

الرقم التسلسلي:

جامعة سعيدة – الدكتور مولاي الطاهر

كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة

مقدمة لنيل شهادة

دكتوراه العلوم

التخصص: القانون الخاص

من طرف:

زيبار الشاذلي

عنوان الأطروحة

الأطر القانونية لاتفاق التحكيم وفاعليته

في حماية الاستثمار الأجنبي

في إطار الاتفاقيات الدولية



أطروحة مناقشة بتاريخ 2019/05/02 امام لجنة المناقشة المشكلة من:

| الرقم | اللقب والإسم | الرتبة | المؤسسة | الصفة |
|-------|-----------------------|----------------------|-----------------------------|---------|
| 1 | د- عثماني عبد الرحمان | استاذ محاضر "أ" | جامعة سعيدة- د مولاي الطاهر | رئيساً |
| 2 | د- هامل هواري | استاذ محاضر "أ" | جامعة سعيدة- د مولاي الطاهر | مشرفاً |
| 3 | أ.د- بوسماحة الشيخ | استاذ التعليم العالي | جامعة تيارت - ابن خلدون | مناقشاً |
| 4 | د- عمارة فتيحة | استاذ محاضر "أ" | جامعة سعيدة- د مولاي الطاهر | مناقشاً |
| 5 | د- ولد عمر طيب | استاذ محاضر "أ" | جامعة تيارت - ابن خلدون | مناقشاً |

السنة الجامعية: 2018-2019

﴿ قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ
تَشَاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَتُذِلُّ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ
شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾

أل عمران ، الآية 26.

شكر و تقدير

إنني عاجز حقا عن إيجاد العبارات و الكلمات التي من خلالها أعبر عن شعوري و إحساسي نحو أستاذي الفاضل المشرف الدكتور : " هامل هواري " لقد وافقتم على الإشراف دون تردد و سخرتم مكتبتكم و كأنها ملك لي و صبرتم علي طيلة هذه السنوات رغم المسؤوليات و المهام المنوطة بكم على المستويين الجامعي و المهني و أخذتم بيدي إلى آخر حرف من هذه الرسالة .
لم ولن أنسى المناقشات و التوجيهات و الملاحظات التي عشتها معكم عبر هذه الرحلة العلمية الشاقة و الشيقة في أن واحد
إنها حقا الفكر و العلم ، فكنتم نعم الأستاذ و نعم المشرف فالشكر الجزيل لكم .
و أعتنم هذه الفرصة لأتقدم بالشكر و العرفان إلى الأستاذ الكبير الدكتور: " بوسماحة الشيخ " الذي كان له الفضل في انطلاق هذا البحث و الذي مازال يشجعني على إنهاء هذا العمل المتواضع .
و كل الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة .
أشركم جميعا و أشكر جميع من ساعدني على إتمام هذه الرسالة .

زيبار الشاذلي

إهداء

أهدي أولى ثماري المتواضعة إلى والدي الكريمين ، رحمهما الله و أسكنهما فسيح جنانه
إلى الصقر النادر الذي طالما أظلني بجناحيه و أمدني بكل ما يملك و الذين زرع في قلبي حب العلم و خدمني لأجله بكل تفاني إليك أخي الفاضل " عمار "

إلى التي صبرت معي ووقفت إلى جانبي في كل شيء...
والتي أرجو من الله أن تكون سيدة الحور العين
في جنات و نهر و مقعد صدق عند مليك مقتدر
زوجتي الغالية رويشي وفاء
إلى أعز ما في هاته الحياتي إبنني و قرّة عيني " لوي "
إلى ابنتي الغالية "جمانة"
إلى من بهم تصفو حياتي إخوتي ابتسام ، مريم صمرا
إلى من تفرحها رؤيتي حماتي " ربيعة "
إلى أولاد أخي عمار الذين أحبهم كثيرا إسلام ، وائل ، رامي ، أمين ، روان ،
محمد
إلى من له اشتياقي سيدي محمد خاتم الأنبياء

الباحث: زيار الشاذلي

قول ماثور

هناك قول ماثور يقول : "حيثما يوجد الاستثمار ، يوجد التحكيم" ، و هذا القول الماثور يعتبر اكتشافا حقيقيا من الصعب الاعتراض عليه .
فحيثما ينتقل أي صاحب مشروع استثماري عبر الحدود ، تبرز مجموعة من المشاكل منها على سبيل الحصر ، مشاكل الثقافة و اللغة و القوانين و العادات و الممارسات ، و هذه المشاكل تتزايد صحتها في مواجهة واقع اليوم .
حيث إن العمليات التجارية و المشاريع المشتركة الأجنبية و الاستثمارات المباشرة بالخارج، لم تعد هي الاستثناء ، كما حدث في الماضي، لكنها هي القاعدة الآن لنظام اقتصادي عالمي .

و في ذلك السيناريو فإن الحاجة تبدو ملحة لوجود نظام فعال و كاف للبت في المنازعات إلى حد أن التحكيم يبدو حتى الآن الأداة الأساسية التي تستطيع أن

تضمن للعاملين في المجال الدولي احترام حقوقهم و مصالحهم في حالة حدوث نزاع من أطراف أجنبية .

د جورجينو بريني

قائمة المختصرات :

أولا : باللغة العربية .

| | |
|---------------|--|
| ص: | صفحة. |
| ص ص : | من صفحة إلى صفحة |
| ط: | الطبعة. |
| ف: | فقرة |
| ج ر: | جريدة رسمية. |
| د ت: | دون تاريخ النشر. |
| ق.إ.م.إ: | قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. |
| ق.إ.م.ف: | قانون الإجراءات المدنية الفرنسي |
| ق.إ.م.ف . ج : | قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد |
| ق.إ.م.ل : | قانون الإجراءات المدنية اللبناني |

| | |
|-------------------------|--------|
| القانون المدني الجزائري | ق.م.ج: |
| المادة | م: |
| الفرنسي | ف: |
| الجزائري | ج: |
| القانون المدني | ق م: |

ثانيا : باللغة الأجنبية

- O.N.U.D.I : Office des Nation unies pour le développement.
- R.A.S.J.E.P : Revue Algérienne des sciences Juridiques Economiques et politiques.
- J.O.C.E: Journal Officiel des Communautés Européennes.
- Op.cit. : Ouvrage Précédemment.Cité.
- P : Page.
- p.p.p : Partenariat Public Privé.
- pp ; de page a la page
- N° : Numéro
- C.I.R.D.I : Centre International pour le règlement des différends Relatifs aux investissements.
- O.P.U : Office des publications universitaires.
- C.N.U.D.C.I : commission des nations unies pour le droit commercial international.
- C.N.U.C.E.D :conférence des nation unies pour le commerce et le développements .
- Rev.Arb ; Revue de l'arbitrage.
- L.D.I.P : Loi sur le droit international privé (suisse).
- N.C.P.C : Nouveau code de procédure civile (français)
- AMGI : Agence multinationale de garantie des investissements
- J.D.I : Journal de droit international
- C.C.I : chambre de commerce international
- CASS :Cassation.

-ch.cass.civ :cour de cassation ,arrêt de la chambre civile.

-Rev.Arb : Revue de l'arbitrage.

-SPP : Southern Pacific Properties

-L.G.D.J : Librairie Générale de droit et de jurisprudence

مقدمة

مقدمة :

إن موضوع الاستثمار الأجنبي يحتل مكانة هامة، وأساسية في كل الدراسات الاقتصادية و القانونية، ويعتبر من المتغيرات المؤثرة على تطور البلدان ونموها، ويشكل مؤشر واضح على انفتاح الاقتصاد وقدرته على التكيف مع التطورات العالمية، كما يساهم في ربط أسواق رأس المال وأسواق العمل وزيادة الأجور في الدول المضيفة للاستثمار في ظل الدور الكبير الذي تلعبه الشركات متعددة الجنسيات في تدفق الاستثمارات الأجنبية من خلال اندماجها أو استحواذها على الموارد الطبيعية في الدول المضيفة مما يحتم في بعض الحالات اللجوء إلى القضاء، نتيجة المنازعات الناجمة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.

بعد القضاء الطريق الطبيعي لفض المنازعات التي تثور بين الأفراد، وإقرار العدالة في المجتمع، ولكن مع تقدم الحياة الاقتصادية والتغيير في أنماط العلاقات التجارية، ظهرت وسائل أخرى اختيارية يلجأ إليها الأطراف بمحض إرادتهم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم، بدلا من لجوئهم إلى نظام التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة، ولعل من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، ظاهرة الانفتاح على التحكيم التجاري الدولي ، واتساع أفاقه في عدة دول حيث عم الاعتراف بشرعيته من قبل معظم أفراد الجماعة الدولية على اختلاف نظمها القانونية، واختلاف أوضاعها السياسية ومبلغ نموها الاقتصادي، ولاشك أن فكرة التحكيم هي أسبق من فكرة القضاء، ما لبث وأن وقع نزاعا إلا وحل بواسطة التحكيم على أساس الأعراف والتقاليد السائدة ، إلى حين ظهور فكرة مفهوم الدولة الحديثة التي استحوذت على كافة السلطات ومنها السلطة القضائية، و من ناحية أخرى فقد شهد العالم في النصف الأخير من القرن العشرين اتجاه معظم الشركات إلى عبور حدود الدول التي تعمل فيها لممارسة أنشطة ذات طابع دولي، فبدأت تسقط الحواجز الاقتصادية بين الدول، وارتبط ذلك بمجمل التطورات والتعقيدات المعاصرة التي أدت إلى تزايد الاتجاه نحو تشجيع الاستثمارات الأجنبية ولم يقتصر الأمر على الدول النامية فقط، بل امتد إلى غيرها من الدول المتقدمة وارتبط حل المنازعات فيما بين المستثمر الأجنبي والدولة بنظام التحكيم، إلى حد اعتباره من أكثر الوسائل ديمومة لحل المنازعات، التي يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليه لفض خلافاتهم التجارية، فلا يكاد يخلو منه عقد من عقود التجارة الدولية، كما انتشر نطاقه ليساير اتجاهها معاكسا نحو تحوله من قبضة سلطان القضاء العادي ليصبح قضاء خاص ينصبه أطراف النزاع بأنفسهم.

كل هذه العوامل وغيرها ساعدت على ازدهار التحكيم وتفضيل أطراف العلاقات الخاصة الدولية الالتجاء إليه في كل منازعاتهم بدلا من القضاء، حيث قوبل التحكيم بالاهتمام البالغ على المستويين الداخلي والدولي، فتصدت تشريعات مختلف الدول لتنظيمه ووضع القواعد له، وتيسير تنظيم أحكامه عبر مختلف قوانين وتشريعات دول العالم، فضلا عن دوره في تفادي مشكلة بطء إجراءات التقاضي في ظل التزايد الهائل للقضايا المعروضة على المحاكم، لذلك نجد أن أطراف النزاع قد وجدوا ضالتهم في محكمين يمكنهم الاتفاق على تسميتهم للفصل فيما قد يثور من منازعات.

إضافة إلى ذلك فقد لوحظ التطور العلمي في المجال التكنولوجي، بما أثر على حياة الإنسان في العالم فاستوجب البحث عن قضاء خاص يفهم هذا التقدم العلمي الدقيق لحسم النزاعات المتعلقة بالعقود التكنولوجية الدولية بطرق فنية، لما يوفره من مزايا جعلت منه وسيلة فعالة تؤطر إجراءات نظر النزاع أمام هذه الهيئات إلى حد يمكن معه القول أن إجراءات التقاضي قد اقتربت من تلك المتبعة في المحاكمات القضائية بفعل الدقة في ضبط العقود الدولية، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة إلا وأدرج فيه شرط تحكيمي غايته حل النزاع هذا العقد بمناسبة تفسيره أو تنفيذه في حال وقوع خصومة ذات طابع تجاري، وعليه فإنه من هنا تبرز ضرورة تحديد العلاقة التي تتوثق بين التحكيم وحركة الاستثمار بقوة في مختلف المجالات، وقد ازدادت منذ سبعينات القرن الماضي نمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد والدول الذي رسخ تقاليد تجارية في المجتمع العالمي، و السعي نحو بناء كيان خاص مستقل عن كيانات الدول، وهذا الكيان خالي من وجود سلطة عامة تسيطر عليه، أو تقيم العدل بين أفرادها.

ولقد كان لإبرام اتفاقيات منظمة التجارة العالمية وانضمام غالبية الدول إليها أكبر الأثر في التوجه إلى ضبط فاعلية هذه النظم ووسائل حسم المنازعات لما لها من حيوية كبيرة وأهمية قصوى في إنعاش اقتصاديات الدول وتحريك دواليبها وتنميتها وتطويرها، فتعد بحق دفعة قوية للسبل الودية وزيادة ما لها من أهمية عالمية، إذ تضمنت تلك الاتفاقيات، اتفاقية خاصة بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات، تفعيل إجراءات التحكيم وبالأخص ما يتعلق بشرط التحكيم، وهو ما يعد إيدانا بمستقبل مشرق لها، خاصة بعد أن وصلت عدم موضوعية وانحياز بعض المحكمين إلى مداها.

كما لا بد من القول أن الاتفاقيات الثنائية و التي تعد من مصادر القانون الدولي ، لذا لا بد

من الإشارة إلى أن هذه الاتفاقيات الثنائية لا تشير في العادة إلى التحكيم إلا بصفة ثانوية فالاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار مثلا لا تكون الإشارة فيها لاتفاق التحكيم إلا كعنصر من جملة عناصر أخرى مشكلة للتحكيم ، غير أن هذا لا يعني عدم وجود اتفاقيات ثنائية موضوعها اتفاق التحكيم أساسا. ومن أمثلة الاتفاقيات التي يشكل فيها التحكيم عنصرا من جملة عناصر أخرى نجد الاتفاقيات المتعلقة بالتعاون الاقتصادي عموما ؛ ومنها الاتفاقيات حول التجارة و الملاحة و الاتفاقيات حول تشجيع و حماية الاستثمارات .

أما عن الاتفاقيات المبرمة بين البلدان المتقدمة و البلدان النامية فنشير إلى أن تخوف بعض البلدان النامية من التحكيم في مراكز التحكيم مثل غرفة التجارة الدولية قد أدى إلى إبرام اتفاقيات مع الدول التي تكون الشركات المستثمرة من رعاياها تحتوي على نظام تحكيمي خاص . و يكون على الشركات من الدولتين أن تشير إلى ذلك النظام في العقود المبرمة فيما بينها ، و من بين تلك الاتفاقيات تلك المبرمة بين الجزائر و فرنسا في 27 مارس 1983؛ وهي اتفاقية اکتفت بالاقترح على شركات الدولتين لا يطبق إلا إذا تمت الإشارة إليه في العقود الجزائرية الفرنسية

هذا وكانت المعاهدات الدولية تتخذ في بدايتها أشكال اتفاقيات ثنائية ما بين دول متجاورة مثل ما حدث بين فرنسا و بلجيكا ، و كانت تلك الاتفاقيات تحكم العديد من أوجه العلاقات بين الطرفين أما الآن فنجد العديد من الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتشجيع و حماية الاستثمارات الأجنبية و هي اتفاقيات تحتوي على نصوص متعلقة بالتحكيم و خاصة التحكيم أمام المركز الدولي لفض المنازعات بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات .

وبطبيعة الحال إن آثار تلك الاتفاقيات محدودة في إقليمي الدولتين المتعاقدين و عليه تكون الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف أكثر فعالية و أهمية من وجهة نظر تطور القانون الدولي ، و قد كانت أول اتفاقية في العصر الحديث قد وقعت في 1889، وهي اتفاقية مونتيبيديو حول الاعتراف و تنفيذ اتفاقات التحكيم بين دول أمريكا اللاتينية ، وهي إذن اتفاقية إقليمية أما الاتفاقية المتعددة الأطراف العالمية بحق فكانت بروتوكول جنيف لسنة 1923 الذي وضعته بمبادرة غرفة التجارة الدولية تحت إشراف عصبة الأمم و الذي اتبع بإبرام اتفاقية جنيف سنة 1927 قبل أن تتوالى الاتفاقيات الدولية لمعالجة الخصومات ذات الطابع التجاري العالمي .

إن خصوصيات التحكيم باعتباره أداة العدالة تكمن في كونه أداة اتفاقية، فاللجوء إليه رهين باتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على من يرتضونه قاضيا بينهم، لأن التحكيم في العلاقات الدولية يتطلب تحريره من عدة قيود التي تنظم التحكيم في العلاقات الداخلية أو الوطنية . برزت في بداية التسعينيات من القرن الماضي مع ظهور ديناميكية غير عادية بصدور قوانين وتنظيمات عديدة تشجع على الاستثمار الأجنبي، وتضمن توفير الأمن الضروري للتبادل التجاري والمالي وحماية الاستثمارات المحلية والأجنبية.

حيث بدأ يتغير موقف المشرع الجزائري من الاستثمار الوطني الخاص بحيث حاول تحديد مكانة له في الاقتصاد الوطني وتنظيمه وتوجهه بشكل يخدم الأهداف المحددة في المخطط الوطني المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص، وقد انتهجت الجزائر بعد عداة طويل الاتجاه نفسه بإقرار شرعية التحكيم التجاري الدولي، وذلك بصدور المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، والذي سمح للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية أي بعبارة أخرى يمكن للدولة والمجموعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري اللجوء إلى التحكيم، إن البحث عن الأسباب الحقيقية لرفض الجزائر فكرة التحكيم التجاري الدولي طيلة الفترة ما قبل 1993، فقد ترجع في البداية إلى بعض الثوابت المرتبطة بالسيادة والاستقلال السياسي، إذ أنها أرادت التمسك بحصانتها القانونية والقضائية من جهة والتخلص من التبعية السيادية للقانون الفرنسي وموروثه التاريخي وبالأخص بعد صدور قانون 62-157 الذي كرس التبعية للقانون الفرنسي، وكذلك عدم رغبتها في الاعتراف بوجود قضاء موازي لقضائها الوطني، إلا أن هذه الأسباب لم تكن مقنعة في نظر العديد من فقهاء و باحثي القانون التجاري و هو ما ذهب إليه الأستاذ علي بن شنب إلى القول بكفاءة الدولة في اللجوء إلى التحكيم إذ اعتبر أن مبدأ العداة هو مجرد (زعم) غير مؤسس لأنه عند التطرق إلى العقود التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى ، غير فرنسا نلاحظ شرط التحكيم فيها ، و هذا دليل على عمل المشرع آنذاك بمبدأ سلطان الإرادة والمستمد من المادة 106 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على : " العقد شريعة المتعاقدين " .

إن فكرة التحكيم التجاري الدولي لم تعرفها الدول الغربية المتطورة إلا بعد الحرب العالمية الثانية، ويرجع بعض المحللين أن أسباب الرفض في هذا الشأن ترجع إلى إجحاف بعض القرارات التحكيمية الدولية التي صدرت ضد عدة دول عربية ، جعلت الدولة الجزائرية تنظر إليه على أساس أنه قضاء غير محايد، كونه يلي رغبة مصالح الدول الغربية الصناعية على مصالح الدول النامية.

وعلى الرغم من تعدد أسباب رفض الجزائر لفكرة التحكيم التجاري الدولي، وعدم تشريعه فإن ممارسته وجدت مجالا واسعا في الواقع العملي، إذ أقدمت الجزائر على إبرام مجموعة من العقود التي تحتوي على شرط التحكيم الدولي ، ولتوضيح هذا التناقض بين ما يصرح في الخطابات السياسية، وبين الواقع العملي تبرز في أن الشركاء الأجانب وخاصة من الدول الصناعية اعتادوا على ممارسة الضغوطات على الدولة الجزائرية من أجل قبول اتفاقية التحكيم في العقود الأساسية الدولية، خاصة وأن الجزائر كانت في حاجة ملحة للعمل على تكريس استيراد التجهيزات الصناعية المتوفرة لدى الدول المتطورة، ولا سيما المحروقات، هذا المصدر الأساسي للاقتصاد الوطني بعد الاستقلال وهو ما عبر عنه الأستاذ محمد أسعد عن هذه الضرورة من خلال مداخلة في المؤتمر التحكيمي الأوروبي العربي بتونس في شهر سبتمبر 1985 بقوله: "...من هنا فإن الجزائر منذ الاستقلال كانت في التجارة الدولية مرغمة على التحكيم التجاري تخضع له أكثر مما تقبل به، وكانت تخضع له بإنقباظ وليس بانسراح، لأن هذا هو الطريق الوحيد لحل مختلف المنازعات"، ولم يدم هذا الرفض طويلا، إلا أن صادقت الجزائر على اتفاقية نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، وكذلك تخلت الجزائر على النهج الاقتصادي الاشتراكي، ومحاولة منها اعتناق النهج الاقتصادي الليبرالي، الأمر الذي جعلها تفتتح على فكرة التحكيم التجاري الدولي .

وبالنظر إلى القانون الجديد الصادر رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المشرع قد تطرق في الباب الثاني، الفصل الأول في اتفاقيات التحكيم التي تسمح للأشخاص إلى التحكيم، مع وضع بعض الاستثناءات على الأشخاص المعنوية للمطالبة بالتحكيم وربطها بالعلاقات الاقتصادية ومناقشة كل فروض التحكيم بدءا بفرضية إنشاء اتفاقية التحكيم إلى حين فرضية تنفيذ القرار التحكيمي، ومسايرة لهذه التطورات، اضطر المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في التشريع الخاص بالاستثمارات الأجنبية، وكل ما يتعلق بالنقد والقرض والعمليات المصرفية ومجموع قوانين كثيرة، لمنح الضمانات الضرورية لها ولحمايتها من كل المخاطر نظرا لأهميتها في التنمية الوطنية لتحقيق قفزة نوعية

للاقتصاد الوطني، كما انضمت الجزائر إلى العديد من المنظمات الدولية وقامت بالتوقيع على عدة اتفاقيات ثنائية لتطوير وحماية الاستثمارات الأجنبية، منها اتفاقية واشنطن لعام 1965 والمتعلقة بتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، و هي اتفاقية أنشئت المركز الدولي لحل النزاعات بين الدول و رعايا دولة أخرى، وهناك أيضا اللاتينو أمريكية و الصادرة سنة 1975 و التي تطبق اتفاقية نيويورك على دول أمريكا اللاتينية والملاحظ أن هذه الاتفاقية لم تتناول الحالات التي يرفع فيها أحد الأطراف دعوى أمام المحاكم رغم وجود اتفاق تحكيم ، و من جهة أخرى إن هذه الاتفاقية تنص على أنه في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم بين أطراف النزاع فإن القواعد الإجرائية للجنة البيأمريكية حول التحكيم التجاري ، هي التي تطبق ، مع العلم أن اللجنة المذكورة قد تبنت نظام التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ، و بالخصوص في تعاملاتها مع الدول كفرنسا ، وبالنظر إلى علاقاتها المتشعبة مع الجزائر .

وبذلك يكون المشرع الجزائري كرس الاستثمار الأجنبي كوسيلة أساسية للتنمية الاقتصادية، وذلك استنادا إلى مفهوم جديد ما سعت الحكومة الجزائرية إلى حماية الاستثمارات الأجنبية من خلال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها مع حكومات أخرى، أما على مستوى العلاقات المتعددة الأطراف، فالنزعة إلى توحيد الحماية الممنوحة من قبل العديد من البلدان لفائدة المستثمرين الأجانب بغض النظر عن المزايا المعروضة عليهم لذا، فإن مسألة تسوية النزاعات المرتبطة بالاستثمارات مازالت تشكل أهمية قصوى بالنسبة لعلاقات الدولة الجزائرية بالمستثمرين الأجانب، وعموما وكما تختلف مجالات الاستثمار، تختلف أيضا أدوات الاستثمار المتوفرة في كل مجال.

وفي حقيقة الأمر إن اتفاق التحكيم يشكل القاعدة التي يرتكز عليها قضاء التحكيم لهذا ينفرد و يعد هذا البحث الركيزة الأساسية وحجر الزاوية في التحكيم التجاري ، ولكونه شرط له موضوع خاص يهدف إلى تسوية المنازعات المحتملة التي تظهر في العقد الأساسي.

وأن دراسة هذا الكيان القانوني لشرط التحكيم هو مسألة أساسية تظهر جوهر عملية التحكيم من حيث أهميته وتمييزه عن مشاركة التحكيم وتكيفه وطبيعته ومدى استقلاله عن العقد الأصلي ويعود إلى التساؤل حول إمكانية اعتبار شرط التحكيم عقد كامل قادر بذاته على تحريك إجراءات التحكيم ومما ذكر أن للشرط أهمية بالغة لذا أعطيت للدول تعديل ضمانات لحماية هذا الاتفاق وكان من بينها كتابة شرط التحكيم، ورتبت على عدم كتابة هذا الشرط بطلان اتفاق التحكيم ومن ثم

تعرضت إلى حالة سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته، وبالأخص بعدما نص عليه المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، القسم الثاني في اتفاق التحكيم التي تنص في المادة 1011 من ق.إ.م.إ.ج على: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

وعليه اقتض الأمر دراسة هذه الموضوعات على ضوء التطورات التشريعية والفقهية واجتهادات المحاكم حيث تم عرض وجهة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وافقت عليه اللجنة في 21 جوان 1985 و تم عرضه على الجمعية العامة التي وجهته بدورها عبر توصية لها في 11 ديسمبر إلى الدول الأعضاء ، و كذا الاتفاقية الأوروبية التي أبرمت في جنيف سنة 1961 تحت إشراف لجنة تنمية المبادلات التجارية التابعة للجنة اقتصاد أوروبا التابع للأمم المتحدة .

إن ضرورة البحث يقتضي التركيز على التشريعات الوطنية منها التشريع الجزائري وبعض القوانين المقارنة كالقانون المصري و الفرنسي و الأردني ، ومن هنا تبرز أهمية الموضوع، حيث يهدف هذا البحث في إحدى الضمانات الأساسية للاستثمار الأجنبي: ألا وهي التحكيم التجاري الدولي، وبالأخص دور القانون في تجسيد وتفعيل اتفاق التحكيم و فاعليته في حماية الاستثمار الأجنبي في إطار الاتفاقيات الدولية، إذ أنه من الجدير بالذكر أن المستثمرين يسعون جاهدين إلى إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للاستثمار، ولو كان ذلك على حساب عدم إتمام العقد.

وعادة ما يرد شرط التحكيم ضمن نصوص العقد كونه اتفاقا ، وهذا هو الأصل العام، ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق عليه في وثيقة مستقلة تعد بمثابة ملحق للعقد الأصلي، و شرط التحكيم كما ذهب إليه بعض الفقه بأنه اتفاق مستقل بذاته، ويرتب آثاره، وهو ملزم للجانبين.

ونظرا للدور الذي يلعبه اتفاق التحكيم في تسوية وفض منازعات عقود الاستثمار، لما تتمتع به من طبيعة خاصة بموضوعها فضلا عن التركيبية الفنية المعقدة لهذه العقود، لذا فإن اتفاقية التحكيم بشكلها تعد نقطة البداية في مسيرة التحكيم بمعنى أنه تعد حجر الزاوية في النظام التحكيمي للعلاقات التجارية الدولية، لكونه يفعل النظام القانوني الذي يحكم منازعات العقود الاستثمارية ويضبط دور الإرادة في تجسيد شرط التحكيم في تحديد هذا النظام، وكذا مختلف الاختيارات أمام الأطراف في العقد الاستثماري إذا ما حصل النزاع، لقد نظم المشرع الجزائري أسوة مع غيره من

المنضمين والمشرعين، هذه الاتفاقية، حيث تناولها في مصطلح عام يضم شرط التحكيم ومشارطته فسمّاها: "اتفاقية التحكيم"، إذ تعد من طبيعة تعاقدية بالرغم من أن موضوعها هو إجراءات التقاضي أمام هيئة تحكيمية في حال وقوع نزاعات في العلاقات التجارية الدولية، على أننا يجب أن نميز مبدئياً هذه الاتفاقية عن العقد الأساسي الدولي، على الرغم من أنها تتعلق بهذا الأخير، إلا أنها مستقلة عنه، إذ قد تخضع لنظام قانوني مغاير للنظام القانوني للعقد التجاري الدولي على الرغم من أن هذه الاتفاقية هي عبارة عن عقد ملحق بالعقد المذكور سلفاً وأن موضوعيهما مختلفان في عدة زوايا، لذا فإن دراستنا في هذه الرسالة ستتناول اتفاقية التحكيم بالخصوص دون العقد الأساسي مع التركيز على أحكام القانون الجزائري كعينة.

وقد اعتمد المشرع الجزائري على هذا المبدأ في تكريس أحكام القانون التجاري الدولي وفقاً لأحكام المادة 18 من القانون المدني الجزائري، إذ عد المشرع أن مبدأ سلطان الإرادة للأطراف هو أساس العلاقات التعاقدية الدولية في قاعدة التنازع، ويلاحظ مما سبق أن القانون هو الذي يقدم دعامة وسندا للعلاقات التعاقدية ذات البعد الدولي وبعبارة أخرى فإن مبدأ سلطان الإرادة لا يكون معلقاً في القضاء دون ركائز، بل إنه يرتكز في كل ممارسة على نظام قانوني أو قانون القاضي ويلاحظ كذلك أن قواعد التحكيم التجاري الدولي الجزائرية قد أصبحت تتعايش مع منهج تنازع القوانين، لأن هذا الأخير أصبح غير قادر على تلبية حاجات التجارة الدولية المعاصرة، مما جعلها تحذوا حذو التشريعات الحديثة باعتمادها على بعض المبادئ الأساسية الدولية في التحكيم والتي أثارت جدلاً فقهيًا وقضائياً دوليين من قبل، وتبرز الفائدة من قواعد الإسناد المدرجة في قانون التحكيم الجزائري، ومختلف التشريعات المقارنة في تسهيل مهمة القاضي التحكيمي، والقضاء العادي للفصل في صحة اتفاقية التحكيم بالقانون الخاضعة له في حالة وقوع نزاع بشأنها وتحدد ولايتهما بالاختصاص أو عدمه، إن إخضاع اتفاقية التحكيم للحلول المباشرة المتمثلة في الشروط الموضوعية التي أحالتها إلى القانون المطبق عليها سواء أكان القانون الإرادي أو القوانين الاحتياطية لتنظيم أحكامها، قد يحول دون بلوغ هذه الغاية، لأن الأنظمة القانونية ومختلف الاتفاقيات الدولية قد تكون غير ملائمة لمثل هذه العقود، خاصة وأن موضوعها من طبيعة إجرائية، وكذلك هي جد مركبة من عدة أنظمة قانونية تخص التحكيم بجميع فروضه، كما أن استقلالها عن العقد الأساسي، قد يؤدي إلى مصادفتها حواجز قد تؤثر على نجاح المهمة التحكيمية.

والجدير بالذكر أن أساس مهمة الهيئة التحكيمية إلى حين صدور القرار التحكيمي مرتبطة بهذه الاتفاقية، لذا يستوجب علينا ضرورة العمل على دراسة الأحكام القانونية المختلفة التي توطر اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري ومختلف القوانين المقارنة كالتشريع المصري، و التشريع الأردني و اللبناني، وكذا بالنظر إلى الاتفاقيات الدولية الأخرى كاتفاقية نيويورك 1958 ، و اتفاقية جنيف لسنة 1927 ومدى نجاحها في جذب الاستثمار الأجنبي عن طريق اتخاذ إجراءات تقتضيها المصلحة العامة للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي وكذا المستثمر، بأن تكون هاته الوسيلة مستقلة ومحيدة وفعالة تمكن من اللجوء إليها للفصل في مختلف المنازعات لإعطائها ضمانات دستورية لضمان و دسترة حرية التجارة والصناعة.

كما أن هناك صعوبة كبيرة واجهتنا في إعداد الموضوع منها ما يتعلق بالترجمة الحرفية الصحيحة للأحكام القضائية التي لها علاقة باتفاق التحكيم ، و تشعبه من ناحية أخرى لكونه يحمل الصفة الدولية المتشعبة ، و الزخم في التطرق إلى جزئيات الموضوع ، ولذا كان البحث مستندا في أغلبته على المراجع النظرية التي لها علاقة بالموضوع.

أما بالنسبة للدراسات السابقة فإن تخصص الباحث يؤثر تأثيرا واضحا على تحديد زاوية النظر، وأدوات التحليل والتقييم فمن هنا كانت بعض الدراسات معينة أساسا بالزوايا الإجرائية لتدليل مدلول التحكيم القانوني في إطاره العام واتفاق التحكيم في مدلوله الخاص، هذا من جهة ومن ناحية أخرى فإن البعض جاء معيناً بالأعراف و القواعد التجارية التي تحكم النزاع أمام المحكم ، و كان معظمها معيناً بصفة خاصة بالتحكيم في مجال المعاملات التجارية الدولية التي يجد فيها التحكيم مجالا رحبا للتطبيق ، ولعل من أهم المراجع العامة التي أكدت غزارة البحث نجد ، الدكتور قادري عبد العزيز في مؤلفه الاستثمارات الدولية " التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات " ، كما أن هناك بعض المؤلفين الأجانب الذين لهم باع طويل في البحث في موضوعات التحكيم التجاري الدولي نجد منهم : Dominique Carreau في كتابه المعنون ب *droit international économique* وكذا الباحث و المؤلف Noureddine Terki في كتابه *L'arbitrage commercial international en Algérie* ، ولكن بالبحث يتضح أن معظم المراجع التي اعتمدت عليها في البحث كانت تتطرق إلى التحكيم بصفة عامة، ولها تقريبا نفس المنهجية، ونفس الخطة فمعظمها يبدأ بمفهوم التحكيم وشروطه والطبيعة القانونية له وأنواعه.. إلخ ، ثم يتطرق لاتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشاركة

ثم إجراءات التحكيم وأخرها الحكم التحكيمي وبعض المراجع يضيف إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي و طرق الطعن فيه

إضافة إلى هذه المراجع هناك مراجع تحتوي على قضايا تحكيمية في الميدان سواء في التحكيم " الحر " أو في التحكيم " المؤسسي " مثل الغرفة التجارية الدولية للتحكيم بباريس (C.C.I) و مركز القاهرة للتحكيم.... إلخ. عند الاطلاع على هذه المراجع و قراءتها قراءة متأنية يستنتج وأنها عالجت عناصر عدة من موضوع البحث لكنها كانت تتطرق لها مجزأة على انفراد كما هي ، دون القيام بعملية الربط بينهما بحيث لا يمكن قيام عنصر دون الآخر، إذ أن هناك بعض المراجع تعالج إجراءات التحكيم دون التطرق لاتفاق التحكيم، وهناك البعض الأخر تشمل إجراءات المحاكم ، دون التطرق إلى الربط بين تعريف الحكم التحكيمي وعلاقته باتفاق التحكيم ، والجديد المطلوب تحقيقه هو دمج هذه العناصر فيما بينها وجعلها وحدة واحدة تدعى " الأطر القانونية لاتفاق التحكيم وفاعليته في حماية الاستثمار الأجنبي في إطار الاتفاقيات الدولية "، بالاستعانة بدراسة مشبعة بالاعتماد على تشريعات مختلفة واتفاقيات دولية متعددة، ثم تفكيكها بكيفية منسقة ومنسجمة بمنهجية علمية وتحليلية مع الاستدلال والمقارنة.

وتتمثل إشكالية موضوع هذه الأطروحة، إلى أي مدى حقق إتفاق التحكيم دوره في تفعيل حل المنازعات التجارية؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات عديدة

إلى أي مدى ووفق المشرع الوطني والدولي في ضبط حل المنازعات الدولية عن طريق اتفاق التحكيم؟، وهل حقق التحكيم الهدف المتوخى منه باعتبار أن البعض يرى أنه القضاء البديل؟

وللإجابة عن الإشكالية الرئيسية والأسئلة المتفرعة عنها، فإن ذلك يقتضي الاعتماد على مناهج بحثية عديدة نظراً لطبيعة الموضوع ، تركز على المنهج التحليلي، و القائم على أساس تحليل ظاهرة التحكيم بأبعادها الدولية بالاعتماد على مختلف القوانين المقارنة للدول العربية كمصر والأردن والجزائر ولبنان أو لدول أجنبية أخرى كفرنسا، ومن ناحية أخرى لتحليل مختلف الاتفاقيات الدولية كإتفاقية نيويورك و إتفاقية جنيف ، وهو ما كان في الجزء المتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية في الفصل الثاني من الباب الأول ، كما كان للمنهج التاريخي نصيبه في الدراسة بالتطرق في الفصل التمهيدي لمختلف مراحل تطور التحكيم التجاري الدولي و ظروف تكوين التحكيم التجاري الدولي ، أما بالنسبة للمنهج المقارن فكانت الضرورة الحتمية للدراسة بالاستعانة بتشريعات مقارنة لخدمة الموضوع

لعدة اعتبارات كثرء التشريع المصري في طرح موضوع التحكيم ، وحدائته بالنسبة للتشريع الجزائري أو اللبناني أو الأردني من ناحية أخرى .

وتبرز أهمية المنهج المقارن بقبول الأطراف اللجوء إلى التحكيم وتفعيل اتفاق التحكيم، مما ينجم عنه حلول هيئة التحكيم محل القضاء الداخلي بنظر النزاع الذي تؤيده بعض التشريعات كالتشريع المصري وفقاً لقانون التحكيم الصادر سنة 1994، كما ان بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الاردني للتحكيم الصادر سنة 2001 ينظر اليه بتحفظ في حين أن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الصادر سنة 2008 نظم ذلك بدقة لذا كانت حتمية اللجوء الى المنهج المقارن، غير أنه لا بد من التنويه إلى أن هناك موازنة قانونية بين المسألة المتعلقة بإقرار رقابة الدولة على مختلف مراحل الخصومة التحكيمية وبين أثر اتفاق التحكيم على نطاق قاضي الأمور المستعجلة إذ أن المشرع الجزائري على سبيل المثال قد حاول مسايرة مختلف الاتفاقيات الدولية لضبطها وتحديد التحديد القانوني عن طريق ما يعرف بضرورة التزام الأطراف بالعملية التحكيمية، وإخضاعها لقيود تحقيقاً للمصالح المشتركة بين المستثمر الأجنبي وبين الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، وتأسيساً على ذلك فإنه يقتضي منا السعي نحو ماهية القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، ويكون ذلك بتحديد معايير اختيار الهيئة التحكيمية ومن جهة ومن جهة أخرى السعي نحو إبراز نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، سواء عن طريق تجسيد قانون مكان وجود أحد الطرفين، أو عن طريق تحديد معيار إرادة الطرف المستثمر وكل ما يتعلق بهذا الجانب، وحتى تكون الدراسة قانونية للتحكيم في إطاره العام و لاتفاق التحكيم في جوهره الخاص فإنه لا بد من تنظيم ودراسة النظام القانوني لتجسيد قرارات التحكيم بين تفعيل نظام التنفيذ وبين تطبيق طرق الطعن في الأحكام التحكيمية ، وهذا من خلال تفصيل الجهة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ في القانون الجزائري وبعض القوانين المقارنة، ومن ناحية أخرى المحاولة في تحديد الاستثناءات التي ترد على مبدأ استنفاد الحكم التحكيمي مع الأخذ بعين الاعتبار التنفيذ في ظل مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي لها علاقة بالتحكيم .

ولدراسة أسباب الرفض والتنفيذ وتحديد المعايير التي تقوم عليها بدقة سواء ذات الطابع المشترك أو الخاص بكل دولة ، لهذا يتعين علينا الإحاطة بكل ما يتعلق بطرق الطعن سواء في القانون المقارن أو في القانون الجزائري ، وتحديد المعايير التي حددها المشرع لممارسة الرقابة على أحكام

التحكيم ، وهذا من خلال هيئات خاصة بالاتفاقيات الدولية ، أو بالنظر إلى بعض الدول العربية ، مع التركيز على إبراز الخصوصية للتشريع الجزائري في هذا الشأن سواء بالنظر لحالات البطلان لحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر ، أو للإجراءات التي يمر بها هذا البطلان .

ولكون أن الرقابة الموضوعية على أحكام التحكيم تكون بالتركيز على تحديد الاتجاه المؤيد للفعالية الدولية لأحكام البطلان التي وضعها القضاء الفرنسي، بإبراز مبررات الملائمة وحجج المشروعية ، و التوجه الجديد نحو الاعتراف بأحكام التحكيم الباطلة ، ثم نستعرض جدوى الاعتراف بأحكام التحكيم الباطلة

وبالبناء على كل هذا رأينا تناول الموضوع في فصل تمهيدي نتناول فيه مفهوم التحكيم في إطاره العام وبابين بحيث نتناول في الباب الأول النظام القانوني لاتفاق التحكيم و الذي يتفرع إلى فصلين ؛ الفصل الأول بعنوان فاعلية اتفاق التحكيم ودوره في حل المنازعة التجارية ، و الفصل الثاني القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، أما في الباب الثاني فكان بعنوان تجسيد قرارات المحكمين هذا الأخير يتفرع عنه فصلين ، الفصل الأول بعنوان الاعتراف بقرارات المحكمين و تنفيذها ، أما في الفصل الثاني فكان بعنوان طرق الطعن في التحكيم بين تجسيد الحماية و تكريس البطلان ، كما تناولنا خاتمة للموضوع تتضمن النتائج المتوصل إليها و مجموع توصيات هادفة

الفصل التمهيدي

مفهوم التحكيم

إن خطة الفصل التمهيدي تكون بشكل مزدوج، نحاول في الأول تحديد مفهوم التحكيم باعتباره طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق الطعن العادية¹، لأن تحديد التعريف يعد هو اللبنة الأساسية في ضبط مختلف التصورات التي لها علاقة بالموضوع، فمن المسلم به أن التحكيم التجاري الدولي يعد أحسن وسيلة يمكن اللجوء إليها باعتباره نظاما قضائيا يعلو فوق النظم القانونية الوطنية، وضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية بالرغم من أن واقع التحكيم يبرز جهل جل الأفراد والمؤسسات بوجوده، وهذا ما يطرح العديد من التساؤلات حول ماهية أو مفهوم التحكيم؟ وهل استطاعت أغلب الدراسات القانونية إعطاء تعريفا قانونيا له؟ و هذا ما سنحاول الإجابة عليه في (المبحث الأول)، ولكن حتى التعريف وحده لا يكفي و بالتالي لابد من العمل على ضبط المسألة المتعلقة بتحديد طبيعته القانونية في (المبحث ثاني).

المبحث الأول:

الإطار القانوني لفكرة التحكيم

لا تختلف فكرة التحكيم في المجتمعات المعاصرة كثيرا عنها في المجتمعات القديمة، فهو في كل منها يعني تحقيق مدى شرعية ادعاءات طرفين حول حق أو مركز قانوني معين عن طريق طرف ثالث، يختارانه ويتفقان في خبرته وحسن تقديره.

ولكون أن التحكيم التجاري الدولي يعتبر أحد الضمانات القضائية ذات الطابع السياسي لتجسيد حرية الاستثمار²، لذا فإن دراسة مفهوم التحكيم تقتضي إبراز الأصول التاريخية لهذه الوسيلة حتى وصولها إلى ماهي عليه الآن، ثم محاولة العمل على إعطاء تعريف له، هذا التعريف الذي يهدف تبيان الذات، أو الحقيقة التصورية التي تنظم مفردات المعرف، بحيث تتكون له في الذهن صورة واضحة ومنضبطة، ثم ننتقل إلى استعراض النقاش الدائر حول طبيعة التحكيم وما إذا كان اتفاقا أو عملا قضائيا، و بالتالي ما يطرح التساؤل حول تحديد الأصول التاريخية للتحكيم و ماهيتها القانونية؟

¹ - وجدي شفيق ، المفيد في بطلان مشاركة التحكيم شروح -دفع -مذكرات في ضوء القانون رقم 27 لسنة 1994، الطبعة الأولى ، شركة آل طلال للنشر و التوزيع القاهرة ، مصر 2015، ص 4

² - عجة الجليلي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار - الأنشطة العادية وقطاع المحروقات - دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، 2006، ص 645.

ومن هذا المنطلق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول الأصول التاريخية للتحكيم وتطوره (المطلب أول)، فيما نخصص لبيان المقصود بالتحكيم الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الأصول التاريخية للتحكيم وتطوره

التحكيم في العصر الحديث ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضي وإنما هو تطبيقاً لفكرة التحكيم في المجتمعات القديمة، وان كانت القوة هي وسيلة لصيانة الحقوق والمراكز القانونية والدود عنها قديماً، فإن التطورات التي شهدتها المجتمعات الإنسانية قد فرضت أساليب أكثر تحظراً تمثلت في البداية في التحكيم الاختياري ثم في مرحلة لاحقة في التحكيم الإلزامي، وتدل الأبحاث العلمية التاريخية أن الحضارة البابلية عرفت التحكيم، حيث يظهر ذلك من خلال المعاهدة المبرمة بين مدينة "أوما" UMMA ومدينة "لا جاش" LAGASH العراقتين حوالي 3100 ق.م ومن بين ما تضمنته هذه المعاهدة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تثور فيما بينها وعرفته المدن اليونانية "Cite grecques" في نطاق ما كان يطلق عليه بالاتحادات الانفكتيونية "Amphictionies" القائمة على أساس ديني بهدف حماية المعبد، وفي ظلها تعقد دورات استشارية بين حكام هذه المدن واعتماد التحكيم كوسيلة لحل نزاعاتها¹.

كما عرفه المجتمع القبلي العربي أيضاً، حيث كانت القبائل تختار رئيس القبيلة أو شيخاً من المشهود لهم بالحيدة والأمانة لكي يقوم بالتحكيم فيما قد يثور بين تلك القبائل من خلافات بسبب التجارة أو الثأر بين الأفراد، وقد جاء الإسلام مركزاً على أهمية التصالح بوسائله المختلفة في تسوية ما قد يثور من خلافات بين جماعة المؤمنين، وذلك سعياً وراء تحقيق السلام والعدل بدلا من التنازع والفرقة، ويتضح ذلك من خلال ما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى: "﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾"².

إن هذه الآية القرآنية تؤكد على اهتمام الشريعة الإسلامية بقواعد التحكيم بين الناس ومحاولة الصلح بينهم بإتباع طريق العدل والقسط، ومن أشهر قضايا التحكيم التي عرفها تاريخ الإسلام في

¹ - أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومو، الجزائر، 2005، ص 32.

² - الآية 65 من سورة النساء.

بداية عهده هو التحكيم الذي وقع بين الإمام علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان¹ سنة 657هـ.

وخلال العصور الوسطى، تطورت فكرة اللجوء إلى التحكيم في إطار العائلة الدولية في أوروبا الغربية المسيحية وذلك نتيجة لعوامل اجتماعية وتقليدية ثلاثة:

الأول- يرجع إلى الدور الذي قامت به الكنيسة الكاثوليكية والبابا في الدعوى إلى إتباع التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بين المسيحيين ويتمثل الثاني هو أن التحكيم قد مارسه الجماعات المحلية الأوروبية، و أما الثالث هو اللجوء إلى التحكيم لحل ما يثور من خلافات بين البارونات والملوك في إطار المجتمع الإقطاعي، خاصة فيما يتعلق بالخلافات حول الملكية الإقليمية².

ومع مطلع القرن السادس عشر وظهور الدولة الحديثة المستقلة ذات السلطة المطلقة، بدأ التحكيم يتراجع قليلا بين الدول الأوروبية نتيجة تمسكها المفرط بسيادتها، هذه السيادة التي ظلت لفترة طويلة الهاجس الأكبر لها³.

وفي منتصف القرن الثامن عشر انتعش التحكيم، ولقي رعاية معتبرة من جانب الدول، إذ تعتبر معاهدة "جاي" Gay⁴، أولى المعاهدات في العصر الحديث التي نصت على التحكيم⁵ عام 1794، حيث نصت على إحالة الادعاءات الحدودية بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية إلى لجان تحكيمية مشتركة لها سلطة اتخاذ القرارات الملزمة بهذا الشأن.

وظهر التحكيم الدولي بشكله الحديث بعد حرب الانفصال في الولايات المتحدة (1861 - 1865) بمناسبة السفينة "الاباما" ALABAMA التي صدر قرار تحكيمي بشأنها في العام 1872 والذي أزم بريطانيا بدفع التعويض (مبلغ 14 مليون جنيه إسترليني) عن الأضرار التي لحقت السلطة

¹ - عامر علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع ليبيا، الطبعة الأولى، 1987، ص 229.

² - إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 10

³ - احمد بلقاسم، مرجع سابق، ص 37.

⁴ - المبرمة بتاريخ 11/19/1794، وأخذت هذه التسمية نسبة إلى رئيس المحكمة العليا الأمريكية (جون جاي) والذي لعب دورا بارزا في إبرام هذه المعاهدة.

⁵ - رجب عبد المنعم متولي، الموظف الدولي في بيئته المهنية ودوره في حل النزاعات الدولية بالوسائل السلمية، الطبعة الأولى، ليبيا 2002، ص 127.

