعدام أهلية الشخص المعنوي العام لإبرام اتفاق التحكيم، أو إذا كانت إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الرضا، أو إذا كان محل اتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام، أو مما لا يجوز اللجوء بشأنه إلى التحكيم بنص القانون. وهنا ترسخ مبدأ مهم وهو مبدأ الاختصاص بالاختصاص وهو منح هيئة التحكيم سلطة النظر في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه، فإذا تم تشكيل هيئة التحكيم وبدأت في الإجراءات، عندئذ يمتنع على القضاء الوطني الفصل في صحة اتفاق التحكيم إلا تبعا للطعن ببطلان حكم التحكيم بعد صدوره، بذلك تكون هذه المسألة مانعا يمنع قضاء الدولة من الفصل في تلك الدفوع قبل صدور حكم التحكيم في موضوع النزاع (مسعود، 2022، صفحة 294)، وهذا الحكم يستنبط من نص المادة (21) من قانون التحكيم الأردني وتعديلاته رقم (31) لسنة 2001 والتي نصت على: "أ. تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع."

وبالنظر في أحكام محكمة التمييز الأردنية نجد أنها أكدت على مبدأ عدم تدخل القضاء الوطني بإجراءات التحكيم إذ جاء في حكم لها: .... بموجب المادة (8) من القانون المذكور وهو ما يعرف بمبدأ عدم تدخل القضاء في التحكيم فقد أجاز المشرع تدخل القضاء في مسار العملية التحكيمية إلى حين تنفيذ الحكم الصادر عنها ضمن دورين محددين بغية تحقيق الفعالية والتكامل بين هذين النظامين الأول وهو الدور المساعد لأطراف التحكيم من خصوم ومحكمين، والثاني المتعلق بالدور الرقابي على أحكام المحكمين، حيث يمارس من خلاله سلطته القانونية في إبطال حكم التحكيم كلياً أو جزئيا أو يأمر بتنفيذه ... " (تمييز حقوق 2301 / 2022، منشورات قسطاس)

أما قانون التحكيم المصري فقد نص أيضاً على مبدأ الاختصاص بالاختصاص وجاء بذات المعنى الوارد في قانون التحكيم الأردني إذ نصت المادة (13) من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 على: "– ١ يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

٢- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم."

كما أن المشرع الفرنسي نص على أن هيئة التحكيم تختص بكافة الدفوع التي تثار خلال إجراءات التحكيم وحتى صدور الحكم التحكيمي، إلا أنه أورد استثناءً على ذلك وهو جواز تعرض القضاء الفرنسي لفحص مشروعية اتفاق التحكيم قبل أن تفصل هيئة التحكيم فيه، وذلك في الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، فنص في المادة (1458) من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "إذا رفع نزاعا أمام محكمة قضائية سبق رفعه أمام محكمة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم، فعلى تلك المحكمة إعلان عدم اختصاصها، وإذا لم يسبق لمحكمة التحكيم أن تعهدت بالنزاع فيلزم أيضا على المحكمة القضائية إعلان عدم اختصاصها، إلا إذا كان هذا الاتفاق ظاهر البطلان، ولا يجوز للمحكمة في أي من الحالتين أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها" (مسعود، 2022، صفحة 295).

الفرع الثاني: أثر الحصانة القضائية على اتفاقية التحكيم

تعد الحصانة القضائية للدول من المبادئ المستقرة في القانون الدولي، وبالتالي عدم اختصاص أي قضاء آخر سواء أكان قضاءً رسمياً في دولة أجنبية أمْ قضاءً تحكيمياً بنظر النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها.

تكمن خطورة الحصانة القضائية في عقود الاستثمارات الأجنبية في احتمالية تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام التحكيم، وبالرغم من أن الاتفاق التحكيمي أحد أهم ضمانات المستثمر الأجنبي في تعاقده مع الدولة المضيفة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة في حالة قيام نزاع، إلا أن احتمالية تمسك الدولة بحصانتها القضائية يهدد هذه الضمانة

إن التمسك بالحصانة القضائية مؤداه عودة المنازعة مرة أخرى لاختصاص المحاكم الوطنية مما يتعارض مع رغبة المستثمر في عدم الخضوع لقضاء الدولة المضيفة، مما حدى بأغلب الدول تقرير مبدأ الحصانة القضائية المقيدة والتي تعني قصر الحصانة القضائية على بعض الأنشطة التي تمارسها الدولة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة واستبعادها من نطاق الأنشطة التجارية.