الفيدرالية الأمريكية، بسبب انتهاك بريطانيا لقواعد الحياد رغم احتجاج هذه الأخيرة بأن قوانينها الداخلية لم تكن تأمرها بالالتزام بهذا السلوك¹.

هذا وقد شهد القرن التاسع عشر نشاطا فقهيا مكثفا بهدف تكريس نظام التحكيم في التعامل الدولي، ومحاولة تقريبه من النمط القضائي، ومن أبرزها الدراسات العلمية التي قام بها مجمع القانون الدولي الذي أنشئ عام 1873 وانتهى بوضع مشروع لائحة إجراءات² التحكيم الدولي لعام 1875، وحسب رأي الفقيه الفرنسي شارل روسو ظل هذا النظام إلى ذلك الحين ناقصا من عدة جوانب والتي تتمثل فيما يلي:

أن الهيئة التحكيمية تنشأ بمناسبة كل نزاع على حدة وبناء على المفاوضات المسبقة التي تجري بين الأطراف المتنازعة، وتزول هذه الهيئة بمجرد حل ذلك النزاع، إن القرار التحكيمي يشوبه نوع من الضعف القانوني، وهو ما يترتب عنه في ظل هذا الوضع صعوبة تبلور اجتهاد دولي يثري قواعد وأحكام القانون الدولي.

وبفضل الممارسة وما أفرزته من نتائج طيبة ازدهر أسلوب التحكيم وتطور والخطوة الأولى والأهم في هذا السبيل ظهرت في مؤتمر لاهاي الأول 1899، حيث تعتبر اتفاقية لاهاي، أول اتفاقية تنص على التحكيم بطريقة تفصيلية، فقد أوجبت على الدول اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعاتها بالطرق السلمية³، وكان الجزء الرابع منها (المواد 15-57) مكرسا لموضوع التحكيم، وفي مؤتمر لاهاي الثاني للعام 1907، أدخلت تعديلات على اتفاقية التحكيم.

وقد بذلت عدة محاولات خلال المؤتمرات للأخذ بمبدأ اللجوء إلى التحكيم الإلزامي، وتقدمت روسيا بمشروع غايته تحقيق هذا المبدأ أثبتت حوله مناقشات حادة في المؤتمر الأول عام 1899، كما قدمت مشروعات مماثلة أمام المؤتمر الثاني عام 1907، والتي تهدف إلى صياغة ذلك المبدأ في معاهدة متعددة الأطراف، غير أن هذه الأفكار واجهت اعتراضا من بعض الدول، خاصة

¹-Najjar Nathalie, l'arbitrage dans les pays arabe face aux exigences du commerce international, ,paris 2004, p38.

²- أحمد اسكندر، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد4، 1999، ص 161.

³- رجب عبد المنعم متولي، الموظف الدولي في بيئته المهنية ودوره في حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص 127.

من جانب ألمانيا التي رأت أن إبرام معاهدة على النحو المقترح لن تكون ذات فعالية بسبب كثرة التحفظات التي قد تدرج عليها من ناحية، والنزاعات التي قد تحدث حول إبرام اتفاقات الإحالة إلى التحكيم من ناحية أخرى، هذا وقد تم إنشاء جهاز دائم لتيسير قيام محاكم التحكيم وتسهيل عملها، وهو الجهاز الذي سمي " محكمة التحكيم الدائمة " حيث أنشئت هذه المحكمة بمقتضى اتفاقية لاهاي الأولى في 29 جويلية 1899، ولقد تمت مراجعة تلك الاتفاقية في مؤتمر السلام الثاني المنعقد في لاهاي سنة 1907 ونتج عن ذلك تعويض تلك المحكمة بمحكمة أخرى تحمل نفس الاسم، وذلك لكي يسهل على الدول الالتجاء إلى التحكيم في شأن النزاعات التي لم تتوصل إلى تسويتها بالطرق الدبلوماسية¹، إضافة إلى تدارك القصور الذي عرفه النظام العرفي للهيئة التحكيمية ذات الطبيعة الظرفية، غير أن النتيجة كانت هزيلة بالنظر إلى الطموحات الكبرى التي كانت تراود أصحاب هذا المشروع. ولقد واجه إنشاء هذه المحكمة عقبات كثيرة، حيث تقدمت كل من الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا وبريطانيا بثلاث مشاريع، والتي لاقت في بداية الأمر معارضة ألمانيا، غير أنها ما لبثت أن زالت بفعل الدور الذي قام به الوفد الأمريكي، وهو الأمر الذي سمح بإنشاء هذه المحكمة التي أصبحت تحمل تسمية المحكمة الدائمة للتحكيم².

ويقول الدكتور علي صادق أبو هيف في هذا الصدد: " أنه ليس لمحكمة التحكيم الدائمة من صفتي " المحكمة " و " الدوام " سوى الاسم، لان اختصاصها أولا اختياري بحت وللأطراف المتنازعة أن تختار إلى أي هيئة أخرى تختارها دون هذه المحكمة، ولأن تكوينها ثانيا ليس على سبيل الدوام والانتظام كالمحاكم بمعنى الكلمة، فهي ليست مكونة من عدد من القضاة الموجودين على الدوام أو خلال فصل قضائي محدد في مقر المحكمة لنظر النزاعات التي تعرض عليهم³.

وإنما هي مجرد قائمة بأسماء عدد معين من القضاة يوجد باستمرار في مقر المحكمة، وتختار من بينهم الدولتان المتنازعتان هيئة التحكيم إذا رغبتا في الالتجاء إلى المحكمة، ولكل دولة من الدول الموقعة على الاتفاقية أن تعين ما لا يزيد عن أربعة أشخاص من المشهود لهم بالاختصاص في القانون الدولي والمعروفين بالخلق الرفيع، وذلك لمدة ستة سنوات قابلة للتجديد، ولا يشترط في هؤلاء أن

¹ - أبو الخير احمد عطية، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 1998، ص 770.

² - إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 11.

³ - صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1975، ص 745.

يكونوا من رعايا الدولة التي عينتهم¹. هذا وبالنظر في المادة 47 من اتفاقية 1907 نجد أنها تنيط بأمانة المحكمة سلطة تقديم تسهيلات إلى أطراف الاتفاقية لاستعمالها في أي مجلس تحكيم خاص، وهذا ما جعل أمانة المحكمة تعلن سنة 1939 عن استعدادها لتقديم خدماتها للدول المتعاقدة ولو كان أحد أطرافها ليس دولة، كما اقترحت الأمانة على الأطراف صيغة اتفاق يسهل عليهم المهمة غير أن قيام الحرب العالمية الثانية قد أوقفت هذه المحاولة.

وفي 26 مارس 1962 وافق المجلس الإداري لتلك المحكمة على قواعد التحكيم والتوفيق لحل النزاعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ونشرت تلك القواعد في فيفري من نفس السنة، وهي قواعد منقحة للقواعد التي وردت سابقا في المادة 47 من الاتفاقية 1907 لمؤتمر لاهاي الثاني وكانت تلك القواعد تهدف إلى إنشاء لجان توافق الأطراف على إحالة النزاع عليها، وجاء في تلك القواعد أن اللجنة تتشكل من ثلاث محكمين يختارهم أطراف النزاع، أما إذا لم يتفقوا على ذلك يستعينون بأمانة المحكمة لتختار عوضا عنهم المحكمين من قائمة المحكمة الدائمة، كما أن الأمانة قد اقترحت صيغة لاتفاق تبرمه الأطراف الراغبة في استخدام تسهيلات المحكمة².

وهكذا اعتبرت قواعد محكمة التحكيم الدائمة تطورا هاما في مسار وضع الوسائل الدولية لحل النزاعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، غير أن هناك انتقادات قد وجهت إلى تلك القواعد، باعتبار أن اللجوء إليها يضل اختياريا ومقتصر على أطراف اتفاقية 1907.

هذا وكان يمكن أن يجري التحكيم بين الدول والخواص في محكمة التحكيم الدائمة، وذلك وفقا لنظام التحكيم الذي تمت الموافقة عليه سنة 1962، ويدعى ذلك النظام "بنظام التوفيق والتحكيم لحل النزاعات الدولية بين الطرفين أحدهما فقط دولة"، إلا إذا أراد الطرفان مكانا آخر بالاتفاق مع مكتب المحكمة، ويمكن للطرفين أن يطلب الاستفادة من خدمات قصر السلام هو وجوب انضمام الدولة المعنية بالتحكيم إلى معاهدة لاهاي لسنة 1899 أو لسنة 1907، غير أنه من

¹ - عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن 2006، ص 204.

² - قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية، دار هومو، الجزائر 2006، ص 216.

النادر حل النزاعات بموجب ذلك النظام، و فقط هي قضية تحكيم " توريد " بين شركة انجليزية والسودان هي التي أخضعت لذلك النظام سنة 1970.

وفي أعقاب الحرب العالمية الأولى، وعندما بدأ العالم في وضع إطار للتنظيم الدولي بإنشاء عصبة الأمم، اعتبر اللجوء إلى التحكيم أو القضاء ووسائل التسوية السلمية الأخرى مبدءاً أساسياً يقوم عليه هذا التنظيم، حيث ورد في الفقرة الأولى من المادة 13 من عهد العصبة على اتفاق أعضاء العصبة على انه كلما ثار نزاع بينهم يروا انه قابل للتسوية بطريق التحكيم أو القضاء، وكان هذا النزاع لا يمكن تسويته بالطريق الدبلوماسي، فإنهم يعرضون موضوع النزاع برمته على التحكيم أو القضاء.

ومع ذلك عملت العصبة على توجيه جهودها نحو تحقيق مبدأ اللجوء الإجباري للتحكيم فكانت أولى النتائج التي توصلت إليها هي الموافقة في 2 أكتوبر 1924 على بروتوكول جنيف للمساعدة المتبادلة وعدم الاعتداء، والذي يقوم على مبدأ أساسي مؤداه " لا نزع للسلاح دون امن ولا أمن دون تحكيم "، ورغم أهمية هذا البروتوكول في تدعيم فكرة اللجوء إلى التحكيم الدولي، إلا أنه لم يستطع تحقيق هدفه نظراً لرفض بعض الدول له وعدم تجميع التصديقات الكافية لنفاذه.

وبعد زوال العصبة وحلول منظمة الأمم المتحدة مكانها، أبدت هذه الأخيرة اهتماماً بهذا الموضوع ففي عام 1947 قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة إنشاء لجنة القانون الدولي مهمتها العمل على تدوين وتطوير قواعد القانون الدولي، وكان من بين المواضيع التي عهد بها إلى هذه اللجنة العمل على تدعيم فعالية اللجوء إلى التحكيم الدولي¹.

هذا وقد أصبح هناك إقبال كبير على إدراج النص على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة قانونية لحل النزاعات في كثير من المعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف²، واتضح ذلك بصفة خاصة في المعاهدات الخاصة بالعلاقات التجارية والاقتصادية و التي ينصب على حكم هيئة التحكيم وحده دون غيره من مختلف أبعاد القضية سياسياً و قانونياً³، فمع تزايد حركة التجارة الدولية والانتقال رؤوس الأموال الأجنبية ونمو النشاطات الاستثمارية، بدت الحاجة إلى وسيلة تسوية سريعة وتحظى

¹ - محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الجزائر 2009، ص 43.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 217.

³ - أحمد صادق القشيري، حكم هيئة تحكيم طابا " دراسة تحليلية موثقة لأهم جوانبه "، المكتبة المركزية، جامعة القاهرة، مصر

1995، ص 18.

بثقة صاحب رأس المال والمستثمر، حيث كان التحكيم هو تلك الوسيلة لطابعه الاختياري والقانوني، الأمر الذي أدى إلى ظهور مراكز تحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية واعتماد التحكيم كوسيلة حل رئيسية في اتفاقية 1965 بشأن حل النزاعات التي تثور بين الدول ورعايا الدول الأخرى. كما اعتمدت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية قواعد التحكيم عام 1976، ونموذج قانون التحكيم التجاري الدولي عام 1985، وأصدرت العديد من دول العالم قوانين تنظم إجراءات التحكيم في المنازعات التجارية والاستثمارية سواء الداخلية أو الدولية ونشأت على ذلك العديد من مراكز التحكيم الدولية والوطنية المعنية بتلك النزاعات.

المطلب الثاني:

المقصود بالتحكيم الدولي

اختلفت تشريعات التحكيم الحديثة في موقفها نحو وضع تعريف التحكيم، حيث اعتنى بعضها بوضع تعريف له، في حين لم تعن بعض التشريعات الأخرى بتعريفه¹، لذا علينا الحديث أولاً عن تعريف التحكيم عند علماء اللغة ثم في الاصطلاح الفقهي، وبعد ذلك نخوض في بيان المقصود بالتحكيم الدولي، إذ أنه ينقسم التحكيم الدولي إلى تحكيم دولي عام وتحكيم دولي خاص، فالتحكيم الدولي العام فهو يهدف إلى حل النزاعات بين الدول وأشخاص القانون الدولي العام، في حين أن التحكيم الدولي الخاص فهو يختص بالفصل في النزاعات والمعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية وغيرها من المعاملات ذات الطبيعة الخاصة التي لا ترتبط بسيادة الدول².

فالتحكيم قد يكون دولياً من خلال نزاع دولي³، كتحكيم منازعات الحدود ومثاله تحكيم "طابا" بين مصر وإسرائيل، وتحكيم "جزر حنيش" بين اليمن وارتيريا "أما التحكيم الذي يعني بالعقود والمعاملات الدولية فيسمى بالتحكيم التجاري، ويدخل في إطار القانون المحلي أو الدولي الخاص وكذلك القوانين التجارية الدولية أو قوانين الأعمال الدولية⁴، ومنه سنفرع هذا المطلب إلى

¹ - أحمد نبيل سليمان طبوشة، النظام القانوني لاتفاق التحكيم "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة، مصر، 2011، ص 19.

² - محمد احمد عبد الغفار، فض النزاعات في الفكر والممارسة الغربية، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 156.

³ - أحمد نبيل سليمان طبوشة، مرجع سابق، ص 20.

⁴ - أنواع التحكيم، منتديات شبكة بربر على الموقع: www.brbrnet.net، تاريخ الإطلاع: 201/12/13

ثلاث فروع، نخصه لتعريف التحكيم لغة واصطلاحاً (الفرع أول)، بينما نتناول لبيان المقصود بالتحكيم في فقه القانون الدولي العام (الفرع الثاني) كما نخصص جزءاً من الدراسة لبيان المقصود بالتحكيم في فقه قانون التجارة الدولية (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

المقصود بالتحكيم لغة واصطلاحاً

شغل موضوع التحكيم حيزاً كبيراً من اهتمامات الباحثين والدارسين، خصوصاً وأن دراسته وبحث سبله من شأنه أن يكتسب أهمية خاصة، وتنشد هذه الدراسة إلى إثراء الموضوع و لو بالتدقيق اليسير فالتحكيم يلعب دوراً أساسياً ومهما بوصفه وسيلة من وسائل فض المنازعات التي تقوم بجانب القضاء والصلح، و لكن التساؤل الذي يطرح نفسه، هو مدى جدية علماء اللغة في ضبط تعريف خاص به قانوني ودقيق ومدى قدرتهم على ذلك؟، للإجابة عن ذلك سنبين في هذا الفرع المقصود بالتحكيم في اللغة (أولاً) ثم نتناول المقصود بالتحكيم اصطلاحاً (ثانياً) كما يلي:

أولاً/التعريف لغة.

التحكيم في اللغة يأتي من المصدر "حَكَمَ" من باب التفعيل بتشديد الكاف من الفتح، وحكمه في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه، وحكموه بينهم أي أمره أن يحكم، ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وحكمته في الأمر فاحتكم أي جاز فيه حكمه¹.

و حَكَمَ بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه ويسمى الحَكْمُ بفتح الكاف أو المِحْكِمَ بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة²، ويقول صاحب مختار الصحاح تحت حرف (حَكَمَ) حكمه في ماله تحكيمياً إذا جعل إليه الحَكْمَ فيه فاحتكم عليه ذلك، وحول الحكم والاحتكام جاء في لسان العرب المحيط لابن منظور مايلي: "(الحَكْمُ) القضاء وقد (حَكَمَ) بينهم يحكم بالضم (حُكْمًا) و(حَكَمَ) له وحكم عليه والحكم أيضا الحكمة من العلم (و الحَكِيمُ) العالم وصاحب الحكمة، والحكيم أيضا المتقن للأمور وقد (حَكَمَ) من باب ظرف أي صار حكيماً و(أَحْكَمُهُ

¹ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث،

الإسكندرية، مصر، 2005، ص 15

² - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، القاهرة، 1998،

فإِسْتَحْكَمَ) أي صار محكما و(حَكَمَهُ) في ماله (تَحْكِيمًا) إذا جعل إليه الحكم فيه (فِإِحْتَكَمَ) عليه في ذلك و(المِحَاكَمَةُ) المخاصمة إلى الحاكم وفي الحديث " إِنَّ الْجَنَّةَ لِلْمُحْكَمِينَ " وهم قوم من أصحاب الأخدود حكموا وخيروا بين القتل والكفر فاختر الثبات على الإسلام مع القتل، وقد ورد ذكر التحكيم في القرآن الكريم في آيات كثيرة منها: قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾¹، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ حِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾².

وخلاصة القول، أن معنى التَحْكِيمِ في اللغة إطلاق اليد في الشيء محل التحكيم للغير وتفويضه بنظر النزاع، ويسمى المفوضون محكمون، ومفرده حُكْمًا أو مُحْكَمًا بتشديد الكاف مع الفتح أو محتكم إليه ويسمى الخصوم مُحْتَكَمِينَ، ومفرده مُحْتَكَمٍ بكسر الكاف.

ثانيا: التعريف اصطلاحا :

التحكيم في اصطلاح الفقهاء المسلمين هو تولية الخصمين حكما يحكم بينهما، ويظهر من خلال هذا التعريف أن فقهاء المسلمين تكلموا عن التحكيم الاختياري، ولم يتكلموا عن التحكيم الإجباري، إذ يقول بعض فقهاء المسلمين إن الأمر في قوله تعالى: "فأبْعَثُوا" يفيد الوجوب على إيجابه³.

كما ذهب الماوردي في كتابه أدب القاضي إلى أن التَحْكِيمِ هو أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا، و في المغني لابن قدامه: " إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما و رضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما "، ويتضح في عبارات الفقهاء في تعريفهم لمعنى التحكيم و إن اختلفت الألفاظ ، هو أن التحكيم عبارة عن تولية و تقليد و تفويض من طرفي الخصومة لطرف ثالث فيما تنازعا⁴.

و الواقع أن تعريف التحكيم عند فقهاء القانون الوضعي لم يختلف كثيرا عن هذا التعريف، فذهب الأستاذ "Moutusky" "موتيسكي" إلى تعريف التحكيم بأنه " الحكم في منازعة بواسطة

¹ - الآية 65 من سورة النساء.

² - الآية 35 من سورة النساء .

³ - نجيب عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مكتبة الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 16.

⁴ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، مرجع سابق ، ص 16.

أشخاص يتم اختيارهم، كأصل عام، بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق ، ونلاحظ أن هذا التعريف يركز على الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم ومصدره الإرادي وفي نفس الاتجاه يعرفه كل من "Glassonitissier et Morel"¹ فلاسونيتيسي مورال " بأنه القضاء في منازعة بواسطة أشخاص عاديين، والذين تعتبرهم الأطراف المتنازعة قضاة، ولقد عرف الأستاذ " Robert David " روبرت دافيد "التحكيم بأنه " وسيلة أو آلية تهدف إلى الفصل في مسألة تتعلق بالعلاقات القائمة بين طرفين أو عدة أطراف بواسطة شخص أو عدة أشخاص وهم المحكم والمحكمين، والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويفصلون في المنازعة بناء على هذا الاتفاق دون أن يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة¹.

وهناك من عرفه على أنه الأسلوب القانوني لحل النزاعات خارج المحاكم، وذلك بإحالة النزاع إلى محكمين أو هيئة تحكيم للفصل فيه بقرار ملزم يرتضيه الأطراف²، ويرتقي البعض الآخر بالتحكيم إلى مستوى المؤسسة التي يفصل بموجبها شخص ما في نزاع يجمع بين شخصين أو أكثر ممارسا بذلك سلطة قضائية يمنحها له هؤلاء الأشخاص³، أما بالنسبة إلى الفقه العربي فقد تعددت التعريفات في هذا الخصوص نذكر من بينها: " التحكيم هو ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، أي أن أطراف النزاع أو العلاقة تتفق فيما بينها على اللجوء إلى التحكيم في حل خلافاتها أو نزاعاتها التي قد تحصل أو حصلت وهو تخل من المتعاقدين أو الخصوم عن حقهم في اللجوء إلى القضاء واعتمادهم التحكيم كسبيل لحل الخلاف بينهم ". وقد عرف بأنه " وسيلة لحل النزاعات يخول للأطراف أن يحسموا ما يثور بينهم من خلافات حالة أو مستقبلية عن طريق محكم أو محكمين أو منظمة متخصصة يختارهم الأطراف بموجب اتفاق خاص في الحدود المرسومة شرعا وقانونا.

¹ - لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 17.

² - علي خليل الحديثي، التحكيم وأهميته، مجلة التحكيم الدولي وأهميته كقضاء بديل، الموقع الإلكتروني : www.ajcc.gov.ae/information/atahkeem.doc

أطلع عليه بتاريخ 2015/03/12:

³ - عامر علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ليبيا 1987، ص 230.

وإذا نظرنا إلى هذا التعريف نجد أنه فضلا عن شموله لكافة عناصر التحكيم ، فإنه لم يغفل إقرار الشريعة والقانون له من جهة، كما تضمن من جهة أخرى بان مواضيع التحكيم ليست مطلقة، بل منها ما يكون محلا له، ومنها ما لا يكون كذلك، و في اعتقادنا إن اختيار تعريف جامع للتحكيم يقتضي الإحاطة بمراحله المختلفة والتي تتمثل فيما يلي:

أولاً- اتفاق الأطراف على إحالة النزاع القائم أو المحتمل وقوعه على محكم أو أكثر.

ثانياً- طرح النزاع على شخص أو أشخاص يسمون محكمين.

ثالثاً- صدور قرار من المحكمين ملزم لأطرافه.

وتأسيسا على ما سبق، يمكن أن نستخلص تعريف التحكيم بأنه النظام المخصص للفصل في النزاعات عن طريق اتفاق الأطراف على إحالة النزاع الواقع أو المحتمل الوقوع على محكم أو هيئة تحكيم أو مركز من مراكز التحكيم للفصل فيه بقرار ملزم لأطرافه يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه .

الفرع الثاني:

المقصود بالتحكيم في فقه القانون الدولي العام

بالنظر إلى إن التحكيم الدولي يعد أسلوبا مشروعاً في القانون الدولي العام، يجد مرجعه في اتفاقية لاهاي لعام 1899 المتعلقة بحل النزاعات بالطرق السلمية¹، ويعتبر واحداً من شطري التسوية القضائية للنزاعات الدولية، حيث تتكون التسوية القضائية من التحكيم الدولي والقضاء الدولي، فقد قسمت المادة 33 من الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة الوسائل السلمية لحل النزاعات إلى أنواع من الوسائل: وسائل دبلوماسية، ووسائل سياسية، ووسائل قضائية وتشمل الطرق الدبلوماسية: المفاوضات المساعي الحميدة والوساطة والتحقيق، وتعني الوسائل السياسية الالتجاء إلى المنظمات الدولية والإقليمية وأما الوسائل القضائية أو القانونية فيقصد بها التحكيم والقضاء الدوليان²، غير أن بعض فقهاء القانون الدولي يرون أن التسوية القضائية لا تشمل التحكيم باعتباره قد نص عليه

¹ - أحمد سي علي، النزاع البريطاني في منطقة جزر الفولكلاند في ضوء القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2005، ص 326.

² - فيصل عبد الرحمن طه، القانون الدولي ومنازعات الحدود، الطبعة الثانية، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة ، 1999، ص 214.

منفصلا عن التسوية القضائية في المادة 33 من أحكام الميثاق، إلا أن هناك إجماع بين الفقهاء على اعتبار أن مفهوم التسوية القضائية يشمل التحكيم الدولي والقضاء الدولي الذي يغطي بدوره المحاكم الدولية.

لذا فإن التحكيم الدولي يطرح حلا يفرض على طرفي النزاع، بحكم التراضي المسبق، وبالتالي فهو يقلل من مستوى مشاركة طرفي النزاع في حله وبذلك فهو يختلف جوهريا عن المفاوضات والوساطة فإذا كان حل النزاع عن طريق الوساطة يعتمد أساسا على اتفاق الطرفين ، فإن الدور الرئيسي يكون لوجهة نظر طرف ثالث¹، وإذا جئنا إلى تعريف التحكيم الدولي فنقول انه وسيلة لحل النزاعات بين الدول عن طريق قبول الأطراف المتنازعة الاحتكام إلى طرف ثالث مثل الشخصيات السياسية أو الهيئات القضائية، على أساس التوصل إلى اتفاق خاص يفصل في النزاع القائم².

ولعلى أفضل تعريف للتحكيم الدولي هو التعريف الوارد في المادة 37 من اتفاقية لاهاي سنة 1907 الخاصة بتسوية النزاعات الدولية سلميا حيث عرفته بأنه "تسوية النزاعات بين الدول بواسطة قضاة تختارهم هي على أساس احترام القانون واللجوء إلى التحكيم يستتبع التزاما بالرضوخ بحسن النية إلى للقرار الصادر³.

الفرع الثالث:

المقصود بالتحكيم الدولي في فقه قانون التجارة الدولية

¹ - نوري مرزة جعفر، النزاعات الإقليمية في ضوء القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص101.

² - عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 131.

³ - عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 146.

يعتبر التحكيم اليوم أكثر شيوعاً لحل النزاعات التجارية، خاصة في سياق المعاملات التجارية الدولية، حيث وجد مجاله الخصب خصوصاً مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وازدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية بالاستثمار وضمان الاستثمار.

أي أن التحكيم الدولي هو القضاء العام لمجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود، وينتقد البعض اصطلاح التحكيم الدولي في هذا الموضوع على أساس أن هذا الأخير هو التحكيم الذي يتعلق بنزاع بين أشخاص القانون الدولي العام، مما يستلزم تطبيق أحكام هذا القانون، أما التحكيم الذي يهدف إلى حل النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية بين أشخاص القانون الخاص أو بين شخص من أشخاص القانون الخاص والدولة (عقود الدولة)، فإن هذا الرأي يفضل تسمية التحكيم بالتحكيم العابر للحدود، ويميل البعض إلى تسميته بالتحكيم الاقتصادي الدولي، ولكن المصطلح الشائع في هذا المجال هو التحكيم الدولي، فما هي المعايير التي يمكن الوقوف عندها لتحديد دولية التحكيم؟

إن دولية التحكيم تعني ببساطة شديدة، إما أن يكون بين التحكيم وبين النظم القانونية لدول مختلفة العديد من نقاط الالتقاء، أو كان منبت الصلة تماماً بأي من النظم القانونية الوطنية، وهناك معياران أساسيان قد يستعملان مجتمعين أو منفصلين لتحديد مفهوم الدولية في التحكيم، ويتعلق الأمر بتحديد طبيعة النزاع وهو المعيار الاقتصادي¹ ويتعلق الثاني بالمعيار القانوني، وهناك المعيار الذي يجمع بينهما، لذا سنتناول المعيار الاقتصادي (أولاً)، ثم نتطرق إلى المعيار القانوني (ثانياً)، ثم نخرج إلى المعيار المزدوج (ثالثاً).

¹ - محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 2008، ص 21.

أولاً: المعيار الاقتصادي.

نشير فيما يتعلق بهذا النعت المتعلق بالاقتصادي أو التجاري عند الحديث عن التحكيم التجاري الدولي ، إلا أنه نعت لا تقتصر على المسائل التجارية العادية كما هي مبينة في القوانين التجارية ، بل إنها تأخذ مفهوما موسعا يشمل كل العمليات ذات الطابع الاقتصادي .

ولتوضيح ذلك، نعتمد على ما جاء في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، إذ نجد أن المادة الأولى من ذلك القانون، تحتوي على هامش خاص ، تعريفاً واسعاً لمعنى " التجاري "، بحيث أنه يشمل على العلاقات التجارية التعاقدية و غير التعاقدية دون الاقتصار عليها لتشمل كل معاملة تجارية متعلقة بتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات، وكذا اتفاقات التوزيع والتمثيل التجاري أو التحصيل أو شراء وخصم الديون، واعتماد التأجير، وتشديد المصانع والخدمات الاستشارية والأعمال الهندسية والتراخيص والاستثمارات والتمويل والمعاملات المصرفية والتأمين واتفاقات الاستغلال أو الامتيازات والمشروعات المشتركة وأشكال التعاون الصناعي والتجاري الأخرى، ونقل البضائع والمسافرين جواً أو براً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق ، وقد اعتمدت غرفة التجارة الدولية على هذا المعيار بعد أن كانت تأخذ في البداية بمعيار وجود نزاع بين رعايا دول مختلفة.

ثانياً: المعيار القانوني

يعتبر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي¹ بصيغته التي اعتمدها اللجنة سنة 1985 من القوانين التي تبنت المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم¹.

¹ - أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 2205 المؤرخة في 17 ديسمبر سنة 1966، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وقد اعتمدت هذه اللجنة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985 وقامت بتعديله في 07 جويلية 2006.

وتجدر الإشارة إلى أن الجمعية العامة للأمم المتحدة أوصت في لائحته رقم 72/40 في جلستها رقم 112 المنعقدة في 11 ديسمبر 1966 بما يلي:

أ- ترحو من الأمين العام أن يحيل نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مشفوعاً بالأعمال التحضيرية الخاصة بالدورة الثامنة عشر للجنة إلى الحكومات ومؤسسات التحكيم والهيئات المهتمة الأخرى مثل الغرف التجارية.

فبعد أن حددت المادة الأولى نطاق تطبيق القانون النموذجي بأنه ينطبق على التحكيم التجاري الدولي، نصت هذه المادة في فقرتها الثالثة على أنه: " يكون التحكيم دولياً:

أ- إذا كان مقر عمل طرفي التحكيم واقعين في دولتين مختلفتين، وإذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل فتكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم.

أما إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته، وهو ما نصت عليه المادة الأولى في فقرتها الرابعة من القانون النموذجي للتحكيم

ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

1. مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له، أي على الرغم من أن كل من طرفي التحكيم له مقر عمل يقع في ذات الدولة إلا أنه إذا اتفقا على إجراء التحكيم في مكان خارج هذه الدولة يكون التحكيم دولياً.

2. أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

ج- إذا اتفق الطرفين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة واحدة. لكن هذه الإرادة تستطيع أن تحول التحكيم الداخلي إلى تحكيم دولي، بمجرد الاتفاق على موضوع الاتفاق إذا كان يتعلق بأكثر من دولة وهو أمر لا يجوز جعله رهناً لإرادة الأطراف، لما قد يترتب عليه من محاولة الأفراد الإفلات من القواعد الآمرة الواردة في شأن التحكيم الداخلي، وهذا الحل الذي تبناه القانون النموذجي للتحكيم، والذي يهدف إلى توسيع نطاق تطبيق القانون على أكبر عدد من الحالات².

ب- توصي بان تعطي جميع الدول الاعتبار الواجب للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بالنظر إلى الاحتياجات المحددة لممارسات التحكيم التجاري الدولي، ينظر إلى الموقع الإلكتروني للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

www.uncitral.org، تاريخ الإطلاع عليه : 2016/12/13

¹ - عيبوط محمد وعلي ، عقد الاستثمار بين القانون الداخلي و القانون الدولي ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وز ، العدد 01، 2011، ص 08.

² - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص 105.

ثالثا: المعيار المزدوج.

لقد استندت على هذا المعيار الاتفاقية الأوربية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي والموقعة في جنيف 1961 فوفقا لنص المادة الأولى منها، فقرة "أ" و"ب" "تسري أحكام المعاهدة على" اتفاقات التحكيم المبرمة بشأن النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن معاملات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو معنوية لهم محل إقامة معتادة أو مركز إدارة في أكثر من دولة متعاقدة مختلفة " وعلى الرغم من حرص المعاهدة على تحديد نطاق تطبيقها على اتفاق التحكيم المتصل بالنزاعات الناشئة عن معاملات التجارة الدولية، كما وضعت العديد من القواعد و الأحكام و شروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود الدولية وضعها لصياغة عقودهم . وينصرف هذا التوجه بطبيعة الحال إلى جميع العلاقات التي تدخل في إطار المعاملات بين الدول والتي تتطلب انتقال سلع أو خدمات من دولة إلى أخرى، أو تتصل بتدفقات وتحويلات مالية من دولة إلى أخرى.

ولم تكن المعاهدة بالارتكاز على المعيار الاقتصادي وحده، بل أنها أضافت إليه العنصر القانوني على ضرورة أن يكون للأطراف في اتفاق التحكيم محل إقامة معتادة أو مركز إدارة في دولتين مختلفتين، وهذا الشرط الأخير وحده القادر على وصف التحكيم بالطابع الدولي دون أعمال للمعيار الاقتصادي، إذ أن وجود أطراف المنازعة المتفق بشأنها التحكيم في دولتين مختلفتين من شأنه أن يؤدي إلى انتقال السلع والخدمات من دولة إلى أخرى، وبالتالي يكون التحكيم مرتبطا بمصالح التجارة الدولية، وفي الواقع فإن هذا الشرط الإضافي الذي وضعته المعاهدة قد يحول دون خضوع بعض حالات التحكيم الدولية منظورا إليها من خلال المعيار الاقتصادي المتقدم إلى أحكام المعاهدة، ففي الفرض الذي يرم فيه اتفاق التحكيم بين مشروعين توجد مراكز إدارتهما في إقليم ذات الدولة، ولكن بشأن عقد يجب تنفيذه للخارج¹، كعقد النقل الدولي أو عقد مقاوله من الباطن، يتم تنفيذه من الخارج فإن هذا التحكيم لا يعد تحكيما دوليا وفقا لمفهوم الدولية في المعاهدة وذلك لتخلف المعيار القانوني وتحقق المعيار الاقتصادي وحده.

¹ - علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008، ص 149.

المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية للتحكيم.

لقد اتسم مفهوم التحكيم التجاري الدولي ، كطريقة لحل النزاعات في البداية بالبساطة ، ذلك أن المفهوم قد ظهر في المؤسسات القانونية البدائية ثم استمر بعد إنشاء القضاء من طرف الدولة . بسبب إرادة أطراف النزاعات تبادلي الشكليات و الإجراءات التي يتسم بها القضاء ، و لقد قيل عن التحكيم أنه " طريقة تبدو ابتدائية Rudimentaire¹ ، لحل النزاعات مادامت تتمثل في عرض تلك النزاعات على مجرد أشخاص خواص ميزتهم الوحيدة كونهم اختيروا من طرفي النزاع. و الطبيعة الابتدائية للتحكيم تعود إلى بداية تاريخ التحكيم عندما كان يحدث أن يختلف متعاملان حول سعر أو نوعية السلع المسلمة فيلجأ إلى شخص آخر من الغير ليفصل بينهما ، ونلاحظ في هذا الشأن أن نظام التحكيم التجاري الدولي الحالي يعمل بموجب تشكيلة معقدة من القوانين وهذه القوانين مشكلة من الاتفاقيات الدولية و قوانين مختلف البلدان ، ذلك أن التحكيم ، و لو كان بسيطاً نجده يتطلب عدد معتبر من القوانين المتداخلة، وتتمثل تلك القوانين في كل من القانون الذي يحكم الاعتراف و تنفيذ اتفاق التحكيم والقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم ذاتها ، و القانون أو مجمل القواعد التي تطبقها محكمة التحكيم على موضوع النزاع و أخيراً القانون الذي يحكم الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ، وعلى ضوء هذا الزخم التشريعي فقد انتهى الفقه الحديث إلى تعريفه بأنه²: " النظام الذي بموجبه يسوى طرفاً من الغير خلافاً قائماً بين طرفين أو عدة أطراف ممارساً لمهمة قضائية عوهدت إليه من قبلهم"³ ، وبالتالي فالتحكيم يقتضي وجود ثلاث عناصر أساسية هي: خصومة التحكيم ، ومحكم مخول بسلطة الفصل فيها بقرار ملزم، واتفاق بين الخصوم على التحكيم - شرط أو اتفاق التحكيم - فإذا انعدم أحد هذه العناصر الثلاث فالأمر لا يكون تحكيميا بالمعنى القانوني وقد اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم. و هذا ما يطرح العديد من التساؤلات حول الطبيعة القانونية للتحكيم ؟ للإجابة عن هذا التساؤل فإن البعض يرى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية بناء على اتفاقية الأطراف التي يستمد منها المحكم سلطاته، بينما ذهب اتجاه آخر إلى ترجيح

¹ - قادري عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 222.

² - خليل الحديشي، التحكيم وأهميته، منشور في الموقع ي: www.Ajcci.gov.ae ، تاريخ الإطلاع 15 مارس 1520.

³ - خليل بوصنورة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً للقانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008، ص 25.

الطابع القضائي للتحكيم باعتباره يحل محل القضاء والمنصوص عليه تشريعياً، وهناك رأي وسط توفيقي يرى في التحكيم نظاماً مختلطاً، من قواعد العقد وقواعد التحكيم، لهذا يجب التعرض لهذه الطبيعة القانونية في ثلاث مطالب، بحيث نتناول نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم (المطلب الأول)، ثم نتناول نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم (المطلب الثاني) وما أفرزته النظرية الطبيعة المركبة للتحكيم في (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يذهب اتجاه فقهي يتزعمهم أستاذنا الفاضل الدكتور فتحي والي إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية و ليست قضائية¹ حيث تعتمد هذه النظرية على أساليب أساسها الدور الجوهرى لإرادة الأطراف في التحكيم، فهم الذين يولون هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع وهم الذين يقومون بتشكيل المحكمة أو المشاركة في تشكيلها، ويتحملون نفقاتها وأتعابها وهم الذين يحددون لهذه الهيئة مجموع الإجراءات التي يتعين عليها إتباعها، وكذلك القانون الذي تلتزم به المحكمة، وبالتالي فهم يؤكدون على أن أغلبية المشرعين في الدول المختلفة في تنظيمها للتحكيم تشريعياً وكذا الحال بالنسبة للاتفاقيات الدولية، لا تضع أحكاماً مرة إلا في أضيق الحدود ما لم يخدم تحقيق إرادة الأطراف في اللجوء الاختياري للتحكيم².

ويجمع أنصار الطبيعة التعاقدية على وصف ما ينتهي إليه المحكم أو المحكمين من نتائج بأنها تشكل "قرار تحكيم" وليس "حكم تحكيم"، لأن قرار التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، وأن التشابه بينه وبين "الحكم القضائي" لا يكون إلا من حيث إجراءات التقاضي، ويترتب على ذلك عدم الربط بين قرار التحكيم والبلد الذي صدر فيه³.

فهو لا يشكل جزءاً من النظام القضائي لتلك الدولة⁴، ولا يصدر باسمها، وبالتالي عند تنفيذ هذا القرار في دولة أخرى، لا يتقيد قاضي التنفيذ بأحكام قاضي البلد الذي صدر فيه القرار

¹ - فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية علماً و عملاً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية القاهرة، مصر 2013، ص 34.

² - محمد بواط، مرجع سابق، ص 23.

³ - علة عمر، مرجع سابق، ص 152.

⁴ - خليل بوصنبورة، مرجع سابق، ص 26

التحكيمي كما أن القوة الإلزامية لقرار التحكيم ناتجة عن اتفاق الأطراف، خصوصا عدم قابليته للطعن بالاستئناف مثل ما هو عليه الحال في التحكيم الداخلي في التشريع الجزائري، باعتبار أن القانون حول الأطراف حرية الاتفاق على استبعاده، ونفس الشيء في أغلب التشريعات الأخرى، فإنها تتعلق أساسا بإرادة الأطراف، فهم الذين يقررون قابليتها للاستئناف من عدمها.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة، فالأطراف أحرار في جعل الحكم قابلا للاستئناف من عدمه في التحكيم الداخلي، أما في التحكيم التجاري الدولي، فقد حسم المشرع في ذلك بعدم قابلية القرار الصادر في الجزائر للطعن بالاستئناف، وهي نتيجة منسجمة مع اختيار الأطراف للتحكيم هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن معظم أحكام التحكيم يتم تنفيذها طواعية، ودون اللجوء للقضاء الوطني للحصول على الصيغة التنفيذية، كما يترتب على الطبيعة التعاقدية.

إن مبدأ " سلطان الإرادة هو السائد، فتدخل الدولة لا يكون إلا في حالة المساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير عملية التحكيم¹، وأخيرا في عملية التنفيذ الجبري لهذه الأحكام والقرارات، بعد حصولها على الصيغة التنفيذية.

وفي هذا الإطار يشير الأستاذ " René David " " روني دافيد " إلى أن الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم تبدوا للوهلة الأولى أكثر النظريات مناصرة، من حيث إعلانها لمبدأ "سلطان الإرادة " ومن ثمة يتعين القول أن ما يختاره الأطراف من قواعد قانونية سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الموضوع تتجرد من طبيعتها القانونية وتصبح لها قيمة عقدية وتندمج في العقد والهدف منها هو إيجاد حلول ملائمة للنزاعات الناشئة بين الأشخاص سواء كان على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي².

وبالتالي لقد وصل الأمر بأنصار النظرية العقدية إلى القول، أن نظام التحكيم ككل نظام تعاقدية، بل أيضا أن اتفاق التحكيم ومجمل قرارات التحكيم لا تعدو أن تكون هي الأخرى عقدا كسائر العقود، وهذا ما كان له صدى في فقه القضاء المقارن، أما الأمر بالتنفيذ الذي يصدره القضاء، فهو في نظرهم يمد قرار المحكمين بقوة السلطة العامة، ويرفعه إلى مرتبة الأحكام القضائية.

¹ - حدادن الطاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وز، 2012، ص 113.

² - سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011، ص 3.

أما التحكيم في حد ذاته فهو عبارة عن عقد مسمى يخضع للقواعد الخاصة لعقد التحكيم والنظرية العامة للعقد، غير أنه لم تعد لهذه النظرية من أنصار وأستيعض عنها بالنظرية القضائية التي نتعرض لها بالتحليل في المطلب الثاني.

المطلب الثاني:

نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم

عكس الاتجاه الأول يذهب اتجاه آخر إلى ترجيح الطابع القضائي للتحكيم وهو ما نؤيده، ويعتمد في أسانيد على الدور الجوهرى الذي تلعبه الوظيفة القضائية للمحكم، فوفقا لهذا الاتجاه يتم التركيز على المهمة الممنوحة للمحكم، فهي في نظرهم "مهمة قضائية"، فلا يؤخذ في الحسبان إن كان المحكم قاضي أم لا، فالمهمة القضائية تستمد من معيار موضوعي، يتمثل في فكرة "حسم النزاع" وليس من معيار شكلي المتمثل في أننا أمام قاضي وفقا لدولة ما والذي يهدف إلى تحقيق العدالة¹، إذ لا يجوز حصر الأعمال القضائية في قضاء الدولة فحسب، وفي حقيقة الحال إن التحكيم هو الشكل الأساسي لإقامة العدل قبل ظهور تنظيم السلطة القضائية في الدولة الحديثة، غير أن أنصار الطبيعة القضائية اختلفوا حول أساس الوظيفة القضائية للتحكيم.

الاتجاه الأول يعتمد على أساس تفويض جزء من سيادة الدولة عن طريق التشريع المنظم للتحكيم، بينما الاتجاه الثاني يؤسسه بالنظر إلى التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. فيرى أن التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية، يكون شبيه بقضاء الدولة بينما في التحكيم التجاري الدولي يرون أنه مستقل تماما، وأن أحكامه ذات طبيعة خاصة وتعتمد كمصدر لقضاء المحكمين، فضلا على أنها تتمتع بحجية فيما تقضي به فور صدور هذه الأحكام، ويترتب على ذلك أن المحكم يطبق قواعد القانون الموضوعي، ويكون لقراراته حجية الشيء المقضي فيه. ويلاحظ أن الاتجاه الذي أسس الطبيعة القضائية للتحكيم على أساس تفويض مؤقت انتهى إلى القول بأن اختصاص التحكيم استثناء على محاكم الدولة، بينما القائلين بأن التحكيم قضاء أصيل ذو طبيعة خاصة يعتبر أن التحكيم موازيا لمحاكم الدولة.

¹ - محمد بواط، مرجع سابق، ص 5.

وفي هذا المعنى يقول الأستاذ أبو زيد رضوان: "لقد أصبح التحكيم التجاري الدولي نظاما قضائيا عالميا يسمو على النظم القضائية الوطنية"¹. والقول أن المحكم يتمص منزلة القاضي، ولا يملك ولاية الفصل في اختصاصه وهو يمارس في ذلك وظيفة تعود في الأصل لقضاء الدولة²، فإذا كان التحكيم ينشأ في بداية الأمر بعمل إرادي بموجب بند أو عقد تحكيم فإن هذا التصرف يعتبر مجرد بداية لوضع هذا النظام موضع حركة، التي تهيمن عليها الطبيعة القضائية شأنه في ذلك شأن العمل الإرادي للخصوم في اللجوء إلى قضاء الدولة إن الطبيعة القضائية للتحكيم تحضى بتأييد واسع في القضاء الفرنسي سيما في التحكيم التجاري الدولي، وذلك بالنظر إلى عدد القضايا التي تعرض عليه في مجال الطعن في قرارات التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس (CCI)، التي اعتبرت أن التحكيم يعد قضاء خاصا يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في النزاعات التي يطرحها عليه الخصوم في حالة عدم التوصل عن طريق الجهات القضائية إلى أي تسوية مرضية³، إذ أن محكمة النقض الفرنسية أكدت في قرارها الصادر في 25 ماي 1962 أن أطراف الخصومة بلجوتهم للتحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم بإعطاء الغير - المحكم - سلطة قضائية، وبالتالي الطبيعة القضائية للتحكيم تظهر جليا بمجرد صدور القرار التحكيمي، وقبل تنفيذه أو منحه الصيغة التنفيذية، فمحكمة استئناف باريس قد أكدت في عدة قرارات أن "القرار التحكيمي ليس عملا عاديا لكن تجب مماثلته للحكم القضائي، والذي يرتب نفس النتائج أما الصفة التنفيذية التي لا يتخذها إلا من خلال الأمر بالتنفيذ".

المطلب الثالث:

نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التحكيم لا يتمتع بطبيعة واحدة تعاقدية أو قضائية، بل إنه ذو طبيعة مزدوجة "مختلطة" تستمد أساليبها من الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم بالإضافة إلى المهمة القضائية الممنوحة للمحكم، سواء من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم، أو من ناحية التشريع المنظم للتحكيم، فهو يهدف إلى مساعدة قضاء الدولة في حل المنازعات الناتجة عن

¹ - حدادن الطاهر، مرجع سابق، ص 115.

² - أحمد إسكندر، مرجع سابق، ص 43.

³ - محمد يوسف، مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، مجلة إدارة، الجزائر، العدد 23، سنة 2002، ص 47.

ذلك¹ فأصحاب هذه النظرية المختلطة منقسمين إلى اتجاهين سنتعرض إلى الاتجاه الذي يعتبر أن التحكيم بناء مركب يجمع ما بين عدة عناصر (الفرع الأول)، ثم نتناول وجهة النظر الأخرى التي تعتبر أن التحكيم ذو طبيعة مركبة بوصفه قضاء خاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التحكيم بناء مركب يجمع ما بين عدة عناصر

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم بناء مركب يجمع ما بين عدة عناصر منها ما هو ذو طبيعة تعاقدية كإرادة الأطراف في اختيار اللجوء إلى التحكيم عن طريق الشرط أو الاتفاق التحكيمي، فالإرادة هي التي تحرك إجراءات التحكيم وتحدد المسار الطبيعي والقانوني للتحكيم، وتجد مصدر سلطتها مباشرة في إرادة الخصوم وبطريقة غير مباشرة في إرادة المشرع الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم عوضاً عن القضاء الوطني².

ثم أن واقع التجارة الخارجية وما تسيطر عليه الدول المتقدمة، بما في ذلك من انتشار العقود النموذجية المعدة مسبقاً من الأطراف القوية والتي تفرض على مستعمليها التحكيم كوسيلة -وحيدة- للفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم، دون أن تكون لدى بعض الأطراف تصور أو رغبة حقيقية في هذا الصدد فضلاً عن إذعان الدول النامية ورعاياها لتلك العقود، دون أن يكون لها حرية حقيقية لمناقشة بنود العقد، رغبة منها في الحصول على تنمية اقتصادية بالإضافة إلى عدم الثقة في مؤسساتها وإطاراتها القانونية.

إذ تجد غالبية المحكمين الذين تم تعيينهم في التحكيمات العربية، خاصة وأن المحكمين المعنيين كان معظمهم من المحامين ورجال القانون الغربيين، ومن ثمة كان فرض وجهة نظرهم الغربية وتطبيق القانون الغربي الذي لا يخدم مصالح الدول النامية بل يخدم مصالحهم، والذي أدى بدوره إلى تدهور قيمة الحرية الاتفاقية، في جميع مراحل التحكيم، إذ أن الأطراف الضعيفة مجبرة على إبرام هذه العقود وفي حالة نشوء الخلاف تجد هذه الأطراف نفسها أمام هيئات التحكيم التي تتكفل هي بجميع عمليات التحكيم، منذ تحرير اتفاق التحكيم إلى تاريخ صدور الحكم التحكيمي، وهذا يؤدي إلى

¹ - بشير سليم، مرجع سابق، ص 4.

² - خليل بوصنبورة، مرجع سابق، ص 26.

تقليص حرية الأطراف في اختيار المحكمين بالنظر لوجود نظام القوائم المتبع في هذه المؤسسات والمراكز المتخصصة.

الفرع الثاني:

التحكيم ذو طبيعة مركبة بوصفه قضاء خاص

يرى هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة مركبة بوصفه قضاء خاص، مؤسس على إرادة الأطراف والذي يستمد أساسه من إتفاق الأطراف، أي أنه عبارة عن عمل قضائي، لكنه ناتج عن تصرف تعاقدية، وأهم ما ينتهي إليه أنصار الطبيعة المختلطة، أن الدول عندما تختار التحكيم لا تنطلق من مفهوم أحادي لطبيعة التحكيم¹، وبالتالي من الطبيعي أن نجد آثار الطبيعة التعاقدية والقضائية متواجد بنسب مختلفة في كل نظام قانوني، وعلى هذا الأساس إرتبط سبب اختلاف أصحاب الطبيعة المختلطة للتحكيم خاصة في مدى قبول التحكيم الإجباري كشكل من أشكال التحكيم، وتفرق بين مراحل التحكيم فهو يبدأ باتفاق التحكيم ثم يصير إجراء لينتهي بقضاء وهو قرار أو حكم التحكيم.

غير أن الذين ركزوا على المهمة القضائية للمحكم في اتفاق التحكيم، يرون أن التحكيم مستقلا عن الأنظمة القانونية الداخلية، وهكذا ينتهي الأستاذ دكتور هشام صادق إلى القول أن: " الطبيعة الاتفاقية لوظيفة المحكم التي تستوجب احترامه للاختيار الإرادي للقانون العام، وهو اختيار مادي يقوم على مبدأ حرية التعاقد وحماية توقعات المتعاقدين، ولا يهدف إلى مجرد وضع حل لمشكلة تنازع القوانين "

فالتحكيم يعتبر نوع من القضاء الخاص²، ذا أساس اتفاقي تعاقدية تتناوب على طبيعته التأثيرات المختلفة لفكرة العقد والقضاء معا، وبالتالي هذا النظام ما هو إلا تطبيق توزيعي لقواعد العقد من جهة، وقواعد الحكم من جهة أخرى، فوظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها، إذ أن المحكم يقوم بالبحث والتحري في صحة أو شرعية إدعاءات الخصوم المعروضة أمامه، لكن يبقى مصدرها تعاقدية باعتبار أن التحكيم نابع أصلا من اتفاق إرادات الخصوم فالتحكيم تتعاقب عليه صفتان:

1- خليل بوصنبورة، مرجع سابق، ص 28.

2- بلكعبيات مراد، منح الامتياز للاستثمار الصناعي في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، ص 207.

الأولى الصفة التعاقدية وتمثل في اختيار الخصوم للتحكيم بديلا عن القضاء لحل منازعاتهم واختيارهم للمحكمين أو تحديد كيفية هذا الاختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء من حيث الإجراءات أو الموضوع. و الثانية الصفة القضائية والتي تتمثل في ما يصدره المحكم أو محكمة التحكيم من أحكام وقرارات والتزام الأطراف بالخضوع لهذه الأحكام والقرارات وتنفيذها طواعية¹، وبلجوء الأطراف أو أحدهم للمطالبة بالصيغة التنفيذية للحكم أو للقرار التحكيمي.

¹ - فتحي والي ، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علما و عملا ، مرجع سابق ، ص 40.

الباب الأول

النظام القانوني لاتفاق التحكيم

يقوم التحكيم على اتفاق الأطراف ، وهذا الاتفاق هو الذي يحدد موضوع النزاع الذي يمكن الفصل فيه عن طريق التحكيم في كل حالة على استقلال، ومن اتفاق الأطراف يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في موضوع النزاع، كما حدد ذلك الاتفاق، وبذلك يتقيد المحكمون باتفاق التحكيم بالنسبة للمسائل محل النزاع أو بالنسبة للسلطات المخولة لهم بمقتضاه¹، لذا حظي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه و القضاء، و كذا القوانين الوطنية المقارنة و القانون الدولي²، ولعل السبب الأساسي وراء هذا الاهتمام وتلك العناية هو بلا شك أن اتفاق التحكيم هو المحرك الذي يستند عليه هذا النظام القضائي الخاص ألا وهو نظام التحكيم³.

واتفاق التحكيم ضروري وله أثر كبير سواء على صعيد بداية أو نهاية المنازعة التحكيمية كما أن هناك مبدأ في القانون الدولي يقضي بأن أي نزاع لا يمكن عرضه للحل أمام القضاء الدولي أو التحكيم الدولي إلا إذا وجد رضاء صريح ومسبق من جانب الأطراف المتنازعة على ذلك. ذلك أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء أكانت عقدية أو غير عقدية ، ومنه فإن حل النزاع عن طريق التحكيم إنما يأتي على إثر عمل إرادي لأطراف النزاع، هذا العمل الإرادي يتجسد في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ، وذلك في صورة مشاركة تحكيم كإجراء لاحق لنشوء النزاع، أو في صورة تعهد سابق لنشوئه، كما تضمنت العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بنود تنص على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، كوسيلة لحل المنازعات ذات الطابع الاستثماري التجاري التي يمكن أن تنشأ بين الجزائر والمستثمر الأجنبي، وعليه تطرقت هذه الاتفاقيات إلى كيفية اللجوء إلى التحكيم، وتشكيل محكمة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على المنازعات في حالة تعدد القوانين، وكذا دور اتفاق التحكيم في حل المنازعة التجارية .

¹ - إبراهيم محمد السعدي أحمد الشريعي ، هيئة التحكيم بين احترام إرادة الأطراف و مراعاة التنظيم القانوني ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس القاهرة ، مصر ، العدد الثاني، سنة 2017، ص 939.

² - محمد محمود ولد عبد الله المختار، مرجع سابق ، ص 43 .

³ - غالب محمصاني ، اتفاق التحكيم و التحكيم المتعدد الأطراف في ظل قواعد الاونسترال و قواعد مراكز التحكيم المنظمة ، مجلة التحكيم العالمية ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ملحق العدد 8، تشرين الأول ، 2010، ص 26، الموقع الالكتروني :

www.academy.org، تم الاطلاع عليه بتاريخ : 2016/12/13.

إذن اتفاق التحكيم هو الأساس لكل عملية تحكيمية ، هذا و يجب الإشارة إلى أن شرط التحكيم لم يكن معترفاً به ، حيث كان القضاء الفرنسي مثلاً لا يعترف بصحة شرط التحكيم تماشياً مع ما قرره محكمة النقض الفرنسية سنة 1943 بإجازة الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع¹ ، وكان العمل السائد هو أن النص على التحكيم في العقد لا يكون سوى وعداً باللجوء إلى التحكيم يجب تأكيده بمشاركة التحكيم يبرمها الطرفان بعد قيام النزاع بينهما ، وكان من آثار عدم تنفيذ أحد الطرفين ذلك الوعد التعويضي على أساس إخلاله بالتزام تعاقدى دون إلزام ذلك الطرف بإبرام مشاركة التحكيم ، وبعبارة أخرى لقد كان القضاء الفرنسي يرى في شرط التحكيم مرحلة تمهيدية سابقة على مشاركة التحكيم، ولقد كانت نظم قانونية أخرى تأخذ بنفس النهج ، إلا أن الوضع قد تطور بعد الحرب العالمية الأولى ، ولقد بدأ التطور حين بدت ضرورة إخراج شرط التحكيم من وضعه الثانوي و ذهبت الجهود التي أشرفت عليها عصبة الأمم ، مذهب المساواة بين ذلك الشرط ومركز مشاركة التحكيم ، بكيفية بررت إدماجهما في مفهوم قانوني واحد، إلا أن تكرر ذلك الاتجاه على الصعيد الدولي في اتفاقية 1958 و التي تفادت استعمال كل من تعبير " شرط التحكيم " و " مشاركة التحكيم " مكتفية بعبارة " اتفاق التحكيم " ، للدلالة من أن إرادة كلا الطرفين قد ذهبت للارتباط² باتفاق التحكيم مما يقتضي أن يكون على علم به أو على الأقل في إستطاعته أن يعلم بها ولقد تطور الوضع في فرنسا بانضمامها إلى بروتوكول جنيف سنة 1923 حين صدر تشريع خاص سنة 1925 يقول بصحة شرط التحكيم . في المسائل التجارية ومن ثمة أصبح من الممكن الاعتراف بشرط التحكيم المتضمن إمكانية اللجوء إلى تحكيم داخل فرنسا بمناسبة نزاع مستقبلي دون تعيين المحكمين بأسمائهم مسبقاً، وأصبح ما يترتب عن ذلك الشرط طبعاً هو التزام طرفي العقد بالخضوع للتحكيم ، وكذلك عدم اختصاص القضاء الفرنسي بنظر النزاع .

ولقد تم توسيع دائرة المسائل التي يجوز فيها اللجوء إلى شرط التحكيم سنة 1980 بتعديل قانون المرافعات الفرنسي ، حيث امتد التوسيع ليشمل كافة المسائل التي يوجد بشأنها نص صريح يتيح اللجوء إلى التحكيم، وبذلك أصبح قبول شرط التحكيم قاعدة وحظره استثناء ، والجدير بالذكر

¹ - قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 262.

² - محمد عبد الفتاح ترك ، شرط التحكيم بالإحالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية القاهرة ، مصر، العدد الأول، سنة 2013، ص 209.

هو أن التحكيم محظور في العديد من القوانين المدنية والأهلية والمنازعات المتعلقة بالدولة أو مؤسساتها وفي كل الأمور المتعلقة بالنظام العام .

وتطبيقا لذلك لا يقبل بالتحكيم في المسائل ذات الطبيعة الجنائية ، أو الإدارية أو الضريبية وفي مسائل الإفلاس أو تصفية الأموال أو النزاعات في ميادين براءات الاختراع و الملكية الأدبية والفنية و كذلك في ميدان تطبيق قانون العمل أو نظام الشركات أو الرقابة على قانون النقد و القرض وأخيرا نشير إلى أنه قد يخطر للذهن سؤال حول ما إذا كان يمكن للدولة الاعتماد بحصانتها القضائية كي تفلت من اللجوء إلى التحكيم الأجنبي ؟

وللرد على هذا التساؤل نشير إلى أن الفقه التقليدي كان يقول بعدم خضوع النزاعات التي تكون الدولة أو أحد مؤسساتها، طرفا فيها لقضاء غير قضاء تلك الدولة ذاتها ، كما أن محاكم البلاد المصنعة كانت تقول بالحصانة المطلقة للدولة المستقبلية ، غير أن المغالاة و سوء استعمال تلك الحصانة أديا بمبادرة من المشرعين أو المحاكم إلى التقليل من تلك الحصانة ، بل أن بعض الدول قد أبرمت اتفاقيات دولية في هذا الشأن مثل الاتفاقية الموقعة بستراسبورغ في 12 ماي 1972 تحت إشراف مجلس أوروبا المتعلقة بالاستثناءات على الحصانة القضائية¹.

ولقد اتخذ القضاء والقانون وبالأخص المتعلق بمجلس الدولة² ، أو التنظيم القضائي³ موقفا مقلصا جدا للحصانة بالنسبة للأشخاص العمومية غير المتمثلة في الدولة أو مؤسساتها، واشترط في حالة إدعاء مؤسسة عمومية ما تتمتع بالشخصية القانونية أنها تتصرف بأمر من الدولة أو لحسابها أن تثبت ادعائها ، ومن نتائج هذا التقليل هو إعطاء العلاقات بين الشركات الوطنية للبلاد النامية كل أثارها ، و خاصة الاتفاقات التي تنص فيها على اللجوء للتحكيم ، وهذا ما يحسم قضية التنازل عن الحصانة القضائية المترتبة عن النص على شرط التحكيم، وهذا ما يميز القضاء بين تصرف الدولة

¹ - قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 264.

² - القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30-05-1998 المتعلق بمجلس الدولة الجزائري وتنظيمه وصلاحياته وطريقة عمله ج ر ، العدد 37 لسنة 1998 ، المعدل و المتمم بالقانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26/07/2011، ج ر العدد 43 سنة 2011.

³ - القانون العضوي رقم 17-06 المؤرخ في جمادة الثانية عام 1438 الموافق ل 27 مارس 2017 ، يعدل القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 10 جمادى الثانية عام 1426 الموافق ل 17 يوليو سنة 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي ج ر العدد 20 الموافق لت 29 مارس 2017

في إطار التسيير الخاص، ولا يمكنها التذرع فيها بحصانتها القضائية و تصرفها كسلطة عمومية و يمكنها التذرع فيها بحصانتها القضائية .

وللتمييز بين السيادي وغير السيادي من النشاطات ذهب جانب من الفقه إلى الاعتماد على الغاية من النشاط ، إلا أن جانبا آخر من الفقه ، يعتمد على شكل ذلك النشاط ، بحيث لا يمكن للدولة أن تتذرع بحصانتها القضائية ، كلما استخدمت أسلوبا من أساليب القانون الخاص .

وهناك جانب ثالث من الفقه ينتقد الطريقتين ويتساءل كيف يمكن للسيادة أن تتراجع عندما يتعلق الأمر بعمل من أعمال الإدارة العادية ؟ و يقول أيضا أن ذلك التمييز يراد به توسيع اختصاص القضاء الإداري أمام القضاء المدني ، وهذا ما يتعارض مع الاتجاه الحديث الذي يهدف إلى التضييق من حالات التمسك بالحصانة القضائية ، وهذا ما يؤدي إلى طرح التساؤل حول مضمون اتفاق التحكيم ودوره في التقليل من المنازعات التي تنجم عن الاستثمارات ذات الطابع الدولية ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل المهم نقوم بدراسة شاملة وعامة لاتفاق التحكيم سواء من حيث الشكل أو المضمون بالاعتماد على بعض القوانين المقارنة منها التشريع الجزائري وان كان هذا الأخير أضحى حديث نسبيا لكونه يعتمد على الموروث التشريعي الفرنسي¹ وخصوصا بعد الاستقلال وكذا بعض التشريعات المقارنة الأخرى العربية والأجنبية باستعمال جملة من الاتفاقيات الدولية التي لها علاقة بهذا الشأن، والتي تبين مدى فاعلية اتفاق التحكيم في حل المنازعات التجارية (فصل أول)، ولكن هذه المنازعة التحكيمية التي تعتمد على مدى جدية اتفاق التحكيم لحل المنازعة²، فإنها تصطدم ببعض الإشكالات المختلفة المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي "القانون الوطني و مختلف الاتفاقيات الدولية" (فصل ثاني).

¹ - قانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد العمل بالنصوص التشريعية الفرنسية بالجزائر ماعدا النصوص التي تتعارض مع السيادة الوطنية ، ج ر ، العدد 02 ، سنة 1963.

² - صديق بغداد ، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2002، ص 01.

الفصل الأول

فاعلية اتفاق التحكيم ودوره في حل المنازعة
التجارية

إن الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه لا يتأتى إلا بالاعتراف باتفاق التحكيم، إذ يؤثر اتفاق التحكيم من حيث صحته وبطلانه ومدى تجاوزه نطاقه ومدى قابلية موضوعه للتحكيم عند الفصل في النزاع، أو عند تنفيذ القرار الصادر فيه¹، إذ أنه لا يعرض النزاع على محكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقا واضحا فيه بطريق التحكيم².

ولهذا فإن اتفاق التحكيم هو الأساس القانوني للتحكيم و دستوره الذي يحدد نطاقه ومداه ويخرج النزاع موضوعه من اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات ، ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في النزاع، إذ أنه يجب أن تنصرف إرادة الطرفين المشتركة إلى التحكيم صراحة ، فلا يجوز استخلاص الاتفاق على التحكيم ضمنا، كما أن الاتفاق على التحكيم لا يفترض فلا يجوز استخلاصه من سكوت أحد الطرفين على طلب التحكيم المقدم من طرف الآخر ، وتطبيقا لما تقدم حكم بأنه إذا كان الطرفان قد اتفقا على أن يحل النزاع وفقا لقواعد اليونسترال (uncitral) فإن هذا لا يكفي لوجود اتفاق التحكيم ، إذ أنهما لم يتفقا على حل النزاع وفقا لقواعد تحكيم اليونسترال (uncitral)، كما حكم بأنه إذا اتفق الطرفان على تسوية الخلاف بينهما عن طريق التحكيم في حالة فشل التسوية الودية ، فتمت التسوية الودية بنجاح ، ثم قام نزاع بينهما حول تنفيذ هذه التسوية ، فإن هذا النزاع لا يشمل اتفاق التحكيم و إنما ترفع الدعوى به إلى القضاء

ولبيان أن اتفاق التحكيم يعتبر دوليا طالما كانت العلاقة محل النزاع تعتبر دولية بمعنى أن دولية العلاقة محل النزاع هي التي تضيي الطابع الدولي على اتفاق التحكيم والذي ينعقد بتوافر أركان مهمة³، ترى الدكتورة سامية راشد أن تعبير اتفاق التحكيم الذي شاع استعماله مؤخرا، تعبيرا قصد به أن يشمل الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما: مشاركة التحكيم و شرط التحكيم⁴، وفي تقديرنا فقد وفقت الأستاذة في تحديد مدلول اتفاق التحكيم وفقا لتصور شامل، ولكن ما يقال في جزء آخر

¹ - طالبي حسن، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 67.

² - فتحي والي ، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علما و عملا ، مرجع سابق ، ص 87.

³ - مصطفى ناطق صالح الناصري، التطورات الحديثة في التحكيم التجاري دراسات قانونية مقارنة ومعقدة في نظام التحكيم دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2015، ص 28.

⁴ - محمود نوري حسن، التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية " دراسة مقارنة " ، دار الجامعة الجديدة ، مصر 2015 ص 07.

هو أن مدلول كل من المشاركة والشرط مختلفين نوعا ما سواء بالنسبة للمدلول أو الغرض و بالأخص أن مجمل الاتفاقيات الدولية تضبط المصطلحات بدقة لتفادي النزاعات التي يمكن أن تكون لذا يجب أن يشتمل تعريف اتفاق التحكيم على الصورتين التقليديتين المتعارف عليهما، وهي صورة مشاركة التحكيم وصورة شرط التحكيم، وهو ما يؤدي إلى طرح التساؤل عن الماهية القانونية التي أقرتها مختلف التشريعات لاتفاق التحكيم؟ للإجابة عن هذا التساؤل، نحاول العمل على تحديد ماهية اتفاق التحكيم ومدى اتصاله بالعقد الأصلي (مبحث أول)، هذا الأخير لا يكفي و بالتالي لا بد من تحديد الأهمية الاقتصادية و الدولية و القانونية لمبدأ الدفع بوجود وإنعدام اتفاق التحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم اتفاق التحكيم ومدى تجسيده لفاعلية التحكيم في منازعات الاستثمار

اتفاق التحكيم عقد رضائي يتم باتفاق الطرفين وهذا هو الأصل العام¹، ويعتبر مظهرا لسُلطان إرادتهم، على أن بعض الفقهاء في إيطاليا منهم الفقيه الدكتور bernardo hanatio "برناردو هانتيو" مع تسليمهم باعتبار اتفاق التحكيم عقدا يرون أنه عقد ليس له الطبيعة الخاصة للعقود وإنما له طبيعة إجرائية، ويستند هذا الرأي إلى أن عقد التحكيم يؤثر في الخصومة إذ هو يمنع من عرض النزاع على القاضي، ويحول المدعي عليه دفعا هو الدفع بوجود اتفاق تحكيم، هذا فضلا على أن هذا الاتفاق ينظم خصومة التحكيم في كثير من النواحي التي ترك القانون للأفراد حرية تنظيمها.

وفي تقديرنا الخاص على العكس من ذلك، أن الاتفاق على التحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص و لا يدخل في عداد الأعمال الإجرائية، ذلك أن هذا الاتفاق يبرم قبل بدء الخصومة فلا يمكن اعتباره عنصرا من عناصر الخصومة، ولهذا فإنه لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة، ولا يعد بالتالي عملا إجرائيا، ويترتب من وجهة نظرنا هذه أن اتفاق التحكيم يخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص، فلا يخضع للشروط التي ينظمها القانون للأعمال الإجرائية، وبصفة خاصة لا يخضع لقواعد البطلان الذي ينظمه القانون المدني، كما يترتب على ذلك التكييف أيضا أن القانون

¹ - فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية علما و عملا، مرجع سابق، ص 95..

الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي تخضع له التصرفات القانونية وليس القانون الذي تخضع له الإجراءات .

ويعتبر اتفاق التحكيم عقدا من عقود القانون الخاص يخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص من أحكام، ويعتبر اتفاق التحكيم عقدا مدنيا ، فهو لا يعتبر عقدا تجاريا و لو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود التجارية ، كما لا يعتبر عقدا إداريا ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود الإدارية ، هذا ولو كان اتفاق التحكيم شرطا في العقد الأصلي ، ولا يعتبر اتفاق التحكيم ولو كان أحد طرفيه أحد أشخاص القانون العام عقدا إداريا ، إذ لا تتوفر فيه أي شروط استثنائية غير مألوفة في اتفاق التحكيم الذي يعقد بين طرفين من أطراف القانون الخاص .

لكن التشريعات والقوانين المختلفة والاتفاقيات الدولية بشأن التحكيم التجاري الدولي وأنظمة التحكيم للمراكز الدولية وغيرها، لم تتفق على تعريف دقيق له¹، حيث تتطرق بعض القوانين إلى صوره دون تعريفه، وتربط الأخرى هذا التعريف بشروط صحته، كما انه لا بد من الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم حضى بعناية واهتمام كبيرين، ولم يقتصر هذا الاهتمام على صعيد التشريعات الوطنية فقط، بل تعداه على صعيد المعاهدات الدولية² والسبب الأساسي وراء هذا الاهتمام هو أن هذا الأخير يعد ويستند عليه النظام القضائي الخاص³، ومن جهة أخرى لمواكبة الموجات العارمة من التطورات الجذرية والتحويلات العميقة الكثيرة و المختلطة، ومن ناحية أخرى ففي اتفاق التحكيم يثبت العقد⁴، وتوجد حقيقته إذا اجتمعت أركانه و توافرت شرائطه

بما أن التعريف الدقيق لاتفاق التحكيم يقتضي ضرورة إبراز ماهو دور القانون في ضبط مصطلح اتفاق التحكيم ومساهمته في حل المنازعات ذات الطابع الاقتصادي ؟ للإجابة عن هذا

¹ - إدريس مهنان ، تطور نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق، بن عكنون ، الجزائر ، 2002، ص 02.

² - محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادى للطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص93.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شهاب القاهرة 1990، ص73.

⁴ - إسماعيل بن إبراهيم بن عبد الله التويجيري ، التحكيم في الشريعة الإسلامية و القانون المدني "دراسة تطبيقية على المنازعات العقارية " رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، القاهرة ، مصر ، 2010، ص 118.

التساؤل يستوجب العمل على توضيح الرؤيا للمحكّمين عند نظرهم النزاع من جهة ، ومن ناحية أخرى من واجبنا التطرق لهذا التعريف مع صوره المختلفة وشروط صحته ودراسة استقلالته عن العقد الأصلي وأثر ذلك على فعالية التحكيم (المطلب الأول)، ثم نتناول آليات تفعيل وتنظيم إتفاق التحكيم (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يعد اتفاق التحكيم هو الأداة القانونية للتعبير عن إرادة الأطراف في اختيار التحكيم كنظام لحسم منازعاتهم ، و يرد في إحدى الصورتين¹ (مشاركة التحكيم) و(شرط التحكيم)، ولكون أن شرط التحكيم هي عبارة عن وثيقة مستقلة يتفق فيها الأطراف على حل النزاع - القائم بالفعل أو المحتمل حدوثه مستقبلا- بواسطة التحكيم²، أما شرط التحكيم فهو عبارة عن نص يرد في صورة بند من بنود العقد الأصلي يلتزم فيه الأطراف بموجبه اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات التي قد تنشأ بينهم مستقبلا ، ويثور التساؤل حول مدى ارتباط أو علاقة اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي ، في حالة تعرض هذا العقد لسبب أدى إلى فسخه ؟ هل يؤدي بطلان العقد الأصلي أو فسخه إلى بطلان اتفاق التحكيم وزواله ؟ أو بعبارة أخرى هل يتبع شرط التحكيم العقد الأصلي وجودا و عدما ، أم أنه اتفاق مستقل عن العقد الأصلي ، يبقى صحيحا وناظدا إذا توافرت شروطه و إن أبطل العقد الأصلي أو تم فسخه ؟

وكذلك ما الموقف في حالة بطلان اتفاق التحكيم ، كما لو انصب على موضوع لا يجوز التحكيم فيه ، هل يؤثر ذلك على العقد الأصلي ؟ ونلاحظ أن هذه التساؤلات تكون أكثر بروزا وإلحاحا في صورة شرط التحكيم وذلك لارتباطه بالعقد الأصلي، على أساس أنه جزء من العقد الأصلي

¹ - محمد مجدي ، هل يستنفذ اتفاق التحكيم غرضه بإبطاله حكم التحكيم الصادر استنادا إليه ، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر العدد 23 ، سنة 2006، ص 2.

² - سامي محسن حسين السري ، اتفاق التحكيم في القانون الدولي الخاص " دراسة مقارنة " ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية القاهرة ، مصر ، 2000، ص 125

وهنا تكون وتكمن صعوبة الفصل بينهما وذلك لكون أن هناك عقد داخل عقد آخر يرمه نفس أطرافه¹، وعندها يكون الاحتياج أشد للإجابة عن التساؤلات السابقة و ما يقال عن شرط التحكيم في هذا الصدد ، فإنه يكون منطبقا من باب أولى على مشاركة التحكيم، حيث أعطيت عدة تعريفات لاتفاق التحكيم والتي تصب في مجملها على أنه تصرف قانوني مستقل²، و باعتباره نظام خاص للتقاضي في المسائل المدنية و التجارية و الإدارية - التي يجوز فيها الصلح و لا تتعارض مع النظام العام - يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة ، للفصل فيما يثور بينهم من منازعات³

كما يبرر الاستقلال من الناحية القانونية أن لكل من الشرط والعقد الأصلي محلا مختلفا فمحل الشرط هو الفصل في منازعات يمكن أن تنشأ بشأن العقد، أما محل العقد فهو أمر مختلف بحسب نوع العقد الذي يكون عقد بيع أو مقابلة ومن ناحية أخرى فإن سبب كل منهما مختلف فالسبب في الشرط هو تعهد كل طرف بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين ، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماما بالنسبة لكل عقد من العقود .

ولا يعني استقلال شرط التحكيم أن يصدر من الطرفين توافق إرادتين بشأن التحكيم مستقلا عن ذلك المتعلق بالعقد الأصلي ، و من ناحية أخرى فان هذا الاستقلال لا يحول دون حوالة شرط التحكيم تبعا لحوالة العقد الأصلي الذي يتضمنه هذا الشرط ، و إذ تنص المادة 23 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على مبدأ استقلال شرط التحكيم ، فإن على القاضي المصري اعتباره مستقلا ، حيث ينطبق قانون التحكيم المصري و لو كان العقد الأصلي يخضع -وفقا لقواعد تنازع القوانين المصرية - لقانون لا يعترف بهذا الاستقلال ، ميزت بعض التشريعات بين شرط التحكيم ومشارطه التحكيم مما يؤدي إلى إمكانية اختلاف مصير شرط التحكيم عن العقد الأصلي⁴ ، بينما جمعت أخرى بينهما في مصطلح جامع "كاتفاقية التحكيم" أو غيرها، أما من حيث صحة الاتفاق فان هناك اختلافات كثيرة ناتجة أصلا عن الاختلاف في تعريف اتفاق التحكيم في حد ذاته، لذا

¹ - فتحي والي ، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية علما و عملا ، مرجع سابق ، ص 104.

² - أحمد عبد الحميد عليوش ، مرجع سابق، ص 93.

³ - أحمد عوض بلال ، صور اتفاق التحكيم و استقلاله ، مجلة القانون و الاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، مصر العدد 82 ، سنة 2009، ص 23.

⁴ - فتحي والي ، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية علما و عملا ، مرجع نفسه، ص 106.

يجب البحث عن أشكال اتفاق التحكيم، وتحديد شروط صحته في مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية (الفرع الأول)، ثم تحديد مضمون العلاقة بين العقد الأصلي وبين اتفاق التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أشكال اتفاق التحكيم وشروط صحته

التحكيم هو نظام قضائي اتفاقي يختار فيه الأطراف قضاةم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي نشأت بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقا لأحكام القانون، و يقوم التحكيم على أساس إجازة المشرع للأفراد الاتفاق على طرح ما قد ينشأ بينهم من منازعات، للفصل فيها بحكم حائز على قوة الأمر المقضي أو بحكم نافذ معجلا في بعض التشريعات¹

ومن هذا التحديد لمعنى التحكيم يبدو جليا أن جوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف الراغبين في التحكيم، فهو إن كان نظاما قانونيا له هياكله² وإجراءاته، وقواعده التي حددها القانون، إلا أنه بالأساس نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف على اتخاذه سبيلا لفض المنازعات التي تثور بينهم، فهذا الاتفاق هو الذي يقرر مبدأ اللجوء للتحكيم ويحدد إجراءاته، وموضوعه، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم، والقانون المختص بحكم النزاع³.

واتفاق التحكيم هو عبارة عن تصرف قانوني بالمعنى الفني، فلا وجود له إلا بتوافر الأركان الأساسية واللازمة لأي تصرف قانوني، فأى تحكيم يستمد مصدره من الاتفاق، الذي يعتبر في نظر القانون الدولي بمثابة معاهدة دولية، يشكل عملا قانونيا ملزما للأطراف بحيث أشارت جميع التشريعات والقوانين والاتفاقيات الى اتفاق التحكيم في بعض جوانبه كشروط صحته وغيرها، إلا أنها افتقرت إلى إعطاء تعريف دقيق لهذا المصطلح، لذا سنتناول الإطار القانوني لاتفاق التحكيم (أولا)، وحتى يتم تحديد الإطار القانوني فلا بد من ضبط شروط صحة اتفاق التحكيم (ثانيا).

¹ - أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص 04.

² - تزيير يوسف، الإطار القانوني لحرية الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2011، ص 63.

³ - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 47.

أولاً: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم

يعد اتفاق التحكيم محور اهتمام كبير لدى الفقه والقضاء وكذا القوانين المقارنة¹ والقانون الدولي، حيث أعطيت عدة تعريفات لاتفاق التحكيم تصب في مجملها على إعطاء تصور عام لهذا الأخير، ومن ناحية أخرى في سبيل طمأنة الرأسمال الأجنبي²، فإن المطلع على مختلف تشريعات التحكيم الحديثة يدرك أنها تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم، وقد يرجع هذا التشابه إلى كون أن مختلف التشريعات، قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بشأن التحكيم لعام 1985، لذا سوف نحاول العمل على دراسة مختلف التعاريف سواء أكانت في القانون الجزائري (أ)، ثم نتناول الجانب المتعلق بالقانون الاتفاقي متعدد الأطراف (ب)، وكذا في بعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر (ج).

أ/ في القانون الجزائري:

عرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية³ اتفاق التحكيم في المادة 1011 بما يلي: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، بينما عرف شرط التحكيم في المادة 1007 كما يلي: شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم، فرق المشرع الجزائري في النصين بين شرط التحكيم الذي سماه اتفاق التحكيم، وبين مشاركة التحكيم بحيث أنه أعطى مفهوما لكل منهما، لكنه تراجع عن هذا التمييز في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 1040: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية أي أن مصطلح اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين

¹ - سليم بشير، مرجع سابق، ص 86.

² - بوجلال صلاح الدين، تسوية المنازعات في الاتفاقيات متعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر، مداخلة في الملتقى الدولي حول منظومة الاستثمار في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، المنعقد يومي 23-24 أكتوبر 2013، ينظر إلى www.univ-Galma-Droit.com، تاريخ الإطلاع: 2016/07/12

³ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج ر، عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ...¹.

يذهب بعض الفقهاء إلى إعطاء تعريف لاتفاق التحكيم على ضوء النصوص السابقة وغيرها على النحو الآتي: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على الالتجاء إلى التحكيم لفض نزاعهما المحتملة أو الواقعة فعلا ويكون هذا كتابة، وقد يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع ومكان إجراء التحكيم وأسماء المحكمين وكذا القانون الواجب التطبيق"².

وحاول بعض الفقهاء إعطاء تعريف كالآتي: "هو عبارة عن تصرف قانوني، يتخذ شكل اتفاق مكتوب ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم، وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لا حقا على نشوب النزاع"³، ويظهر جليا من التعاريف السابقة أن اتفاق التحكيم يرتكز على عدة أمور تبرز في:

- 1- أنه تراضي وتلاقي إرادتي طرفي علاقة قانونية معينة على اتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ عن تلك العلاقة أيا كان أساس تلك العلاقة عقدية أو غير عقدية.
- 2- تحويل المحكمين أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في كل أو بعض المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة، والغالب عملا أن تتحدد المسألة محل التحكيم في الاتفاق.
- 3- أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يكون سابقا على نشوء نزاع بين الطرفين، وهو ما يسمى "شرط التحكيم" وقد يكون لاحقا لنشوء النزاع وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم.

ب/ في القانون الاتفاقي متعدد الأطراف:

ورد تعريف اتفاق التحكيم في معظم الاتفاقيات متعددة الأطراف المتعلقة بالتحكيم التجاري، بالرغم من التباينات التي ظهرت في مختلف التعاريف، من حيث الدقة ومن حيث المدى فقد نصت المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، في فقرتها الأولى على:

¹ - محمد بواط، مرجع سابق، ص 43.

² - معتصم سويلم نصير، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني، مجلة منتدى الاستثمار العربي العراقية، الموقع الإلكتروني: www.Arablawinfo.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2016/12/25.

³ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 93.

"اتفاق التحكيم" هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت هذه العلاقة تعاقدية، أم غير تعاقدية يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل". أخذت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بمبدأ صحة ونفاذ التزام الطرفين أن يحيلوا إلى التحكيم أي نزاع قائم (اتفاق التحكيم أو ما يسمى بمشارطة التحكيم).

وهو ما استوحيت منه معظم التشريعات تعريفها لاتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم (Laclause compromissoire)، تضمنت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، تعريفا لاتفاق التحكيم بطريقة غير مباشرة حيث نصت في فقرتها الأولى والثانية على¹:

1- تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي تلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت / أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.

2- المراد بالاتفاقية الكتابية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف أو رسائل أو برقيات متبادلة .

الملاحظ أن اتفاقية نيويورك اعتمدت فكريتي النزاع الواقع والنزاع المحتمل أي ما يطلق عليهما "شرط التحكيم ومشارطة التحكيم"، ولكنها لم تفصل بينهما إذ استعملت عبارة "الاتفاقية الكتابية" للتعبير عن المعنيين معا، وهو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري²، مما يؤدي إلى القول أنه تأثر بنصوص هذه الاتفاقية التي انضمت إليها الجزائر سنة 1988.³

¹ -Noureddine Terki ، L'arbitrage commercial international en Algérie ، OPU ، Alger ,1999,p24.

² - ينظر إلى المادة 1011 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر .

³ - اتفاقية نيويورك المؤرخة في جوان 1958 المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية و تنفيذها المعتمدة من مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك ، المصادق عليها بالمرسوم 88-233 الموافق ل 05 نوفمبر 1988 .

لم يحدد نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس¹، تعريفاً دقيقاً لاتفاق التحكيم، ولكنه تطرق إلى إحدى صوره وهي "شرط التحكيم"، تنص الفترة الثالثة من هذا النظام على: "يتضمن طلب التحكيم على الأخص الاتفاقيات القائمة ولا سيما اتفاق التحكيم، والمعلومات التي توضح ظروف القضية"، كما توصي باعتماد شرط التحكيم الآتي نصه: "جميع الخلافات التي تنشأ من هذا العقد يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقاً لهذا النظام".

إلا أنه وبالرجوع إلى القوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، نجد أنها لم تعرف اتفاق التحكيم، بل أكدت في مجملها أن اتفاق التحكيم قد يبرم حين نشوب النزاع أو قبله، أي أنه يكون اتفاقاً قائماً أو مستقبلياً، وهذا ما نراه بالاطلاع على كل من القانون الفرنسي لسنة 1981 في المادتين² 1493 و 1494. أما بالنسبة إلى المشرع المصري فقد عرفته المادة 09 فقرة 1 من القانون الجديد¹

¹ - تأسست غرفة التجارة الدولية في باريس سنة 1919، وفي سنة 1923 تم إنشاء محكمة التحكيم التابعة للغرفة، أما قواعد التحكيم السارية المفعول بالغرفة فقد دخلت حيز التنفيذ سنة 1998 وتسمى قواعد غرفة التجارة الدولية بحيث أنه يمكن الاستعانة بهذه الهيئة المتخصصة لإجراء التعيينات اللازمة نظراً لمكانة هذه الهيئة دولياً ولخبرتها في تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، فقد تلجأ إلى تعيين المحكم أو المحكمين في حالة تقاعس الأطراف في القيام بهذا الإجراء طبقاً للمادة 2 من النظام القديم المقابلة للمادة 4 فقرة 4 من النظام الجديد كما لا بد من الإشارة إلى أنه ما يقارب من ثمانين عاماً ظلت هذه المحكمة تعمل كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية، ونتج عن ممارسة غرفة التجارة الدولية بواسطة محكمة التحكيم لقضايا التحكيم الدولية والتي أنشئت نظاماً موحداً وقواعد محددة في التحكيم، ترشد بها الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم الدولي عن طريق الغرفة، كما وضعت العديد من قواعد وأحكام وشروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود الدولية وضعها في صياغة عقودهم الدولية لتكون نظام التحكيم الذي يتبعونه من حيث الإجراءات التي تتخذ عند نشوب نزاع بينهم ورغبتهم في تسوية هذا النزاع عن طريق التحكيم بواسطة محكمة التحكيم التابعة للغرفة ينظر في هذا الصدد إلى: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، 2006، ص 141.

² - محمد كولا، مرجع سابق، ص 93 (و بالهامش)

Article 1493 N.C.P.C.F: "directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation si pour les arbitres se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grand instance de paris selon les modalités de l'article 1457"

Article 1494 N.C.P.C.F: "la convention d'arbitrage peut directement ou par référence, à un règlement d'arbitrage, régler à suivre dans l'instance arbitrale; elle peut aussi soumettre celle - ci à la loi de procédure qu'elle détermine, dans le silence de la convention, l'arbitre

رقم 27 لسنة 1994 المتضمن التحكيم التجاري الدولي حيث نصت على أنه " هو اتفاق على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء أكانت عقدية أو غير عقدية، هذا وقد وقع جدال فقهي بصدد التفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم الخاص²، في كون الالتجاء إلى أيهما يقوم على إرادة الخصوم³، ومن حيث الطبيعة القانونية ومدى القوة الإلزامية، فالقانون الفرنسي القديم كان يرفض الاعتراف بصحة شرط التحكيم⁴، إذ قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم أصدرته في 1943/07/01 إجازة فقط الاتفاق الذي يبرم بعد نشوء الالتزام، وإلى غاية فترة الحربين العالميتين ظل موقف القضاء السالف سائدا 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 إرغامه على إبرام اتفاق خاص بالتحكيم «compromise»، ومن هنا يكون الفقه والقضاء الفرنسيين قد وضعوا شرط التحكيم في مرتبة أدنى من اتفاق التحكيم، وبهذه المناسبة نود أن نثير مسألة مرتبطة وهي أنه لا يتعين المبالغة في فكرة التفسير الضيق لاتفاق التحكيم بالنسبة للمشرع الفرنسي، ليس رفضا للتصور السائد للطابع الاستثنائي للتحكيم باعتباره خروجاً عن الأصل وهو الالتجاء للقضاء صاحب الاختصاص الأصيل فهذا صحيح، فالقول بأن الاتفاق على التحكيم بشأن تفسير عقد معين لا يخول المحكم سلطة القضاء بفسخه والتعويض الناشئ عنه⁵، أو أن المنازعات المتعلقة بعدم تنفيذ

règle la procédure outant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une règlement d'arbitrage".

¹ - قانون المرافعات والتحكيم المصري لسنة 1994 (معدل)، منشور في موقع: www.mts.gov.eg/legyslation/

²-Terki Noureddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, op-cit- p 27.

- الملاحظ هو أن المشرع المصري تأثر عند تعريفه لاتفاق التحكيم بالقانون الاتفاقي الدولي فاتفاقيه نيويورك لسنة 1958 عرفته في المادة 2فقرة 1 بأنه: " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي تلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، يقصد باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"، أورده محمد كولا، مرجع نفسه، ص 98.

³ - حسان نوفل، مرجع سابق، ص 18.

⁴ - L'ordonnance n°23-1523 du 13 octobre 1942 relative a l'arbitrage international, modifiée, France, J.O.du17octobre 1942.

⁵ - محمد مجدي، مرجع سابق، ص 8.

الالتزامات الناشئة عن تنفيذ عقد لا تشتمل على الفصل في المنازعات الناشئة عن فسخه لاسند له في ظل لجوء الأطراف اختيارا و على نحو صحيح للتحكيم وهو ما حاول المشرع الفرنسي على ترقيته بتدرج .

أما الدكتور قادري عبد العزيز يرى أن تعريف اتفاق التحكيم يجب أن يستعمل فيه لفظ "أطراف النزاع " بدل " طرفي النزاع " لأن لفظ الطرفين غير جامع، وهنا يظهر التساؤل عما هو الحل إذا تعدد أطراف النزاع ؟ ومنه يجب استعمال لفظ أطراف بدلا من الطرفين كون دلالة القانونية تشمل فيما إذا كان الاتفاق بين طرفين أو أكثر، كما يجب أن يشتمل تعريف اتفاق التحكيم على الصورتين التقليديتين المتعارف عليها لاتفاق التحكيم، وهي صورة مشاركة التحكيم وصورة شرط التحكيم ، أما المشرع المغربي فقد أصدر قانون التحكيم المغربي رقم 05-08 في نوفمبر 2007 و قد نظم التحكيم و الوساطة الاتفاقية ، وقد راعى المشرع في نصوصه أحدث التوجهات في التحكيم أخذا بنظر الاعتبار قوانين التحكيم الحديثة وبالأخص القانون النموذجي لسنة 1985 والذي أيد به شروط انعقاد التحكيم التجاري وحصرها في صورتين سواء في شكل (اتفاق التحكيم) أو (شرط التحكيم) وهذا ما أشار إليه في الفصل (307) من القانون الجديد ، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي في الفصل الثامن عشر من الباب الثالث، اعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد ولم يترتب على بطلان العقد الأصلي أو نسخة أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته¹ ، كما ظهرت جهود أخرى تدعو إلى إعطاء شرط التحكيم نفس المرتبة والقوة القانونية التي يتمتع بها اتفاق التحكيم ، وهذا من أجل إعطائهما مفهوم قانوني واحد².

¹ - مظفر جابر إبراهيم الراوي ، نظرة على بعض الجوانب المستحدثة في التحكيم في قانون التحكيم المغربي الجديد ، مجلة دينامية الإصلاح في دول اتحاد المغرب العربي ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد الأول بوحدة ، المغرب 2010، ص 110.

² - الظهير الشريف المغربي رقم 08-214 الصادر في 12 ماي 2008 بتنفيذ القانون 05-08 القاضي بتشكيل مجلس قضاء تحكيمي دولي للمنازعات التجارية و المالية ، الصادر بالجريدة الرسمية المغربية ، عدد 1325 في غشت 2008.

ج/في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر:

تتضمن الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في موضوع الترقية والحماية المتبادلة للاستثمار، تعريفا لاتفاق التحكيم ولكنها أشارت إلى صورته (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم)، فمعظم الاتفاقيات أحالت الخصوم إلى التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسسي، في حالة نشوب نزاع بينهما له علاقة بالاستثمار أو تفسير الاتفاقية وبالتالي تطرقت إلى شرط التحكيم (الاتفاق المسبق).

من خلال تتبعنا لتعريف إتفاق التحكيم وصوره في بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، التي تربط الجزائر مع الدول الأخرى، خاصة ما تعلق منها بالاستثمار المتبادل كون المشرع الدستوري الجزائري نص على تعديلات جوهرية لجذب الاستثمارات الأجنبية، و هو ما أكده وفقا لنص المادة 43 فقرة 1 من الدستور الجزائري¹ التي تنص على: " حرية الاستثمار و التجارة معترف بها و تمارس في إطار القانون " لاحظنا الاتجاهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي للاستجابة لاحتياجات المستثمرين، وأهمها إزالة التردد الذي كان سائدا في بعض التشريعات فيما يخص اتفاق على التحكيم السابق، على نشوء النزاع (LA clause compromissoire) على أساس أنه عقد مؤسس على محل احتمالي (غير مؤكد التحقيق) يرتب التزامات متبادلة على عاتق الطرفين²، فقد اعتبر القضاء الفرنسي مثلا كل اتفاق سابق للنزاع باطلا ما لم يبرم اتفاق لاحق بشأنه، وتمسك بهذا المبدأ إلى غاية صدور قانون 31 ديسمبر 1985 أصبحت أغلب الاتفاقيات والقوانين تستعمل مصطلحات تدل على اختصاص التحكيم في المنازعات السابقة أو اللاحقة لإبرام العقد، ومعظمها تستمد روح نصوصها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 وعدلته سنة 2006، حيث انتشرت هذه القواعد انتشارا واسعا على مستوى التحكيم الدولي وتبنتها بعض مؤسسات التحكيم³.

¹-الدستور الجزائري 1996 الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، المنشور بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج ر، العدد 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر سنة 1996 (معدل و متمم) بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق ل 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر، العدد 14.

²- حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية " دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2002، ص 83.

³- محمد بواط، مرجع سابق، ص 42.

وفي تقديرنا الشخصي فإنه مهما كان التعريف المعتمد، فإن اتفاق التحكيم في نهاية المطاف هو عقد رضائي مؤسس، يجب أن لا يشوب إرادة أطرافه أي عيب من عيوب الرضا، ولا بد من تطابق إرادتي الطرفين، التي يعبر عنها بالإيجاب والقبول، حيث تنصب تلك الإرادة على اللجوء إلى التحكيم لحسم ما ينشأ من نزاع بين المتعاقدين، بغض النظر عن شكل هذا العقد وعلاقة وقت إبرامه مع وقت نشوب النزاع¹.

كما عرفته المادة السابعة من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي² اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"³.

ويرى الدكتور المستشار عبد الحميد المنشاوي رئيس محكمة الاستئناف المصرية ، على أنه لا يعرض النزاع على محكمين إلا باتفاق الطرفين ذوي الشأن ، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية . و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو أنه ورد في عقد معين ، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع الذي قد يثور مستقبلا بين الأطراف⁴.

¹ - عبد الباسط عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ، ص 73.

- كما لا بد من التطرق إلى أحكام المادة 02 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة والتي تبين عناصر اتفاق التحكيم الخاص على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، حيث يحدد كحد أدنى من التعهد بالتحكيم الذي وفقا له سيعرض الخلاف على المحكمين وموضوع الخلاف وطريقة تشكيل المحكمة، وكذا كل النقاط التي يرى الأطراف ضرورة إبرازها في اتفاق التحكيم مثل القواعد والمبادئ الواجبة التطبيق .

² - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006 ، وكذا التعديلات التي بدأ سريانها في 2010/08/15، والمنشور في موقع: www.Unictral.org تاريخ الاطلاع: 12/12/2015

³ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - منشورات الحلب الحقوقية - الطبعة الأولى 2004، ص 119.