يقتضي البيان ابتداءً أن غالبية النظم القانونية نظمت التحكيم كوسيلة بديلة لفض النزاعات الاستثمارية سواء كان ذلك بموجب الاتفاقيات الدولية أو في التشريعات الوطنية، وبذلك يكون الحق باللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات الاستثمارية غير مقيد إلا في الحدود التي رسمتها تلك القوانين، إذ أجازت بعض النظم القانونية اللجوء إلى التحكيم في المسائل التي يجوز الصلح فيها، أما المسائل التي لا يجوز الصلح فيها بموجب القانون، فقد اتفقت جل التشريعات عدم جواز التحكيم بشأنها. وهذه المسالة تعد من النظام العام، ويترتب على عدم مراعاتها في اتفاق التحكيم بطلانه (شيعان، 2018، صفحة 45).

لقد نصت غالبية التشريعات التي نظمت التحكيم الاستثماري على أن ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، وما لا يصح فيه الصلح لا يصح فيه التحكيم. إذ نصت على هذا المبدأ صراحة المادة (9) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 على: "..... ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح." كما أن المشرع المصري نص على ذلك في المادة (11) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في شقها الأخير التي نصت على: ".....، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" وبذات المعنى جاءت المادة (254) من قانون المرافعات العراقي إذ نصت على: "لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز الصلح فيها....،". أما القانون الفرنسي وكذلك القانون البريطاني فلم ينص على هذا الشرط وإنما اقتصر الأمر على ضرورة أن يتم الاتفاق بشكل واضح على موضوع النزاع محل التحكيم (شيعان، 2018، صفحة 45).

إذا كان من المتفق عليه أن الدولة من حقها التمتع بالحصانة القضائية من الخضوع إلى القضاء الوطني لدولة أخرى، استناداً إلى المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام وهي مبدأ السيادة ومبدأ استقلال الدول، وأن الدولة لها الحق في اللجوء إلى التحكيم، مما يعني أن الدولة قد تتمسك بالحصانة القضائية للتخلص من اتفاق التحكيم في مواجهة إجراءات التحكيم، فإن ذلك يتطلب الموازنة بين اعتبارين؛ الأول: حصانة الدولة القضائية والثاني: حماية المتعاملين مع الدولة في علاقاتهم القانونية ذلك إن العدالة تقتضي توفير الحماية لجميع الأطراف دون تمييز فيما بينهم.

وقد اختلف الفقه حول أثر اتفاق التحكيم الاستثماري على حصانة الدولة القضائية إلى خمسة اتجاهات وهي:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم يعني تنازلها عن الدفع بالحصانة القضائية ليس فقط في مواجهة قضاء التحكيم بل يمتد ليشمل القضاء الوطني عند تصديه لمسألة تتعلق بالتحكيم وهذا الأمر يستند إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (TAI, 2014, p. 957)، ومبدأ حسن النية الذي يقتضي موافقة الدولة ليس على تسوية النزاع وفق التحكيم فقط بل يشمل جميع الإجراءات القضائية ذات الصلة بموضوع التحكيم، وتم التعبير عن هذه الفكرة بنظرية التنازل المزدوج عن الحصانة القضائية فلا يتصور تمسك الدولة بحصانتها القضائية بعد أن وافقت على اللجوء إلى التحكيم والبدء بإجراءاته، فقبول الدولة بسلوك طريق التحكيم يفيد تنازلها عن حصانتها في مواجهة قضاء التحكيم ويمتد نطاقه ليشمل القضاء الوطني الذي يتصدى لموضوع من موضوعات التحكيم (صبح، 2021، صفحة 106). ويبرر أنصار هذه النظرية رأيهم بما يلي:

1. إن دخول الدولة في اتفاق التحكيم الاستثماري وقبولها في المشاركة بالإجراءات المتعلقة بهذا التحكيم ما هو إلا تنازلاً ضمنياً عن حصانتها القضائية (أبو زيد، 2010، صفحة 434).

2. إن دخول الدولة في اتفاق تحكيم استثماري مع طرف خاص بشأن نزاع تجاري، يمنعها من التمسك بالحصانة القضائية، إذ إن موضوع التحكيم ذو طبيعة تجارية والمسائل التجارية لا تدخل في نطاق الحصانة القضائية للدولة (فتياني 2018، 30).

3. من المبادئ المستقرة في إطار الالتزامات الدولية: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات، وكلها مبادئ توجب الالتزام باتفاق التحكيم والخضوع للتحكيم وعدم التمترس خلف الحصانة القضائية للدولة (الفقي 2005، 178).