⁴ - أشرف العاصي، الشرط والمشاركة كصور لاتفاق التحكيم، مجلة التحكيم الالكترونية الدولية ، ينظر إلى: www.alassy.net أطلع عليه بتاريخ 2015/08/28

ويرى الأستاذ محمد كولا¹، أن اتفاق التحكيم أشمل لمحتويات إجراءات التحكيم، إذ أنه يفهم من المنازعات المستقبلية، الإحالة إلى شرط التحكيم، أما النزاعات القائمة فهي التي تحيل إلى اتفاق التحكيم، وهو ما يستخلص ضمناً على أنه أشار إلى شرط التحكيم و اتفاق التحكيم، كما نبادر إلى بيان أن الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه لا يتأتى إلا بالاعتراف باتفاق التحكيم، إذ يؤثر اتفاق التحكيم من حيث صحته وبطلانه ومدى تجاوزه نطاقه ومدى قابلية موضوعه للتحكيم عند الفصل في النزاع، لا بد من الإشارة إلى أن هناك أيضاً اتفاق التحكيم بالإحالة، إذ اعتبر القضاء الفرنسي اتفاق التحكيم المبرم في إطار القانون الجديد صحيحاً، بالإحالة إلى عقد نموذجي أو إلى العادات والشروط العامة للبيع².

كما سبقت لمحكمة النقض المصرية أن أخذت بهذا الشكل وهذا في 1975/03/05 ضمن النزاع الوارد بين شركة مصرية وشركة برتغالية وهو ما عرف بنزاع الشحن، حيث أجازت تضمين مستندات الشحن إحالة إلى شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار، موضحة أن هذه الإحالة تجعل شرط التحكيم ضمن سند الشحن، ويلتزم به المرسل إليه باعتباره في حكم الأصيل رغم عدم توقيعه على سند الشحن، كما يوجد شكل آخر لاتفاق التحكيم الدائم، حيث نجد هذا الشكل لدى المؤسسات التحكيمية المتخصصة³، والتي تضع نظاماً للتحكيم كنموذج للجوء إليه من طرف الدول والمتعاملين في مجال الاستثمارات.

ثانياً: شروط صحة اتفاق التحكيم

تحدد شروط صحة التحكيم بناء على القانون الذي اختاره الأطراف أو المحكم (في غياب اختيارهم)، ليطبق على اتفاق التحكيم، وقد وضعت التشريعات والاتفاقيات الدولية شروطاً شكلية (أ) وأخرى موضوعية (ب)، يترتب على تخلفها بطلان الاتفاق غير أنها لم تتفق كلها على مدى وبعد

¹ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 96.

² - محمد كولا، مرجع سابق، ص 101 و(بالهامش)

نصت المادة 1493 فقرة 1 من ق.إ.م.ف على اتفاق التحكيم بالإحالة :

« directement ou par référence a un règlement d'arbitrage ,la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation ».

³ - عيبوط محند وعلي، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وز العدد 01، سنة 2006، ص 13.

هذه الشروط منها من وسع في مفهومها ومنها من ضيق هذا المفهوم إلى أدنى حد، وحتى نتناول مجمل الشروط نتناول الجانب الشكلي (أ)، ثم نتناول الجانب أو الشروط الموضوعية (ب)

أ/ الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم:

يلزم لصحة اتفاق التحكيم - سواء كان شرطا أو مشارطة - أن تتوفر فيه الشروط اللازمة لصحة أي عقد بصفة عامة، و التي تحددها النظرية العامة للعقد في القانون المدني¹، تذهب معظم التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية في اتجاه اشتراط الكتابة في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم²، حيث تناول شرط التحكيم التشريع الجزائري وكذا أغلب القوانين والتشريعات الوطنية والدولية، وأيضا مجموعالاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر على المستوى الدولي .

1/ موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم :

تتميز عقود الاستثمار والتي تكون الدولة طرفا فيها عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية باحتوائها على العديد من الشروط وبالأخص³، بعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية سنة 1988 والتي تجعل الكتابة وسيلة إثبات في حالة المطالبة بالاعتراف أو التنفيذ ممن له مصلحة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أدرج هذا الشرط⁴، باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان مكتوبا⁵، ومن هنا أخذ المشرع بشرط الكتابة في المادة 1008، وهي مستمدة جزئيا من نص المادة 178فقرة 1 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد التي تنص على أنه: "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي"⁶.

¹ - فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علما و عملا، مرجع سابق، ص 118.

² - لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 65.

³ - حسان نوفل، مرجع سابق، ص 51

⁴ - قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر .

⁵ - شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 177.

⁶ - ينظر إلى المادة 178فقرة 1 من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص، المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 1987، ينظر إلى : www.f.low.net، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/02/02.

ومن هنا يكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد سائر اتفاقية نيويورك لسنة 1958، بصدد الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، ثم إن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد رضائي، لكن تنفيذه يرتب أحكاما إجبارية، لذلك يجب أن يكون التعبير عن إرادة الأطراف واضحا¹، وقد اشترط المشرع الجزائري الكتابة كشرط لصحة العقد.

لكن مصطلح الكتابة الذي أشار إليه المشرع في الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، يختلف بعض الشيء عما أورده في الفصل الخاص بأحكام التحكيم بشكل عام تنص المادة 1008: "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو وفي الوثيقة التي تستند إليها"، كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا²، أما المادة 1012 من ق.إ.م.إ. الجزائري فتتص على: "يحصل اتفاق التحكيم كتابيا، يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم"، تبين هذه النصوص أن المشرع الجزائري اعتبر كل اتفاق غير مكتوب يعد باطلا، لكنه لم يحدد شكل الكتابة التي يجب أن يفرغ فيها الاتفاق على التحكيم، ولم يتطرق إلى مسألة توقيع الطرفين على وثيقة الاتفاق إلا أنه أعطى مفهوما آخر للكتابة، عندما تطرق إلى التحكيم التجاري الدولي، فقد جاء في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

"يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان وأن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تميز الإثبات بالكتابة"، كما نص المشرع المصري في المادة 12 من القانون الجديد لسنة 1994 على شرط الكتابة جاء فيها³: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا"، أما بالنسبة لمشاركة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها وليس شرط لإثباتها⁴، ويتبين أن المشرع الجزائري يعتبر الكتابة شرطا لوجود مشاركة التحكيم، وليس شرطا لإثباتها، حيث يمكن إثباتها

¹ - جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 13.

² - الفقرة الثانية من المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السالف الذكر.

³ - قانون المرافعات والتحكيم المصري لسنة 1994 (معدل)، ملحق في المرجع: جمال محمود الكردي، مرجع نفسه، ص 132.

⁴ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 118 (و بالهامش).

لأن الكتابة الخاصة بالإثبات تضمنتها المادة 501 من قانون الإجراءات المدنية المصري التي تنص على أنه: "لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة"، فهذه مجرد وسيلة للإثبات وليس شرطا لانعقاده أو صحته.

بمحضر يوقعه المحكم والأطراف، وفي رأينا فإن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا لما ضبط شرط الكتابة بدقة أسوة بغيره من المشرعين حتى يعطي قوة الإثبات لطرفي المنازعة التحكيمية سواء بالنسبة للمستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار. وهذا ما نلاحظه في تضمينه لمشاركة التحكيم موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، هذا في التحكيم الداخلي، أما بالنسبة إلى التحكيم التجاري الدولي فقد اشترط المشرع الجزائري أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة، وبأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة وتحقق الكتابة، وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو بقيات متبادلة بين الطرفين ويمتد ذلك إلى كل من وسائل الاتصال المكتوبة والالكترونية ولكن يجب وأن تتحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم¹، ونلاحظ أن كل من المشرع المصري والجزائري لم يستلزما بيانات معينة في شرط² ومشاركة التحكيم، رغم أن هذه الأخيرة تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع فلا توجد نصوص تحدد البيانات الإلزامية إلا بالنسبة لمشاركة التحكيم لبيان تحديد موضوع النزاع كإجراء يلقي القبول في الأوساط التجارية الدولية³

وعليه لا يمكن إثبات وجود اتفاق التحكيم بالقرائن أو الإقرار أو الشهود، وإنما الكتابة هي الطريقة الوحيدة لتأكيد إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم واستبعاد القضاء الوطني، لكن أوردت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 استثناء عن وجود الكتابة وذلك في المادة 7فقرة 1 عندما نصت على أنه: "لا تطعن أحكام هذه الاتفاقية في صحة الاتفاقات المتعددة الأطراف أو الشائبة التي تبرمها الدولة المتعاقدة في مجال اعتماد القرارات التحكيمية، وتنفيذها ولا تحرم أي طرف معني من الحق الذي قد يستظهر به من قرار تحكيمي بالكيفية وبالقدر الذي يقبل لهما تشريع البلد الذي يستشهد بالقرار فيه أو موثيقه".

يفهم من هذه الفقرة أن الحكم التحكيمي الذي يصدر استنادا إلى قانون طرف متعاقد لا يشترط الشكلية في الحكم التحكيمي⁴، ويمكن أن تنتج آثاره في بلد متعاقد آخر يشترط الكتابة، وهذا استثناء من القاعدة الواردة في المادة 1008 من ق. إ. م. إ. ج، وكذلك المادة 2فقرة 1 من

¹ - شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 179.

² - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 68.

³ - حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق، ص 95.

⁴ - عجايبي عماد، تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد الرابع، سنة 2014، ص 263.

اتفاقية واشنطن، وقد ذهب الأستاذ نور الدين تركي ردا على بعض الفقهاء إلى القول بأنه¹: "ينبغي تفسير هذا الاستثناء تفسيرا محددًا والقول بأن نص المادة 7 فقرة 1 من الاتفاقية تعني الأحكام التحكيمية وليس اتفاق التحكيم الذي بنيت على أساسه هذه الأحكام التحكيمية"، وقد أخذت القوانين الوطنية لأغلب الدول بهذا الشرط، فقد نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على شرط الكتابة حيث نصت المادة 1494 على أنه:

" L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité."

يفهم من هذه المادة اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم، أضف إلى ذلك أن المادة 1443 اشترطت أن يكون شرط التحكيم مكتوبا والتي نصت على أنه :

" La clause compromissoire doit a peine de nullité ،être stipulée par écrit dans la convention ou dans un document auquel celle -ci se réfère..."².

واستقر القضاء الفرنسي على أن الكتابة ليست شرطا لصحة اتفاق التحكيم في التشريع الفرنسي، بل إنها شرط لإثباته³، وهذا ما دفع بالفقه إلى القول بأن القانون الفرنسي ذكر أن الكتابة ليست ضرورية لصحة اتفاق التحكيم، لذلك فهو لم يرد أية قاعدة تتعلق بالشكل في اتفاق التحكيم وأضاف أن اتفاق التحكيم قد يكون شفاهة وقد يكون ضمينا⁴، وأبرز مثال على ذلك هي حالة وجود تحكيم مكتوب كما هو الحال في الإقرار واليمين الحاسمة.

هذا وتظهر أهمية الكتابة بالإضافة إلى حالة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، في تأثيرها على اتفاق التحكيم بالإحالة، فقد لا يدرج شرط التحكيم بصراحة في العقد الأصلي لكن توجد في وثيقة منفصلة⁵، وهو ما جسده أيضا المشرع العراقي في اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ، ولذلك

¹-AkouneYacout, L'arbitrage interne en droit ,algérien ,R.A.S.J.E.P ,N°1,1999 ,p 54.

²-Jean Robert : L'arbitrage ،droit interne ، droit international ، édition paris 1993 p 225.

³- محمود نوري حسن، مرجع سابق، ص 212.

⁴- صلاح الدين جمال الدين ومحمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، الطبعة الثالثة ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية القاهرة ، مصر 2004، ص 38.

⁵- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، الجزء الأول ، الطبعة الثانية دار هدى عين مليلة، الطبعة الأولى، 1992، ص 45(وبالهامش).

النتائج التي تترتب على نظرية سلطان الإرادة:

فقد نصت المادة 202 من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم (83) لعام 1969 على أنه: " لا يثبت اتفاق التحكيم إلا بالكتابة، ويحدد فيها موضوع النزاع، ويجوز إثبات هذا الاتفاق أثناء المرافعة بالمحكمة"، ويتضح من خلال نص المادة المذكورة أنها تضع شرط الكتابة في اتفاق التحكيم بوصفها شرطاً للإثبات وليس للانعقاد، بمعنى أنه إذا أقر الطرفان أمام القضاء بحصول التحكيم شفاهياً أمكن الأخذ بإقرارها"، ويشترط من خلال النص أن المشرع العراقي اشترط أيضاً لصحة اتفاق التحكيم أن يكون مكتوباً، مؤكداً إثباته بمجرد توقيع المحكم على عقد التحكيم.

كما أكدته المشرع المغربي في الفصل 313 من قانون التحكيم المغربي الجديد مؤكداً على ضرورة إبرام اتفاق التحكيم كتابة¹، ولكن الأمر الذي يثير الانتباه هو أن المشرع المغربي أمكن أن يكون الاتفاق بعقد رسمي أو بعقد عرفي إذ أن الملاحظ هو أن أغلب التشريعات المعاصرة أصبحت تستبعد الكتابة العرفية، وهو ما يؤكد التسهيلات الممنوحة للمستثمرين في هذا المجال، ومعنى ذلك هو أن أي إتفاق على التحكيم يمكن أن يتخذ أي صورة من الصور المشار إليها و يكون صحيحاً من وجهة نظر القانون، وقد اتجه القانون المغربي الجديد نحو التوسعة في مفهوم الكتابة فلم يقصد الكتابة بمفهومها التقليدي على المحرر الورقي فقط، وإنما شمل أيضاً الموقعة من الأطراف أو في وسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو أي وسيلة من وسائل الاتصال و التي تعد بمثابة الاتفاق الذي تثبت وجوده أو حتى تبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق التحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك، و هذا المفهوم الواسع بمصطلح " الكتابة " يتفق مع واقع و متطلبات التجارة الدولية².

وتترتب على نظرية سلطان الإرادة عدة نتائج هي:

1- الالتزامات الإرادية هي الأصل.

2- حرية التعاقد.

3- الحرية في تحديد آثار العقد.

4- العقد شريعة المتعاقدين

¹ - الظهير الشريف المغربي رقم 09-122 الصادر في 08 فيفري 2009 بتنفيذ القانون 05-08 القاضي بتشكيل لجان لتحرير و تدوين الأحكام التحكيمية الأجنبية لتنفيذ المادة 113 من قانون التحكيم، الصادر بالجريدة الرسمية المغربية، عدد 1875 لسنة 2008.

² - مظفر جابر إبراهيم الراوي، مرجع سابق، ص 112.

2 / المعاهدات الدولية و شرط الكتابة في اتفاق التحكيم:

ومادام أن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد بين الطرفين إذا كان مستقلا عن العقد الأصلي، أو تضمنه العقد الأصلي فإنه ينبغي أن يكون مكتوبا فقد نصت المادة 2فقرة1من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي تنص على انه:

" تعترف كل من الدول الموقعة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه الطرفان، وبعض منازعاتهما الناشئة على علاقات حقوقية معينة، والمقصود بتعبير "اتفاق مكتوب" شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد أو عقد التحكيم، إذا كانا موقعين من قبل الطرفين أو إذا تضمنهما تبادل مراسلات أو بقرقيات"¹، اختلفت الاتفاقيات الدولية حول شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، فمنها من رتب عن تخلفه البطلان المطلق، ومنها من اعتبره شرطا لإثبات الاتفاق وليس لصحته².

نصت المادة الثانية (فقرة 02) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958: " المراد (بالاتفاقية الكتابية) وهو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع بين الأطراف أو المتضمن في رسائل أو بقرقيات متبادلة"، كما نصت المادة السابعة فقرة الثانية من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1958 على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل الرسائل أو تلكسات أو بقرقيات أو غيرها من الوسائل الاتصال السلبي واللاسلكي، والتي تكون بمثابة سجل للاتفاق، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق التحكيم، شريطة أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد".

كما تطرقت اتفاقية جنيف الأوربية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 إلى افتراض الكتابة كشرط لاتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة الثانية، لذلك فقد عاجلت تلك الاتفاقية مسألة شكل التحكيم معالجة مزدوجة، حيث عمدت إلى استرضاء الدول التي تطلب كتابة هذا الشرط فضلا على الدول التي لا تتطلب الكتابة، حيث تنص المادة 1فقرة 2 من هذه الاتفاقية على:

¹ - منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1995، ص 56.

² - شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 120.

"أما بالنسبة إلى علاقات الدول التي لا تلتزم قوانينها الوطنية شكل الكتابة في اتفاق التحكيم، فيكفي أن تتوافر الأشكال التي تجيزها تلك القوانين"¹.

اختلف فقهاء القانون في تفسير النص السابق، فذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار شرط الكتابة المذكورة في نص هو شرط لصحة الاتفاق وغيابه يرتب البطلان²، بينما يرى اتجاه آخر أن الكتابة في مضمون النص هي عبارة عن وسيلة من وسائل الإثبات لا يؤدي غيابها بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم، ولا أدل على ذلك من عدم ورود عبارة "البطلان" في النص، نظرا للغموض الملاحظ على هذه الفقرة، في حين اعتبر الأستاذ "Philippe fouchard"³ فيليب فوشارد، أن المنازعات المتعلقة بصحة اتفاقية التحكيم تكون في الغالب بناء على الشكل، وبالتالي هنا يكون المحكم أمام تحديد الأول ضرورة مطابقة الشرط للشروط الشكلية المعمول بها على مستوى القانون الداخلي وكذلك تلك التي يعمل بها على مستوى تطبيقات التجارة الدولية. ونتيجة لذلك فإن إيراد شرط التحكيم في شكل كتابي يترتب عليه تجنب النزاعات التي تتعلق بالمشروعية، نتيجة أن القانون الداخلي يفرض ضرورة أن يكون الشرط في شكل كتابي .

أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي توصية بشأن تفسيرها، حيث أشارت هذه التوصية إلى أنه نظرا لتزايد استخدام التجارة الإلكترونية، ونظرا للسوابق القضائية التي ظهرت أكثر ملائمة من اتفاقية نيويورك فيما يتعلق بشرط الشكل الذي يحكم اتفاق التحكيم وإجراءاته وتنفيذ قرارات المحكمين، توصي اللجنة بتطبيق المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لكن مع عدم اعتبار الحالات المذكور فيها "رسائل أو برقيات متبادلة" حصرية وإنما تؤخذ على سبيل المثال، كما توصي اللجنة باعتماد المادة السابعة المنقحة من القانون النموذجي³.

¹ - منير عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص 24.

² - محمد كولا، مرجع سابق، ص 117.

³ - تبين المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مختلف الصيغ للكتابة في اتفاق التحكيم مثل الخطاب الإلكتروني، رسالة بيانات التي تعني المعلومات المنشأة أو المرسله أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة ، ينظر إلى المادة 07 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعتة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1985، السالف الذكر .

تشترط اتفاقية واشنطن لسنة 1965، الكتابة في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى، حيث جاء في المادة 36 من الاتفاقية¹.

1- الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الالتجاء إلى طريق التحكيم، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام ...

2- يجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم .

تم معظم الاتفاقيات في الوقت الحاضر بالوسائل الحديثة والمتطورة²، لذا يتعين على أطراف الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، أن يتوسعوا في تفسير مصطلح "الكتابة"، بما يشمل مدلوله في المفهوم التقليدي، بالإضافة إلى التعريف الحديث كما هو منصوص عليه في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

لأن المهم في اللجوء إلى التحكيم هو نية الأطراف³ التي يعبر عليها بالكتابة .ويكفي لذلك أن يستعمل أي وسيلة تؤدي إلى غايتها، ونتيجتها إلى تأكيد فكرة التراضي بين الأطراف، ومازالت الحاجة قائمة لتطوير التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار وإيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين كثير من القواعد المادية⁴، ومادامت الكتابة تكون في شكل من الأشكال المذكورة⁵، فهذا يعني أنه، لا يستلزم أن يتخذ شكل المحرر الرسمي، بل تكون الكتابة العرفية، لكن ينبغي أن يراعي العيوب⁶ التي

¹ - جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد-الإجراءات- الاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2001، ص 49.

² - زينب جابر سالم، الاتفاقيات الدولية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، 2008، ص 13.

³ -Jean Robert : L'arbitrage، droit interne، droit international. édition paris 1993 ,p- 225.

أورده : محمد كولا ، مرجع سابق ، ص ص 30-82.

⁴ - عمر مشهور حديثة الحازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين مصر ، العدد 09 سنة 2002، ص 11.

⁵ - منير عبد المجيد، مرجع سابق ، ص 73.

⁶ - محمود نوري حسن، مرجع سابق، ص 212.

تؤدي إلى بطلانه وإلا أعتبر كأن لم يكن¹، كما توصي اللجنة باعتماد هذا ما أدى إلى إصدار توصية²، في الدورة التاسعة والثلاثين للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنعقدة في " فيينا" في جوان 2006، وتضيف بأن الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 61-33 المؤرخ في 04 ديسمبر 2006 لاحظت بأن " إن الوقت أصبح مناسباً تماماً، في سياق تحديث مواد القانون النموذجي، للترويج لتفسير وتطبيق موحدين لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية³ وتنفيذها المبرمة في نيويورك في 10 جوان 1958".

ب/ الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم:

إن اتفاق التحكيم مهما كان شكله (شرط، مشاركة) يعتبر عقداً بين الأطراف، فينبغي أن يخضع للقواعد العامة للعقود⁴، نجد أن هذه الشروط تتركز في الحقيقة⁵ على مجموع الشروط الموضوعية الموضوعية العامة من رضى، ومحل وسبب، وشروط موضوعية خاصة بالتحكيم، وعليه سوف نتطرق إلى الشروط الموضوعية الخاصة لصحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

و للوصول على هذا فإنه لا بد من استبعاد المنازعات ذات الطابع السياسي والاجتماعي، أو تلك التي تتعلق بأحكام القانون العام، وتلك التي تثور بين دولة وأخرى، مثل القروض والاستثمارات التي تتم بين الدول فهذه المنازعات تخرج بطبيعتها عن مجال التحكيم التجاري الدولي، غير أن من القوانين التي اعتمدت على معيار آخر يتمثل في ضرورة أن يكون النزاع ذو طبيعة مالية حتى يمكن اللجوء إلى التحكيم، ومن أمثلة هذه القوانين القانون السويسري .

¹ - مصلح أحمد الطراونة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقاً لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 (دراسة تحليلية لنصوص الاتفاقية ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لكل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية) مداخلة ألقى في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بكلية الحقوق، جامعة أبو ظبي من 28 إلى 30 أبريل 2008، ينظر إلى www.slconf.uaea: أطلع عليه بتاريخ 2016/09/13 (و بالهامش): فقد اشترطت المادة 04 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 هذه الكتابة لتنفيذ الحكم التحكيمي " على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليه في المادة السابقة قصد الحصول عليهما أن يرفق طلبه بما يلي : النص الأصلي للاتفاقية المذكورة في المادة 02 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها ..."

² - محمد كولا، مرجع سابق، ص 117.

³ - قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، السالف الذكر .

⁴ - محمود نوري حسن، مرجع سابق، ص 220.

⁵ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، جمهورية مصر العربية، 2004، ص 10.

وحتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا ينبغي النظر إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من ناحية الموضوع، ثم نطاق اتفاق التحكيم أي الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم¹، وبالنسبة للقانون المطبق على اتفاق التحكيم، إذا رجعنا إلى القانون الإتفاقي الدولي نجد أن بعض الاتفاقيات تصدت إلى موضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أم اتفاقا²، فمن خلال ذلك يتضح بأن اتفاق التحكيم الصحيح والذي تتوفر فيه الشروط الموضوعية مثل حالة صحة الرضا، وخلوه من أي عيب يخضع لقاعدة أصلية هي قانون الإرادة وهي القاعدة التي تجدد مجالها في العقود الدولية وقاعدة احتياطية وهي قانون مكان صدور الحكم. فهذا القانون قد يكون وطنيا كاللجوء إلى قانون جنسية المتعاقد أو مكان التحكيم أو مكان إبرام العقد الأصلي، كما قد يكون قانونا دوليا مستمدا من معاهدة دولية مثل موقف اتفاقية نيويورك في المادة 5 فقرة 1 .

أما القاعدة الثانية فتجد أساسها في أن مكان صدور الحكم التحكيمي هو القانون الذي يتحدد على أساسه ما إذا كان حكم التحكيم الصادر بناء على اتفاق التحكيم، فقانون مكان صدور الحكم التحكيمي هو قانون الدولة التي يصدر منها حكم التحكيم وليس قانون الدولة التي صدر فيها الحكم، كما قد يطبق المحكم في حالة غياب قانون الإرادة، قواعد تنازع القوانين في البلد الذي يجري فيه التحكيم، وهنا يستبعد المحكم قانون مكان صدور حكم التحكيم، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لديه ثلاثة مصادر يستمد منها اتفاقية التحكيم هي:

1- القانون الذي يتفق عليه الأطراف.

2- القانون الذي ينظم موضوع النزاع .

3- إخضاع إجراءات التحكيم لقانون إرادة المحكم

¹ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 121.

² - نور الدين بوسهوه، دور الاتفاقيات الدولية في جذب الاستثمار الأجنبي، مجلة كلية العلوم الإسلامية الجزائرية الصراط، السنة الخامسة، الجزائر، عدد 10، 2004، ص 17.

- وهذا ما نصت عليه المادة 5 فقرة 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه: " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة من البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعته له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم".

ويكون بذلك قد عدل الشروط التي كانت سائدة في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09 ولاسيما المادة 148 مكرر 1، فاستبعد فرض تطبيق القانون الجزائري على اتفاق التحكيم وأعطى الحرية للمحكم لاختيار القانون الذي يراه مناسباً¹، وإذا قدر أن القانون الجزائري هو المناسب لا مانع من تطبيقه، يتماشى هذا الاستبعاد مع استقلالية شرط التحكيم في أي عقد دولي، من حيث صحته، عن أي قانون داخلي.

يستنتج إذن أن المحكم يرجع للقانون المختار، وفي غياب ذلك يطبق القانون الذي يحكم الموضوع وأحياناً يرجع لقانون مقر التحكيم، وهو ما تم العمل به في العديد من الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم التحكيمية غير أنه في دعاوى أخرى تم الرجوع من طرف المحكم للقواعد عبر الدولية استناداً إلى فكرة ضرورة المطابقة لحاجات التجارة الدولية .

لذا سوف نتطرق إلى الشروط الموضوعية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، من ناحية الموضوع ثم نطاق اتفاق التحكيم أي الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم².

1/ خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يتفق عليه الأطراف:

اتفاق التحكيم ذو طابع عقدي يتماشى إخضاعه للقانون المتفق عليه مع القواعد العامة المنظمة للالتزامات، حيث نجد المادة 18 من التقنين المدني الجزائري "يسرى على التزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"³.

¹ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 119 (وبالهامش) .

بالرجوع إلى القانون الفرنسي الذي يأخذ بقانون الإرادة أصلاً وهذا ما نجد في المادة 1469 من ق.إ.م.ف التي تنص على :
" L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ,à défaut d'un tel choix conformément à celles qu'il estime appropriées ,il tient compte dans tous les cas des usages du commerce".

² - احمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2013، ص 73

³ - تنص المادة 18 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 : " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

-وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

-وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

فالمحكم ملزم بتطبيق قانون إرادة الأطراف على اتفاق التحكيم، إذا كانت هذه الإرادة تسعى نحو تطبيق قانون معين، وبالرجوع إلى الواقع التطبيقي في الجزائر، نجد أن العقود المبرمة في الجزائر تخضع للقانون الوطني، لأن المستثمر الأجنبي هو الذي يتنقل للاستثمار في الجزائر، وإبرام العقود بها .

مما يؤدي إلى تكريس تنازع القوانين لاختيار القانون الواجب التطبيق، إذ يرى الفقهاء أنه :
" من النادر تطبيقاً أن يلجأ الأطراف لإخضاع اتفاق التحكيم لقانون من اختيارهم صراحة"¹ وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار والتي أبرمتها الجزائر، نجد إلا حالة إلى تطبيق القانون الوطني للطرف المتعاقد الذي يكون طرفاً في النزاع ، والذي يوجد على إقليمه الاستثمار، بما فيه تنازع القوانين².

لكن يذهب الأستاذ نور الدين تركي إلى القول بأن: "الحرية المعطاة للأطراف لتحديد القانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم لا يناقض المادة 18 من القانون المدني الجزائري الذي يكرس مبدأ سلطان الإرادة، بل أن هذه الحرية مأخوذة من المادة 18 نفسها"³.

وتجدر الإشارة إلى أن الخضوع لمبدأ سلطان الإرادة، لا يستلزم حتما اختيار الطرف الجزائري لقانونه الوطني، بل انه حسب الاتجاه الجديد والسياسة التحفيزية لقانون الاستثمار الجديد⁴، قد تجعل في تقديرنا الطرف الجزائري يحيل إلى قانون أجنبي أو نظام تحكيمي أجنبي مثل النظام المتبع لدى المركز

- غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.

¹ - أزيد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه وتسوية منازعاته، منظمة نشر الثقافة القانونية مؤسسة O.P.L.C للطباعة والنشر، العراق، 2008، ص 215.

² - مثلاً المادة 7فقرة 4 من الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد البلجيكي للكسمبورغي والمادة 8فقرة 4 من الاتفاقية الجزائرية - الفرنسية والمادة 8فقرة 3 من الاتفاقية الجزائرية - الأردنية .

³ -Noureddine Terki, La protection conventionnelle de l'investissement, étranger, R.A.S.J.P.E,alger , n°02,2001,p09.

⁴ - لقد أصدرت الجزائر في السنوات الأولى لاستقلالها عدة تشريعات خاصة بالاستثمار لكنها لم تكن فعالة خاصة مع انتهاج سياسة التأميمات ، نذكر منها على سبيل المثال :

1-قانون رقم 63-277 مؤرخ في 27/07/1963 يتعلق بالاستثمار، ج ر ، عدد53، صادرة بتاريخ 02أوت سنة 1963
2- أمر رقم 66-274 مؤرخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج ر، عدد 80 صادرة بتاريخ 17 سبتمبر سنة 1966.

(CIRDI) والغرفة التجارية الدولية بباريس (Icc)¹، أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذا المبادئ العامة للقانون التي كثيرا ما يفضلها الطرف الأجنبي على الأقل لتطبيق القانون الوطني، لكان أكثر صراحة في ذلك بالنص على خضوع اتفاقية التحكيم " للتشريع الجزائري " بدل " القانون الجزائري " وهذا ما يكرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي للقانون الجزائري في حين يخضع اتفاق التحكيم لقانون آخر.

2/ خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي ينظم موضوع النزاع:

الاختيار الثاني الذي يمكن أن يخضع له اتفاق التحكيم، هو القانون الذي ينظم موضوع النزاع، فإذا لم يتفق الطرفان على قانون معين، يمكن لمحكمة التحكيم أن تطبق القانون الذي ينظم موضوع النزاع على اتفاق التحكيم ولا سيما القانون المنظم للعقد الأصلي .

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري² في المادة 1040 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية . حيث اعتبر المشروع اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها القانون المنظم لموضوع النزاع ، كما قد تلجأ الهيئة التحكيمية إلى تطبيق مصادر أخرى، دون القانون المطبق على العقد الأصلي كاللجوء إلى المبادئ العامة للقانون والعادات التجارية الدولية، مثل ما نصت عليه الاتفاقيات الثنائية السابقة³.

3/ إخضاع إجراءات التحكيم لقانون إرادة المحكم :

يحدث كثيرا في العمل أن يخول الأطراف لهيئة التحكيم أو يتركوا لها، سلطة تنظيم إجراءات التحكيم فقد تضمن اتفاق التحكيم المبرم بين حكومة المملكة والشركة العربية الأمريكية للبتروك "Aramco" "أرامكو" نصا يخول محكمة التحكيم سلطة تحديد القواعد الإجرائية الواجبة الإلتباع لإدارة

¹ - قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس (Icc)، السائرة المفعول ابتداء من تاريخ أول جانفي سنة 1998، و المعدلة بموجب اللائحة بقانون رقم 48 لسنة 2011 الصادرة في 13 جانفي 2011 ، و المعدلة في أول جانفي 2012 ينظر إلى www.Icc.org ، تاريخ الاطلاع : 2017/01/01.

² - تنص المادة 1040 فقرة 3 من قانون رقم 08-09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "... تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما".

³ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 126.

هذا التحكيم¹. ويساعد على الأخذ بهذا الأسلوب في الواقع، كثرة المعوقات العملية والقانونية²، التي تواجه الأطراف عند معالجة التفاصيل الخاصة بالمسائل الإجرائية في التحكيم، ويدعم القانونين المصري والمقارن، إمكانية تحويل هيئة التحكيم الحرة التامة على هذا النحو في اختيار الإجراءات والقانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم، فقد تضمنت المادة 20 من قانون التحكيم المصري على سبيل المثال النص على أنه "إذا لم يوجد اتفاق، كان لهيئة التحكيم أن تختار قانون وإجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

كما تؤيد القواعد الدولية ذات الاتجاه فقد ورد في المادة 10 فقرة 1 من قواعد التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال "unicitral" على سبيل المثال، النص على حرية هيئة التحكيم في ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، كما تؤيد التطبيقات العملية لقضاء التحكيم، القول باتجاه المحكم نحو تحرير إجراءات التحكيم كلية من النظم الإجرائية الوطنية المعمول بها في الدول المختلفة، يستوي في ذلك النظام السائد في دولة مقر التحكيم أو في دولة أخرى، فقد خلصت هيئة التحكيم في الحكم الصادر في 12 أبريل 1977 في قضية "Liamco" "ليامكو" على سبيل المثال، إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد التي تضمنها مشروع اتفاقية الأمم المتحدة الذي وافقت عليه لجنة القانون الدولي عام 1955، وذلك بعدما كانت قد قررت أنه من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أن قواعد القانون الدولي للتحكيم للجوانب الإجرائية تتحدد وفق لاتفاق الأطراف³، وإذا لم يوجد هذا الاتفاق، فإن محكمة التحكيم هي التي تختص بتحديد هذه القواعد استقلالا عن قانون محل التحكيم.

في جميع الحالات يشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر أركان العقد: منها أن يتوافر التراضي الصحيح وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع وأن يستند إلى سبب مشروع شأنه في ذلك شأن أي تصرف قانوني، لذا سوف نقوم بدراسة هذه العناصر بتسلسل :

أ/ التراضي: يعتبر الاتفاق على التحكيم عقدا من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 66.

² - آزاد شكور صالح، مرجع سابق، ص 183.

³ - جمال محمود الكردي، مرجع نفسه، ص 67.

يستلزمها القانون للإقرار بالشخصية المعنوية¹، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية في القانون الجزائري فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة (1006) على ما يلي " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية في إطار الصفقات العمومية".

ولكن على الرغم من هذا الموقف التشريعي الواضح والرافض للتحكيم، إلا أنه من الناحية العملية كان الوضع مختلفا، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة، تضمنت شرط التحكيم²، نذكر منها العقد المبرم في 19/10/1968 مع شركة جيتي (GETTY) الأمريكية والذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971³.

والمثال الثاني هو نظام التحكيم الجزائري - الفرنسي الموقع في 27/3/1983، والذي يعتبر تجسيدا للاتفاق الإطار المبرم بين الحكومتين في 21/6/1982 والمتعلق بالتعاون الاقتصادي بين البلدين⁴.

على أن التراضي وحده لا يكفي لإبرام اتفاق التحكيم، بل يجب فوق كل ذلك أن يكون هذا التراضي صحيحا خاليا من عيوب الإرادة المعروفة وهي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال، ولما كان رضا الأطراف ركنا أساسيا في الاتفاق على التحكيم، لذلك فإن هذا الرضا لا يفترض وإنما لا بد من وجود الدليل عليه، ذلك لأن التحكيم طريق استثنائي للفصل في المنازعات، و يمثل خروجاً عن الأصل العام في التقاضي، وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء في كل دول العالم، فقد ذهبت إلى ذلك محكمة استئناف باريس في الحكم الصادر عنها في 12/7/1984 " طعنا في الحكم الصادر من هيئة تحكيم هضبة الأهرام الصادر في 16/3/1973 بصدد قضية هضبة الأهرام - ضد

¹ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 127.

² - لزه بن سعيد، مرجع سابق، ص 60.

³ - في الحقيقة لقد تم تعديل أحكام بروتوكول 1968 في 27/05/1972 بهدف مطابقته مع الإطار القانوني الجديد خاصة بعد التأميم، غير أن الأحكام الخاصة بجل النزاعات - خاصة بند التحكيم لم يعدل وبقي ساري المفعول وفقا للمادة 02 من نص التعديل:

Voir, Bouzana Belkacem, le contentieux des hydrocarbures entre l' Algérie les sociétés étrangères, OPUalger 19, 85, p 437.

أورده محمد كولا، مرجع نفسه، ص 13.

⁴ - Mouhobi Salah. La politique de la coopération algèro-française, Bilan et perspectives-OPU, Alger, 1986, p 312.

أورده محمد كولا، مرجع نفسه، ص ص 23-32.

الدولة المصرية - وقضت بإبطال هذا الحكم لصدوره دون وجود شرط تحكيم من جانب مصر مؤسسة ذلك على أن مصر لم تجر في اتفاقياتها على قبول شرط التحكيم غرفة التجارة الدولية ، فضلا عن أن توقيع الهيئة العامة للسياحة و الفنادق " إيجوث " و هي شخصية قانونية مستقلة عن الدولة على العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يعني قبول مصر كدولة لهذا الشرط و لا إلزامها به بالإضافة إلى أن توقيع مصر على العقد الأصلي المبرم في 1974/9/23 ، و الذي أشار فيه إلى قانون الاستثمار المصري رقم 32 لسنة 1974 و الذي يجيز حل المنازعات بوسائل من بينها مركز تسوية منازعات الاستثمار (CIRDI) لا يعني قبولاً لشرط التحكيم الوارد في العقد محل النزاع و لا تنازلاً عن حصانتها ، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية بقولها إن : " رضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم " ، وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه : " حتى نكون بصدد تحكيم -حسب المفهوم المستقر للتحكيم -يتعين التحقق من إرادة الأطراف ذوي الشأن قد اتجهت بالفعل إلى تخويل ذلك الشخص الغير أو الشخص الثالث سلطة قضائية ، و التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً ، كما لو نص الطرفان في العقد الأصلي على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهما أو أبرما اتفاقاً خاصاً على التحكيم ، و لكن الصعوبة تكمن عندما يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، و عليه هل يجوز أن يكون التعبير عن إرادة إبرام اتفاق التحكيم ضمناً ؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن التعبير الضمني عن إرادة إبرام اتفاق التحكيم أمر جائز ، ففي العلاقة بين منشأتين تواتر العمل بينهما على إبرام عقود و تضمينها اتفاق التحكيم¹ ، إذا أغفلت هاتين المنشأتين عند إبرام عقد من نفس النوع ذكر شرط التحكيم ، هنا يمكن القول بوجود اتفاق التحكيم ضمني استناداً إلى تواتر العمل على تضمين هذا النوع من العقود شرط التحكيم ، ما لم يتبين من هذا العقد أنه قصد من إسقاط ذكر شرط التحكيم ، رغبة الطرفين في عدم إخضاع هذا العقد للتحكيم ، و لكن الأمر يختلف عندما يحيل الأطراف في اتفاقهم إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ، في هذه الحالة حتى يمكن القول بوجود اتفاق التحكيم ، يجب أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد . كما لو أحال الأطراف إلى شروط عقد بيع نموذجي تتضمن شرطاً تحكيمياً، فإن ذلك يعد اتفاقاً على التحكيم، ويكون عنصر الرضاء متحققاً طالما أن الإحالة

¹ - باسمه لطفي دباس ، شروط اتفاق التحكيم و آثاره ، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 2005، ص 30.

واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد¹، وإذا كان التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا، فهل يصح اعتبار السكوت تعبيرا عن إرادة إبرام اتفاق التحكيم؟ كما لو أرسل شخص إلى شخص آخر رسالة يعرض عليه فيها فض منازعاتهما عن طريق التحكيم، وضرب له ميعادا للرد، فإذا فات الميعاد دون الرد، فهل يمكن اعتبار سكوته قبولا للإيجاب الموجه إليه و المتضمن إجراء التحكيم؟ لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار السكوت في مثل هذه الحالة قبولا للتحكيم، وهذا ما ذهبت إليه في قضية تتعلق ببيع دولي، حيث أبرم الطرفان عقدا لم ينص فيه على التحكيم، وبعد تنفيذ العقد أرسل البائع إلى المشتري قائمة بالحساب، وذكر في ذيلها أنه يقترح عليه إحالة أي نزاع ينشأ عن الحساب إلى التحكيم و حدد له ميعادا للرد، فلم يرد المشتري، فاعتبرت المحكمة سكوته هذا قبولا للتحكيم في هذه الحالة.

وجديرا بالذكر أن تخلف عنصر الرضا أيا كانت صورته يؤدي إلى انعدام الاتفاق، وبالتالي يكون الاتفاق على التحكيم باطلا. وهذا ما أكدته اتفاقية نيويورك لعام 1958، الرضا من مقومات اتفاق التحكيم الأساسية، فقد أوجبت هذه الاتفاقية أن يتوافر لاتفاق التحكيم عناصر وجوده و مقوماته الأساسية، حيث نصت المادة 5 فقرة 1 على أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف، و تنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم الدليل على أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم"، بل ذهبت اتفاقية نيويورك إلى أبعد من ذلك، فقد افترضت صحة اتفاق التحكيم، بل وأقامت قرينة قانونية نقلت بموجبها عبء إثبات كل إدعاء بانعدام الاتفاق التحكيمي أو عدم صحته على عاتق الطرف الذي يراد التنفيذ ضده، والذي يدعي عدم صحة الاتفاق التحكيمي، فمفاد هذه القرينة القانونية إذن: إن الاتفاق التحكيمي الذي صدر على أساسه حكم المحكمين الأجانب المطلوب تنفيذه في دولة القاضي، مكتملة أركانه ومقومات وجوده الأساسية، ومن ثمة لا يجوز رفض التنفيذ إلا إذا أثبت المطلوب التنفيذ ضده عدم صحة الاتفاق التحكيمي، وأقام الدليل على ذلك.

هذا وقد وضعت اتفاقية نيويورك لعام 1958 قاعدة إسناد موحدة دوليا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الرضا و كافة المسائل المتصلة به، و مفاد هذه القاعدة خضوع الرضا و كافة المسائل

¹ - باسمه لطفي دباس، مرجع سابق، ص 33

المتصل به لقانون الإرادة ، بل ولم تكتف الاتفاقية بذلك¹ ، بل وضعت قاعدة إسناد احتياطية مفادها أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون معين لحكم اتفاق التحكيم من حيث الرضا ، فإن القانون الواجب التطبيق يكون في هذه الحالة هو قانون البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه

ب - قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم " محل التحكيم " : المقصود بالمحل هو ما اتفقت عليه الإرادتان في اتفاق التحكيم بعرض النزاع أو المحتمل على هيئة تحكيمية، ويشترط أن يكون محل العقد مشروعاً يستمد مشروعيته من كون النزاع مما يجوز تسويته عن طريق التحكيم، وان لا يكون مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام، نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

تحدد قابلية موضوع النزاع للتحكيم بما وضعه المشرع من حدود للتحكيم لا تمس بالنظام العام، والتي تختلف من دولة إلى أخرى حتى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم . لم تجبر الدول على الاعتراف باتفاقيات وأحكام التحكيم إذا كان موضوعها يمس بنظامها العام.

نصت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك على "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه الأطراف، بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم". فقد توصل المشاركون في وضع هذه الاتفاقية إلى استحالة وضع قاعدة موضوعية موحدة بشأن القابلية للتحكيم أي صعوبة وضع قاعدة لتحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم، وتلك التي لا يجوز فيها، لذلك اكتفوا بالإشارة إلى المبدأ العام، وإحاطته بالقدر الممكن من الضمانات بما يكفل عدم التوسع في تطبيقه² .

وقد أخرج المشرع الفرنسي من نطاق القابلية للتحكيم، معاملات الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة³، فقد نص على عدم جواز لجوء الدول أو الأشخاص العامة إلى إبرام اتفاقيات تحكيم في مجال المعاملات الداخلية، وقصر ذلك على المعاملات الدولية من خلال ربط القابلية

¹ - باسمه لطفي دباس ، مرجع سابق ، ص 36.

² - محمود نوري حسن، مرجع سابق، ص 226.

³ - Mostefa TrariTani, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international , 1ere édition Berti- Alger2007 , p37.

للتحكيم بفكرة سيادة، وحظر إبرام شرط التحكيم في المعاملات المدنية أي أنه أجاز شرط التحكيم في المسائل التجارية، وعدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام .

كما نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح " وقد نصت المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه¹: " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".

ويترتب على ذلك أنه يمتنع الاتفاق على التحكيم في مسائل الأهلية أو صحة أو بطلان الزواج أو إثبات النسب...الخ²، كما لا يجوز التحكيم في جريمة القتل أو السرقة ، أو اختلاس أموال أجنبية ويمتد الحظر بكل ما يتعلق بالنظام العام، كالتحكيم بشأن علاقة غير مشروعة مثلاً، كما أنه من الصعب وضع تحديد حصري لما لايجوز التحكيم فيه لتعلقه بالنظام العام³

رغم أن كل الاتفاقيات وضعت النظام العام كقيد لقابلية أي موضوع للتحكيم، إلا أن مفهوم هذا النظام العام يبقى غامضاً، ويعتبر من أهم المسائل التي يجب التطرق إليها في مجال التحكيم، أما مسألة أهلية الأشخاص أو حالتهم فلا خلاف بشأنها ولا تهم كثيراً المستثمر الأجنبي، ثم إن توجه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، والتي ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاع - محل هذه الاتفاقات - تلتزم بها كل الدول الأعضاء⁴.

ومن هنا ترى الأستاذة أو شن ليلي على ضرورة إعطاء مفهوم ومضمون ضيقين لفكرة النظام العام ، بشكل يسمح لنظام التحكيم بتحقيق فاعليته وهدفه، خاصة بعد دخول الجزائر اقتصاد السوق وفتح باب الاستثمار أمام الشركات الأجنبية⁵، و هو ما نؤيده في اعتقادنا الشخصي لأن

¹ - القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل و المتمم .

² - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 62.

³ - فتحي والي ، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علما و عملا ، مرجع سابق ، ص 146.

⁴ - تنص المادة 25 فقرة 4 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 على أنه: " على أنه يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية أو في تاريخ لاحق أن تخطر المركز بالنزاع أو النزاعات التي ترى بإمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لاختصاص المركز".

⁵ - أو شن ليلي، الشراكة الأجنبية مع المؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مذكرة ماجستير فرع القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2011، ص73.

التوسع في ضبط المفاهيم يؤدي إلى متاهات يصعب على القضاء الفصل في المنازعات التي تثور في هذا الشأن أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة 1040 فقرة 3 من ق.إ.م.إ الجزائر على: " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً"، أي أن المشرع الجزائري حاول جاهدا السعي في أن يرد الاتفاق على مسألة تقبل الفصل عن طريق التحكيم.

هذا وتجدد الإشارة إلى أن موضوع اتفاق التحكيم يجب أن يكون مشروعاً، وفقاً للنظام الدولي هذا النظام الذي يطلق عليه الأستاذ "LALIVE" " لاليف " اسم النظام العام عبر الوطني، والذي يفرض نفسه على أطراف النزاع وعلى المحكم فلا يكون اتفاق الأطراف صحيحاً إذا كان مخالفاً للنظام العام¹.

ج- السبب في اتفاق التحكيم:

القاعدة العامة أن لكل التزام سبب مشروع افتراضاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، ويقصد بالسبب باعتباره ركناً في العقد أو ركناً في الالتزام، الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام، و بمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه، ففي عقد البيع مثلاً يرتضي البائع التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري و بتسليمه إياه بهدف الحصول على الثمن الذي يلتزم المشتري بتحمل دفع الثمن رغبة منه في الحصول على المبيع.

وسبب الالتزام يتميز عن محل الالتزام، فالمحل هو الأمر الذي يلتزم المدين بإعطائه، أو بعمله أو الامتناع عن عمله، أما سبب الالتزام، فهو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه، من وراء تحمله الالتزام، فالسبب تتضمنه الإجابة عن السؤال لماذا التزم المدين؟ أما المحل فتتضمنه الإجابة عن السؤال بماذا التزم المدين؟، و يلاحظ أن مجال فكرة السبب في الالتزامات الإرادية، أي التي تنشأ بفعل الإرادة فقط، و في هذه الحالة لا فرق بين الالتزامات الناشئة عن العقد و تلك الناشئة عن جانب واحد، كالوصية مثلاً.

¹ -L'Alive poule, ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, revu de l'arbitrage France 19, 86, p329.

أورده محمد كولا، مرجع سابق، ص 33-59.

وبالتالي فإن سبب اتفاقية التحكيم المحتمل في إحالة النزاع القائم أو المحتمل نشوبه على هيئة التحكيم وفقا للإجراءات المتفق بشأنها بين الأطراف، واستبعاد القضاء الوطني من المنازعة، إلا إذا ثبت أن الهدف من اتفاق التحكيم، هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء¹، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود والتزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة، يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال، لماذا لجأ الأطراف للتحكيم؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد المراد تسويته بطريق التحكيم، وهل هو مشروع أو لا؟، هذه الأسئلة وغيرها في اعتقادنا تقتضي على هيئة التحكيم الإجابة عنها، تبعا لطبيعة كل نزاع والخصوصية التي يتميز بها النزاع.

الفرع الثاني

مضمون العلاقة بين العقد الأصلي وبين اتفاق التحكيم

إن بحث مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي²، ظهرت كنتيجة ضرورية عملية، فمبدأ الاستقلالية يعد حاليا حجر الزاوية للتحكيم التجاري الدولي، فمنذ أن أقره القضاء الفرنسي بمناسبة الحكم في قضية "GOSSET" ضد إيطاليا³ عام 1963 استقر عليه ولم ينقضه بعد ذلك⁴، وقد بدأ ظهور هذا المبدأ كسابقة قضائية فريدة من نوعها في العقود الدولية⁵. فهل يتأثر اتفاق

¹- لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 64.

²- عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص 33

³- cass.civ, mai 1963, affaire GOSSET, Rev.Crit.DIP, 1963, p 615.

⁴- Goldman international, la volonté des parties et le rôle de l' arbitre dans l'arbitrage international, revue de l' arbitrage, France 1981, p 326.

⁵- محمود نوري حسن، مرجع سابق، ص 28. (و بالمهامش).

تدور أحداث هذه القضية في أن هناك شرط تحكيم مدرجا في العقد الأصلي المبرم بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي حول تنفيذ حكم صدر في إيطاليا، وهو الحكم الذي قضى بالتعويض للمصدر الإيطالي بسبب خطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وجرأ هذا الحكم دفع المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم استنادا على أن العقد الذي ورد به شرط التحكيم يعد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام الفرنسي لعدم التزامه بالقواعد الآمرة المتعلقة بالاستيراد، وكما كان العقد

التحكيم سواء كبنء في العقد الأصلي المبرم بين الأطراف أو في ورقة منفصلة ملحقة به بما يرد على هذا العقد من فسخ أو بطلان بحيث يدور مع العقد وجودا وعدما ؟ بصدد الإجابة على هذا التساؤل فرقت محكمة النقض الفرنسية بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي فقضت باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بحيث يكون بمنأى عن أية آثار محتملة لعدم صحة التصرف القانوني ، واستندت المحكمة في قضائها إلى أن اتفاق التحكيم و لو كان بنءا في العقد الأصلي يرد على موضوع العقد ، فإذا كان موضوع العقد على سبيل المثال بيعا فإنه يتناول مسألة الثمن ووقت تسليم المبيع ومكانه ومطابقة المبيع للمواصفات وأثر تخلف كل طرف عن تنفيذ التزاماته إلى غير ذلك من الأمور المتصلة بالبيع ، بينما يرد اتفاق التحكيم على الإجراء الذي ينبغي عند قيام نزاع بشأن البيع¹ ، وقد انتقد بحق أستاذنا المغفور له الدكتور محسن شفيق هذه التفرقة التي أقامتها محكمة النقض الفرنسية بين التحكيم الداخلي وبين التحكيم التجاري الدولي ، مشيرا إلى أن المبررات التي ساقتها لاستقلالية شرط التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي تصلح في ذات الوقت للتحكيم الداخلي و ليس هناك مبرر مقبول للتفرقة بينهما، كما عارض الفقه الفرنسي هذه التفرقة و أيده في ذلك قضاء محاكم الاستئناف في فرنسا مؤكدا على ضرورة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم التجاري الدولي استنادا إلى اختلاف السبب في اختلاف السبب في اتفاق التحكيم عن السبب في العقد الأصلي .

ولم تزل هذه المسألة محل جدل فقهي و قضائي في فرنسا لم يحسمه المشرع الفرنسي رغم أن البعض يرى أن نص المادة 1464 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد قد حسم هذه المسألة بمفهوم المخالفة بنصه على أنه إذا كان شرط التحكيم باطلا فإن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يتأثر

الأصلي في ذاته باطلا، فإن شرط التحكيم يبطل بالتبعية لبطلان العقد الأصلي، ومما يترتب على ذلك بطلان حكم التحكيم الصادر بناء على هذا الشرط الباطل ، وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الدفع مقررمة أن اتفاق التحكيم سواء ورد مستقلا أم مندمجا في تصرف قانوني له استقلال قانوني كامل، وهذا ما يجعله مستبعدا تأثره بما يطرأ على التصرف من بطلان⁵، ومن هنا فالحاجة إلى بحث مسألة العلاقة بين العقد الأصلي واتفاق والآثار المترتبة تبرز في فرضيتين :

الأولى: عند التمسك ببطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه ففي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى تأثر اتفاق التحكيم بما يلحق العقد الأصلي من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء.

الثانية: عندما يتمسك أحد الأطراف بعدم صحة اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه، وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى تأثر العقد الأصلي بما لحق اتفاق التحكيم من بطلان.

¹ - أحمد السيد صاوى ، مرجع سابق ، ص 85.

بالبطلان الذي لحق به ، مما يعني استقلالية شرط التحكيم في العقد الأصلي ، غير أنه يؤخذ على هذا الرأي أنه يمكن رد حكم هذا النص إلى فكرة انتقاص العقد أو تجزئته و ليس إلى فكرة استقلال شرط التحكيم ، بمعنى أن العقد إذا تضمن شقا باطلا اقتصر البطلان على هذا الشق وحده .

ونظرا لأهمية هذه المسألة و المتمثلة في الاستقلالية في مجال تفعيل التحكيم التجاري الدولي، وتشجيع الأطراف على اللجوء إليه خاصة في مجال التجارة الدولية ، وبهدف إعطاء اتفاق التحكيم الحصانة اللازمة والضرورية من أجل حمايته من تقاعس وتماطل الأطراف السيئة النية ، وللتدليل على المعنى القانوني لاستقلال اتفاق التحكيم حسب تعريف الدكتور قادري عبد العزيز بقوله هو "إن الاستقلالية تعني أن لا يتأثر ذلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم (أي كان مندجاً في العقد أو منفصلاً عنه) بصحة العقد المتعلق به ¹ ، وهذا ما يترتب عنه استمرار اتفاق التحكيم رغم البطلان المحتمل للعقد الذي يكون قد أدمج فيه .

كانت بعض الأنظمة القانونية التقليدية تعتبر أنه إذا كان العقد الأصلي باطلا أو أبطل أو فسخ لأي سبب، فان ذات الأثر ينصرف إلى شرط التحكيم على أساس أنه جزء منه، لكن الاتجاه الحالي و خاصة في التحكيم التجاري الدولي، يميل إلى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي موضوع التحكيم لاحق لقيام النزاع، لذا سنتناول مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة إلى العقد الأصلي (أولاً)، على أن هذا الاستقلال قد يؤدي لاعتماد وزيادة آثار هامة تلعب دورا في زيادة فعالية التحكيم (ثانياً) .

أولاً: تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي

لقد أخذت معظم التشريعات الحديثة التي صدرت في عدد كبير من الدول بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بينما اكتفت دول أخرى بالنص عليه بشكل غير مباشر وذلك من خلال تأكيدها على عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الوارد فيه، أما دول أخرى كفرنسا لم تجد مبرر للنص عليه صراحة في التعديل الذي أدخلته على قانون الإجراءات المدنية وتركت بذلك إقراره للقضاء الذي خلقه ².

¹ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق ، ص 262.

² - نعيمة فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على صور نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الإدارة، الجزائر، العدد 34، سنة 2010، ص 33.

المقصود باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هو عدم تأثر هذا الاتفاق، بأي عيب يشوب العقد الأصلي، فبطلان هذا الأخير مثلا، يبقى اتفاق التحكيم الوارد فيه صحيح أو العكس أيضا صحيح أي أن بطلان اتفاق التحكيم لا يرتب بطلان العقد، أو كما يقول الأستاذ قادي عبد العزيز: "إن استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى عدم التضامن بين ذلك الاتفاق والعقد الذي يتضمنه ماديا"¹ أصبح مبدأ القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يختلف عن القانون المطبق على اتفاقية التحكيم، كما أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة إلى العقد الأصلي من المبادئ المستقرة والأساسية في مجال التحكيم التجاري الدولي، لقد أصبح مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مقبول في معظم التشريعات الداخلية ومنها التشريع الجزائري (أ)، تضمنتهم معظم النظم التحكيمية للمؤسسات الدولية والتي كثيرا ما تحيل إليها القوانين الاتفاقية (ب).

أ/ في التشريع الجزائري:

أشار المشرع الجزائري صراحة إلى هذا المبدأ في أول مرة ضمن المرسوم التشريعي² رقم 93-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي يعتبر أول قانون تضمن في ثناياه التحكيم، حيث جاء في المادة 458 مكرر 1 في فقرتها الأخيرة: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح " .

وهو ما أكده المشرع الجزائري أيضا في المادة³ 1040 من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يمكن اعتبار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مكرسا في قانون التحكيم الجزائري، لكن قد يطرح التساؤل حول مدى أو بعد هذا التكريس و التجسيد الذي أراده المشرع الجزائري؟

¹ - قادي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 263.

² - مرسوم تشريعي 93-09 مؤرخ في 23 أبريل 1993 يتم ويعدل الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج ر، عدد 27 لسنة 1993 (الملغى).

³ - تنص المادة 1040 من ق.إ.م.إ.ج: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية، يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها أما القانون الذي اتفق على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع، لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي "

نلاحظ بتحليل النص السابق، انه تطرق إلى حالة عدم صحة العقد الأصلي التي تؤدي إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم، فبطلان الأول لا يؤدي إلى البطلان الثاني، في حالة عدم صحة اتفاق التحكيم، هل يطبق نفس المبدأ السابق بحيث لا يتأثر العقد الأصلي؟

في اعتقادنا نرى بأن المسألة غير مطروحة في هذه الحالة ، لأن اتفاق التحكيم جزء من العقد الأصلي (حالة شرط التحكيم)وزوال الجزء حسب القواعد العامة، ولا يؤدي بالضرورة إلى زوال الكل أما في حالة مشاركة التحكيم¹، وهي حالة العقد المنفصل المتعلق بجل منازعات بواسطة التحكيم فإن عدم تأثير العقد الأول على الثاني يؤدي حتما إلى عدم تأثير الثاني على الأول².

المسألة الثانية المطروحة في هذا النص هي مسألة أسباب أخرى (غير البطلان) التي تؤثر في صحة العقد الأصلي، وحيث ينتقد المشرع الجزائري على عدم تفصيل النص وإعطاء الحالات المختلفة مثلما ورد في بعض القوانين، وهو نقد مؤسس - في رأينا يؤدي إلى قصور في التشريع الجزائري المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، نشير هنا إلى أن إقرار مبدأ الاستقلالية الدولية جاء في الفصل الخاص بالتحكيم الدولي ولم يذكر في التحكيم الداخلي .

ب/ في نموذج من القوانين واللوائح:

نصت المادة 1426 من قانون المرافعات الجديد في فرنسا في هذا الشأن على أنه: "إذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر غير مكتوب" وهذا في حقيقة الحال وإن دل على أنه بعدم بطلان العقد الأصلي ولو بطل شرط التحكيم، لكن الغالب هو دفع أحد الطرفين بعدم قبول عرض النزاع على التحكيم نتيجة لبطلان العقد الأصلي أو نظرا لإلغاء العقد الأصلي³، أو نظرا لإلغاء ذلك العقد وكان يمكن أن يكون هذا الدفع صحيحا لو قبل بارتباط اتفاق التحكيم في وجوده أو عدم وجوده بالعقد الأصلي، لكنه لا يكون صحيحا عند القول بمبدأ الاستقلالية لعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد.

¹ - Zaalani Abdelmadjid, L'intervention des personnes publiques et parapubliques dans l'arbitrage international commercial, Revue algérienne des sciences juridiques ,économies et politiques ,volume N°03, Alger 1997, p 890

² - سليم بشير، مرجع سابق، ص 83.

³ - حمزة أحمد حداد، أثار اتفاق التحكيم وسقوطه في التحكيم البحري، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي للتأمين والنقل البحري، جمهورية مصر العربية، سنة 2008، ص 3.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن التقليل من مجال التحكيم في العلاقات الداخلية لا ينطبق تماما على العلاقات الاقتصادية الدولية، إذ أن الطابع الدولي يؤدي إلى حرية تضمين العقود شرط التحكيم دون التقييد بالقواعد الوطنية المتعلقة بشروط صحة بطلان بند التحكيم التي تظل مقتصرة على العلاقات الداخلية¹، وتلك النظرة للتحكيم المستقاة من التحكيم الفرنسي في هذا المجال اتبعتها نظم قانونية أخرى متعددة، أما على الصعيد الدولي فنضرب مثال غرفة التجارة الدولية، حيث نستنتج من المادة الثانية من نظام الغرفة التجارية في فقرتها الرابعة، أن للمحكم سلطة النظر في القضايا المتعلقة بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم وعلى الآثار المترتبة عن ثبوت إدعاء الانعدام أو البطلان المذكورين²، وهذا يعني أن انعدام العقد الأصلي أو بطلانه لا يؤديان إلى عدم إمكانية نظر المحكمة في اتفاق التحكيم، وإذا ما رأى المحكم صحة وجود اتفاق التحكيم يواصل النظر في القضية، كما يبحث في الاعتراضات المتعلقة بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه ويقرر بعد ذلك حقوق كلا الطرفين، ومثال آخر عن العمل الدولي بالإشارة إلى أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (C.N.U.D.C.I) تضمن المادة 21 من القواعد التي وضعتها لتنظيم التحكيم الدولي ما يلي:

- إن من سلطات المحكم أن ينظر في موضوع اختصاصه ولو كان الاعتراض على اختصاصه يعود إلى النزاع في وجود أو صحة اتفاق التحكيم في إحدى صورتيه : مشاركة التحكيم، أو شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي.
- للمحكم الحق في بحث وجود وصحة العقد الأصلي وتقرير انعدامه أو بطلانه إذا ثبت لديه حتى ولو كان التحكيم جزء لا يتجزأ من العقد الأصلي.
- إن اتفاق التحكيم، الذي يحتوي عليه العقد الأصلي، لا يخضع بالضرورة لمصير ذلك العقد بحيث يجب اعتباره اتفاقا مستقلا عن سائر نصوص العقد الأصلي.

¹ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 265.

² - زواقري الطاهر، الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد 03، سنة 1994، ص 167.

- وبناء على ذلك يكون قرار هيئة التحكيم ببطلان العقد الأصلي لا يترتب بالضرورة القول بعدم صحة شرط التحكيم ، أما بالنسبة إلى المشرع المصري قد اتخذ موقفا واضحا¹ ، أكد به تأييده لمبدأ استقلالية شرط التحكيم وعدم تأثره بأي بطلان يلحق بالعقد الأصلي الذي ورد به، ولم يفرق في ذلك بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي².

يبقى أن نشير إلى أن الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية وترقية الاستثمارات التي أبرمتها الجزائر لا تنص صراحة على استقلالية اتفاق التحكيم ولكن معظمها يحيل إلى المراكز والهيئات الدولية التي تطبق أنظمتها التحكيمية المتضمنة هذا المبدأ .

إن اجتماع التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية على استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي جعل القبول بالآثار المترتبة عنه أمرا شائعا في معظم الدول، مما دعم فطرة فعالية اتفاق التحكيم التجاري، وزاد من مصداقيته لدى الأطراف الفاعلة في حقل التجارة الدولية³ ، لما تتمتع به عقود الاستثمار من خصوصية كون الدولة الجاذبة للاستثمار طرفا في تلك العقود وهذا ما يكون دافعا للمستثمر الأجنبي لجعل التحكيم ضمانا إجرائية لحماية استثماراته⁴.

ثانيا: استقلال اتفاق التحكيم والنتائج المترتبة عنه .

يلخص الدكتور نبيل إسماعيل عمر الإطار القانوني لفكرة استقلال اتفاقية التحكيم كما يلي: "ونفس الجدل حدث في القانون المصري وانتهى إلى ما انتهى إليه الفقه الفرنسي بالاعتراف أن اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصلي الوارد به في هذا الشرط، فهو تصرف قانوني له كيان المستقبل عن العقد الأصلي" ، كما وافقه الرأي الدكتور الفقيه فتحي والي بقوله أن القواعد الإجرائية

¹ - تنص المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب عن بطلان العقد أو فسخه أو إنفاذه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 95.²

³-Benissad Hocine، Restructuration et réformes économiques en Algérie، OPU Alger 1994، p33.

أورده محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 65.

⁴ - إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاني، التحكيم ضمانا إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، كلية القانون، جامعة بابل ، العراق، 2001، ص 2، ينظر إلى :www.low-irak.com ، أطلع عليه بتاريخ: 2017/07/13.

الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم تتضمن مبدأ استقلال شرط التحكيم مما يستوجب على هيئة التحكيم تطبيق هذا المبدأ ولو كان القانون في الدولة التي تطبق الهيئة قانونها الموضوعي لا يقر هذا المبدأ¹، من هذه الخلاصة ويمكن استنتاج عدم مشروعية العقد الأصلي لا يؤثر على اتفاق التحكيم² (أ)، ومن الآثار الهامة المترتبة عن هذه الاستقلالية نذكر: الأثر المانع لاتفاق التحكيم (ب).

أ/ عدم مشروعية العقد الأصلي لا يؤثر على اتفاق التحكيم.

وأساس هذا المبدأ أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعا يختلف عن موضوع العقد الأصلي، إذ أن اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم تصرف قائم بذاته³، ومن النتائج المترتبة على هذا المبدأ، أن اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، وهذا في إطار تنازع القوانين، إذ يمكن تطبيق المبادئ العامة وعادات التجارة الدولية، على اتفاق التحكيم بغض النظر عن القانون المطبق على العقد الأصلي⁴.

وقد تدعم هذا المبدأ على مستوى القضاء والقانون الإتفاقي الدولي، وكذا القوانين الوطنية المقارنة فقد أصبح هذا المبدأ مستقرا لدى القضاء وهذا يظهر من خلال بعض الأحكام الصادرة في هذا الشأن، فقد حكمت محكمة باريس في 1964/02/21 أنه: "إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير، أدى إلى منع التصدير وعدم إمكان المصدر شحن البضاعة، مما يترتب عليه فسخ عقد البيع إعمالا للشرط الفاسخ الصريح في العقد ومن ثمة فإن شرط التحكيم يبقى صحيحا، وتكون هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بالفصل في النزاع وبالتالي فإن بطلان اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي ولا يمتد إليه".

¹ - فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علما و عملا، مرجع سابق، ص 108.

² - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 77.

³ - شاهر مجاهد الصالحي (اتفاق التحكيم، تعريفه، صورته، شروط صحته استقلاليته، الأثر المانع)، ورقة عمل مقدمة للملتقى التحكيم الثاني الذي تنظمه وزارة التجارة والصناعة، اليمن، 2014، ص 9، ينظر إلى: www.univ.adan.com، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/07/13.

⁴ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 104 (وبالهامش).

=إلا أنه يذهب الدكتور منير عبد المجيد إلى القول بإمكانية تطبيق القانون المطبق على العقد الأصلي على شرط التحكيم، إذ يعتبر قرينة كاشفة على انصراف الأطراف إلى تطبيقه على شرط التحكيم إلا إذا وجد اتفاق صريح مخالف لهذه القرينة وبالتالي استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يحول دون امتداد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد الأصلي إلى اتفاق التحكيم .

كما تتطرق القضاء الفرنسي على أن تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي، لا يؤدي إلى بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم، وكذلك لا يحول دون استناد القضاء إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، المتفق عليه في الوقت الحالي أن اتفاق التحكيم يستمر في ترتيب آثاره مهما كان مصير العقد الأصلي الذي يتضمنه، فبطلان العقد الأصلي أو فسخه لا يؤثر في اتفاق التحكيم، مما يعطي اتفاق التحكيم حصانة ذاتية وقوة فعلية في مواجهة أي محاولة تماطل أو تقاعس من أي طرف سيء النية، كما قد يحدث أيضا أنه يقضي ببطلان شرط أو اتفاق التحكيم في حين شروط العقد الأخرى قائمة، أساس ذلك أن سبب شرط التحكيم وهدفه واحد و هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء الذي يؤدي زوال هذا الشرط أو إلى استبعاد طريق من طرق حل المنازعات ولكنه يمهّد لطريق آخر يسوي النزاع بواسطته¹.

هناك بعض الحالات يبطل فيها العقدان معا ("العقد التحكيمي والعقد الأصلي")، كأن يكون أحد الطرفين ناقص الأهلية. وفقا للقانون المطبق على العقد الأصلي وطبقا للقانون المطبق على اتفاقية التحكيم، في هذه الحالة يكون كل منهما قد اختل بذاته دون أن يؤثر أحدهما على الآخر، وبالتالي لا مجال للحديث عن المساس بمبدأ الاستقلالية².

هذا وقد أخذ المشرع الجزائري نفس الاتجاه حيث تنص المادة 1040 من القانون 08-09 في فقرتها الثانية على أن: " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائما"، إذ يكون اتفاق الأطراف على إخضاع اتفاقية التحكيم لقانون يختلف عن القانون المنظم لموضوع النزاع أو تقدير المحكم، على أساس اقتناعهم بأن القانون الملائم لاتفاقية التحكيم ليس القانون المطبق على موضوع النزاع، دافعا للفصل بين العقد الأصلي والعقد التحكيمي فيما يخص القانون المطبق على كليهما.

¹ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 266.

² - قادري عبد العزيز، مرجع نفسه، ص 234.

كما أقرت محكمة النقض الفرنسية، في حكم صادر في 14/02/1982 على أنه لا يطبق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على تفسير شرط التحكيم المدرج في هذا العقد¹.

في مجال اتفاقيات الاستثمار، يلعب هذا الانفصال المصيري دورا هاما في حماية الاستثمار الأجنبي من خلال زيادة الضمانات، فاتفاق الاستثمار يمكن أن يتعرض للفسخ أو الإبطال في الدولة المضيفة بصفة منفردة، لكن بقاء اتفاقية التحكيم قائمة تضمن للمستثمر الدفاع عن حقوقه أمام هيئات تحكيمية فعالة، وقد تكرر هذا المبدأ المتعلق بانفصال واستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك لدى موقف بعض هيئات التحكيم، ولدراسة جانب تطبيقي نسردهم وقائع قضية تتمثل في إبرام عقد بين شركة مقاولات يونانية ومجموعة أشخاص من دولة الأردن، موضوعه حصول هؤلاء على نسبة مئوية من الأرباح مقابل تسهيل للشركة اليونانية للحصول على تعاقد حكومي في دولة الأردن، تضمن العقد شرط التحكيم وفقا لقواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس، دفعت الشركة اليونانية جزءا من الأرباح المتفق عليها، ولكن حدثت إنفلاتات أمنية في الأردن، وتوقفت الأشغال لأن الشركة لم تكمل الأشغال وبالنتيجة لم تدفع النسبة المتبقية.

عرض النزاع على محكم فرد نمساوي لمطالبة الشركة اليونانية بتنفيذ التزامها، استعرض المحكم في البداية القواعد التي تحكم ببطالان العقود التي تتضمن رشوة التجار بالنقود وفقا لقانون دولة مكان التنفيذ ووفقا لقانون فرنسا باعتباره قانون مكان التحكيم، وبعد ذلك أصدر المحكم حكمه بتاريخ 15/12/1982 مخالفا تماما للحكم الصادر في القضية الأولى واعتبر أن التحكيم منفصلا تماما عن العقد الأصلي²، و لكن يشترط لترتيب هذه النتيجة أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا في ذاته، أي أن لا يكون العيب الذي يمس العقد

¹- Décision de la cour d' appel de paris du 14 février 1982، publiée، 'Revue de L' arbitrage'، France 1982، p 76.

²- حيث يظهر في الحكم التحكيمي كما يلي:

Finalemnt, on peut aussi apprécier l'affaire en dehors de toute loi national d'après ce qui est considère être la moralité dans les affaires internationales .

Pourtant، elle présente sentence ne peut non plus suivre l'arbitre "Laguerre" lorsqu'il arrive à la conclusion qu'une prétention tirée d'un accord violant les bonnes mœurs et ou l'ordre public ne peut être jugée ni par un tribunal étatique ni par un tribunal arbitral، la clause arbitral doit être considérée indépendamment du contra dont elle fait partie l'article 3/3 de la

الأصلي من شأنه أن يمس اتفاق التحكيم - كعيب الرضا مثلا- ومن جانب آخر إذا حدث العكس و أبطل اتفاق التحكيم لأي سبب فإن ذلك لا يؤثر على بقاء العقد الأصلي صحيحا ملزما للأطراف¹

ب/ الأثر المانع لاتفاق التحكيم:

تجدر الإشارة إلى أن الجزائر، في القانون الإتفاقي سبق لها وأن كرست مبدأ استقلالية شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي رغم إنكارها للتحكيم الدولي وهذا في نظام التحكيم الجزائري - الفرنسي لسنة 1983، إذ أكدت المادة 08 فقرة 3 من نظام التحكيم الجزائري الفرنسي على استقلال شرط التحكيم عن العقد الموجود فيه كما يتميز عن شروط العقد الأصلي، ومن جهة أخرى فإن تقرير بطلان العقد الأصلي من طرف الهيئة التحكيمية لا يؤدي بقوة القانون إلى بطلان شرط التحكيم الوارد في هذا العقد²، كما يترتب على اتفاق التحكيم - أيا كانت صورته شرطا أو مشاركة- أثران هاما أثر إيجابي هو حق كل من طرفيه في الالتجاء إلى التحكيم، وأثر سلبي هو التزام كل طرفيه بعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم، وإعمالا لهذا الأثر الأخير يلتزم كل من الطرفين بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه في الالتجاء إلى التحكيم كما تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم بشأنه.

فإذا أبرم اتفاق التحكيم صحيحا، وفق للقانون الواجب التطبيق، تولد على عاتق طرفيه التزاما بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة المنعقد الاختصاص لمحاكمها، فمجرد وجود اتفاق التحكيم يعتبر إبتداءا_ مانعا أو حاجبا أمام الأطراف من رفع الأمر أمام قضاء الدولة للفصل في النزاع .

وإذا رفع النزاع أمام قضاء الدولة، تعين عليه التحلي عنه احتراماً لوجود اتفاق التحكيم، وذلك أيا كان الوقت الذي اتصل فيه النزاع، أي سواء قبل بدء الإجراءات، أو بعد ذلك واتصال هيئة

convention européenne sur l' arbitrage commercial international du 21/04/1961 ، elle n' est pas affectée par nullité frappant les autres stipulation entre les parties"

وبناء على هذا صدر الحكم برفض الدعوى موضوعا وليس بعدم الاختصاص مثل ما ذهب إليه المحكم السويسري في الحكم الأول ينظر إلى: محمد كولا، مرجع سابق، ص 110.

¹- سامي محسن حسين السري ، مرجع سابق ، ص 135.

²-Terki Noureddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, op-cit- p 28.

التحكيم بالنزاع، وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، حيث نصت المادة 1045 من ق.إ.م.إ الجزائر على أنه: " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود اتفاقية التحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف". وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، والذي يترتب على وجود اتفاق التحكيم سليما من حيث الشكل والموضوع بالنسبة للأحكام الواردة في هذا القانون فوجود اتفاق التحكيم بالمعنى السابق يحجب قضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم¹.

فإذا علم القاضي أن النزاع المطروح أمامه قد سبق لأطرافه الاتفاق على تسوية ما يثور بشأن علاقتهم القانونية من منازعات عن طريق التحكيم، فوجب عليه الحكم بعد قبول الدعوى خاصة إذا تم البدء في إجراءات التحكيم وشكلت هيئة التحكيم وبدأ النظر في النزاع، وقد اشترط المشرع الجزائري امتناع القاضي عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن يدفع أحد الأطراف النزاع بأنه يوجد بشأنه اتفاق التحكيم، بحيث إذا تجاهل أحد الطرفين اتفاق التحكيم ورفع دعوى إلى القضاء بخصوص النزاع فإنه يجب تنبيه المحكمة إلى وجود هذا الاتفاق وبالتالي تمتنع عن الفصل في النزاع²، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سلك مسلك غالبية تشريعات التحكيم التي تبنت الأثر المانع لاتفاق التحكيم.

المطلب الثاني

آليات تفعيل وتنظيم اتفاق التحكيم

إذا كان يمكن القول أن إثارة موضوع اتفاق التحكيم يتطلب حسمها عن طريق مجموعة من المعايير التي يتم على أساسها فهمه، وبالتالي فإن ضابط الإسناد المتمثل فيما تتجه إليه إرادة طرفي اتفاق التحكيم يشكل ضابطا مقبولا عالميا، رغم أن أعماله يتطلب تحليل بنود العقود المتضمنة شرط التحكيم باسهاب

¹ - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 82-83.

² - ينظر إلى المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09، السالف الذكر.

لذلك دأبت الدول على إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار كوسيلة توافقية لفض المنازعات المحتمل نشوبها¹، وهكذا نجد اغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف تتضمن نصوصا وملاحق خاصة بتسوية النزاعات، إذ أن هذه الأخيرة تسوى بين الطرفين عن طريق التراضي وفي حالة الفشل يستطيع المستثمر بناء إلى اختياره اللجوء إلى هيئة محايدة² تضمن نزاهة الحكم المرتقب، وكما أنها تحتوي شرط اللجوء للتحكيم بعد فشل المفاوضات بين الطرفين، ومنها من تضع إجراءات أولية إجبارية وأخرى اختيارية قبل مباشرة إجراءات التحكيم، ومنها من ربط ذلك بمدة زمنية معينة، وهذا ما يؤدي إلى طرح التساؤل حول كفاءات اللجوء إلى التحكيم ومدى جديته كحل بديل عن القضاء الوطني؟ للإجابة عن هذا التساؤل نلاحظ أنه كثيرا ما تحيل بنود التحكيم هذه المنازعات إلى الهيئات والمراكز الدولية، خاصة المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى تضع هذه المؤسسات (أو الهيئات) شروطا ترتبط بالمستثمر، وأخرى تتعلق بالاستثمار يجب توافرها حتى يقبل طلب التحكيم (الفرع الأول).

وبالرغم من التطور الذي عرفه التحكيم التجاري الدولي في مجال الاستثمارات الأجنبية، فإن هناك بعض المسائل التي تواجه المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة لاستثماره ما تزال تثير جدل كبيرا حول قابليتها للتحكيم وقابلية القانون المنظم لها للتطبيق أمام الهيئات التحكيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط اللجوء إلى التحكيم

تحدد الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار، نظامها القانوني من مراحل تأسيس أو إنشاء المشروع الاستثماري إلى غاية إنجازه أو تصفيته، في سياق السياسة العامة المرتكزة على خيار تشجيع الاستثمار الأجنبي، الذي تبنته غالبية الدول عادة ما تبدأ الاتفاقيات بوضع تعاريف لبعض المصطلحات الواردة في نصوصها مثل "المستثمر" "الاستثمار" الإقليم

¹ -Zouaimai Rachid, Le régimes des investissements étrangers en Algérie, J.D.I.n° 3,alger,1993, p 570.

² - عجة الجيلاي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سابق، ص 645.

"المداخيل" ... ثم تعمل على تحديد نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص، ومن حيث الاستثمارات¹ التي تراعي قدر الإمكان توفير البيئة المواتية للمستثمر الأجنبي ولتعظيم الاستفادة والتقليل من الأضرار والأعباء بصورة عامة² في إطار الحماية والضمانات الواردة في مختلف الاتفاقيات، يأخذ التحكيم التجاري الدولي موقعا متميزا كوسيلة فعالة ومحيدة لفض النزاعات المحتمل نشوبها بين الأطراف المعنية.

لقد نصت أحكام التحكيم في معظم الاتفاقيات على الإجراءات التي يجب إتباعها لحل المنازعات بين الدول المتعاقدة فيما يخص تفسير الاتفاقية أو غيرها، والمنازعات بين المستثمرين من دولة متعاقدة ودولة أخرى وهو ما يجب التركيز عليه، من حيث الشروط التي وضعتها الاتفاقيات، سواء المتعلقة بأطراف النزاع (أولا)، أو الشروط المتعلقة بالاستثمار محل النزاع (ثانيا).

أولا: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع

لا تتمتع الاستثمارات الأجنبية بالحماية في نطاق الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف، إلا إذا كانت مملوكة لأشخاص طبيعية أو معنوية تابعة لأحد الأطراف المتعاقدة، لذلك يجب تحديد القواعد التي تبين أطراف النزاع في أي خصومة تحكيمية، قد تنشأ بصدد الاستثمارات أولها الطبيعة القانونية للاستثمار الأجنبي(أ)وبعدها نقوم بتحديد المقصود من المستثمر الأجنبي(ب) ثم نقوم بتحديد مدلول الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي (ج).

أ/الطبيعة القانونية للاستثمار الأجنبي:

إذا كان من الصعب تحديد المفهوم القانوني للاستثمار الأجنبي بفعل طبيعته الاقتصادية، فإن ذلك لم يحول دوما من محاولة وضع تعريف قانوني له ، بحيث نجد أن القواعد التي تحكمها موزعة بين

¹ - إن كان المشرع يهدف إلى الابتعاد بصورة كبيرة إلى إعطاء مختلف التعريفات لتداخلها وتعقدتها إلى انه حاول العمل على إعطاء تعريف يضبط به مدلول الاستثمار في القانون الجزائري ، وفقا لأحكام المادة 2 من الأمر 08-06 مؤرخ في 15 جويلية سنة 2006، والمتعلق بقانون الاستثمار المعدل و المتمم بأنه " يقصد بالاستثمارات في مفهوم هذا الأمر:

1-اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

2-المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

3-استعادة النشاطات في إطار حوصصة جزئية أو كلية.

² - زيدان محمد، الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال تحليلية للمكاسب والمخاطر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، الشلف، الجزائر ، العدد الثالث ، سنة 2005، ص 119.

القانون الإداري والقانون التجاري¹ إضافة إلى تقنيات الاستثمار باعتبارها قوانين خصوصية، ثم إن الفجوة الكبيرة بين الدول الصناعية المتقدمة والدول النامية هي التي تدعونا إلى الاهتمام بالتنمية الاقتصادية، وهذا الأمر يتطلب استثمارات ضخمة²، مع ضرورة التعرف على الأولويات والبدائل والاختيار الدقيق فيما بينها لجذب رؤوس الأموال، لذا فقد تضمنت بعض الاتفاقيات الدولية تعريفا للاستثمار، نذكر من بينها الاتفاقية المغاربية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي والتي جاء في المادة الرابعة من الفصل الأول منها ما يلي: "الاستثمار هو استخدام رأس المال في احد المجالات المسموح بها في بلدان اتحاد المغرب العربي"³، ومن العوامل التي ساهمت في تطوير الاستثمارات الأجنبية، إتباع الدول لسياسات اقتصادية تهدف إلى تحقيق هذه الغاية ألا وهو المصلحة العامة⁴، ويظهر في هذا النوع من الاستثمارات رغبة المستثمر الأجنبي في حماية مصالحه بفعل تبعية الفرع المستثمر في دولة مضيضة للأصل حيث يوجد المقر الرئيسي⁵، وهو ما يظهر من تعريف الاستثمار الأجنبي الذي يمنح لمركز المؤسسة الرئيسي سلطة رقابة على فروعها في الدول المضيفة للاستثمار.

¹ - بلكعبيات مراد، مرجع سابق، ص 37.

² - منصور زين، واقع وأفاق سياسة الاستثمار في الجزائر، مقال منشور في مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، الجزائر العدد 2، 2002، ص 127.

³ - اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر في 23/07/1990، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي للجمهورية الديمقراطية الشعبية رقم 90-420 المؤرخ في 22/12/1990 ج ر العدد 06 سنة 1990، وعرفت الفقرة السادسة من المادة الأولى من الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-306 المؤرخ في 17/10/1990 ج ر 09، تعرف الاستثمار كالتالي: "هو استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الاتفاقية"

⁴ - حسان نوفل، مرجع سابق، ص 42.

⁵ - لطرش علي، النظام القانوني للاستثمارات الدولية بالمناطق الحرة العربية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2016، ص 02.

وعرف الاستثمار في الاتفاق المبرم بين الجزائر وتونس حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، طبقا للمرسوم الرئاسي¹ 06-404، الذي أعطى للاستثمار مفهوما قانونيا نوعا ما، إذ من أهم ما جاء به نص المادة الأولى التي عرفت الاستثمار بأنه: "جميع أصناف الأصول التي تستثمر من قبل مستثمر أحد الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، طبقا لقوانينه ويشمل على سبيل الخصوص لا الحصر:

- الأملاك المنقولة والعقارية وكذلك الحقوق العينية الأخرى كالرهن، والامتيازات والرهنون الحيازية وحق الانتفاع والحقوق المماثلة الأخرى.

أما بالنسبة إلى الاتفاقيات الجماعية نذكر منها الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية حيث عرفت الاستثمار² في المادة 06 بأنه: "استخدام المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية، بهدف تحقيق عائد في إقليم الدولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي".

ومن بين الاتفاقيات الجماعية كذلك اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي عرفت الاستثمار بأنه: "الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات، واستثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات أو القروض ذات الأجل القصير"³.

مع ملاحظة أنه بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965 فقد امتنع واضعي هذه الاتفاقية عن تحديد تعريف دقيق للاستثمار مما سمح بالحفاظ على وحدة النزاع⁴، وفتح المجال أمام التطورات في مجال الاستثمار الدولي لذلك أصبح المركز مختص بالنظر في كل الخلافات ذات الطبيعة القانونية والتي

¹- الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة تونس حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس في 16 فيفري 2006، و المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 06-404 المؤرخ في 14 ديسمبر 2006، ج ر، العدد 73 الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 2006.

²- مؤتمر القمة العربية الحادي عشر المنعقد في عمان خلال الفترة من 25 إلى 27/11/1980، حيث تم التوقيع على الاتفاقية من جميع الدول العربية في 26-11-1980، بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 07 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال في الدول العربية، ج ر، العدد 59.

³- تم إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عام 1974 بموجب اتفاقية دولية، وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 01 أبريل 1974.

⁴- محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2010، ص 23.

لها علاقة بالاستثمار والشرط الوحيد وهو موافقة الأطراف على عرض النزاع المطروح على المركز حيث تنص المادة 25 من هذه الاتفاقية على :

"La compétence du centre s'étend aux différends d'ordre juridique ... qui sont en relation avec un investissement et que les parties ont consenti à soumettre au centre".

وبخلاف اتفاقية واشنطن، تتضمن اتفاقية (SEOUL) لعام 1985 المتضمنة إنشاء الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات تعريفا محددًا للاستثمار لأن رأس مال هذه الوكالة محدد ، فلا بد أن يوجه لضمان عمليات الاستثمار فقط، إذ أن هذا المفهوم الضيق الوارد في المادة 12 يندرج في إطار القانون الأساسي للوكالة وأهدافها، بحيث تعتبر جهاز دولي لضمان الاستثمارات وإمكاناتها المالية ضعيفة ولا تستطيع أن تغطي كل أشكال الاستثمار (التقليدية والجديدة) بحيث تميز بين الاستثمارات الصالحة وغير الصالحة للضمان، فطبقا للمادة 12 من هذه الاتفاقية تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل، وطبقا للفقرة ج من نفس المادة: "يجوز أن تشمل هذه الاستثمارات أي تحويل للنقد الأجنبي لأغراض تحديد أو توسيع أو تطوير الاستثمار القائم"، كما تطرقت بعض الاتفاقيات الجهوية لتعريف الاستثمار منها الاتفاقية حول ترقية وحماية الاستثمارات لجمعية أمم آسيا الجنوبية الشرقية (L'ANASE) هذه الاتفاقية جاءت بتعريف موسع يشمل كل أشكال رأس المال مهما كانت طبيعتها، ثم وضعت قائمة تحدد بعض أشكال الاستثمار دون حصرها وتشمل كل أشكال الاستثمار التقليدية والأشكال الجديدة للاستثمار (NIF)¹.

أما بالنسبة للاتفاقية المتعلقة بترقية وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي ، فقد تطرقت لتعريف واسع يشمل كل أشكال الاستثمار دون تقديم قائمة مفصلة لتحديد الاستثمارات المشمولة، فتتضمن المادة 1فقرة 4 من هذه الاتفاقية على :

"Tous les actifs y compris tout qui peut être évalué en termes monétaires ،détenus par une partie contractante à l'accord ou par ses ressortissants qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale.."

¹ - يعرف الاستثمار في هذا الإطار ب:

" Par investissement on entend les actifs de toute nature ,ce qui implique en particulier ,mais non exclusivement :les biens mobiliers et immobiliers et tous autres droits de propriété".

وبالرجوع إلى أحكام قانون الاستثمار للمجموعة الاقتصادية لدول البحيرات الكبرى، وطبقاً لأحكام المادة 15 من قانون الاستثمار الخاص بهذه المجموعة الاقتصادية والتي قيمت وقدرت الاستثمار على أساس القيمة النقدية للمشروع الاقتصادي بحيث يجب أن يكون المشروع الاستثماري يقدر أو يساوي من مبلغ مليون دولار أمريكي¹.

أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فقد عرف الاستثمار² في المادة الثانية منه بقوله: "اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة والمساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية".

ومن وجهة نظر الفقه الإسلامي فإنه قد يتعذر الوقوف على تحديد صريح لمفهوم الاستثمار من المنظور الفقهي، نظراً لعزوف الفقهاء السابقين عن استخدام مصطلح الاستثمار، واستبداله بلفظ الاستنماء حيناً، ولفظ التنمية حيناً آخر، ولفظ النماء تارة³.

فقد ذكر الكاساني، في كتابه بدائع الصنائع، عند تعريفه لعقد المضاربة "أن المقصود من عقد المضاربة هو استنماء المال...".⁴، كما ذكر الفقيه المالكي الإمام الدردير في كتابه الشرح الصغير لفظ التنمية للدلالة على معنى الاستثمار في باب القراض، حيث قال: "القراض جائز، لأن الضرورة دعت إليه، لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم، وليس كل أحد يقدر على التنمية بنفسه".

ونحن نرى أن المفهوم الموسع للاستثمار، الذي جعل بعض المحللين يقول أن مفهوم الاستثمار في حد ذاته أضحى مهدداً نظراً لصعوبة التمييز بين الاستثمارات والعمليات ذات الطبيعة التجارية

¹ - article 15 du code d'investissement de la communauté économique, des pays des grands lacs stipule ; " les investissements peuvent un volume minimal de 1 million de dollars des états unis ou d'un montant équivalent "

ينظر إلى عيبوط محمد وعلي، عقد الاستثمار بين القانون الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 132.

² - أمر رقم 08-06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق ل 15 جويلية 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر، العدد 47، 2006، المعدل بالقانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق ل 3 أوت سنة 2016، ويتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، العدد 18.

³ - قطب مصطفى، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النقاش للنشر، الأردن، 1999، ص 20

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، لبنان، 1998م، ص 88.

التي لا تعد من الاستثمارات ومن جهة أخرى فإن المصالح الاقتصادية ذات البعد الدولي التي تريد ضبط مصطلح الاستثمار بما يناسب سياستها الاقتصادية¹.

وأمام تقييد وتطويع المشرع لمبدأ حرية الاستثمار تارة وإطلاقه تارة أخرى ، وأمام محاولة الحفاظ على المبادئ الأولية من جهة والبحث عن تطوير الاقتصاد والخروج من الأزمات من جهة أخرى، هل نجح المشرع الجزائري وكذا مختلف القوانين الأخرى المقارنة في وضع منظومة قانونية للمستثمر الأجنبي في حد ذاته².

ب/ المستثمر الأجنبي:

لا يثير تحديد الطرف الأخر (الطرف الخارجي الأجنبي) المتعاقد مع الدولة صعوبات لتحديده كطرف في هذه العقود أو أنه المتفق عليه، إذ إن الطرف المتعاقد مع الدولة يشترط أن يكون شخصا تابعا لدولة أخرى، وقد يكون هذا الشخص شخصا طبيعيا أو اعتباريا كما قد يكون متعدد الجنسية أو منعدم الجنسية والأجنبي في الدولة هو كل من لا يحمل جنسيتها وفقا لأحكام قانون الجنسية، ومن ثمة فإن صفة الأجنبية تمثل الوضع العكسي لصفة الوطنية بمعنى أن الأجنبي هو كل شخص لا يعد وطنيا³، وبالاستناد إلى المقصود بالاتفاقيات ذات العلاقة بالاستثمار والمستثمر الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية .

للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والاتفاقيات متعددة الأطراف سواء تعلقت بحماية الاستثمار، أو ضمان الاستثمار أو التي تعمل على حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار وأيضا مشروع اتفاقية الاستثمار المتعددة الأطراف (MAI) والذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) الذي عرف المستثمر أنه ليس فقط هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة، ولكنه أيضا من

¹-Dominique carreau, Patrick juillard ,droit international économique, L.G.D.J. Beyrouth, Delta , Paris 1998, p 626.

²- حساين سامية، مجالات الاستثمار الجزائري بين المنظور القانوني والواقع، مداخلة في الملتقى الدولي حول منظومة الاستثمار في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة 8ماي 1945 قالمة، المنعقد يومي 23-24 أكتوبر 2013، ص5، المنشورة في موقع www.univ-galma-droit.com، تاريخ الاطلاع : 2017/11/12

³- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار " دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الأجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للتوزيع و النشر الأردن ، 2014، ص 27.

المقيمين بصفة قانونية ودائمة على أراضي دولة موقعة، وهو أي شخص طبيعي أو اعتباري حتى ولو كان النشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح .

تشكل اتفاقيات الاستثمار الثنائية الإطار الذي يحدد بطريقة حقيقية ودقيقة، العلاقات الاقتصادية بين الدولتين المتعاقدين، وحيث تعني هذه الاتفاقيات بتنظيم المركز القانوني لرعايا كل دولة متعاقدة في إقليم الدولة الأخرى من خلال تحديد جنسيتهم، وقد اتبعت الاتفاقيات أسلوب التمييز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي¹، ولنا أن نورد أمثلة عن الاتفاقيات الدولية فإننا نجد أن اتفاقية شاملة مثل اتفاقية واشنطن التي تنص في المادة 25فقرة 2 على أنه: "... يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي²:

1- كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا في تاريخ تسجيل الطلب طبقا للمادة 28فقرة 3 والمادة 36فقرة 2 مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ أو ذلك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع .

ب- كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم .
وعند تحليل هذا النص نخرج بملاحظات هي³:

أولا - إن عملية منح الجنسية للدولة المعنية ما عدا ما يتعلق بالقواعد القانونية الدولية

ثانيا- يبعد مفهوم الدولية عن الاستثمارات التي يقوم بها الشخص الطبيعي في البلد الذي هو من رعاياه .

وبعملية استقرار بعض الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر، نجد أن مصطلح المستثمر الأجنبي في الحقيقة يختلف باختلاف العملية الاقتصادية⁴، و كذا توجه العام للدولة المضيفة للاستثمار

¹ - عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 127.

² - حسان نوفل، مرجع سابق، ص 42.

³ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 22.

⁴ - Dominique Carreau, Patrick Juillard, droit international économique, op cit, p 627.

الأجنبي فقد جاء في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر جمهورية ألمانيا الاتحادية¹: " كلمة المواطنين تعني بالنسبة للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بالجنسية الجزائرية وجمهورية ألمانيا الاتحادية الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بالجنسية الألمانية بمعنى القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية "، إن هذا التقييد في ضبط المستثمر الأجنبي، وإعطاء تأويلات محددة تضبط مكنوناتها في حالة وجود نزاع ثنائي بالرجوع إلى الجنسية المتبعة، بينما نجد في الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة دولة البحرين²، حيث أنه بالرجوع إلى مجموع التعريفات المتعلقة بالمستثمر الأجنبي نجد أن التعريف كان موسعا وأدجت الاتفاقية " كل شخص طبيعي أو معنوي يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين بموجب قوانينه ويقوم بالاستثمار في إقليم الطرف الآخر ".