4. يستمد المحكم سلطاته من الأطراف وليس من قضاء دولة وطنية، إذ إن قضاء التحكيم خاص فهو لا يمثل دولة معينة او أحد موظفيها، وإن صدور الحكم بدون الاستناد إلى سيادة دولة معينة لا يشكل خرقا لسيادة الدولة المتعاقدة في تسوية منازعاتها عن طريق التحكيم، ذلك إن الحصانة القضائية هي ميزة تمنح إلى الدولة في مواجهة قضاء دولة أخرى وليس أمام التحكيم الذي يعتبر قضاء غير عادي (السيد 2005، 203).

5. نظمت معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية التحكيم الاستثماري؛ وبالتالي عدم جواز الاحتجاج بالحصانة من الولاية القضائية فيما يتعلق بالأنشطة التجارية كما نصت هذه القوانين والاتفاقيات على وجوب تنفيذه كاتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، اتفاقية نيويورك لسنة 1958 وقانون الحصانات السيادية الأجنبية الامريكي لسنة 1976 (محمد، 2020، الصفحات 189-201).

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أن قبول الدولة للجوء إلى التحكيم هو استثناء وتفسير هذا الاستثناء أمر لا يجوز التوسع فيه من حيث الأخذ بالإرادة الضمنية للدولة بل لابد أن تكون هذه الإرادة صريحة للاعتداد بها وبالتالي فإن حق الدولة بالدفع بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى بشأن إجراء يتعلق بموضوع التحكيم لا يسقط إذ عندما تتفق على الخضوع إلى إجراءات التحكيم فإن ذلك لا يعني تنازلها عن حقها بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى (شيعان، 2018، صفحة 48).

الاتجاه الثالث: يرى أنصار هذا الاتجاه أن رضا الدولة وقبولها شرط التحكيم في العقد الذي سبق وأن أبرمته مع الأشخاص الأجنبية الخاصة بإرادتها الحرة يعد تنازلاً ضمنياً منها عن حصانتها القضائية في مجال التحكيم بالنسبة للموضوع الذي تم الاتفاق عليه، ولكن هذا التنازل ليس مطلقاً، وأنما هو تنازل خاص بحصانتها بالنسبة للموضوع الذي تم الاتفاق على التحكيم بشأنه واشترط أنصار هذا الاتجاه أن يكون هذا التنازل بموجب اتفاقية دولية سبق التوقيع عليها من قبل الدولة المتعاقدة والتي تعد تعبيراً عن السيادة التي تتذرع بها الدولة للتنصل من اتفاق التحكيم (صبح،2009، 106).

الاتجاه الرابع: يرى أنصار هذا الاتجاه أن من حق الدولة أن تتمسك بحصانتها القضائية في مواجهة التحكيم كما هو الحال بالنسبة لقضاء الدول الأخرى، وسندهم في ذلك أن قضاء التحكيم يعد منظمة أجنبية،

إذ يتم خارج إقليم الدولة، ويطبق قوانين أجنبية، كما أن المحكمين الذين يتولون الفصل بالنزاع من جنسيات مختلفة (شتا، 2009، صفحة 125).

الاتجاه الخامس: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التمييز بين الأعمال الخاصة بالسيادة المتعلقة بالقانون العام، والأعمال التجارية والأنشطة الاقتصادية التي تصدر عن الدولة بوصفها فرد عادي وليس دولة صاحبة سلطة وسيادة، وبالتالي فإن خضوع الدولة للتحكيم لا يمس بسيادة الدولة واستقلالها، ذلك أن الدولة تهدف من وراء ذلك إلى إدارة وتسيير مرافق عمومية اقتصادية من خلال إبرام عقود مع أشخاص خاصة أجنبية، بينما تتمتع الدولة بالحصانة القضائية عندما تقوم بإدارة المرافق العمومية الأخرى، أي عندما تمارس أعمال بوصفها صاحبة سلطة وسيادة (عبد، 2011، صفحة 93) .

- رأي الباحث

– يتفق الباحث مع الاتجاه الذي يرى وجوب التمييز بين الأعمال التي تصدر عن الدولة بوصفها دولة صاحبة سلطة وسيادة وبين الأعمال التي تصدر عن الدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الخاص في نطاق الأعمال التجارية، إذ إن الدولة تحتفظ بحصانتها في الحالة الأولى، ولا تتمتع بالحصانة القضائية في الحالة الثانية.