1/ الشخص الطبيعي:

أخذت معظم الاتفاقيات معيار الجنسية لتعريف المستثمر الفرد المشمول بالحماية والتشجيع مع الإحالة في القوانين الداخلية للدول المتعاقدة، وهي بذلك لم تخرج عن القواعد العامة المعمول بها دوليا التي تدخل المسائل المتعلقة بالجنسية ضمن الاختصاص الوطني المانع، فلا يجوز أن تمنح جنسية الدولة إلا من طرف الدولة، لاحظنا بعض الاختلافات في المصطلحات المستعملة للتعبير عن رعايا الدول المتعاقدة: فقد جاء في بعض الاتفاقيات عبارة "تشير كلمة مواطن «إلى كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية احد الطرفين المتعاقدين، حيث استعمل مصطلح مواطن ثم عرف على أساس الجنسية، ورد هذا التعريف في عدة اتفاقيات منها على سبيل المثال الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومملكة هولندا³.

¹ - الاتفاق والبروتوكول الإضافي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية ألمانيا الاتحادية يتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعين بالجزائر بتاريخ 11 مارس سنة 1996، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 2000-280 مؤرخ في 9 رجب عام 1421 الموافق ل 7 أكتوبر سنة 2000، ج ر، العدد 58، سنة 2000.

² - الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة دولة البحرين بشأن تشجيع وحماية الاستثمار الموقعة بالجزائر في 08 ربيع الأول عام 1421 الموافق ل 11 يونيو سنة 2000، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-65 مؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1423 الموافق ل 8 فبراير 2003 ج ر، العدد 10، سنة 2003.

³ - الاتفاق حول تشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة هولندا، الموقع بلاهاي في 20 مارس سنة 2007، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 07-378 مؤرخ في 21 ذي القعدة عام 1428 الموافق ل أول ديسمبر سنة 2007 ج ر العدد 78، سنة 2000.

كما جاء في الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنعقدة في 18 مارس 1965 بواشنطن في تعريفها للمستثمر الأجنبي وذلك في المادة 25فقرة 2 " يقصد بمواطن الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي :

"أي شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع، يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم لأي نزاع، ثم تناول المشرع الدولي في الفقرة الثانية بالتطرق إلى أي شخص اعتباري حاصل على جنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التوفيق أو التحكيم لأي نزاع".

كما أشارت اتفاقيات أخرى إلى معيار "جنسية احد الطرفين المتعاقدين بمقتضى قانون هذا الأخير" لكن بعض الاتفاقيات تميزت بخصوصية في تعريف المستثمر حيث جاء في المادة الأولى من الاتفاقية الجزائرية -السودانية¹: "نشير كلمة مستثمر فيما يتعلق بأي من الطرفين المتعاقدين فيما يلي: "الأشخاص الطبيعيون الذين يحملون جنسية ذات الطرف المتعاقد ويمارسون النشاط الاستثماري في إقليم الطرف الآخر وفقا للقوانين والأنظمة النافذة فيه".

- الأشخاص الاعتباريين التابعون لأحد الطرفين المتعاقدين ويمارسون النشاط الاستثماري في إقليم الطرف الآخر بما في ذلك الشركات والمؤسسات العامة والخاصة والمشاركة وفقا للقوانين والأنظمة النافذة فيه².

حاولت جميع الاتفاقيات الثنائية إدخال أكبر عدد ممكن من الأشخاص الطبيعيين، في نطاق تطبيقها حتى تحقق الأهداف الاقتصادية التي تسعى إلى إدراكها³، وكل الكيانات القانونية المشار إليها التي يحق لها أن تكون طرفا في المنازعات التحكيمية ضد الدولة المضيفة للاستثمار، وأن تؤسس دعواها على اتفاقيات الاستثمار، وورد تعريف المستثمر كطرف في المنازعة التحكيمية، في بعض

¹ - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية السودان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 8 شعبان عام 1422 الموافق ل 24 أكتوبر سنة 2001، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-121 مؤرخ في 14 محرم عام 1424 الموافق ل 17 مارس سنة 2003 ج ر العدد 20، سنة 2003.

² - محمد كولا، مرجع سابق، ص 73

³ - حسن طالبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 01، سنة 2008، ص 107.

الاتفاقيات الجماعية المتعلقة بحماية الاستثمارات وكما تطرقت إليه اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على اعتباره رعية من رعايا الدول المتعاقدة كما نجد في بعض الاتفاقيات الأخرى.

نلاحظ بالتمعن في أحكام المادة 25 من معاهدة واشنطن أن المستثمر الأجنبي قد يكون أي شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة الطرف في النزاع وبالتالي فقد حددت كمعيار لتحديد المستثمر مخالفته في الجنسية للدولة المضيفة، غير أن خصوصية عقود الاستثمار المستمدة من المستثمر الأجنبي، كطرف في التعاقد تتجلى في عملية الدولة لهذا المستثمر والتي يحكمها معيار واحد هو تحقيق المصلحة العامة¹.

زيادة على هذا فإن الجانب التطبيقي المنازعاتي بالنسبة للشخص الطبيعي الذي تتوفر له أكثر من جنسية دولة متعاقدة²، لا تثير مشكلة إذا كانت الدولتان اللتان يتمتع المستثمر بجنسيتيها دولتين متعاقدين في الاتفاقية، إذ لا يثار الشك في حق المستثمر في التقدم بطلب التحكيم أمام المركز في هذا الفرض ولكن تثار الصعوبة بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة³، وفي نفس الوقت يتمتع بجنسية دولة أخرى غير متعاقدة، تدل الأعمال التحضيرية للاتفاقية، على أنه يكفي لانعقاد اختصاص محكمة المركز أن يتمتع الشخص بجنسية أي دولة متعاقدة حتى ولو ثبت له جنسية دولة أخرى غير متعاقدة.

وبالنسبة للأشخاص الطبيعيين عديمي الجنسية، فلا يجوز لهم الاشتراك في إجراءات التحكيم أمام المركز لعدم تمتعهم بجنسية أية دولة متعاقدة، وإذا كان المستثمر يتمتع بجنسية دولتين متعاقدين إحداهما هي جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، فلا يجوز له التقدم للتحكيم أمام محكمة المركز بالنظر لوحدة الجنسية مع الدولة المضيفة للاستثمار الخصم في النزاع.

2/ الشخص الاعتباري:

¹ - حسان نوفل ، مرجع سابق، ص 42.

² - Jean Billemont, La contractuelle à L'épreuve de L'arbitrage, édition Alpha ,paris ,France ,2015p143.

³ - صالح المنزلاوي، تسوية المنازعات التجارية عبر شبكات الاتصال الالكترونية، مجلة الشبكة العالمية للمعلومات الموقع الالكتروني www.eastaws.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2016/12/19.

هنا نشير إلى أنه في إطار الاتفاقيات الدولية وبإجراء عملية مسح شامل فإن التعريف المتفق عليه هو أن تعريف المستثمر بأنه الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي¹ الذي يقيم استثمارا على إقليم إحدى الدول المتعاقدة، وفي نفس الوقت يتمتع بجنسية دولة غير متعاقدة في نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي وفقا لاتفاقية واشنطن².

كما سعت أغلب الاتفاقيات الدولية إلى توسيع نطاق الأشخاص المعنوية في تطبيقاتها والاتفاقات المبرمة حتى تحقق المطلوب من الاستثمار الدولي، رغبة المشرع في توسيع قائمة الأشخاص المعنوية، فقد تم استعمال مصطلح الشركات في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وبين جمهورية مصر العربية³، وحاول المشرع في بعض الاتفاقيات الدولية الأخرى، استعمال مصطلح قانوني آخر هو الكيان ومن ذلك الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإثيوبيا⁴ عندما نص على ما يلي "تعني عبارة مستثمر: كيان قانوني أو شركة تم إنشاؤها على إقليم طرف متعاقد، طبقا لتشريع له مقره ونشاطاته الاقتصادية على إقليم هذا الطرف المتعاقد".

ويلاحظ أن أحد معايير جنسية الأشخاص الاعتباريين الغالبة في القانون التجاري الدولي هو مكان التأسيس⁵، وعليه فإن شركة ما تم تأسيسها في ظل قوانين الدولة المضيفة للاستثمار، يمكن أن تتمتع بجنسية هذه الدولة، ونتيجة لذلك فإن الشرط الخاص بضرورة أن يكون الشخص الاعتباري

¹ - عرف المشرع الجزائري الشخص الاعتباري في المادتين 49 و50 من التقنين المدني الجزائري بأنه: الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية... الخ.

² - مصلح أحمد الطراونة، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي وفقا لاتفاقية واشنطن، مجلة كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، دون سنة نشر، ص 1477، ينظر إلى: www.arlawfirm.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2017/03/31.

³ - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه بالقاهرة بتاريخ 20 ذي القعدة عام 1417 الموافق لـ 29 مارس 1997، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 98-320 مؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 الموافق لـ 11 أكتوبر سنة 1998 ج ر، العدد 76، الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر سنة 1998.

⁴ - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية وحكومة الجمهورية الإثيوبية الفيدرالية الديمقراطية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، موقع بأديس أبابا في 27 مايو سنة 2002، و المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-115 مؤرخ في 14 محرم عام 1424 الموافق لـ 17 مارس سنة 2003 ج ر العدد 30، الصادرة بتاريخ 19 مارس 2003.

⁵ - جلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 28.

متمتعاً بجنسية دولة أخرى، غير تلك الدولة الطرف في النزاع يكون متخلفاً في الأحوال التي تتطلب فيها الدولة مضيفة الاستثمار، أن تكون المشروعات المشتركة مع المستثمرين الأجانب مؤسسة تحت ظل قوانينها الوطنية.

وعلة ذلك أن الدول المضيفة للاستثمار، وبصفة خاصة الدول النامية تميل إلى الإشراف على الشركة الأجنبية المستثمرة بإخضاعها لقوانينها الوطنية ولوائحها الإدارية، ويترتب على ذلك أن حجماً كبيراً من الاستثمارات التي تأخذ شكل المشروعات المشتركة، والتي تؤسس داخل الدولة المضيفة للاستثمار يمكن أن يفلت من اختصاص المركز إلا إذا وجد معيار آخر للجنسية أو استثناء على القاعدة المتقدمة¹.

ج/ معيار الرقابة الأجنبية كمعيار لجنسية الشخص الاعتباري في ظل الاتفاقية :

ولقد احتوى مشروع اتفاقية واشنطن نصاً يقضي بأن الشخص الاعتباري الذي له جنسية الدولة المضيفة يمكن أن يعتبر "مواطن أو ذو جنسية لدولة أخرى متعاقدة، فقط على أساس الاتفاق بين الأطراف والواقع أن هذا النص كان مبعثاً لقلق الدول النامية على وجه الخصوص ، ومبعث هذا القلق أن شخصاً اعتبارياً مملوكاً ملكية تامة وعليه السيطرة من جانب الدولة المضيفة للاستثمار يمكن أن ينزع نفسه من اختصاص محاكم تلك الدولة بمحض الاتفاق على ذلك مع الطرف الآخر في عقد الاستثمار.

بيد أن إضافة عبارة "السبب وجود سيطرة أجنبية" في النص النهائي للاتفاقية، أصبح يعني أن فكرة الرقابة الأجنبية أصبحت معياراً موضوعياً في ظل الاتفاقية، وعلى ذلك فإن كان الاختلاف في الجنسية غير موجود أصلاً، كما لو كانت الشركة قد تم تأسيسها في الدولة المضيفة للاستثمار، وكانت في نفس الوقت مملوكة كلية ومسيطر عليها بواسطة هذه الدول، فإن أي اتفاق يقضي باختصاص المركز في هذه الحالة يكون غير ذي قيمة ويجب إهداره.

وعلى العكس، قد يكون الشخص الاعتباري خاضعاً لاختصاص محكمة المركز - بتطبيق معيار الرقابة الأجنبية عليه - إذا كان للمستثمر الأجنبي فيه السيطرة سواء بأغلبية رأس المال أو في الإدارة، ولكن تثور الصعوبة بالنسبة للشخص الاعتباري إذا كان مشروعاً مشتركاً توجد فيه أقلية أو

¹ - جلال وفاء محمددين، مرجع نفسه، ص 29 .

مساواة في رأس المال، وفي هذه الحالة يتعين على محكمة التحكيم تقدير فكرة الرقابة الأجنبية، ففي بعض الأحوال قد لا يكون حجم مقدار الاشتراك في رأس المال معياراً محدد لفكرة السيطرة، إذ قد يمكن لطرف له أقلية الاشتراك في رأس المال أن يسيطر، مع ذلك بسبب تمتعه بتفوق في الإدارة أو لامتلاكه المعرفة الفنية أو التكنولوجيا التي هي لب المشروع نفسه، والحقيقة أن عدم وضع تعريف محدد لما يشكل "السيطرة الأجنبية" يعني للأطراف في عقد الاستثمار الحرية فيما يشكل هذه السيطرة من الناحيتين المالية أو الإدارية أو من الناحية الفنية.

د/الدولة كطرف في المنازعة التحكيمية المتعلقة بالاستثمار:

تعتبر الدولة المتعاقدة طرفاً أساسياً في أي منازعة خاصة بالاستثمار، لذلك اتجه الفقه والقضاء إلى اعتبار اتفاقيات التحكيم التي تبرمها الدول تنازلاً منها عن حصانتها القضائية¹، كما تعتبر الموافقة على اتفاق التحكيم من طرف الدولة التزاماً من طرفها على تنفيذ أحكام المحكمين، وأي إخلال بهذا الالتزام يدفع الطرف الأخر إلى المطالبة بالتنفيذ على أموالها، لكن الاجتهاد القضائي يذهب إلى رفع الحصانة على الأموال المخصصة لأهداف تجارية فقط، ومع ذلك فإن وقوع عدة حجوزات لدى الغير على الأموال التي تعود لدولة أجنبية، أعطت الفرصة للمحاكم الفرنسية لعدم الأخذ بحصانة التنفيذ، ومن أمثلة ذلك ما جاء في قرار محكمة التمييز في أول أكتوبر 1985 أنه: "خلافاً لأموال الدول الأجنبية التي هي غير قابلة للحجز إلا استثناءً، عندما تكون هذه الأموال قد خصصت لنشاط اقتصادي أو تجاري، فإن أموال المؤسسات العامة، سواء تمتعت بالشخصية المعنوية أو لا، وعندما تكون هذه الأموال جزءاً من ذمة مالية مخصصة لنشاط رئيسي، خاضع للقانون الخاص يمكن أن يحجز من قبل كافة دائني هذه المؤسسات العامة"، لقد أدى قبول الدولة كطرف من أطراف النزاع التحكيمي ضد شخص طبيعي أو معنوي مستثمر على إقليمها، رغم ما يرتبه من مفاهيم تقليدية خاصة بالسيادة والحصانة وغيرهما، إلى إضفاء طابع خاص على التحكيم التجاري الدولي، واستقرار المعاملات بين الدول ورعايا الدول الأخرى من خلال وفاء الدولة بما وعدت به المستثمر من ضمانات لاستثماره، كما أن وضع التحكيم في حد ذاته وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية، لا يجب أن يقتصر فحسب على تشجيع الاستثمار الخاص الأجنبي، وإنما يجب أن يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، وهو ما يقتضي الأخذ

¹ - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 133.

بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار¹، وبالرجوع إلى المادة 25 من اتفاقية المركز²، فإنه يتعين على الدولة أن تبدي موافقتها على رضا المؤسسة وأن تصادق عليه، ما لم يتبين أن الدولة قد أعلنت المركز أن هذا التصديق لا يكسبها هذا الحق، كما أنه يمكن أن يتم تحديد هوية المؤسسة في عقد الاستثمار الذي يدرج فيه الشرط المتعلق بالتحكيم، كما أن المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار يعد الهيئة المتخصصة في المنازعات التي تنور بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب الأفراد أو الشركات الخاصة، ويقوم بإدارة العملية التحكيمية بإجراءات العملية التحكيمية يتم إدارتها بمعرفة المحكمين الذين يتم تعيينهم لهذا الغرض طبقاً لنصوص الاتفاقية، وبالرغم من أن المركز (ICSID) الهيئة الوحيدة والمتخصصة في تحكيم عقود الدولة مع المستثمرين الأجانب (الشركات، الأفراد الخاصة)، فإن ذلك لا يمنع من أن يقوم الأطراف في منازعات الاستثمار بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم تحت مظلة أحد المراكز التحكيمية الأخرى³، وإعمالاً لهذا الشرط فقد قضت هيئة تحكيم (ICSID) برفض دعوى رفعتها إحدى الشركات ضد جمهورية مصر العربية بشأن عقد موقع بين الشركة وقناة السويس، و قد استندت الدعوى إلى إنتهاك مصر لمعاهدتي الاستثمار المبرمتين بين جمهورية مصر العربية و كل من اتحاد بلجيكا و لوكسمبورج سنة 2002⁴

¹ - عمر مشهور الحجازي، مرجع سابق، ص 3.

² - تنص المادة 25 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن: "يتم اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده".

³ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 102.

⁴ - فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية علماً و عملاً، مرجع سابق، ص 92 (و بالهامش). وترجع وقائع هذه القضية بين jan de nul N.V ^ Dredging international ضد جمهورية مصر العربية القضية رقم ARB /4/73، و قد قضت المحكمة بأن قناة السويس ليست جهازاً من أجهزة الدولة بموجب القانون المصري رقم 30 لسنة 1975 المنشئ لقناة السويس و الذي ينص على أنها: "هيئة عامة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة"، و قد أكدت المواد 5.64 من قانون التهيئة على الطابع التجاري لنشاطات هيئة قناة السويس و ميزانيتها المستقلة، و لأنها ليست جهازاً من أجهزة الدولة، فإنه لا يمكن اسناد أعمالها إلى الحكومة المصرية، و أضاف الحكم أنه: رغم أن هيئة قناة السويس مفوضه بممارسة عناصر من السلطة الحكومية مثل اصدار المراسيم الخاصة بالملاحة، إلا أنها في علاقتها بالمدعية لم تمارس سلطة حكومية كما أنه ليس هناك دليل على أنها مارست أعمالاً في مواجهة المدعية بناء على تعليمات من الدولة، لذلك فإن مصر ليست مسؤولة عن أعمال هيئة قناة السويس في تنفيذها لعقدها مع الشركتين".

ثانيا : الشروط التي تتعلق بطبيعة النزاع الاستثماري .

لكي تقبل الدعوى التحكيمية المؤسسة على اتفاق الاستثمار بين دولة المستثمر والدولة المضيفة لاستثماره، أمام الهيئة التحكيمية المشار إليها في الاتفاقية الثنائية أو التي اختارها الطرفان بمحض إرادتهما، يجب أن يتعارض موضوع النزاع المرفوعة بشأنه تكون المنازعة استثمار " المنصوص عليه في الاتفاقية (أ)، وأن تكون المنازعة ذات طابع قانوني لا سياسي (ب).

أ/مختلف التعاريف المتعلقة بالاستثمار:

إن دراسة أية تنمية اقتصادية لا يمكن تناولها بمعزل عن الاستثمار، لما لهذا الأخير من ارتباط وثيق بالتنمية الاقتصادية، ومن دور بارز في دفع عجلة التنمية، لتحقيق التنمية المنشودة¹، يمثل الاستثمار في الواقع مفهوما متغيرا، بتغير وتطور الظروف والأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي وبما أن جميع الدول ومنها الجزائر تسعى إلى جذب الاستثمارات الأجنبية، فإنها أعطت مفهوما واسعا للاستثمارات والمستثمرين، سواء في قانونها الداخلي أو في الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات، من اجل الاستفادة بأكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال والخبرات الأجنبية في مختلف النشاطات الاقتصادية على إقليمها².

فقد اهتمت الاتفاقيات الدولية المبرمة بعد الحرب العالمية الثانية بموضوع الاستثمار الدولي نظرا لأهميته في الاقتصاد العالمي ، ومن بين الموثيق التي أشارت إليه لأول مرة ، نجد المادة 12 من مشروع ميثاق هافانا (Havana) لعام 1948 ، الذي كان يهدف إلى إنشاء منظمة دولية للتجارة ثم اهتمت به باقي الاتفاقيات الدولية التي لها صلة بالاستثمارات الدولية سواء منها الاتفاقيات المتعددة الأطراف ، أو الاتفاقيات الجهوية، أو الاتفاقيات الثنائية كما حاولت بعض المنظمات الدولية تحديد مفهوم الاستثمار الدولي استنادا إلى أهدافها ومجال نشاطها

بغض النظر عن تبني المشرع الجزائري طريقة تعداد أوجه ومجالات الاستثمار، التي يمكن أن تستفيد عن أحكامه دون أن تعطي تعريفا دقيقا للاستثمار في حد ذاته، فإن الاتفاقيات الثنائية

¹ - الدراجي خدروش، الاعتماد التجاري العقاري، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول منظومة الاستثمار في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، المنعقد يومي 23-24 أكتوبر 2013، ص 3، ينظر إلى www.univ-galma.droit.com، تاريخ الاطلاع عليه : 2018/01/13.

² - لعشب محفوظ، سلسلة القانون الاقتصادي، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1997، ص 12

كذلك اتخذت الأسلوب التعداد الحصري والبيان التفصيلي لمجالات الاستثمار والمال المستثمر، هذا الاتجاه يهدف إلى الأخذ بالمفهوم الواسع للاستثمار الذي تتبناه هذه الاتفاقيات ويؤدي إلى تقليص من الخلافات بين الدولتين المتعاقدين حول تفسير وتطبيق أحكام الاتفاقية¹، مما يقلل من عدد المنازعات بينهما وفي حالة اللجوء إلى التحكيم، تكون مهمة المحكمين سهلة في إقرار مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وقبول الدعوى أو رفضها. و بالمقارنة مع الاتفاقيات الدولية بصفة عامة، فإن القوانين الداخلية هي أكثر تحفظا في هذا المجال، بحيث أنها تكتفي عادة بتعريف " الاستثمار المباشر التقليدي كما هو الشأن في التشريع الجزائري"، بحيث أن اكتفى في القانون رقم 277/63، بتحديد مجال تطبيقه، و لا يتضمن أي تعريف محدد للاستثمار، و يفهم من خلال عبارة " استثمار رؤوس الأموال" الواردة فيه بأنه موجه للاستثمار المباشر، أما في الأمر 284/66 فلم يرد أي تعريف للاستثمار، وكان الهدف منه هو تنظيم تدخل رأس المال الأجنبي في الاقتصاد الوطني على خلاف المرسوم التشريعي 93-12 و الذي احتفظ فيه المشرع الجزائري بالمفهوم الكلاسيكي للاستثمار المباشر و تفادى توسيع مجال تطبيق هذا القانون لكل العمليات الخاصة بالتعاون الاقتصادي، ولكن هذا التضييق في تحديد و ضبط المفاهيم لم يبقى بل توسع في الأمر 01-03 المعدل والمتمم، حينما حدد المشرع فيه مجال تطبيق القانون و الذي يشتمل على الاستثمارات الوطنية والأجنبية ضمن الأشكال التقليدية للاستثمار، لكن من أجل التقييد من مجال الاستثمار وضع شرطا يتمثل في ضرورة ربط إنتاج السلع و الخدمات بالنشاط الاقتصادي، كما سمح بالاستثمار في بعض النشاطات التي تحتكرها الدولة و المؤسسات العمومية التابعة لها بعد الحصول على رخصة من السلطات المعنية. و بخلاف القوانين السابقة، حدد المشرع الجزائري في المادة 2 من نفس الأمر مفهوم الاستثمار كما يلي: "1- اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، 2- المساهمة في رأسمال المؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية، 3- استعادة النشاطات في إطار خصوصية جزئية أو كلية .."

لقد أوردت معظم الاتفاقيات الثنائية قائمة تشمل الأصول الاقتصادية التي تعد استثمارات، لكنها أشارت إلى كون هذه القائمة ليست حصرية بل ذكرت على سبيل المثال، وبالتالي يمكن إدراج

¹ - حسين نواره، واقع وآفاق الشراكة مع الاتحاد الأوربي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، الجزائر، عدد2، سنة 1997، ص53.

أنواع أخرى من الاستثمارات تحت سقفها¹، و بصفة عامة تحاول هذه الاتفاقيات الثنائية تكريس مفهوم واسع للاستثمار، ويظهر ذلك من خلال العبارات المستعملة والتي تؤكد على النية في توسيع مجال تطبيقها، ويتبعها عادة لتحديد أشكال الاستثمار في تغطيتها للاتفاقية، إذ أن بعض الاتفاقيات تستعمل عبارة " الأملاك والحقوق والمصالح مهما تكن طبيعتها "، ومثل هذه العبارة من شأنها تغطية كل أملاك الأجانب، ومازالت تستعمل في القانون الاتفاقي، لأن الأملاك وحقوق الملكية محددة في القوانين الداخلية و مفهومها يختلف باختلاف الأنظمة القانونية .

- **كلمة أملاك** : يجب تفسيرها بمفهومها الواسع بمعنى كل شئ مادي أو غير مادي قابل للملكية .

- **كلمة حقوق** : يقصد بها المصلحة المشروعة ، فهي ذات قيمة اقتصادية و تستفيد من الحماية القانونية .

- **كلمة مصلحة** : يقصد بها الأشياء التي يمكن أن تدخل في الذمة المالية للفرد و لكن لا تخضع للحماية القانونية لأنها أملاك مستقبلية .

في حين أن الاتفاقيات الأخرى تتضمن تفاصيل عن كل أشكال الاستثمار التي تغطيها الاتفاقية ، بحيث تشير إلى الأملاك والحقوق والمصالح مهما كانت طبيعتها ثم تحدد قائمة الاستثمارات المعنية على سبيل الخصوص لا الحصر، والهدف من ذلك هو توسيع مجالات الاستثمار التي تغطيها الاتفاقية . إذ أنه رغم اختلاف العبارات المستعملة في الاتفاقيات فإن النية في توسيع مجال تطبيقها واضحة لدى واضعي هذه الاتفاقيات سواء من خلال استعمال عبارة² "كل عنصر من الأصول " أو " الأموال كالأملاك و الحقوق باختلاف أنواعها " أو " جميع الأموال "

أما الاتفاقيات الجماعية فقد تضمنت مفاهيم مختلفة للاستثمار الأجنبي³ ، فمنها من أغفلت تعريفه عن قصد، ومنها من أعطته مفهوما موسعا، فاتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي أبرمت أصلا لغرض تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لها علاقة مباشرة

¹ - حميدات محمود، مدخل للتحليل النقدي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999، ص 33.

² - الدراجي خدروش، مرجع سابق، ص 4.

³ - مفيد شهاب، التحكيم التجاري الدولي في العالم العربي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر مجلد 41، سنة 1958، ص

بالاستثمارات، ومع ذلك تجاهلت إعطاء أي مفهوم للإستثمار¹، لكن اشتراطها موافقة أطراف النزاع لقبول نظر تجاهلت إعطاء أي مفهوم بأحد الاستثمارات، يوحى بأنها أعطتهم الحرية في الاتفاق على المفهوم الذي يروونه مناسباً، ومعظم النزاعات المطروحة على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأخرى، تستند على اتفاقية ثنائية خاصة بحماية وتشجيع الاستثمار، التي تتضمن بدورها تعريفاً للاستثمار المشمول بالحماية، وفتحت المجال أمام التطورات في مجال الاستثمار الدولي، لذلك أصبح المركز مختص بالنظر في كل الخلافات ذات طبيعة قانونية والتي لها علاقة بالاستثمار والشرط الوحيد يتمثل في موافقة الأطراف على عرض النزاع المطروح على المركز، بحيث تنص المادة 25 من هذه الاتفاقية على مايلي²:

"La compétence du centre s'étend aux différends d'ordre juridique...qui sont en relation avec un investissement et que les parties ont consenti à soumettre au centre ."

إن النية في توسيع مجال اختصاص المركز ليشمل كل العمليات التعاون الدولي، بغض النظر عن مفهوم الاستثمار واضحة من خلال الاستقلالية التي يتمتع بها الأطراف في إطار هذه الاتفاقية. وبخلاف اتفاقية واشنطن، تضمنت اتفاقية سيول (SEOUL) لعام 1985 المتضمنة إنشاء الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات، تعريفاً محدداً للاستثمار لأن رأس المال هذه الوكالة محدد، فلا بد أن يوجه لضمان عمليات الاستثمار فقط. هذا المفهوم الضيق الوارد في المادة 12 يندرج في إطار القانون الأساسي للوكالة وأهدافها، بحيث أنها تعتبر جهاز دولي لضمان الاستثمارات وإمكاناتها المادية ضعيفة ولا تستطيع أن تغطي كل أشكال الاستثمار (التقليدية والجديدة)، بحيث أنها تميز بين الاستثمارات الصالحة وغير الصالحة للضمان، فطبقاً لنص المادة 12 من هذه الاتفاقية تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل، ويمكن لمجلس الإدارة إضافة أنواع أخرى من الاستثمارات، وطبقاً للفقرة "ج" من نفس المادة: "...يجوز أن تشمل هذه الاستثمارات: 1/ أي تحويل للنقد الأجنبي لغرض التوسيع أو تطوير الاستثمارات القائمة 2/ واستخدام الأرباح التي تدرها استثمارات قائمة...."³

¹ - بن سهلة بن علي ونعيمي فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية جامعة الجزائر، الجزائر، العدد 3، سنة 2008، ص 13.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 126.

³ - الدراجي خدروش، مرجع سابق، ص 15.

كما يمكن أن يكون الاستثمار المالي بشكل مباشر أو غير مباشر، ولا يوجد أي حد معين وفي مجال الاستثمار غير المباشر، تمنح الأولوية للاستثمارات المكتملة للاستثمار المباشر خاصة منها القروض، بحيث يساهم المستثمر برأسماله مقابل تحقيق أرباح و بالمقابل يستفيد من حق المشاركة في التسيير. إن مفهوم الاستثمار الوارد في المادة 12 واسع و يشمل بالإضافة إلى الاستثمار الكلاسيكي المباشر، الأشكال الجديدة للاستثمار، كما أن هذه المادة تميز بين الأحكام الخاصة بتحديد مفهوم الاستثمارات، و تلك التي تعتبر معايير لتحديد الاستثمارات المشمولة بعملية الضمان

أما الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار فقد توسعت في المادة 12 منها تحت عنوان «الاستثمارات الصالحة للضمان» في تعداد صور الاستثمار المشمولة بضمانها من حقوق الملكية، والقروض المتوسطة والطويلة المدى التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعني، ويحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر لكن رغم التوسع المعتمد في الاتفاقية، إلا أنها لم تأت بتعريف جامع مانع لمصطلح الاستثمار، أما بالنسبة لصندوق النقد الدولي (FMI) فيركز في تعريفه للاستثمار على عنصر المساهمة الفعلية في تسيير المؤسسة باعتباره الهدف الرئيسي من عملية الاستثمار.

" Les investissements direct , sont ceux effectués dans le but d'acquérir un durable dans une entreprise ses activités sur le territoire d'une économie autre que celle de l'investissement , le but de ce dernier étant d'avoir un pouvoir de décision effectif dans la gestion de l'entreprise . "

ب/ طبيعة النزاع القانوني المتولد عن الاستثمار الأجنبي بالاستناد إلى اتفاقية واشنطن 1965

الدولة هي التي تشكل التنظيم السياسي وهي حاملة السلطة العليا في نفس الوقت و تتمتع بالأهلية القانونية الدولية بكونها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، وتبرم الدولة وهي في سبيل تحقيق تنميتها الاقتصادية العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية¹، وهي قد تقوم بإبرام العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية، و هي قد تقوم بإبرام هذه العقود إما بطريقة مباشرة بواسطة قيام من يمثلها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أحد الوزراء) بإبرامها، أو بطريقة غير مباشرة تتمثل

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 98.

بقيام إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها بإبرامها ، فتعد الدولة إذن طرفا في عقد الاستثمار عندما تنزل إلى ميدان التجارة الدولية فتقوم بإبرام عقود الاستثمار ، أو قد تدخل في مشروعات مشتركة بينها و بين الشركات الخاصة .

وهذا ما نلاحظه من خلال الفقرة الأولى من المادة 25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، التي نصت على امتداد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين الدولة المتعاقدة وأحد رعايا الدولة متعاقدة أخرى، يتبين لنا أن النزاعات المعينة هي "النزاعات القانونية"، لكن الاتفاقية لا تفسر العبارة السابقة مما يضيفي إلى الغموض عليها .

يعرف النص الخلاف بأنه عدم الاتفاق حول مسألة تتعلق بالقانون¹ ، أو الواقع أو أي خلاف وتصادم في وجهتي النظر القانوني أو مصلحة بين شخصين ولم يأت تعريف محكمة العدل الدولية بما يغني عن البحث عن مفهوم "النزاع القانوني" فهو أورد عبارة "مسألة تتعلق بالقانون" دون أن يعطي معايير تسمح بتمييزها عن المسائل "السياسية"².

ومن أجل التفرقة بين المنازعة القانونية والسياسية يتم الاعتماد على معيارين موضوعي وشخصي، الموضوعي يترتب عليه اعتبار المنازعة القانونية وهي التي يمكن الفصل فيها وفقا لقواعد القانون الدولي ، وفي غياب هذا تعد هذه المنازعة سياسية، أما المعيار الشخصي فيعتمد على فكرة مفادها أن العبرة في هذا لا ترجع إلى طبيعة النزاع ولا إلى القواعد القانونية التي تحكم هذا الأخير ولكن فيما يقرره الطرفان أو أحدهما، بحيث نكون أمام منازعة قانونية في حالة تنازع الطرفان من أجل تطبيق القانون والإدعاء بأحقية إدعاء كل طرف من عدمه، ونكون أمام منازعة سياسية في حالة تبرير الطرف مطلبه استنادا إلى مصلحته الخاصة، ويعتمد الثاني المعيار الشخصي مبدؤه الاعتماد على اتجاه إرادة الأطراف، فإذا أرادوا تطبيق القانون على النزاع فهو قانوني وإذا استبعاده خدمة لمصالحه مكان النزاع "سياسيا".

نحن نرى بأن منازعات الاستثمار لا تطرح إشكالات فيما يخص طبيعة النزاع، لأن معظم الاتفاقيات استعملت عبارة " تتم تسوية كل خلاف يتعلق بتفسير أو " تطبيق هذا الاتفاق بالطرق

¹ - الدراجي خدروش، مرجع سابق، ص4.

² - حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سابق، ص 298.

الدبلوماسية بين الطرفين المتعاقدين، وفي حالة عدم التوصل إلى تسوية الخلاف، يحال بناء على طلب احد الطرفين، على محكمة تحكيمية¹.

فالاتفاقيات تشترط موافقة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم وتحديد موضوع النزاع، فلا مجال للاختلاف حول طبيعة نزاع وافق الأطراف على إحالته إلى الهيئة التحكيمية، إلى جانب الشروط المتعلقة بأطراف النزاع وموضوعه، وضعت الاتفاقيات شروطا مسبقة قبل اللجوء إلى التحكيم، وفي هذا فقد قدم الأستاذ (جورج دولام) (Georges Delaume) مثلا حول النزاع الذي يتسم بالطبيعة القانونية في قضية تتعلق بعقد امتياز تعهد بمقتضاه المستثمر أن يصل الإنتاج إلى حد معين في تاريخ محدد فوقع خلاف بين المستثمر والدولة حول هذا الأمر، إذ رغم أن النزاع يتعلق بالوقائع، إلا أنه يحتوي على مضمون قانوني، طالما أن الفصل فيه يكون له تأثير على حقوق والتزامات الأطراف، ويبرر إنهاء عقد الامتياز من عدمه، وتوقيع الجزاءات المتفق عليها في العقد².

وبالتالي يدخل في مفهوم النزاع القانوني المتعلق مباشرة باستثمار كل خلاف يتعلق بالتخلي عن القيام بالتزام، أو الاعتماد على حق تفرده اتفاقية استثمار ثنائية، أو بتفسير هذه الاتفاقيات والنصوص المحال إليها أو المتعلقة بفسخ العلاقة القانونية سواء أكانت ناتجة عن نصوص اتفاقية أو تنظيمية، ويدخل في إطار هذه النصوص مدى عدالة إجراءات نزع الملكية والتأميم... الخ، لكن في المقابل لا يدخل ضمن المنازعات القانونية الخلاف المتعلق بملائمة المراجعة الاقتصادية للعلاقة بين الأطراف تبعا لتطور الظروف.

الفرع الثاني

دراسة قضية تحكيمية كنموذج على اتفاقيات التحكيم في مجال الاستثمار

قضية هضبة الأهرام وشركة (SPP)

في إطار تناول المسائل القانونية الناجمة والمرتبطة بالاستثمار الأجنبي في إطاره العام، ونظرا للمسائل القانونية التي تم طرحها أمام الهيئة التحكيمية التي تصدت للقضية، ولارتباطها بمحكمة التحكيم الدولية وعلاقتها بموضوع التحكيم.

¹ - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 83

² - شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 296.

نقوم بدراسة وتحليل قضية الأهرام المصرية وشركة تتبع في جنسيتها هونج كونج ومن جهة أخرى هيئة السياحة المصرية (EGOTH) Egyptian Tourisme Organisation، أمام المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI).

أولا/ الوقائع:- تعود وقائع هذه القضية إلى 23 سبتمبر 1974 إذ انه ابرم اتفاق استثمار بين شركة (SPP) وهي عبارة عن شركة تتبع في جنسيتها هونج كونج، والحكومة المصرية وهيئة السياحة المصرية Egyptian Tourisme، بهدف إنشاء مجموعة من المجمعات السياحية في منطقة أهرامات الجيزة، وطبقا لبنود هذا الاتفاق تعهدت الحكومة المصرية بالعمل على توفير الأرض اللازمة لإقامة المشروع عليها¹.

ولقد جاء في الديباجة "préambule" أن الاتفاق قد صدر وفقا لأحكام القوانين المصرية، ومن بينها قانون الاستثمار رقم 43 لسنة 1974، وفي 12 ديسمبر من عام 1974 تم إبرام اتفاق تكميلي بين شركة (SPP) وهيئة السياحة المصرية لتولي القيام بتنفيذ المشروع، ونص على تسوية المنازعات بين الطرفين في غرفة التجارة الدولية بباريس، كما نص على خضوع الاتفاق التكميلي للقوانين المصرية بما فيها قانون الاستثمار رقم 43 لسنة 1974.

بدأت الأعمال الإنشائية للمشروع في يوليو من عام 1977، وبعد ذلك بفترة وجيزة، تعالت الأصوات هادرة على الصعيدين المحلي والعالمي بالهجوم على المشروع، لكونه يمثل تهديدا حقيقيا لموقع حضاري وثقافي وتاريخي، وعلى اثر ذلك وفي مايو من عام 1978، سحبت الحكومة المصرية موافقتها على المشروع.

وفي السابع من شهر ديسمبر من عام 1978 أقامت شركة (SPP) إجراءات التحكيم ضد الحكومة المصرية وهيئة السياحة المصرية (EGOTH)، أمام غرفة التجارة بباريس، ورغم اعتراض مصر على اختصاص محكمة غرفة التجارة للنظر في النزاع، فقد صدر الحكم في 16 فيفري عام 1983، قاضيا بإلزامها بان تدفع إلى الشركة (SPP) مبلغا مقداره اثنا عشر ونصف مليون دولار أمريكي على سبيل التعويض، أما بالنسبة للهيئة المصرية للسياحة، فلقد أعفتها المحكمة من أي مسؤولية بناء على القوة القاهرة "Force majeure"².

¹ - جلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 14.

² - جلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 15.

على أن الحكومة المصرية أقامت إجراءات لإبطال الحكم الصادر من محكمة غرفة التجارة الدولية في باريس "To have the award"، وبالفعل أبطلت محكمة استئناف باريس هذا الحكم في 12 يوليو عام 1984، وفي أثناء نظر دعاوى الإلغاء أمام القضاء الفرنسي، كانت شركة (SPP) قد بادرت بإقامة دعويين آخرين لإنفاذ حكم محكمة غرفة التجارة الدولية أمام كل من المحاكم الهولندية والمحكمة الانجليزية¹، وفي نفس الوقت تقدمت شركة (SPP) بطلب لإجراء التحكيم أمام المركز (ICSID) في 28 مارس 1984.

ثانيا : المسائل القانونية التي أجابت عليها هيئة التحكيم .

أعلن السكرتير العام اختصاص المركز بالنزاع القائم بين الحكومة المصرية وشركة (SPP) لتوفر جميع شروط انعقاد اختصاص المركز من حيث كون أن النزاع قانونيا، وناشئا مباشرة عن الاستثمار، وأن مصر دولة متعاقد في الاتفاقية، كما أن شركة (SPP) تنتمي بجنسيتها إلى إحدى الدول المتعاقدة، وأنه قد صدر الرضاء من الطرفين صحيحا للتحكيم أمام محكمة المركز²، والحقيقة أن الرضاء باختصاص محكمة تحكيم المركز بنظر النزاع كان محلا لخلاف وجدل قانوني بين الطرفين، حيث تمسكت شركة (SPP) بأن نص المادة 8 من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974 يعتبر رضاء بالتحكيم أمام المركز من جانب الحكومة المصرية، بينما احتجت مصر بأن هذا النص يشير فقط إلى إمكانية تقديم النزاع وفقا لأحكام الاتفاقية كأحد الوسائل المذكورة في النص المذكور، وأن اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع كان يتطلب خطوة إضافية أخرى وهي الاتفاق عليه بين الطرفين .

أ/ مسألة عدم اختصاص المركز على أساس الشروط الواردة في المادة 25فقرة 1 من اتفاقية واشنطن

تنص المادة 25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 : "يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد أطراف الاستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة فانه لا يجوز لأي احد منهما أن يسحبها بمفرده " .

¹ - جلال وفاء محمد، مرجع نفسه، ص 34.

² - حسان نوفل، مرجع سابق، ص 76.

فالشروط المنصوص عليها سابقا هي :

1- أن يكون النزاع ذا طبيعة قانونية

2- أن تكون له علاقة بالاستثمار

3- أن يتعلق النزاع بدولة متعاقدة ومستثمر دولة متعاقدة أخرى

لدراسة أحكام هذه المادة القانونية ووضع إسقاط على النزاع المصري وشركة (SPP)¹ نتناولها

كالتالي:

1- فيما يخص الطبيعة القانونية للنزاع:

حسب السكرتير العام للمركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى فان جميع الشروط المتعلقة بانعقاد اختصاص المركز من حيث أن النزاع تم بصورة قانونية وناجما، فإذا كانت مصر دولة متعاقدة في الاتفاقية، فان الشركة (SPP) التي تنتمي بجنسيتها إلى إحدى الدول المتعاقدة، فإن النزاع يكتسي صبغة قانونية بحتة .

كما أن الرضاء قد تولد صحيحا بين الطرفين باختصاص محكمة تحكيم المركز بنظر النزاع .

2- فيما يتعلق موضوع النزاع وعلاقته بالاستثمار:

دفع الطرف المتمثل في شركة (SPP) أن النزاع ذو طبيعة قانونية محاسبائية بحتة بالاستناد إلى مبدأ وقرار غرفة التجارة الدولية بباريس الذي أقر ضرورة تعويض نقدي للشركة تتولاها الحكومة المصرية، وبعد وبالرجوع إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المضيفة للاستثمار وفي مفهوم المادة 25فقرة 1، فان الاتفاق المبرم بين شركة (SPP) والحكومة المصرية يعد استثمارا حيث أن عامل الزمن هو العنصر الجوهرى في العلاقة القانونية²، وكذا عنصر المجازفة والمخاطرة ولعلى الجانب أو الجزء الأهم وهو عنصر المساهمة وكذا بتطبيق الأحكام القانونية بما تمليه شروط المركز (ICSID).

¹ - ملاحظة : لابد من التوضيح أن شركة (SPP)، هي شركة تتبع في جنسيتها هونج كونج وقد مر النزاع بين الأطراف فيها بمراحل عديدة وامتد هذا النزاع المرير لمدة أربعة عشر (14) عاما.

² - جلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 12.

فالجانب المصري يرى بان الديباجة جاء فيها، أن الاتفاق قد صدر وفقا للقوانين المصرية ومنها قانون الاستثمار رقم 43 لسنة 1974، وتم تقديم أيضا بند في العقد المتعلق بالاتفاق التكميلي في ديسمبر 1974 والقاضي على أنه في حالة وجود نزاع بين الطرفين فانه يتم اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، كما نصت في الاتفاقية على خضوع الاتفاق التكميلي للقوانين المصرية بما فيها قانون الاستثمار .

فيما يتعلق باختصاص محكمة غرفة التجارة بباريس، فقد اعترضت مصر على اختصاص محكمة غرفة التجارة للنظر في النزاع وبالأخص بعد صدور حكم ضد مصر من هذه الأخيرة في 16 فيفري 1983 بان تدفع إلى شركة (SPP) مبلغا مقداره اثنا عشر ونصف مليون دولار أمريكي على سبيل التعويض .

-فيما يخص الرضاء باختصاص محكمة تحكيم المركز بنظر النزاع كان محلا للخلاف على أساس تمسك شركة (SPP) بان نص المادة 8 من قانون الاستثمار رقم 43، يعتبر رضاء بالتحكيم أمام المركز من جانب الحكومة المصرية، بينما احتجت مصر بان هذا النص يشير فقط إلى إمكانية تقديم النزاع وفقا لأحكام الاتفاقية كأحد الوسائل المذكورة في النص المذكور .

- فيما يتعلق بالمخاطر فإنها تحققت نتيجة سحب الحكومة المصرية للمشروع وبالتالي فسخ العقد بين الطرفين .

3-مدى ارتباط النزاع بدولة متعاقدة ودولة متعاقدة أخرى :

تمت الصفقة بين الحكومة المصرية وشركة لها جنسية هونج كونج، وهذه الأخيرة لها الشخصية القانونية والمعنوية¹، كما أن رد هيئة التحكيم جاء ايجابيا للطرفين وبالأخص ما يتعلق بان الشركة تتمتع بالشخصية المعنوية.

4-علاقة النزاع بالاتفاقية الشائبة:

تتمسك مصر بأن الأطراف في اتفاق الاستثمار قد اتفقوا بصورة ضمنية على اختيار القانون المصري باعتباره القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ لا يشترط وفقا للمادة 42فقرة 1 من الاتفاقية أن يكون الاتفاق على اختيار القانون صريحا، بل يمكن أن يكون هذا الاتفاق ضميا

¹ - صلاح جمال الدين ومحمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 151.

ويستدل على ذلك من العبارة التي وردت في ديباجة الاتفاق الأساسي "Heds of Agreement" والذي تمت فيه الإشارة إلى القانون رقم 43 لسنة 1974، مع الأخذ بعين الاعتبار أن القانون الأخير يقضي بأن الأمور غير المنصوص عليها فيه تكون خاضعة للقوانين الأخرى واللوائح، ومن ثم فإن دور القانون الدولي باعتباره جزءاً من القانون الوطني طبقاً للمادة 42فقرة 1 هو دور محدود للغاية، ثم إن توقيع الوزير على العقد يأتي بما له من سلطة رقابية على أعمال الهيئة المذكورة ويمارسها وفقاً لأحكام القانون المصري وليس الدولة المصرية.

كما أن مصر دفعت إلى أن موضوع النزاع هو عبارة عن خرق للاتفاقية الثنائية، دون الرجوع إلى المركز لحل النزاع (ICSID)، كما تؤكد هيئة التحكيم أن العقد المبرم بين الطرفين يعد استثماراً، على أساس الاتفاق الثنائي المبرم بين الطرفين...¹.

ب/ اللجوء إلى الحل الودي قبل اللجوء إلى المركز (ICSID)

دفع الطرف المصري أن اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع كان يتطلب خطوة إضافية أخرى، وهي الاتفاق بين الطرفين على أساس محاولة إبرازها بتقديم اعتراض على اختصاص المركز من حيث المادة 8 من قانون الاستثمار المشار إليه لا تكفي "لتكوين الرضا بالتحكيم" أمام المركز، ذلك لأن نص المادة المذكورة كان يقرر بأنه يمكن تسوية المنازعات في إطار الاتفاقية.

وهذه العبارة قد تشير إلى كل من التحكيم والمصالحة، وهما الطريقتان اللذان أشارت إليهما الاتفاقية لتسوية منازعات الاستثمار. وان هناك طريقتين لتسوية المنازعات وفقاً للاتفاقية ذاتها هما: التحكيم أو المصالحة واختيار طريق دون آخر كان يقتضي حصول اتفاق مسبق ومستقل بين الأطراف وهو ما لم يحدث²، ولقد رفضت المحكمة حجة مصر على أساس غياب اتفاق مسبق بين الأطراف على اختيار التحكيم أو المصالحة لا يعدم اختصاص المركز إذ أن اختيار احد هاذين الطريقتين يكون متروكاً للطرف الذي يقيم الإجراءات.