الخاتمة:

وبعد أن انتهينا من هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من النتائج التي تم استخلاصها من هذه الدراسة وبعض التوصيات التي يرى الباحث ضرورة الأخذ بها وهي:

اولاً: النتائج:

1. يقوم اللجوء إلى التحكيم الاستثماري على مبدأ سلطان الإرادة في كافة مراحله المتعلقة باتفاق التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم وتحديد اختصاصها، وكذلك القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع.
2. عدم وجاهة مبررات الحصانة القضائية للدولة في إطار التحكيم الاستثماري، إذ إن لجوء الدولة إلى التحكيم بأراداتها لا يمس سيادتها واستقلالها.
3. تطور مفهوم الحصانة القضائية للدولة من الإطلاق إلى النسبية، إذ إنها لا تشمل العقود الاستثمارية التي تكون الدولة طرفا فيها، وإنما تنحصر في التصرفات الصادرة عن الدولة بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، وبالتالي لا تحول الحصانة القضائية للدولة من خضوعها للتحكيم الاستثماري.
4. إن دخول الدولة في اتفاق التحكيم مع المستثمر، يُعد بمثابة تنازل عن حصانتها القضائية، وأنه لا يُجدي نفعاً تمترس الدولة خلف الحصانة القضائية للتهرب من اللجوء إلى التحكيم.
5. تعد الحصانة القضائية من المواضيع الهامة الخاصة بالقانون الدولي الخاص والتي قد تسبب في امتناع المستثمرين عن اللجوء إلى إبرام عقود استثمار اقتصادية ذات أهمية اقتصادية مع الدولة

ثانياً: التوصيات:

1. يتمنى الباحث على المشرع الأردني النص صراحة على أن لا حصانة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها في التحكيم الاستثماري وتحديد الأموال والممتلكات المرتبطة بسيادة الدولة والتي لا يجوز أن تخضع للتحكيم.
2. يتمنى الباحث على أطراف التحكيم الاستثماري الذي تكون الدولة أحد أطرافه النص صراحة على تنازل الدولة عن حصانتها القضائية في الاتفاق التحكيمي.
3. يتمنى الباحث على المشرع الأردني النص صراحة في قانون أصول المحاكمات المدنية أن الحكم التحكيمي الاستثماري يكون له القوة التنفيذية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

المراجع

TAI, H. (2014). *STATE INCAPACITY AND SOVEREING IMMUNITY IN INTERNATIONAL ARPETRATION, Singapore academy of low journal, 26 saclg,.*

أحمد أبو الوفا. (2001). *التحكيم الاختياري والإجباري، ط4*. الاسكندرية: منشاة المعارف.

أحمد محمد عبد البديع شتا. (2009). *شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء ومراكز التحكيم العربية والدولية، الطبعة الرابعة*. القاهرة: دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع.

جارد محمد. (2020). *أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم- دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، لعدد 1 ، جانفي 2020*. الجزائر: جامعة عمار ثليجي بالأغواط.

حيطوم مسعود. (2022). خصوصية اتفاق التحكيم في العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، ميلة - ، *مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، المجلد: 8 العدد: 2*، صفحة ص294.

خ الدبوبي. (2020). *محاضرات فـــي مادة مدى الرقابة القضائية على أحكام التحكيم، ماده مرخص بنشرها من المعهد القضائي*. تم الاسترداد من على الرابط: https://alhsoun.com/upload/Law63dcf5aba1c563.84120686.pdf

رشا خليل عبد. (2011). التحكيم في المنازعات ومدى تأثره بسيادة الدولة. *مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد: الأول، المجلد: الرابع*، صفحة ص93.

سراج حسين أبو زيد. (2010). *التحكيم في عقود البترول*. القاهرة: دار النهضة العربية.

ع الأسدي. (2010). *2010/1/24، المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة عن الجريمة الدولية ومشكلة الحصانات في القانون الدولي، الحوار المتمدن*. تم الاسترداد من على الرابط: https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=%202006

عماد طارق البشري. (2005). *فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق: دارسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي* (المجلد ط2). بيروت: المكتب الاسلامي.

غسان علي عواطف صبح. (2021). أثر شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة. *مجلة جامعة تشرين. العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد: 34، العدد: 4*، صفحة ص106.

فراس كريم شيعان. (2018). آثر اتفاق التحكيم على الدفع بالحصانة القضائية. *مجلة الكلية الاسلامية الجامعة في النجف الاشرف، مجلد: 1* عدد: *50*، صفحة ص45.

فريجه رمزي بهاء الدين. (2017- 2018). *شرط التحكيم ودوره في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، رسالة ماجستير*. الجزائر: جامعة د الطاهر مولاي سعيدة.

ليندة أديبة بن تركية. (2022). مطابقة أحكام التحكيم التجار الدولي للنظام العام الدولي في القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة، *مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد: الثامن، العدد: 2*، صفحة ص721.

محمد المجذوب. (2002). *القانون الدولي العام*. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

ميثاق الأمم المتحدة. (بدون تاريخ). *موقع الامم المتحدة*. تم الاسترداد من على الرابط: https://www.un.org/ar/about-us/un-charter/full-text