¹ - حسان نوفل، مرجع سابق، ص 78.

² - صلاح جمال الدين ومحمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 152.

ج- ضرورة احترام الاختصاص والسلطات المحددة :

عندما قدمت مصر طلبا لإبطال القرار الصادر بتسجيل قضية التحكيم أمام المركز، قرر السكرتير العام أنه في إطار إجراءات تحكيم المركز، فإنه يتعين تأجيل البت في المسائل المتعلقة بإبطال الاختصاص والى حين صدور حكم من محكمة تحكيم المركز باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل لتقريرها.

كما تمسكت مصر أن الأطراف في اتفاق الاستثمار قد اتفقوا ضمنا على اختيار القانون المصري باعتباره القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كما استدلت على أنه من الممكن وأن يكون الاحتجاج على أن محكمة التحكيم قد تجاوزت سلطاتها، من خلال

هذه القضية التحكيمية، يمكن استخلاص ما يلي¹:

- اعتماد هيئات التحكيم الدولي على مبدأ التحكيم دون اتفاق، إذ أنه تكفي الإشارة إليه في أي اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمار بين دولة المستثمر والدولة المضيفة لاستثماره.
- التوسع في مفهوم النزاع القانوني وارتباط النزاع بالاستثمار في الدولة المضيفة.
- بروز هيئة دولية أصبحت لها مجموعة من الحلول القانونية كما أنها قلصت من المنازعات ذات الطابع الاستثماري.

بقيام الدولة المصرية بالطعن في حكم التحكيم أمام محكمة استئناف باريس استناد إلى نص المادة 1504 من قانون المرافعات الفرنسي²، مطالبة ببطان حكم التحكيم لأنه صدر دون وجود اتفاق تحكيم ومخالفته للنظام العام الدولي.

وقد استجابت محكمة استئناف لهذا الطعن وقررت في الحكم الصادر عنها بتاريخ: 1984/07/12 بطلان حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس واستندت المحكمة الاستئنافية في بطلان الحكم إلى عدم وجود اتفاق تحكيم ترتبط به الدولة المصرية³، ثم طرحت القضية

¹ - جلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 12.

² - قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بموجب اللائحة بقانون رقم 48 لسنة 2011 الصادرة في 13 جانفي 2011 ينظر إلى: www.légifrance.fr ou www.journal-officiel.gov.fr ، تاريخ الإطلاع : 2017/11/12

³ - جلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 38.

مرة أخرى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ليحسم في القضية نهائياً بحكم مفاده: مسؤولية الدولة المصرية عن فسخها للمشروع وألزمها بدفع تعويض لصالح شركة (SPP) مقداره 27.661 مليون دولار أمريكي بخلاف فوائد قدرها 17.5 مليون دولار أمريكي.

المبحث الثاني:

مبدأ الدفع بوجود و انعدام اتفاق التحكيم

الدفع المتعلقة باتفاق التحكيم ترتبط ارتباطا وظيفيا بالتحكيم و طبيعته و سماته ، و هذه الدفع تثير الكثير من التساؤلات حسب الهيئة المتمسك أمامها بالدفع¹ ، وسلطة المحكمة وهيئة التحكيم بصددتها، وهو ما يطرح التساؤل عن دور هذه الدفع و علاقتها بالاستثمار والتحكيم معا ؟ أو بمعنى آخر متى يتم استعمال الحق في الدفع بوجود أو انعدام اتفاق التحكيم ؟ في الحقيقة فان الدفع المتعلقة باتفاق التحكيم قد تكون أمام المحكمة أو أمام هيئة التحكيم و بالنسبة للدفع المتعلقة باتفاق التحكيم التي يتصور إثارتها أمام المحكمة² ، فيمكن أن تكون في صورة دفع بوجود اتفاق التحكيم (المطلب الأول) ، أما بالنسبة للدفع المتعلقة باتفاق التحكيم التي يتصور إثارتها أمام هيئة التحكيم فتبرز أهمية الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم

ينشأ الحق في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو الدفع بالتحكيم L'exception d'arbitrage من لحظة توافر المصلحة الحالة من استعمال الحق ، و ليس من لحظة إبرام اتفاق التحكيم ، و هو ما يتحقق بالتجاء الطرف الأخر للقضاء بالمخالفة لاتفاق التحكيم³ ، و في هذه الحالة يتولد الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الخصومة و ليس من لحظة إبرام اتفاق التحكيم ، إذ أن اتفاق التحكيم المشوب بعيب من حيث المضمون أو الشكل هو الذي يؤدي الى من له مصلحة في إبداء الدفع الجزئي أو الكلي⁴ ، لتفادي أي تدخل بين صلاحيات الهيئة القضائية وحدود اختصاصاتها وسلطات

¹ - خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 182.

² - علي الدين زيدان ، الوسيط في أسس و مبادئ قانون التحكيم في ضوء الفقه و القضاء ، الطبعة الأولى ، شركة آل طلال للنشر و التوزيع ، 25 شارع محمد فريد ، القاهرة ، مصر ، 2015 ، ص 62..

³ - حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وز، الجزائر ، سنة 2011، ص 38.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، محمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق ، ص 16

الهيئات التحكيمية الدولية¹ ، وبالتالي استبعاد القاضي الوطني عن القضية ونزع الاختصاص من القضاء الداخلي وتحويله إلى هيئة التحكيم، وهو ما يطرح التساؤل الجوهرى عن مدلول الدفع باتفاق التحكيم و الغرض منه ؟ للإجابة عن التساؤل نتناول الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع المتعلقة بعدم الاختصاص (الفرع الأول)، إلا أن هذا الاستبعاد ليس مطلقا بل يبقى لهذا القاضي دور لا يمكن حرمانه منه، سواء في مساعدة هيئة التحكيم أوفى إعطاء القوة التنفيذية لقراراتها أو المساهمة في تشكيلها أو القيام بأي دور آخر منحه إياه الأطراف أو القانون وهو ما يتعلق بالدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع المتعلقة بعدم القبول (الفرع الثانى).

الفرع الأول

الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع المتعلقة بعدم الاختصاص

ذهب جمهور الفقه الفرنسى منهم الأستاذ "Gailliard Emmanuel" غاليلار إيمانوال وجانب من الفقه المصرى منهم الأستاذ الدكتور فتحى والى لتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص²، يقصد بهذا المبدأ (الاختصاص بالاختصاص) أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه فهو الذى يقرر إذا ما كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يكون مختصا إلا بناء على وجود اتفاق تحكيم صحيح³، فإذا قام أحد الأطراف بالطعن فى اختصاص هيئة التحكيم ودفع بعدم صحة اتفاق التحكيم، فإن لهيئة التحكيم سلطة الفصل فى صحة اختصاصها⁴، والمبدأ الذى يسمح بالحيلولة دون قيام أحد الأطراف بتأخير سير التحكيم أو عرقلته وذلك عن طريق الإدلاء أو الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية، كما لا بد من التوضيح أن الدفع المتعلقة باتفاق التحكيم ترتبط ارتباطا وظيفيا بالتحكيم وطبيعته وسماته وهذه الدفع تثير الكثير من التساؤلات حسب الهيئة

¹ - ياسر كامل الصيرفي ، اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية فى ضوء مقتضيات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجارى الدولى " أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية " المنعقد بكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة أبو ظبي من 21 إلى 23 أبريل 2008، ص من 1 إلى 16 ينظر إلى الموقع الإلكتروني :

<http://Ama2.Alfadal.net/montada-f9/Tepic-1527html>

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2016/12/17.

² - علي الدين زيدان ، مرجع سابق ، ص 66.

³ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 188.

⁴ - مصطفى ناطق صالح الناصري، مرجع سابق، ص 30.

المتمسك أمامها بالدفع ، وسلطة هيئات التحكيم أو المحاكم في الفصل فيها و طبيعتها و سلطة المحكمة و هيئة التحكيم بصدد ذلك لكون ما يثيره الدفع بوجود اتفاق التحكيم من إشكاليات فقهية تتعلق بالتكييف القانوني الصحيح لهذه المسألة¹ ، والنوع الثاني من الدفوع وهو الدفوع المتعلقة بإجراءات التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم² و الضمانات الأساسية في التقاضي والحكم الصادر في التحكيم لا تتضمن جديدا متصلا بخصومة التحكيم³ حيث يخضع الدفع المتعلق برد هيئة التحكيم أو عدم صلاحيته والدفع بعدم احترام حق الدفاع والمواجهة يؤدي إلى استبعاد القاضي الوطني ونزع الاختصاص منه في نظر النزاع⁴ ، وقد نصت معظم القوانين والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم على هذا المبدأ (أولا)، لكنها اختلفت فيما بينها حول موقف الجهات القضائية من تحديد طبيعة الدفع باستقلال اتفاق التحكيم (ثانيا)، مع ضرورة الاستعانة براى التشريعات المقارنة من الدفع باتفاقية التحكيم (ثالثا)

أولا: تفعيل مبدأ استقلالية التحكيم

لمواجهة الآثار السلبية التي تترتب على اللجوء لمثل هذا الأسلوب الذي يهدد فاعلية نظام التحكيم الخاص الدولي، وضعت هذه القاعدة موضع التطبيق حتى لا يترك الأمر للتشريعات الداخلية التي تتفاوت مواقفها، ويعطي بعضها للقضاء الداخلي سلطة تقديرية تتنافى مع الحسم المطلوب.

وبناء عليه فقد تضمنت الاتفاقية نص قطعي الدلالة في العمل على إقامة تعهد دولي مصدره الانضمام الدولي للاتفاقيات الدولية المشتركة التي تتناول التحكيم الدولي، والذي مؤداه أن يقع التزام مباشر على كاهل محاكم الدولة، والذي من شأنه ضرورة التخلي عن النظر في المنازعات التي يكون موضوعها ضمن نطاق اتفاق التحكيم، والذي توافرت فيه الشروط التي تتطلبها المادة 2فقرة 1من اتفاقية نيويورك وأيما كان جنسية أطراف اتفاق التحكيم⁵ ، وأيما كان انعقاده.

¹ - محمود سليمان كبيش ، طبيعة و آثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم ، مجلة القانون و الاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية كلية الحقوق القاهرة ، مصر ، العدد الثمانون ، سنة 2008، ص 4

² - إبراهيم محمد السعدي أحمد الشريعي ، مرجع سابق ، ص 940.

³ - أحمد إبراهيم عبد التواب ، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم " دراسة في ضوء الفقه و القضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي "، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع القاهرة ، مصر 2013، ص 6.

⁴ - شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 66.

⁵ - صلاح الدين جمال الدين ومحمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 17.

لا يمكن أن يؤدي وضع قواعد دولية لتبسيط إجراءات التحكيم، وتسهيل تنفيذ قرارات الهيئات التحكيمية، إلى فعالية حقيقية للتحكيم إذا بقي المجال مفتوحاً لتدخل القضاء الداخلي، لوضع عراقيل أمام إصدار القرارات التحكيمية أو تنفيذها، لذلك وضعت معظم الاتفاقيات الثنائية والجماعية المتعلقة، بالاستثمار مجموعة من القواعد لأجل ترتيب، أن يكون الأطراف قد شرعوا في إجراءات اللجوء إلى التحكيم، بل يكفي أن يتضمن العقد الأصلي شرط التحكيم حتى يترتب الأثر المانع للقضاء الوطني في نظرة النزاع المعروض أمامه، يرجع الفقه هذه القاعدة الفكرة تطبيق القوة الملزمة للاتفاق أو مبدأ: "العقد شريعة المتعاقدين"¹، باعتباره من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود، أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نص في المادة 1045 على: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف"، كما اقتصر استبعاد القاضي بناء على طلب أحد الأطراف إذا وجد اتفاق بينهم على إحالة نزاعهم إلى التحكيم، سواء كانت الخصومة التحكيمية قائمة أم لا.

لكنه لم يحدد الوقت الذي يجب أن يثار فيه الدفع بعدم اختصاص القاضي فهل يكون قبل الشروع في مناقشة موضوع الدعوى أو في أي مرحلة من مراحلها على الصعيد الدولي، يمكن اعتبار اتفاقية نيويورك لسنة 1958 أول اتفاقية أكدت مبدأ استبعاد القاضي الوطني على النزاع المطروح على التحكيم أو متفق بشأنه على اللجوء إلى التحكيم، حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة الثانية من الاتفاقية "تقوم أي دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة أو عديمة التأثير لا يمكن تطبيقها"، فهذه الاتفاقية لم تشترط لجوء أحد الطرفين إلى التحكيم الدولي لنزع الاختصاص من القضاء الداخلي، بل يكفي وجود شرط تحكيمي في العقد الأصلي المبرم بينهما، ولأن يدفع أحد الطرفين بعدم اختصاص القاضي أو بعدم قبول الدعوى استناداً على اتفاقية التحكيم².

¹ - تنص المادة 106 من أحكام القانون المدني الجزائري على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

² - صلاح الدين جمال الدين ومحمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 18.

وبالنسبة للمشرع المصري فقد حرص في قانون التحكيم على الأخذ بهذا المبدأ في المادة (22) منه والتي نصت على اختصاص هيئة التحكيم في أن تفصل في شأن الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع وهو ما أكدته كذلك قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 على اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاقية تحكيم أو سقوطها أو بطلانها أو عدم شمولها لموضوع النزاع لتحكيم، فهذا المبدأ أعطى قضاء التحكيم دون غيره مسألة البت في اختصاصه¹ كما أنه يعد من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون² التجاري الدولي سنة 1985 فقد نصت المادة الثامنة منه: "بأنه على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق التحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ بيانه الأول في موضوع نزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه في هذا النص إشارة إلى أن المحكمة التي يطرح أمامها النزاع المتفق بشأنه على التحكيم لا تستطيع أن تتخذ قرار إحالة الأطراف إلى التحكيم من تلقاء نفسها.

بل يجب أن يثبته أحد الخصوم قبل الخوض في موضوع النزاع، وإذا لم يفعل تستمر المحكمة في نظر النزاع على أساس قبول الأطراف ضمناً باختصاصها، كما أعطيت المحكمة صلاحية دراسة الاتفاق التحكيمي ومدى صحته، فإذا تبين لها أنه باطل أو منعدم تتجاهله، وتواصل السير في الخصومة إلى غاية إصدار حكم يلاحظ في اتفاقية واشنطن لسنة 1965، استبعاد كل سبل حل النزاع الأخرى بمجرد موافقة الطرفين على التحكيم. طبقاً لهذه الاتفاقية، إلا إذا تم الاتفاق في العقد الأصلي على خلاف ذلك، إلا أن الاتفاقية أعطت لكل دولة منظمة إليها حق وضع شرط استنفاد وسائل الحل الداخلية، قبل اللجوء للتحكيم كما منحتها حق اختيار المواضيع التي لا ترغب إدراجها في اتفاقية التحكيم (عدم قابليتها للتحكيم).

¹ - أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 145.

² - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت إلى غاية 2010/08/15، السالف الذكر .

إن وجود اتفاق التحكيم أو إحالة إلى التحكيم المركز في إطار اتفاقيات الاستثمار لا يتضمن ما سبق يعني تنازلاً إلى وسيلة أخرى لحل نزاع دون أي تحكيم، أي أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم"، وهو استبعاد للقضاء الوطني لا يتضمن أي إمكانية لاشتراط استنفاد إجراءات مسبقة أو اللجوء إلى القضاء قبل اللجوء إلى التحكيم¹، وهو ما جاء في معظم الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار، حيث أعطت الاختيار للمستثمر الأجنبي بين القضاء الداخلي والتحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي، خاصة أمام الهيئات التحكيمية للمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فإذا اختار المستثمر اللجوء إلى هذا الأخير فإن نظامه هو الذي يطبق وبالتالي يستبعد القاضي الوطني، أما إذا اختار التحكيم الخاص فإن الهيئة التحكيمية تعتمد على بنود الاتفاق الثنائي لتحديد اختصاصها².

وواضح أن لأطراف النزاع المعروض على تحكيم المركز الحرية في تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فيما بينهم³، لهذا السبب نصت بعض الاتفاقيات صراحة على اختيار أحد الطرق المنصوص عليها لحل النزاع، والتي تعتبر أن جعل الاختيار نهائياً يمثل تضيقاً على الحماية الممنوحة للاستثمار الأجنبي حيث لا يمنح المستثمر فرصة لتصحيح سوء اختياره، فلا يستطيع اللجوء إلى التحكيم إذا سبق له طرح النزاع أمام القضاء، لتدعيم فكرة استبعاد القضاء الداخلي بمجرد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وحسب اتفاقية واشنطن لسنة 1965 فإن عدم تحويل مبالغ الضمان يتعارض مع أحكام الاتفاق الثنائي الذي يوفر الحماية من التأميم منها حرية تحويل الرساميل الأجنبية، ومنع كل تمييز للمعاملة العادلة والمنصفة للاستثمار وغيرها⁴.

وعليه يمكن القول بأنه تم تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص⁵، كونه من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، والتي من شأنها تيسير سير التحكيم وعدم مقاطعة الطرف الذي يعتبر أن المحكمة التحكيمية غير مختصة، أو أن الاتفاق التحكيمي لا يشمل

¹ - قربي ياسين، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2008، ص 62.

² - احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2001، ص 159.

³ - صلاح الدين جمال الدين ومحمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 48.

⁴ - أحمد أبو الوفا، مرجع نفسه، ص 367.

⁵ - بن سهلة ثاني بن علي و نعيمة فوزي، مرجع سابق، ص 34.

موضوع النزاع وبالتالي فإن مثل هذا الدفع لا يؤدي إلى وقف التحكيم مما يضمن للمتعاملين في التجارة الدولية الأمان القانوني أثناء تسوية النزاع¹.

ثانياً: موقف الجهات القضائية من تحديد طبيعة الدفع باستقلال اتفاق التحكيم.

المبدأ أنه لا تحكيم بلا استقلالية، سواء عن العقد في القانون الخاص أو عن القضاء في القانون الإجرائي أو عنهما معاً²، فإذا ثار نزاع متفق بشأنه على التحكيم ورفع احد الخصوم دعوى أمام القضاء الوطني، بخصوص نفس النزاع يجوز للطرف الآخر أن يدفع بوجود اتفاق التحكيم، حتى يمنع المحكمة من الفصل في القضية تنفيذاً لبنود هذا الاتفاق، لكن الجدل القائم بخصوص المنع يدور حول طبيعته هل يعتبر دفعا بعدم اختصاص المحكمة أو دفعا لقبول الدعوى؟

لذا اقتضت ضرورة ضمان فعالية نظام التحكيم وضع قيود على إرادة أطراف اتفاق التحكيم فيما يتعلق امتناع المحكمة من الفصل في القضية، وذلك لأجل ضمان جدية الأطراف المتنازعة في اتخاذ إجراءات إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم³، و ينشأ الحق في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو الدفع بالتحكيم من لحظة توافر المصلحة الحالة من استعمال الحق وفقاً لنص المادة 3 من قانون المرافعات المصري، وليس من لحظة إبرام اتفاق التحكيم و هو ما يتحقق بالتجاء الطرف الآخر للقضاء بالمخالفة لاتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة يتولد الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الخصومة و ليس من لحظة إبرام اتفاق التحكيم، إذ اتفاق التحكيم ليس إلا عبارة عن السبب في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم، لأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع الإجرائية التي لا يتصور وجودها إلا بمناسبة خصومة قضائية مطروحة على القضاء، و اتفاق التحكيم ليس إلا عمل مدني لا يتولد على إثره حق إجرائي، وهو من الدفوع الشكلية التي يتعين على الخصم التمسك بها قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى لذا يرى جانب من الفقه منهم الدكتور أحمد إبراهيم عبد التواب⁴ أن هذا الدفع يعد من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص وهو لا يتعلق بالنظام العام، فيتعين أن يثيره من يهمله الأمر قبل التطرق إلى أي دفاع موضوع متعلقاً بالنزاع، ولا يمكن للمحكمة أن تأخذ به

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 190.

² - أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى، مصر، 2007، ص 210.

³ - Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traité de L'arbitrage commercial international, Edition Litec, Paris, 1996, p 12.

⁴ - أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 16.

من تلقاء نفسها، سائر المشرع الجزائري هذا الاتجاه إذا نص في المادة¹ 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عدم اختصاص القاضي بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف فالدفع باتفاقية التحكيم ينزع الاختصاص من القاضي حسب القانون الجزائري، بينما ذهب المشرع المصري في اتجاه آخر واعتبر أن الدفع باتفاقية التحكيم يعد من قبيل الدفع بعدم القبول وليس عدم الاختصاص²، فجاء في المادة 13 من قانون المرافعات والتحكيم: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيمي أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب للدفاع في الدعوى"، يجب أن يناقش الأسس التي اعتمد عليها كل طرف لتبرير تفسيره لطبيعة الدفع باتفاقية التحكيم، إن نزاع الاختصاص من المحكمة بمجرد طلب أحد الخصوم بناء على اتفاق تحكيمي صحيح، يبدو غير واقعي لأن الدفع بعدم الاختصاص يعني أن المحكمة غير مختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض عليها طبقاً لقواعد توزيع الاختصاص القضائي التي بمقتضاها يتم توزيع الدعوى على المحاكم التابعة لجهة قضاء واحدة، بل على العكس فإن تطبيق هذه الأخيرة يعد أمر جوهري تنص عليه كل النظم القانونية ويمثل مبدأ عام³.

لكن التحكيم ليس قضاءً عاماً حتى نميز بين اختصاصه بالدعوى وعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع، وفي الحقيقة عندما يدفع المدعي عليه باتفاق التحكيم، يعترض على السلطة الخصم في اللجوء إلى أي محكمة سواء كانت مختصة أصلاً أو لم تكن وبالتالي فهو لا ينكر الاختصاص لمحكمة معينة، وإنما ينكره لجميع المحاكم. ثم إن المحكمة التي انتزعت منها سلطة نظر النزاع يمكن أن تلعب دوراً مساعداً أو رقابياً لعمل الهيئة التحكيمية⁴، كاتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو تعيين المحكمين أو غيرها، إذن الدفع في هذه الحالة ليس دفع بعدم القبول للتنازل عن الحق في رفع الدعوى

¹ - تنص المادة 1045 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف"

² - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 33.

³ - صلاح الدين جمال الدين ومحمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 42.

⁴ - أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 162.

إلى الجهات القضائية، وليس تنازلاً عن الحق في اللجوء إلى القضاء¹، وإنما هو عدم قبول للانحراف عن الطريق المتفق عليه لحل النزاع وأصل الاتفاق على التحكيم هو إقامة مانع يحول دون طرح النزاع على القضاء أن الدفع باتفاق التحكيم ليس من النظام العام، وتبرز فكرة الاستقلالية في كونها تعد مجرد تطبيق لمبدأ استقلال الاتفاقات الإجرائية عن الاتفاقات الموضوعية لذا فهي مقررة لمصلحة الخصوم لذلك يجب إثارته قبل بدأ أي دفع في الموضوع وإلا سقط هذا الحق لأن أساسه هو اتفاق الطرفين على التحكيم، والتنازل عن حقهما في الفصل في الدعوى عن طريق الخصومة العادية فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وقد نصت على هذا المبدأ معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، فالمشعر المصري نص في المادة 13 من قانون المرافعات والتحكيم على ضرورة عدم قبول الدعوى التي يوجد بشأنها اتفاق تحكيمي إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب للدفاع في الدعوى، ولم يذكر المشعر الجزائري شرط إثارة الدفع قبل أي دفع في الموضوع لكنه اشترط "إثارته من أحد الخصوم" واشترط أن تكون الخصومة التحكيمية قائمة أو أن توجد اتفاقية تحكيم بين الطرفين، ولم تشترط هذه القاعدة لترتيب أثرها أن يكون الأطراف قد بدأوا في إجراءات التحكيم بل يكفي أن يوجد شرط التحكيم في العقد ليرتب على ذلك الأثر المانع للقضاء الوطني من نظر النزاع المعروض².

ولابد من التوضيح أن المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائرية السابق حيث كان يشترط أن تكون الخصومة قائمة ولم يكن واضحاً في مسألة اللجوء إلى القضاء إذ لم يكن الطرفان قد شرعا في اتفاق التحكيم، أما على مستوى الاتفاقيات متعددة الأطراف، فيمكن الإشارة إلى ما جاءت في المادة الثانية من اتفاقية نيويورك للاعتراف للقرارات التحكيمية وتنفيذها حيث نصت على: "تقوم أية دولة متعاقدة يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة إلى إحالة الأطراف على التحكيم بناء على احد الأطراف بمفهوم المخالفة".

نستنتج انه إذا لم يطلب احد الأطراف الأخذ باتفاقية التحكيم تكون المحكمة مختصة وتستمر بنظر النزاع باعتبار قبول الأطراف بهذا الاختصاص، وتنازلهم الضمني عن حقهم في الاعتراض

¹ - أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، ص 100.

² - صلاح الدين جمال الدين ومحمود صلاح مصيلحي، مرجع سابق، ص 17.

وطلب التحكيم جاء في المادة الثامنة من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي¹: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى مسألة ابرم بشأنها اتفاق تحكيم طرفين إذا طلب منها ذلك احد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيان أول في موضوع النزاع"، يظهر من العبارة الأخيرة أن المقصود هو الدفع بعدم القبول قبل أي دفع في الموضوع وقد استمدت معظم التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي نصوصها من الأحكام هذا القانون النموذجي².

ثالثاً: رأي التشريعات المقارنة من الدفع باتفاقيات التحكيم

بما أن معظم الاتفاقيات والتشريعات ربطت إحالة القاضي الأطراف إلى الهيئة التحكيمية بشرط انعدام أو بطلان اتفاقية التحكيم، فإنه يتبادر إلى الذهن التساؤل عن الموقف الذي يجب على القاضي اتخاذه إذا تحقق هذا الشرط؟ إذا نظرنا إلى التشريعات الداخلية وبعض الاتفاقيات الدولية، نستخلص أن القاضي الذي يطرح أمامه النزاع المتفق بشأنه على التحكيم ملزم بدراسة اتفاقية التحكيم، والتأكد من مدى صحتها أو بطلانها، فإذا تبين له أنها باطلة أو لا يمكن تطبيقها لا يعتد بها ويستمر في نظر النزاع وينزع الاختصاص من هيئة التحكيم، وإذا كان الأطراف لم يشعروا بعد في إجراءات اللجوء إلى التحكيم، يكتفي القاضي بإثبات عدم وجود الاتفاقية لينعقد له الاختصاص أما إذا ثبت وجود وصحة الاتفاقية فما عليه إلا أن يقضي بعدم الاختصاص، لكن في الواقع إعطاء القاضي الوطني سلطة دراسة اتفاقية التحكيم قد يتعارض مع مبدأ اختصاص هيئة التحكيم في تحديد اختصاصها حيث تنظر في وجود وصحة الاتفاقية وتقرر على أساسها اختصاصها من عدمه لذلك يجب التمييز بين حالتين:

إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة يجب على القاضي الذي يطرح عليه النزاع أن يقضي بعدم الاختصاص ويحيل الأطراف إلى التحكيم دون أن يتطرق إلى اتفاق التحكيم³، أما إذا كانت الخصومة غير قائمة أي لم يشرع الطرفان في إجراءات التحكيم فإن القاضي يبحث في مسألة بطلان اتفاقية التحكيم أو انعدامها أو مدى عدم إمكانية تطبيقها، لذا نصت بعض التشريعات على عدم

¹ - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، يونيو 1985، المعدل إلى غاية 2010/08/15 السالف الذكر .

² - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 139.

³ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 90.

قبول الدعوى القضائية إذا وجد بشأنها اتفاق تحكيم دون أن تشترط صحة الاتفاق لكن الفقهاء يرجعون ذلك إلى كونه شرطاً ضمناً فلا يتصور أن يقصد المشرع الاعتماد على اتفاق باطل لنزع الاختصاص من القاضي، وإذا كان هدف الرقابة القضائية الوطنية إلى التيقن من التزام المحكم بوظيفته المعهود إليه بما من الأطراف واحترامه للقواعد القانونية المرتبطة باتفاق التحكيم¹ وإجراءاته، كذلك فقد أكد قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 على اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاقية تحكيم أو سقوطها أو بطلانها أو عدم شمولها لموضوع النزاع فهذا المبدأ أعطى قضاء التحكيم دون غيره مسألة البت في اختصاصه كما أنه يعد من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي. وهذا المبدأ تكرر في اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 واتفاقية واشنطن سنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وتبنته أيضاً معظم لوائح مؤسسات التحكيم الدائمة و كذلك قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري²، إن الدفع باتفاق التحكيم يرتب حرمان الخصوم من الالتجاء إلى القضاء العادي بصدد الموضوع المتفق عليه بشأنه على التحكيم، وبالتالي منع المحكمة المقامة أمامها دعوى في موضوع النزاع من نظره وهو ما يسمى "الأثر السلبي لاتفاقية التحكيم"، لكن مبدأ استبعاد القاضي الوطني ليس مطلقاً، فهو يتدخل في عدة مراحل من الخصومة التحكيمية.

وعليه يمكن القول بأنه قد تم تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، كونه من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، والتي من شأنها تيسير سير التحكيم و عدم مقاطعة الطرف الذي يعتبر أن المحكمة التحكيمية غير مختصة، أو أن الاتفاق التحكيمي لا يشمل موضوع النزاع، وبالتالي فإن مثل هذا الدفع لا يؤدي إلى وقف التحكيم مما يضمن الأمان القانوني أثناء تسوية النزاع لمعاملين في التجارة الدولية.

¹ صلاح الدين جمال الدين ومحمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 111.

² خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 190.

الفرع الثاني

الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم القبول

ذهب جمهور الفقه المصري و العربي لتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول على أساس أن الدفع بالتحكيم يمنع المحكمة من سماعها مادام شرط التحكيم قائماً ، إذ أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم ينكر سلطة الخصم في اللجوء للقضاء للمطالبة بالحق المتنازع عليه¹ ، و أن الاتفاق على التحكيم لا يمس بالشروط الشكلية المتعلقة بعدم الاختصاص و إنما يمس سلطة الخصم بالالتجاء للقضاء، وأن اتفاق التحكيم ينشئ عائقاً مؤقتاً يمنع المحكمة من سماع الدعوى مادام شرط التحكيم قائماً، وأن الخصم في اتفاق التحكيم يتنازل عن الالتجاء للقضاء لحماية حقه في الفصل في الدعوى عن طريق إجراءات الخصومة العادية مما يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة (أولاً)، في حين يرى البعض الآخر أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعد من الدفوع المتعلقة بوقف الدعوى لطابعها الاستعجالي (ثانياً).

أولاً: اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة

يقوم أصحاب هذا الرأي إلى القول أن اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، وأنه فقط يمنعها من سماع الدعوى مادام شرط التحكيم قائماً ، وأن اتفاق التحكيم يترتب عليه قبول الدعوى، وأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع الموضوعية التي يتعين التمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى ، يتمتع القاضي بسلطات واسعة في مساعدة الهيئات التحكيمية والرقابة على أعمالها، بهدف تدعيم فعالية التحكيم وتمكينه من أداء الدور المحدد له على المستوى الداخلي والدولي²، فهو يملك سلطة إصدار أوامر تقترن بجزاءات في حالة عدم الالتزام بتنفيذها، عكس المحكم الذي تنحصر سلطاته فيما يقرره له الأطراف وفي حدود ما يسمح به القانون³ ، وهذا يؤثر على قدرته الذاتية في تسيير كل إجراءات خصومة التحكيم إذا لم تلتزم كل الأطراف طواعية بأوامره، من

¹ - أحمد إبراهيم عبد التواب ، مرجع سابق ، ص 50

² - Cremades Bernardo, L'arbitrage international ; de l'arbitrage commercial a l'arbitrage de protection des investissements ،sujet sur sut ; www.adarm.org/romeconference07matérielsarbitrageinternational.PDF. voir le ;17/12/2016.

³ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 109

أجل تجنب هذا العجز، حرصت قوانين التحكيم الوطنية والدولية على إقرار رقابة قضاء الدولة على التحكيم، ومعاونيه في الحالات التي يمكن أن تتسبب في تعثر العملية التحكيمية والتي لم تتفق الأطراف على كيفية مواجهتها كنموذج على مجالات تدخل القضاء في التحكيم ضمن التشريعات الداخلية ندرس ماتضمنه القانون الجزائري (أ) وضمن احكام القانون النموذجي (ب).

أ/ دور القانون الجزائري في تحديد نطاق تدخل القاضي في العملية التحكيمية:

لا يفصل القاضي في موضوع النزاع متى وجدت اتفاقية تحكيم، أو كانت الخصومة التحكيمية القائمة إلا إذا ارتضى الطرفان المتنازعان اختصاصه، ولم يترك المجال مفتوح "للطرف السيئ النية للجوء إليه متى وجد نفسه مهددا بإجراء التحكيم" مثلما ذهب بعض التفسيرات للمادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93-09 قبل إلغائه بمقتضى القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لكن هناك حالات عديدة يجد القاضي الجزائري نفسه مضطرا للتدخل على أساس السلطات التي منحها له المشرع، نلخص بعض الحالات سواء ما تعلق منها بالمساعدة في تعيين المحكم (المحكمين) إذ أن الأصل أن تعيين المحكم (أو المحكمين) وعزله (عزلهم) واستبداله(استبدالهم) يدخل ضمن اختصاص الأطراف، إلا أن القاضي الوطني يملك صلاحية التدخل في هذه المهمة، في حالة غياب التعيين أو عدم الاتفاق عليه أو طلب احد الطرفين المساعدة لعزل أو استبدال المحكم في كل الحالات يجب أن يرفع الطلب بالطرف المعني بالتعجيل إلى القاضي المختص، حسب ما نصت عليه المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري¹، كما أن سلطة القاضي في رد المحكمين

نذكر بأن المشرع الجزائري بعد تطرقه لحالات الرد في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، أكد على اختصاص القاضي في الفصل في طلب الرد، بأمر بناء طلب من يهيمه التعجيل

¹ - تنص المادة 1041 من ق.إ.م ، إ.ج على: "يعين القاضي المحكم بأمر على ذيل العريضة مما لا يسمح بالاستماع إلى جميع الأطراف بما فيهم المحكم المعين، وهذا من شأنه أن يعرقل عملية تشكيل المحكمة التحكيمية ويؤثر على الفعالية المرجوة من التحكيم خاصة إذا عمد أحد الأطراف إلى الشروع في إجراءات "رد المحكم" أو إذا رفض المحكم المعين المهمة المسندة إليها مما يجعل تشكيل محكمة التحكيم غير صحيح وفق القانون الجزائري.

² - تنص المادة 1016 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف

في الحالة الاستثنائية التي لا يتضمن فيها نظام التحكيم كليات تسوية النزاعات الخاصة بإجراءات رد المحكمين وعجز الأطراف على الاتفاق على هذه الإجراءات، ويكون أمر القاضي في هذه الحالة غير قابل لأي طعن.

وبخلاف مهمة إنهاء المحكمين فإنه إذا رفض المحكم القيام بمهمته أو تعذر عليه ذلك بحصول مانع له أو إذا انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير في إجراءات التحكيم، ولأجل ذلك يتفق الطرفان على عزله، يجوز لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، أن يأمر بإنهاء المهمة التحكيمية بناء على طلب أحد الخصوم¹ إذا رفض المحكم القيام بمهمته أو تعذر عليه ذلك بحصول مانع له أو إذا انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير في إجراءات التحكيم، ولم يتفق الطرفان على عزله يجوز لرئيس المحكمة، التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أن يأمر بإنهاء المهمة التحكيمية بناء على طلب احد الأطراف، حيث نصت المادة 1024 فقرة 2 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على : "ينتهي التحكيم بوفاة احد المحكمين ورفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه"²، كل هذا الأمر يؤدي إلى تعزيز مبدأ تنفيذ الحكم التحكيمي لأنه لا ينفذ الحكم التحكيمي في الجزائر إلا إذا كان غير مخالف للنظام العام الدولي، ويتم التنفيذ بعد أن يصدر رئيس المحكمة التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ، إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني، أمر بتنفيذ (أي إعطائه الصيغة التنفيذية) السابقة وغيرها، حرص القانون التحكيمي الجزائري (ومعظم قوانين التحكيم المقارنة)، على تنظيم كيفية تدخل القضاء لمساعدة التحكيم وتدعيمه، كدور جديد يناط بجانب دوره التقليدي المتمثل في الرقابة

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3- عندما تبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليتها، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

¹ - احمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 226.

² - تنص المادة 1009 من الأمر رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ الإجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".

اللاحقة على أعمال المحكمين، يبدأ دور القضاء في مساعدة هيئة التحكيم مع ميلاد اتفاق التحكيم، ويستمر حتى بعد صدور حكم المحكمين، لكن المشرع حرص على حصر وتحديد حالات تدخل القاضي وتضييقها في معظم الأحيان، حتى لا يترتب على المبالغة فيها شل فعالية التحكيم واحتوائه من طرف القضاء الوطني فيمس بذلك الجوهر القضاء السليم لعملية التحكيم¹.

ب/ دور القاضي الوطني ضمن أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

الحد من تدخل المحاكم في التحكيم التجاري الدولي من أهم متطلبات تحقيق فعالية هذا التحكيم لذلك حرصت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على إقرار هذا المفهوم بشكل صريح، حيث نصت المادة الخامسة « في المسائل التي ينظمها هذا القانون لا يجب لأي محكمة أن تتدخل إلا حيث يكون منصوصا على ذلك في هذا القانون"، وبما أن الحد من التدخل للمحاكم يستلزم بالضرورة تحديد حالات التدخل، فقد جاء في المادة السادسة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 المعدل سنة 2010 تحت عنوان "محكمة أو سلطة أخرى لأداء وظائف معينة تتعلق بالمساعدة والإشراف في مجال التحكيم"، النص على الحدود التي يمكن للمحكمة أو المحاكم الوطنية أن تتدخل فيها في مسائل التحكيم التجاري الدولي، إذ أنه في حالة تعيين المحكمين أو ردهم، فإنه للأطراف حرية الاتفاق على الإجراء الواجب إتباعه في تعيين المحكم والمحكمين، فان لم يكونوا قد اتفقوا على ذلك وجب إتباع الإجراءات التالية :

- في حالة التحكيم بثلاثة محكمين، يعين كل من الطرفين محكما، ويقوم المحكمان المعينان بتعيين المحكم الثالث، وإذا لم يتم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث تؤول مسألة تعيينه إلى المحكمة أو السلطة المختصة².

- المحكم الفرد إذا لم يستطع الطرفان الاتفاق على تعيينه، تقوم المحكمة المختصة بهذا التعيين إذا طلب منها أحد الطرفين ذلك، كما نصت المادتان 13 و14 من القانون على سلطة القاضي الوطني في التدخل من أجل إنهاء ولاية المحكم الذي لم يستطع القيام بمهمته على أحسن وجه، وكذلك

¹ - حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سابق، ص 442.

² - بودودة سعاد، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار، مذكرة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،

لتصدي المسألة رد المحكم إذا توفرت أسباب الرد¹، وذلك بقرار نهائي غير قابل للطعن، على أنه لا بد من التوضيح أنه يمكن لأي طرف الدفع بعد اختصاص هيئة التحكيم أو تجاوزها سلطتها، ولهذا الهيئة أن تفصل في الدفع، إذا قررت أنها مختصة تتدخل المحكمة أو السلطة المختصة في الدولة المضيفة للاستثمار، بطلب من احد الأطراف للفصل في موضوع الاختصاص المثار بقرار غير قابل للطعن²، ومن جهة أخرى يتعين على المحاكم الوطنية الاعتراف باتفاق التحكيم الصحيح ذي الأثر الممكن تنفيذه، فتحيل طرفي أي دعوى ترفع أمامها بشأن مسألة مرتبطة، بالاتفاقية إلى التحكيم بناء على طلب احدهما قبل الخضوع في موضوع الدعوى، كما نص القانون النموذجي على حالات أخرى لتدخل السلطة القضائية، كحالات الطعن في قرار التحكيم عن طريق طلب الإلغاء (المادة 34)، أو مساعدة هيئة التحكيم للحصول على الأدلة في إجراءات التحكيم (المادة 27) أو اتخاذ إجراءات وقتية سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثناءها (المادة 9 و17)، أو في مسألة الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها (المادة 35 و36)، و باستقراء لكل ما تقدم، نستخلص بأنه وفقا لنصوص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تلعب المحاكم الوطنية دورا مهما في مساعدة هيئات التحكيم، ابتداء من مرحلة الاتفاق على التحكيم، حتى تنفيذ قرار المحكمين، لما لها من سلطات واسعة في اتخاذ الإجراءات الردعية الضرورية في بعض المسائل والمواقف.

لكننا نرى بان القضاء يقوم بدور تكميلي في القضايا التحكيمية، لان اتساع نطاق تدخله قد يقلص من فعالية التحكيم، ويضيق مجالات الحماية للاستثمارات الأجنبية، ويدفع المستثمرين إلى العزوف عن الاستثمار في الدولة التي توسع نطاق تدخل قضائها .

ثانيا: الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع المتعلقة بوقف الدعوى لطابعها الاستعجالي

حاول بعض الفقه الرد على الانتقادات التي تتعلق بتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية ، إذ يتعلق البطلان بسبب خاص أقامه الأطراف بإرادتهما و لا يتعلق الأمر بالأسباب العامة للبطلان ، و أن هذا البطلان يتعلق بالحل ، كما أنه تلافي الانتقاد الثاني المتعلق بأن اتفاق التحكيم قد يتم في مرحلة لاحقة لقيام الخصومة ، فكيف يبطلها في هذه الحالة ؟ و خصوصا أنه يترتب على الدفع بوجود اتفاق تحكيم التزام المحكمة بوقف الدعوى لحين الفصل في

¹ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 181.

² - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 217.

النزاع من هيئة التحكيم المختصة¹، وقد نصت بعض التشريعات على أنه يترتب على الدفع بوجود اتفاق التحكيم التزام المحكمة بوقف الدعوى، حيث نص الفصل 3 من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لعام 1925 على أنه إذا رفعت دعوى أمام أية محكمة فيدرالية أمريكية في نزاع اتفق كتابة على إحالته إلى التحكيم يجوز للمحكمة التي رفعت أمامها دعوى بعد التأكد من أن المسألة المتنازع عليها تدخل في إطار الحكم التحكيمي الاستعجالي بناء على طلب أحد الأطراف على أن يكون هذا الطرف غير متخلف في الإجراءات التحكيمية²، إذا كان اتفاق التحكيم يمنع القضاء العادي من نظر النزاع المتفق على طرحه على التحكيم، احتراماً لإرادة الأطراف³ التي أقرها المشرع فإن الإشكال يكمن في نطاق هذا الأثر فهل يقتصر هذا المنع على القضاء العادي أم يمتد ليشمل اختصاص وسلطة القضاء المستعجل في اتخاذ التدابير المؤقتة ذات العلاقة بموضوع النزاع؟ ثم هل يمكن للهيئة التحكيمية اتخاذ قرار مستعجل أثناء عملية التحكيم؟ وهل يجوز الاتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في المسائل المستعجلة؟ أم المسائل المستعجلة تعد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها؟ هذه التساؤلات تدفع للبحث والتحري في القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية عن أثر اتفاقية التحكيم على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة: أعطى المشرع الجزائري الحق للمدعي عليه في التمسك باتفاق التحكيم، إذا قام المدعي باللجوء إلى القضاء بشأنها على التحكيم لكنه نص على عدم اختصاص القاضي بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا أثبت الطرف المتضرر وجود اتفاقية تحكيم صحيحة. فإشارة المشرع إلى استبعاد فحص الموضوع، يترك المجال مفتوحاً للتساؤل عن مدى استبعاد دور قاضي الأمور المستعجلة خاصة إذا نظرنا إلى ما جاء في المادة⁴ 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أعطى محكمة التحكيم إمكانية الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك، وجعل تدخل القاضي الوطني محصوراً في تقديم الدعم

¹ - أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 58.

² - مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات الاستثمار، مقال منشور في مجلة نقابة المحامين، مصر، العدد التاسع، سنة 2002، ص 63.

³ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 13.

⁴ - تنص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تتخذ إجراءات مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف".

للهيئة التحكيمية، حيث يجوز لهذه الأخيرة أن تطلب تدخله إذا لم يقيم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، بينما الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أعلاه تنص على "يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

استناداً إلى هذا النص، يمكن لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بالتدابير المؤقتة¹، ويقرها بطلب الضمانات الملائمة بناء على مبدأ احترام إرادة الأطراف الذي يعتبر أساس التحكيم التجاري الدولي، لذا فإنه إذا حولت اتفاقية التحكيم هيئة التحكيم صراحة النظر في المنازعات الموضوعية والتحفظية الخاصة بالنزاع المتفق بشأنه على التحكيم، فليس من حق المحكمة الوطنية اتخاذ مثل هذه الإجراءات إلا إذا طلبت الهيئة التحكيمية مساعدتها في تنفيذ ما اتخذته من إجراءات مؤقتة، أما إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم إحالة المسائل المستعجلة إلى هيئة التحكيم فلا يمكن لهذه الأخيرة نظرها، لأن سلطتها استثنائية ومستمدة من اتفاقية التحكيم، ولا يجوز لها تجاوزها، عندئذ يمكن الرجوع للقواعد العامة، وفتح الباب لقاضي الأمور المستعجلة للبت في أي طلب لاتخاذ تدبير مؤقت أو أي إجراء آخر، يمكن القول أن المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تمنع المحاكم الجزائرية من نظر الدعاوى الموضوعية الداخلة في إطار اتفاق التحكيم دون المنازعات في القضايا ذات الطابع الاستعجالي، التي تبقى ضمن الاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة. فلا تناقض بين إحالة موضوع نزاع للتحكيم والإبقاء على الاختصاص في المسائل المستعجلة للقاضي المختص كما حدده قانون الإجراءات المدنية والإدارية واللجوء للتحكيم، لأن دور القاضي في هذه الحالة هو دور مساعد وليس دور تدخل، قد يحدث أن تقوم منازعة مستعجلة بعد الاتفاق على التحكيم، وقبل تشكيل الهيئة التحكيمية في هذه الحالة نكون أمام خطر محقق يهدد مصلحة أحد الطرفين لا يمكن تجنبه إذا انتظرنا إلى غاية تشكيل المحكمة التحكيمية، لطرح النزاع أمامها فيكون في هذه الحالة تدخل القضاء الوطني ضرورياً للمحافظة على الحق المهدد وبالتالي يدعم تدخل القاضي في فعالية اتفاق التحكيم.

¹ - تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي 93-91 والقانون المقارن مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004، ص 63.

أكد المشرع المصري، على حرية الأطراف في الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب إحداها¹، وإن كانت جميعها تصب في عدة محاور بحيث انه يمكن أن تأمر أيا منهما اتخاذ ما تراه مناسباً من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به، وفي حالة عدم تنفيذ التدبير طوعاً، يمكن اللجوء إلى القاضي المصري لإصدار الأمر بتنفيذ التدبير، و في الواقع أن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بوقف الدعوى ليس إلا لتبرير أو لتخطي ما ذهب إليه البعض من أن الدفع بالتحكيم ليس إلا دفعا للمطالبة القضائية بغض النظر عن طابعها الاستعجالي، و هو محل نظر في اعتقادنا، إذ أن الاتفاق على التحكيم ليس اتفاقاً على وقف الخصومة أمام القضاء، فهو ليس من قبيل الوقف الاتفاقي الذي يفترض معاودة الخصوم للحضور للمحكمة بعد فترة زمنية معينة يستعدوا فيها لتقديم دفاعهم

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية والأنظمة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، فقد أجاز نص المادة 23فقرة 2 من نظام التحكيم الخاص لغرفة التجارة الدولية للأطراف، قبل إرسال الملف إلى هيئة التحكيم، اللجوء إلى أية سلطة قضائية للحصول على تدابير مؤقتة أو تحفظية، ولا يعد اللجوء إلى تلك السلطة على هذا النحو انتهاكاً لاتفاق التحكيم²، ولا يشكل عدولاً عنه ولا ينال من اختصاص هيئة التحكيم في هذا الشأن غير أن الفقرة الأولى من المادة 23 السالفة الذكر اعترفت أيضاً هيئة التحكيم باختصاص قاضي الأمور المستعجلة، وهذا ما دعا إليه جانب من الفقه حين يؤكد بان اتفاق التحكيم، وان كان لا يسلب قاضي الأمور المستعجلة اختصاصه، إلا انه يمكن أن تخول هيئة التحكيم أيضاً البت في المسائل المستعجلة، فيكون الاختصاص مشتركاً بين قاضي الأمور المستعجلة وهيئة التحكيم³، كما تطرق كذلك قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المعدل سنة 2010، إلى التدابير المؤقتة في الفصل الرابع، حيث أعطت سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة لهيئة التحكيم وجعلت دور القاضي الوطني مساعداً، فقد نصت المادة 17 من القانون على:

¹ - جمال محمود الكردى، مرجع سابق، ص 90.

² - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 69.

³ - أحمد إسكندر، مرجع سابق، ص 113.

"يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب احد الطرفين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك و يكون ذلك عن طريق التدبير المؤقت هو أي تدبير وقتي سواء أكان في شكل قرار أم في شكل آخر، تأمر فيه هيئة التحكيم أحد الطرفين في أي وقت، يسبق القرار الذي يفصل نهائيا في النزاع بما يلي:

- أن يبقى الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع أو:

- أن يتخذ إجراء يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها أو يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر المساس أو أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق أو أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة وجوهرية في حل النزاع"، وقد ألزم القانون الأطراف بالاعتراف بالتدبير المؤقت ونفاذه، وإذا لم يتحقق ذلك، يتعين على الطرف المعني بالتنفيذ اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب الأمر بالتنفيذ¹، كما أنه لا بد من التوضيح أنه عندما يتعرض نزاع موجود فعلا إلى تهديد جديد ووقائع حقيقية تفقد الحكم المنتظر كل فعاليته، يتعين اتخاذ قرارات سريعة وملائمة للحفاظ على الحقوق المهددة، وهنا تظهر أهمية الإجراءات المؤقتة التي يجب أن تقوم بها الهيئة التحكيمية و/ أو الجهات القضائية لكن اتفاقية واشنطن لسنة 1965، لم تفصل في مسألة الإجراءات الوقائية أو التحفظية ولم تحدد الشروط التي يجب أن تحقق حتى يمكن الأمر بهذه الإجراءات، بل نصت المادة 37 على جواز إصدار توصية من طرف محكمة التحكيم المشكلة من طرف المركز بموافقة الأطراف، وباتخاذ كافة التدابير التحفظية التي تستهدف فقط المحافظة على حقوق الأطراف، يضاف إلى ذلك تأكيد إلزام قضاء الدولة بالانصياع إلى الأحكام القضائية² متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك بما أن النص يشير إلى "توصية" فإن تنفيذها يخضع إلى نية اتجاه الأطراف المعنية بها لتنفيذها طواعية.

أما في حالة رفض التنفيذ أو الالتزام بالإجراءات التحفظية المتخذة من طرف المحكمة التحكيمية، فإن هذه الإجراءات تفتقر إلى أي قوة ردعية قد يستدعي ذلك لجوء الطرف المتضرر إلى القضاء الوطني لطلب اتخاذ ما يحفظ له حقه المهدد³، خاصة وأن المادة 39 من لائحة المركز نصت

¹ - أحمد إسكندر، مرجع سابق، ص 115.

² - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 190.

³ - عبد العزيز سعد، إجراءات التبليغ والتنفيذ للسندات والأحكام القضائية الوطنية والأجنبية، دار هوم، 2016 الجزائر، ص 156.

في فقرتها الخامسة: "إن تدخل الجهات القضائية بطلب من أحد أطراف النزاع لاتخاذ تدابير تحفظية، سواء قبل أو أثناء إجراءات التحكيم، لا يشكل تناقضا ولا تعارضا مع اتفاق التحكيم ولا مع أحكام المادة 47 من الاتفاقية متى وجد اتفاق بين الطرفين على ذلك¹، و إذا كانت معظم القوانين والاتفاقيات الدولية أعطت القضاء الداخلي دورا هاما في إصدار أوامر الإجراءات التحفظية فان الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية²، أعطت هذا الدور للهيئة التحكيمية فقط، وهذا ما تنص عليه المادة³ 29 من الاتفاقية، فلم تنص الاتفاقية على الظروف الملائمة لاتخاذ الإجراء التحفظي بل تركت ذلك للسلطة التقديرية لمحكمة التحكيم، ولم تشر إلى أي دور للقاضي الوطني في اتخاذ هذا النوع من الإجراءات، غير أن الاتفاقية تسمح للمستثمر العربي باللجوء إلى قضاء الدولة المستقبلية لاستثماره، إلا أن رفع الدعوى إلى محكمة الاستثمار يمنع ذلك للمستثمر من اللجوء إلى قضاء الدولة المستقبلية للاستثمار والعكس بالعكس أي أن رفع الدعوى أمام قضاء تلك الدولة يمنع من عرضه على محكمة الاستثمار العربي⁴ وفقا لأحكام المادة 31، إن القاسم المشترك بين جميع القوانين والنصوص المشار إليها سابقا، يتمثل في إجماعها على عدم تأثر اختصاص قاضي الأمور المستعجلة المنصوص عليه في القوانين الداخلية (الوطنية)، في اتخاذ إجراء تحفظي، بما تخوله اتفاقية التحكيم للهيئة التحكيمية من اتخاذ إجراءات مماثلة وعلى اعتبار اللجوء إلى القاضي لطلب أي إجراء مؤقت لا يعني التنازل عن اتفاقية التحكيم، كما أن هذه القوانين لم تضع الشروط التي يجب توافرها حتى ينعقد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة، وهذا يعني الإحالة إلى القواعد العامة التي تشترط قيام حالة الاستعجال وضرورة التزام القاضي كما رأينا في معظم الاتفاقيات والنصوص، خاصة قانون التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المسمى قانون (الأونيسترال) (Uncitral).

لذا فانه لا يوجد تعارض بين نظام التحكيم واختصاص المحكم واختصاص قاضي الأمور المستعجلة، فهذا الأخير (Uncitral) يحكم في المسألة المطروحة أمامه بصفة مؤقتة دون المساس بأصل

¹ - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 288.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 365.

³ - تنص المادة 29 من الاتفاقية على: "للهيئة بناء على طلب أحد من الطرفين أن تتخذ أي إجراء مؤقت أو تحفظي تراه ضروريا".

⁴ - قادري عبد العزيز، مرجع نفسه، ص 368.

الحق ولا يؤثر بتاتا على الحكم في الموضوع الذي سوف تصدره الهيئة التحكيمية، بل يعتبر سندا لها وداعما لفعالية أحكامها حتى في الحالات التي اعترف فيها لهيئة التحكيم باتخاذ التدابير التحفظية باعتبارها محكمة موضوع، فإن معظم قراراتها في هذا المجال لا تكون ذات فعالية لأنها سوف تصطدم بعقبات قانونية ومادية عند تنفيذها¹، فهي لا تملك سلطة الردع ولا سلطة إجبار الأطراف على الالتزام بأوامرها، فلا مناص من طلب تدخل القاضي الوطني المختص لمساعدة الهيئة التحكيمية على تنفيذ الإجراءات الوقتية التي اتخذتها²، أو أنها تطلب منه اتخاذ هذه الإجراءات ومتابعة تنفيذها لما يملكه من سلطة المتابعة وإدارة أوامر التنفيذ الجبري³.

المطلب الثاني :

نطاق الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

إن الالتجاء للتحكيم و تشكيل هيئة التحكيم لا يتم دفعه بالتهجاء الشخص للقضاء بدعوى عدم الاعتداد باتفاق التحكيم و انعدامه ، بل يكون الطريق الصحيح في هذه الحالة التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم ، في نفس ميعاد رد المدعى عليه في التحكيم ، إذا قبلت هيئة التحكيم الدفع بعدم اختصاصها بالتحكيم ، و هو ما يؤدي إلى طرح جدوى الأخذ بهذا المسلك في قضاء التحكيم و ماهية الغاية منها ؟ للإجابة عن هذا نتناول المقصود بالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم (الفرع الأول) ، إلا انه من الناحية القانونية و الأخلاقية المتعارف عليها فإنه لا يمكن السير في النزاع و بالأخص عند التطرق إلى الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم ، و هو دفع خطير في أغلب الحالات لمن يتمسك به ، لذا اقتضت الضرورة تناول مبدأ الاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة مواصلة التحكيم (الفرع الثاني) .

¹ - مهدي جزيرة، توطين الاستثمارات العربية في الوطن العربي، مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2012، ص 58.

² - تشام فاروق، الاستثمارات العربية، واقعها وأفاقها في ظل النظام العالمي الجديد، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الاستثمار والتمويل، تطوير الإدارة العربية لتطوير الاستثمار، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2004، ص 45، ينظر إلى www.Arablawinfo.com ، تاريخ الإطلاع : 2017/12/01.

³ - كروم نسرين، إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ، 2007، ص 43.

الفرع الأول

المقصود بالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

في الحقيقة أن الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم شأن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع المقررة أصالة للقضاء¹ ، وأنه بفضل التوجه الدولي أمكن الاعتراف بها لهيئة التحكيم عند النظر أمامها² ، وقد حرصت أنظمة التحكيم الدولية من النص على سلطة هيئة التحكيم في الفصل بانعدام وجود اتفاق التحكيم وهي من المبادئ العامة المتفق عليها في قوانين الاستثمار³ ، بصيغة العموم عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص ، حيث تطرقت إليها المادة⁴ 16 من قانون التحكيم التجاري الدولي الأونيسترال (unictral) لعام 1985 و المعدل إلى غاية 2010 ، في الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم ، لذا سنتناول سلطة المحكمة إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم (أولا) ، ولكن لا يمكن دراسة انعدام اتفاق التحكيم دون التطرق إلى سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم (ثانيا)

أولا: سلطة المحكمة إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

إن الفصل في وجود وانعدام وجود اتفاق التحكيم من الولاية العامة للقضاء، وتكون للمحكمة البحث فيها في حالة وجود نزاع يتعلق باتفاق التحكيم، وقد تمسك المدعي عليه باتفاق التحكيم ففي هذه الحالة تتحقق المحكمة من وجود اتفاق التحكيم، علاوة على حق المدعي في تلك الدعوى من التمسك بالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم ، أو الدفع بعدم الاختصاص وقد كان هذا هو

¹ - ختال هاجر، ضمانات حماية حقوق الأقليات بين القانون الدولي والفكر الإسلامي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلة فصلية دولية محكمة متخصصة في العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر العدد الرابع، سنة 2014، ص 283.

² - زروقي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية دراسة تحليلية مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2002، ص 47.

³ - بن علي بن سهلة ثاني، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الاتفاقي، محاضرات في التحكيم الدولي، جامعة تلمسان، دون سنة نشر، ص 323.

⁴ - تنص المادة 16 من قانون التحكيم التجاري الدولي الأونيسترال (unictral) لعام 1985 و المعدل إلى غاية 2010 على: " يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها ، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته "

الأصل في التنظيم العام للتمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم¹ ، دون أن يكون لهيئة التحكيم أي اختصاص أثناء نظرها للنزاع بالفصل في هذه المسائل ، و بصدر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ، ترجم المشرع المصري التوجهات الدولية بشأن الاعتراف لهيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص² ، وقد أثار نص المادة 22 من قانون التحكيم المصري الخلاف حول سلطة المحكمة في الفصل في صحة و بطلان و سقوط و عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع و سلطة هيئة التحكيم في الفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم ، ما بين القول باختصاص المحاكم بالفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم و بطلانه و سقوطه و عدم شموله لموضوع النزاع ، عند وجود خصومة أمام القضاء³ ، في حالة تمسك المدعى عليه بالتحكيم خصوصا و أن سلطة هيئة التحكيم تختص بالنظر في صحة اتفاق التحكيم و بطلانه دون الفصل في هذه المنازعة بالنسبة للمنازعات المطروحة على هيئة التحكيم ، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هيئة التحكيم تملك الفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم دون الوقوف عند نظره فقط ، و بعدم اختصاص القضاء بالفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع ، أما المشرع الجزائري فلم يتوسع في الأمر كثيرا ، رغم أهمية هذه الجزئية ، فقد نص في المادة 1044 فقرة 2 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على : " تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع " ربما لحدثة و عدم وجود قضايا منازعاتية في هذا الشأن⁴ ، مما يؤدي إلى القول أنه قد أصبح اللجوء إلى التحكيم قاعدة⁵ ، دون التوغل في بنود العقد من جهة و من جهة أخرى فإنه يجعل الدولة غير ملزمة باللجوء إلى التحكيم إلا إذا اتفقت مع المستثمر على ذلك، ولكن المشرع الجزائري لوحظ أنه قام

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 190.

² - تنص المادة 22 من قانون 27-94 المتعلق بالتحكيم المصري على : " تفصل هيئة التحكيم في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبني على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ... "

³ - هند بن عمار، المسؤولية عن تخلف التنمية الاقتصادية في الدول النامية، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجزائر، 2004، ص 188.

⁴ - قرني ياسين، مرجع سابق، ص 94.

⁵ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق ، ص 263

باستدراك هذه الجزئية ، في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و أندونيسيا¹ ، ووضع البند المتعلق بسلطة المحكمة إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم² ،

في الاتفاق المبرم بين الجزائر واندونيسيا في المادة 9 فقرة 2 التي تنص على: "إذا لم يسوى الخلاف بين الطرفين المتعاقدين في خلال ستة أشهر، يحال بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيمية في جميع الحالات المتعلقة باتفاق التحكيم"، إن اختيار هذا الإجراء يكون إلزامياً ونهائياً، في هذه الحالة يكفي أن يتقدم المستثمر بطلب التحكيم حتى ينقصد الاتفاق ويصبح ملزماً للدولة المضيفة³، وبه تعد مسألة الدفع بانعدام اتفاق التحكيم مسألة موضوعية تناقش في صلب الاتفاقيات الدولية، أما فقهاء فقد برزت رأيان، الأول يدعي بحق إلى القول باختصاص القضاء بالفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم ، و بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم⁴ ، باعتبار أن هيئة التحكيم تعد صاحبة الولاية العامة، تفضل صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم ، بينما يرى رأي آخر للقول باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم .

وفي تقديري الشخصي أرى رجحان الاتجاه الأول باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة وأنه هو المختص في النظر في صحة و بطلان العقود و شروط التحكيم دون الفصل فيها ، كما أن الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم شأن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع المقررة أصالة للقضاء ، و أنه بفضل التوجه الدولي أمكن الاعتراف بها لهيئة التحكيم ، و تطبيقاً على ذلك يمكن تأسيس سلطة هيئة التحكيم في هذه الحالة على أساس أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين أن

¹ - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية إندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع بالجزائر في 21 مارس سنة 2000، و المصادق عليه بموجب رئاسي رقم 12-226 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1423 الموافق ل 22 يونيو سنة 2012 ج ر، عدد 45، الصادرة بتاريخ 30 جوان سنة 2012.

² - عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2004، ص 12.

³ - خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 192.

⁴ - كامران الصالحى، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والإقليمية في تسوية منازعات الاستثمار، مجلة فصلية تصدر عن كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2001 سنة ، ص 1253.

ينصب على محل معين ، لذا يتعين على المشرع الجزائري استكمال ما أعاد بناؤه في تفعيل أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تدارك هذا الأمر عن طريق تشريع يخدم المتعاملين الاقتصاديين

ثانيا: سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

يترتب على الحكم برفض الدفع تقرير سلطة هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اتفاق التحكيم ويترتب على الحكم في موضوع النزاع استنفاد هيئة التحكيم لولايتها بالفصل في النزاع ، فلا يجوز إعادة طرح الموضوع على هيئة التحكيم مرة أخرى ، باستثناء الحالات العامة للطعن في الحكم التحكيمي مثل تفسير وتصحيح الأحكام وحالة إغفال الهيئة لموضوع من موضوعات اتفاق التحكيم ، فيجوز اللجوء إليها بطلب تحكيم إضافي¹ ، لذا سنتناول مدلول عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع (أ) ، و لكن هذا الشمول لا يكون إلا عن طريق تحديد سلطة المحكمة إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع (ب) ، و لكن سلطة المحكمة لا تكفي فلا بد من سلطة هيئة التحكيم في حد ذاتها(ج)

أ/مدلول عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع :

الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع يتصور إثارته أمام القضاء كدفع مقابل الدفع بالتحكيم ، كما يتصور التمسك به أمام هيئة التحكيم عند نظر موضوع التحكيم² ، وفي الواقع أن اتفاق التحكيم قد يتضمن المسائل المتنازع عليها وقد لا يتضمن هذه المسائل مطلقا³ ، وقد لا يتضمن جميع المسائل المتنازع عليها، كما قد يتطرق الأطراف لمسائل أخرى غير الواردة في الاتفاق فإذا انصرف التحكيم للمسائل المتفق عليها في اتفاق التحكيم ، كان حكم التحكيم موافقا للقانون وفي هذه الحالة تحكم هيئة التحكيم برفض الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع إذا مادفع أمامها بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع ، و قد يتضمن اتفاق التحكيم بعض المسائل المتنازع عليها ، و في هذه الحالة يصح حكم المحكمين في حدود المسائل المتنازع عليها ، و في هذه الحالة يصح حكم المحكمين في المسائل التي شملها اتفاق التحكيم ، كما حرصت أنظمة التحكيم الدولية

¹ - ياسر محمد أبو زيد الفقى ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية " بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان القاهرة ، مصر ، 2012 ، ص 151.

² - محمد كولا، مرجع سابق، ص 13

³ - عمار معاشو، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989، ص 121

من النص على سلطة الفصل في الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع بصيغة العموم عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص¹، و لهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى و منها موافقة أطراف النزاع على عرضه على جهة تحكيمية معينة و هو ما أكدته اتفاقية واشنطن بنص المادة 26 منها²، لذا سنتناول :

ب/ سلطة المحكمة إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع :

إن الحديث عن سلطة المحكمة إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع ، يقتضي القول باختصاص القضاء بالفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم و العقود المتعلقة به ، و بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة و بطلانه دون أن يكون لها الفصل في هذه المنازعة وأن المحاكم -باعتبارها صاحبة الولاية العامة - تظل صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم ، فإذا تبين لهيئة التحكيم صحة الدفع بانعدام و بطلان اتفاق التحكيم و عدم صحته ، فإنها تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع ، و إذا تبين لها عدم صحة الدفع ، فيكون لها الحكم على استقلال برفضه أو الاستمرار في الموضوع لتفصل في الدفع³ و الموضوع بحكم واحد عند الفصل في موضوع نهاية التحكيم ، خصوصا و أن محاكم الدولة تظل لها الولاية العامة بنظر الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم سواء قبل أو بعد تشكيل هيئة التحكيم ، فإذا ما رفعت دعوى أمام القضاء و تمسك المدعى عليه بالتحكيم ، فيكون للمدعي التمسك بانعدام و جود اتفاق تحكيم في دعوى تعيين المحكمين ، كما يجوز رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بشروط التحكيم ، إذا ما توافر ركن الاستعجال اللازم لقبول الدعوى و في جميع الأحوال لا تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم⁴ ، و ذلك ما نصت عليه المادة 22 من قانون التحكيم المصري من

¹ - ومن ذلك نص المادة 16 من قانون التحكيم التجاري الدولي الأونيسترال (unictral) لعام 1985 و المعدل في سنة 2010 و التي نصت على : "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها ، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته "

² - وهذا ما أكدته نص المادة 26 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965: "موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر، ما لم ينص على غير ذلك، تخليا عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية" يؤدي القبول بالتحكيم إلى إلزام الدولة بكل النتائج المترتبة عنه، ولا يمكنها الدفع بالحصانة القضائية لرفض الامتثال أمام الهيئة التحكيمية أو إنكار اختصاصها

³ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 192.

⁴ - أحمد إبراهيم عبد التواب ، مرجع سابق ، ص 275.

حصر سلطة المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة إثبات عدم الاختصاص لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع ، و أن الاختصاص بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم ، يظل اختصاصا حصريا للقضاء .

وفي تقديري ، أرى أن دور القضاء هو صاحب الولاية العامة ، و أنه هو المختص بالفصل في صحة و بطلان العقود و شروط التحكيم الواردة بها ، خصوصا مع اقتضار أن هيئة التحكيم دورها يتمثل في بحث عن صحة و بطلان اتفاق التحكيم دون الفصل فيها للتمكن فقط من بحث اختصاصها من عدمه، و في جميع الأحوال يتعين أن يراعى أن يكون ذلك بالنسبة لطلبات التحكيم المنظورة أمامها ، مع كفالة حق القضاء في البحث في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم عند بحثه لنزاع تمسك المدعي فيه بالتحكيم ، وأنه يكون للمدعي في هذا النزاع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم و انعدامه وسقوطه وعدم شموله للنزاع ، ولا يجوز في هذه الحالة الدفع باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في تلك الدفوع ، وعدم اختصاص محاكم الدولة بها ، كما أن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع أمام المحكمة يكون دفعا مقابلا للدفع بالتحكيم ، حيث يساعد هذا الدفع المحكمة في تقييم الدفع بالتحكيم من عدمه ، والمنطقي أن المحكمة لو توصلت لعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع أن تستمر في الدعوى و تفصل فيها برفض الدعوى للتحكيم ، ولم يحدد لا المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا أحكام القوانين المقارنة¹ ، ولا حتى الاتفاقيات الدولية ذلك والجدير بالذكر أن تحقق المحكمة من انطباق شرط التحكيم المدفوع بت على النزاع يعد من المسائل الأساسية التي تضطلع بها المحكمة دون حاجة للدفع بعدم شمول الاتفاق للنزاع من عدمه، فإذا تبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم لا يشمل النزاع² ، تغاضت المحكمة عن الدفع و التحكيم و يكون لها الفصل في موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم ، أما إذا رأت المحكمة أن اتفاق التحكيم يشمل النزاع قضت بقبول الدفع بالتحكيم .

¹ - كامران الصالحى، مرجع سابق، ص 1199.

² - خليل بوصنورة، مرجع سابق، ص 365.

ج/سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع:

تطرق المشرع المصري وفقا لأحكام المادة 22 من قانون التحكيم المصري ، إلى طريقة خاصة ، و هي تعد في حقيقة الحال نموذجية مقارنة ، مع النصوص القانونية المقارنة الدولية منها والعربية التي لها علاقة بالتحكيم ، حيث أوجب المشرع تقديم هذا الدفع فورا وإلا سقط الحق فيه، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير لسبب مقبول ، وهذه الطريقة في إبداء الدفع بعدم الشمول الاتفاقي لموضوع النزاع ، وتختلف عن طريقة التمسك بسائر الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص والتي أجاز المشرع إثارتها أمام هيئة التحكيم ، في ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه في الدعوى المشار إليه في المادة 20 من قانون التحكيم 94-27 المصري ، و يترتب على عدم تقديم هذا الدفع في الميعاد المشار إليه سقوط الحق في التمسك بهذا الدفع¹ ، لكن السؤال المطروح هل يترتب على سقوط الدفع بعدم شمول اتفاق موضوع النزاع ، سقوط حق الخصم في التمسك بهذا السبب أمام القضاء بطلان حكم التحكيم لعدم شمول اتفاق التحكيم على النزاع ؟

في الحقيقة، أن المقصود بالسقوط هنا هو سقوط الدفع أمام هيئة التحكيم ، وبالتالي لا ينصرف إلى حق التمسك به في دعوى البطلان المتعلق بحكم المحكمة ، إذ أن المقرر في الفقرة 3 من المادة 22 من قانون التحكيم، أن رفض هيئة التحكيم الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع أو لجميع الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم ، يترتب عليه عدم جواز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها ، و من باب أولى لا تترتب على سقوط الحق في الدفع من التمسك به عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها .

علاوة على ما نصت عليه الفقرة "و" من المادة 53 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، جاء التأكيد وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار (ICSID) تطرقت المادة 23 فقرة 2 والتي جاء نصها " لا تقبل دعوى البطلان إلا في الحالات الآتيةو إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها الاتفاق على التحكيم أو جاوز حدود اتفاق التحكيم، وإلا وقع حكم التحكيم الصادر في تلك المسألة باطلا ، واستثناء من ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له ، فلا يقع البطلان إلا

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 204

على الأجزاء الأخيرة وحدها"، و لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم هذا الدفع¹.

ويترتب على الحكم برفض الدفع تقرير سلطة هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اتفاق التحكيم، و يترتب على الحكم في موضوع النزاع استنفاد هيئة التحكيم لولايتها في الفصل في النزاع فلا يجوز إعادة طرح الموضوع على هيئة التحكيم مرة أخرى، باستثناء الحالات العامة للطعن في حكم التحكيم مثال تفسير و تصحيح الأحكام وحالة إغفال الهيئة لموضوع من موضوعات اتفاق التحكيم، فيجوز الالتجاء إليها بطلب تحكيم إضافي، وسلطة هيئة التحكيم للفصل في هذا الدفع تعتمد على القانون الواجب التطبيق إجرائياً على النزاع خاصة في ظل التحكيم التجاري الدولي وتخضع هيئة التحكيم في نظر الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع في هذه الحالة للقواعد المتفق عليها من أطراف اتفاق التحكيم، إذ قد تلجأ هيئة التحكيم لتطبيق القواعد المتعلقة بالقانون الوطني خاصة في التحكيم الداخلي، كما قد تلجأ لتطبيق قانون آخر حسب الاتفاق، والتنظيم الخاص لطريقة إبداء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم يتماشى مع طبيعة هذا الدفع وسهولة طرحه في الحالات التي يخرج فيها التحكيم عن المسائل المتفق عليها خاصة في الأحوال التي يكون فيها الأطراف متفقين على تحديد هذه المسائل في مشاركة التحكيم، الخطورة من هذا التنظيم تكمن في عدم حضور ذوي الشأن وحضور وكلاء عنهم جلسات التحكيم دون الانتباه للمسائل محل اتفاق التحكيم، و قد عاجلت اتفاقية واشنطن هذه الفرضية بالنص على جواز قبول الهيئة الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول، ويترتب على تحقق هيئة التحكيم من عدم شمول اتفاق التحكيم والدفع به قبل الكلام في الموضوع أو فوراً، اعتبار هيئة التحكيم غير مختصة بالنظر في النزاع، فإذا كان النزاع مطروحاً على هيئة التحكيم تحول الهيئة بعدم اختصاصها أو بانتهاء إجراءات التحكيم ويكون لها الحكم برفض الدفع ببطلان اتفاق التحكيم على استقلال، كما يكون لها النطق به عند الحكم في الموضوع، ومن ثمة نرى -بحق- أن فصل هيئة التحكيم في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم لا يعتبر قضاء في موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم بخلاف نص اتفاقية واشنطن

¹ - أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 284.

التي أكدت ذلك ، هي ووفقا لأحكام المادة 22 من قانون التحكيم المصري ، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يتطرق إليها على الإطلاق وحسنا فعل ذلك¹ .

لأن المتصور و هو أعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يكون الحكم الصادر من محاكم نفس الجهة القضائية ، حتى يمكننا الكلام في وحدة الموضوع و المحل و الأشخاص و بالتالي تعتبر دعوى البطلان بمثابة استئناف في الأحكام الصادرة في إجراءات التحكيم

الفرع الثاني :

الاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة مواصلة التحكيم

لم يعد هناك جدل في أن التحكيم الدولي قد أصبح المرجع الأساسي في حسم منازعات عقود الاستثمار بما يمثله من ضمانات للاستثمار الدولي ، وبمقدار ما يكون التحكيم عسيرا تكون حركة الاستثمار بطيئة وبمقدار ما يكون التحكيم سهلا وميسرا تنتعش حركة الاستثمار لذا حاولت أغلب الاتفاقيات الدولية تناولها لتفعيل ضمان الفاعلية للحكم التحكيمي (أولا)، ثم إن ما إن تصدر موافقة الطرفين المتعاقدين على اللجوء إلى التحكيم، حتى يصبح تراجع أحدهما عن الإرادة المنفردة غير مقبول وتستمر الخصومة التحكيمية حتى في حالة انسحابه أو رفضه تعيين المحكمة، لقد أقرت العديد من الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف هذا المبدأ ونصت عليه في أنظمتها وأحكامها (ثانيا)، واعتبرت أي محاولة من احد الأطراف لعرقلة مهمة المحكمة التحكيمية كالتقاعس عن تعيين المحكم أو الغياب على الجلسات أو غيرها، تعد باطلا لا يعتد به فيتم تسيير الخصومة التحكيمية بمعنى اتخاذ مواقف سلبية اتجاه إجراءات التحكيم (ثالثا).

أولا: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي

إن فاعلية التحكيم كأسلوب لفض و لتسوية المنازعات تتوقف على مدى القدرة على تطبيق الحكم التحكيمي، ذلك أنه إذا كانت الثمرة الحقيقية للتحكيم ، تتمثل في الحكم الذي يتوصل إليه المحكمون إليه ، فإن هذا الحكم لن تكون له أية قيمة علمية إذا لم يتم تنفيذه ، لذلك يكون من الضروري تحقيق الفعالية للحكم التحكيمي من خلال ضمان تنفيذه ، و مما لاشك فيه أن ما بعد

¹ - أحمد إبراهيم عبد التواب ، مرجع سابق 285.

التحكيم هو النتيجة أهم من عقد تحكيمي¹، وأهم من إجراءات التحكيم، فالأهم في التحكيم هو أن ينفذ الحكم التحكيمي، و لقد حرصت معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بصفة أساسية على الوصول إلى أيسر السبل لتنفيذ أحكام التحكيم، بغية تحقيق الحد الأقصى من الفعالية للحكم التحكيمي، مع الإقرار بالحق للقضاء الوطني في أعمال الرقابة على أحكام التحكيم، من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن على حكم التحكيم بالبطلان أمام قضاء دولة مقر التحكيم، أو أمام محاكم الدولة التي صدر الحكم بموجب قانونها، حيث اهتمت العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بموضوع التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم فوضعت القواعد اللازمة لضمان تنفيذه.

فقد قدمت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، تسهيلا ملحوظا لتنفيذ أحكام التحكيم، فجعلت القاعدة هي نفاذ أحكام التحكيم، والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر.

كما حرصت اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة سنة 1961 على ضمان التنفيذ لحكم التحكيم فنصت في المادة التاسعة على: "البطلان في إحدى الدول المتعاقدة للحكم التحكيمي طبقا لأحكام هذه الاتفاقية، لا يشكل سببا لرفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم في دولة أخرى طرف في الاتفاقية، و كذلك الشأن بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965 فقد حرصت على ضمان الفاعلية الدولية لأحكام التحكيم، حيث وضعت في المواد (53، 54) منها نظاما مستقلا و مبسطا بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة من هيئات التحكيم²، أما بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فقد أكد الفعالية الدولية لأحكام التحكيم كأصل عام و استثنى من هذا الأصل نظم طرق الطعن على أحكام التحكيم، و مما سبق نجد أن معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم و كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد استهدفت ضمان التنفيذ للحكم التحكيمي³.

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 203.

² - تنص المادة 53 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 على: " يكون الحكم ملزما للطرفين و لا يمكن الطعن عليه بأية طريقة، إلا في الحالات الواردة في هذه الاتفاقية، و يجب على كل طرف أن يحترم الحكم و ينفذه إلا إذا أوقف تنفيذه طبقا لأحكام هذه الاتفاقية".

³ - خالد كمال عكاشة، مرجع نفسه، ص 206.

ثانيا : منع الخصوم من التراجع على الاتفاق التحكيمي

لقد اقتضت ضرورة ضمان فعالية نظام التحكيم وضع قيود على إرادة أطراف اتفاق التحكيم فيما يتعلق بالانسحاب من هذا الاتفاق بعد أن تمت الموافقة عليه، وذلك لضمان جدية الأطراف المتنازعة في اتخاذ إجراءات إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم ، ولكي يحقق اتفاق التحكيم فاعليته والغاية المرجوة منه، فإن ذلك يتطلب أن يأتي في الشكل المطلوب، حسما لكل نزاع يمكن أن يحدث حول وجوده في المستقبل، فاتفاق التحكيم يضع قاعدة تلزم الأطراف الموقعة عليه، ويترتب على ذلك التزاما قانونيا على الأطراف بضرورة تطبيقه وتنفيذه بحسن نية، ومخالفة لهذا المبدأ يؤدي إلى تحمل الدولة المسؤولية الدولية، إلا في الظروف الاستثنائية مثل القوة القاهرة أو عندما تتفق الأطراف على قاعدة مخالفة، أو توصلهم إلى حسم الخلاف وديا ولا يجوز لأي طرف من الأطراف الحق في تعديل العقد أو فسخه منفرداً، لذا حرصت العديد من الاتفاقيات والأنظمة التحكيمية على النص صراحة على عدم جواز إنهاء إجراءات التسوية التحكيمية عن طريق الإرادة المنفردة لأي من أطراف النزاع أيا كانت طبيعة الأشخاص أطراف العلاقة.

فقد نصت اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، على منع الخصوم من التراجع على الاتفاق التحكيمي أو فسخه بالإرادة المنفردة إذا كانت موافقتهم على الاتفاق صحيحة. وقد تأكد هذا الاتجاه في بعض الأحكام الصادرة عن تحكيم المركز، بل يكفي وضع شرط اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقية الثنائية بين دولة-المستثمر والدولة المضيفة أو في أي اتفاقية متعددة الأطراف خاصة بحماية وتشجيع الاستثمار، دون تحديد لمركز النشاط أو المصالح الاقتصادية¹، نصت معظم الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، بحل المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لاستثماره بناء على اتفاق لاحق بين الأطراف، كما تم التوسع إلى كافة المسائل التي يوجد بشأنها نص يتيح اللجوء إلى التحكيم، وبذلك أصبح اللجوء إلى التحكيم قاعدة² وحظرة استثناء مما يجعل الدولة غير ملزمة باللجوء إلى التحكيم إلا إذا اتفقت مع المستثمر على ذلك،

¹ - قربي ياسين، مرجع سابق، ص 94.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 263

إن اختيار هذا الإجراء يكون إلزامياً ونهائياً، في هذه الحالة يكفي أن يتقدم المستثمر بطلب التحكيم حتى ينعقد الاتفاق ويصبح ملزماً للدولة المضيفة¹.

ثالثاً: اتخاذ مواقف سلبية اتجاه إجراءات التحكيم

قد يحاول أحد الطرفين المتعاقدين المعنيين اتخاذ مواقف سلبية اتجاه إجراءات التحكيم وذلك بالتماطل ومحاولة عرقلة الهيئة التحكيمية في أداء مهمتها ربحاً للوقت كأن يقوم الطرف في النزاع على سبيل المثال بالامتناع عن تعيين المحكم والمكلف هو باختياره، أو يقوم بالامتناع عن حضور إجراءات التحكيم وهذا يؤثر على سير عملية التحكيم وفعاليتها مما نجم عنه ضرورة الالتزام بتعيين المحكمين(أ)، وترتيباً عن هذا المبدأ المتقدم، فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الخاصة بالاستثمارات والقوانين الداخلية لبعض الدول اقترحت الحلول المناسبة للمحافظة على الدور الفعال للتحكيم التجاري الدولي، في حالة الامتناع عن المشاركة في خصومة التحكيم وذلك بعدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف (ب).

أ/الالتزام بتعيين المحكمين:

قد يلجأ الطرف سيء النية إلى عرقلة سير العملية التحكيمية عن طريق التقاعس في تعيين محكمة أو رفض التعيين ، أو أن يقوم بالامتناع عن حضور إجراءات التحكيم ، و هذا يؤثر على سير عملية التحكيم وفعاليتها ، لذلك كان من الضروري الاعتراف لها بالسلطة لمواجهة مثل هذه الإجراءات و استصدار حكم ملزم وفعال رغم الخطط المعوقة لعملية التحكيم التي قد يضعها طرف من الأطراف ، وترتيباً على المبدأ المتقدم ، فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم العديد من الإجراءات لمواجهة امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمة ، أو المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم وكذلك استمرار إجراءات التحكيم بالرغم من غياب أحد الأطراف عن الإجراءات و لمواجهة مثل هذه الوضعيات وضعت قوانين التحكيم الوطنية آليات دقيقة لتشكيل الهيئة التحكيمية دون موافقة الطرف المتمرد (1)، كما لجمل اتفاقيات الاستثمار الثنائية (2) أو متعددة الأطراف النص على هذه الآليات:

¹ - خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 192.

1/ الالتزام بتعيين المحكمين في القانون الجزائري والقانون المقارن:

اختيار المحكم يتم في الأصل في وقت متزامن مع الاتفاق على التحكيم¹، كأسلوب لحسم النزاع، و يكون هذا الاتفاق متضمنا اسم المحكم الذي اختاره الخصوم، إلا أنه قد يحدث مماثلة من أحد الأطراف في اختيار محكمة أو عدم قيامه بذلك بقصد تعطيل إجراءات التحكيم، لذا أحال القانون الجزائري للموضوع إلى القضاء الداخلي، بحيث يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، إذن تقوم الهيئات القضائية الجزائرية بتعيين المحكم، إذا تقاعس احد الطرفين عن تنفيذ التزامه في اتفاقية الاستثمار.

كما ذهبت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة إلى وضع الحلول لتفادي محاولة أحد الأطراف تعطيل الإجراءات بامتناعه عن تعيين المحكمين، وذلك من خلال تحديد هيئة قضائية أو إدارية تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الذي امتنع أو تقاعس عن تطبيق التزامه، وهو ما جسده المشرع المصري²، بتكريسه هذه القاعدة في تعيين المحكمين، فقد جاء في المادة السابعة عشرة (17) من قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة سنة 1994: "وإذا خالف احد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعنيان مما يلزم اتفاهما عليه، أو إذا تخلف الغير في ما عهد به إليه في هذا الشأن، تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناء على طلب احد الطرفين، القيام بالإجراء أو العمل المطلوب، ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل"³.

أما موقف المشرع الأردني من الالتزام بتعيين المحكمين وبالرجوع إلى منطوق المادة (16) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 نجد أنها قد تطرقت إلى هذا المبدأ، وذلك منعا للمماثلة بحيث تتولى المحكمة المختصة تعيين المحكم أو هيئة المحكمين بناء على طلب أي من الطرفين وتصدر المحكمة قرارها على وجه السرعة، ولا يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه بأي من طرق

1- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 192.

2- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 173.

3- خالد كمال عكاشة، مرجع نفسه، ص 193.

الطعن¹، تهدف مثل هذه النصوص إلى وضع الحلول للمشاكل الناتجة عن تعنت أحد الأطراف ووضعه عراقيل لتعقيد مسألة تشكيل محكمة التحكيم، حيث أعطت للطرف المتضرر فرصة اللجوء للقضاء الوطني لكن جانب من الفقه انتقد هذه الطريقة المقترحة للحل²، إذ يرى بأن فرض اللجوء إلى القضاء يتعارض مع اتجاه إرادة الأطراف إلى اتخاذ التحكيم سبيلا للفصل في المنازعات الناشئة بينهما.

2/ في اتفاقيات الاستثمار الثنائية:

وضعت اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار آليات لمواجهة أي عرقلة لتشكيل المحكمة التحكيمية لكنها اختلفت في تفاصيل هذه الآليات فقد أحالت بعض الاتفاقيات أي خلاف محتمل بين الدولة المتعاقدة ومستثمر من دولة متعاقدة أخرى إلى تحكيم مؤسسي، تاركة لأنظمة المؤسسات الدولية للتحكيم مسألة تشكل الهيئة التحكيمية وحل كل إشكالية قد تصادفها أو إلى تحكيم خاص وفقا لقواعد التحكيم التجاري الدولي، بينما أعطت أخرى الخيار للطرفين المتعاقدين بين التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر، ونظمت في الحالة الثانية طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية في حالة تعذر الاتفاق على تعيين المحكمين أو رفض أحد الطرفين تعيين محكمة، حيث وجهت الطرف المتضرر إلى رؤساء بعض الهيئات الدولية من أجل القيام بالتعيين منهم، التي نصت على رئيس محكمة العدل الدولية من بين الاتفاقيات التي نصت على ذلك نذكر: الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا³ حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الثامنة: "إذا لم تحترم المادة المشار إليها في الفقرة (2) أعلاه، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بدعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات الضرورية".

¹ - المادة (16) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

ونود الإشارة إلى أن المحكمة المختصة هي محكمة الاستئناف التي يقع ضمن اختصاصها عملية التحكيم.

² - لافي محمد درادكه، محاضرات في أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، دون سنة

نشر، ص 1345، ينظر إلى: www.Arablawinfo.com، تاريخ الاطلاع: 2018/01/01

³ - الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر في 28 يونيو سنة 1994، والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، و المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 94-329 مؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1415 الموافق ل 22 أكتوبر سنة 1994 ج ر، العدد 69، الصادرة بتاريخ 26 أكتوبر سنة 1994.

- الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة جمهورية مصر العربية¹ في المادة 10 فقرة 4 التي نصت على: "في حالة عدم مراعاة الآجال المحددة في الفقرة السابقة، وفي غياب أي اتفاق آخر، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بدعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات اللازمة وإذا كان رئيس المحكمة من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لسبب آخر، يطلب من نائب رئيس المحكمة القيام بالتعيينات اللازمة"، وفي الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة دولة الكويت²، في المادة 10 فقرة 4 التي تنص على: "يجوز لأي من الطرفين المتعاقدين وفي غياب أي ترتيب آخر، أن يدعو رئيس محكمة العدل الدولية لإجراء التعيينات اللازمة"، كما أن هناك من الاتفاقيات الدولية التي لم تحدد جهة معينة، بل إنها نصت على جهة قضائية منها،

ما تضمنت عدة اتفاقيات الإحالة إليه منها الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة جمهورية بلغاريا، بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، على الرجوع إلى الهيئة القضائية المختصة³، وهذا ما نستقرئه بنص المادة 9 فقرة 2 التي تنص على: "إذا لم يسوى الخلاف في مدة 06 أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع يحال بطلب من المستثمر: إما إلى الهيئة القضائية المختصة التابعة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع، أو إلى التحكيم الدولي بالنسبة إلى الخلافات الناجمة عن المواد 4، 5، 6، يكون اختيار أحد هذين الإجرائين نهائياً، في جميع الاتفاقيات على الأغلب، لا يمكن لأي طرف أن يعطل تشكيل الهيئة التحكيمية مهما كانت الأساليب التي يتبعها إلا ما نصت عليه الاتفاقية ذاتها أو القانون الوطني كمسألة رد المحكم مثلاً، أما عدم قيامه بتعيين المحكمين فإنه لا يؤثر أبداً لأن نصوص الاتفاقيات تضمنت الإحالة إلى شخصيات أو مؤسسات أو هيئات داخلية أو دولية للقيام

¹ - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 20 ذي القعدة عام 1417، (السالف الذكر)

² - الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة دولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالكويت في 13 رجب عام 1422 الموافق لـ 30 سبتمبر سنة 2001، وتبادل الرسائل المؤرخة على التوالي في 20 جانفي سنة 2002 و 25 جانفي سنة 2003، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-370 مؤرخ في 27 شعبان عام 1424 الموافق لـ 23 أكتوبر سنة 2003 ج ر، العدد 66.

³ - الاتفاق بين الجزائر وحكومة جمهورية بلغاريا، حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع بالجزائر 25 أكتوبر سنة 1998، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 02-123 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق لـ 7 أفريل 2002 ج ر، العدد 25.

بالتعيينات الضرورية¹، غير أن بعض الاتفاقيات الأخرى فقد حددت صفة شخص معين بصفته وذاته نجد منها الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الأردنية الهاشمية²، حيث نصت في المادة 2 فقرة 6 على: "وفي حالة عدم احترام الآجال المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن كل طرف في الخلاف الطلب من رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية باستوكهولم، للقيام بالتعيينات اللازمة"، وكذلك نجد النظام المتعلق بالإحالة إلى رئيس الغرفة الدولية للتجارة بباريس وهذا ما نجده في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ودولة قطر³، حيث تنص المادة السابعة فقرة 3 على: "إذا لم تتم التعيينات خلال المدة المشار إليها في الفقرة (أ)، يحق لأي من طرفي النزاع، في حالة غياب أي اتفاق آخر، أن يطلب من رئيس الغرفة الدولية للتجارة بباريس إجراء التعيينات اللازمة، كما أن هناك بعض الاتفاقيات الدولية التي توسعت في تحديد دعوة لمحكم شرط أن يكون طرفا في النزاع و هو ما تنص عليه المادة 19 من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين دول المغرب العربي: "وإذ لم يتم القيام بالتعيينات اللازمة خلال المدة المقررة لذلك وفي صورة انعدام أي اتفاق آخر، يمكن لأي طرف دعوة رئيس الهيئة القضائية لدول الاتحاد للقيام بالتعيينات اللازمة" تشترط الاتفاقية أن يكون رئيس الهيئة القضائية مواطنا لإحدى الأطراف المتعاقدة أطراف النزاع.

كما تنص المادة 38 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى على: "إذا لم تشكل المحكمة خلال التسعين يوما التالية لإخطار تسجيل الطلب بواسطة السكرتير العام أو خلال أية مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم أو صاحب المصلحة في التسجيل، ويقدر الإمكان بعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين

¹ - حسيني يمينة، مرجع سابق، ص 90.

² - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بعمان بتاريخ أول غشت 1996، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 97-102 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق ل 5 أبريل سنة 1997 ج ر، العدد 20، صادرة بتاريخ 06 أبريل سنة 1997.

³ - الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثانية عام 1417 الموافق ل 24 أكتوبر سنة 1996، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 97-229 مؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق ل 23 يونيو سنة 1997، ج ر، العدد 43، صادرة بتاريخ 25 جوان سنة 1997.

الذين لم يعينوا بعد"¹.

لم يغفل نظام الوساطة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية التطرق إلى موضوع امتناع أحد الطرفين عن تعيين المحكم، حيث نصت المادة الثامنة (فقرة 4): "حينما يعرض النزاع على ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما في طلب أو الرد على الطلب بهدف تثبيته، وإذا امتنع أحد الأطراف تقوم الهيئة بالتعيين" عملت معظم الاتفاقيات والأنظمة الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على حل مسألة عدم قيام أحد الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين، واعتبرت هذا التصرف غير ذي أثر لأنها أوجدت جهات أخرى تقوم بالتعيين بدلا عنه.

ب/عدم الأخذ بغياب أحد الطرفين كسبب من أسباب توقيف إجراءات التحكيم

قد يحاول أحد الطرفين على الرغم من قبوله اختصاص هيئة التحكيم التأثير على السير الحسن للخصومة التحكيمية عن طريق عدم حضور الجلسات أو عدم تقديم عرائضه ودفاعه، بهدف الحد من فاعلية التحكيم من خلال تعطيل الفصل في النزاع لأطول فترة ممكنة، والتأثير على سمة هامة يتميز بها التحكيم وهي سرعة الفصل في المنازعات، وهذا يتعارض مع ضمان فعالية التحكيم الذي التزم به الطرفان حين أبرما اتفاقية التحكيم، لذلك وضعت الاتفاقية الدولية المتعلقة بالتحكيم مجموعة من المبادئ الهامة لتجاوز مثل هذه الوضعيات وتدعيم الفعالية الدولية لاتفاق التحكيم²، من خلال الإقرار باستمرارية هذه الإجراءات دون أن يؤثر غياب الطرف عن الحضور على ذلك .

ولقد حرص المشرع المصري على تنفيذ هذا المبدأ³، وأيده في ذلك المشرع الأردني بنصه في المادة 33 حيث جاء بها: "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أي من الجلسات أو عن تقديم ما

¹ - كما درجت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على نفس النهج فنصت في المادة 11 من قانون الأونسيترال (unictral) النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 المعدل الى غاية 2010/08/15 على أنه، إذا لم يتم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تسلمه طلبا لذلك من الطرف الآخر، وإذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما من تعيينهما وجب أن تقوم بتعيينه السلطة القضائية للدولة المضيفة للاستثمار، منشور في الموقع: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الاونسيترال (unictral)، السالف الذكر .

² - شوشو عمار، المرجع السابق، ص 266.

³ - تنص المادة 35 من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 على: "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار على إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها".

طلب منه من مستندات يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار الحكم في النزاع استناداً إلى الأدلة المتوفرة لديها"، وبهذا يكون المشرع الأردني قد أخذ بمبدأ عدم تأثير التحكيم بغياب أحد الأطراف، كما اهتمت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بهذا المبدأ وعملت على تقنينه وذلك من أجل ضمان فعالية شرط التحكيم، فاعتبرت غياب أحد الطرفين أو امتناعه عن تقديم أوجه دفاعه لا يعني القبول ألياً بادعاء حكمها بناء على ذلك، مع إخطار الطرف المتغيب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه ومنحه مهلة لتدبير الأمر قبل إصدار الحكم، إلا إذا قدرت المحكمة عدم توافر النية لديه للحضور إلى المحكمة أو السير في الخصومة، نفس الموقف اتخذته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 25 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي¹ لسنة 1985، حيث جعلت المدعي عن تقديم بيانات ادعائه سبباً لإنهاء إجراءات التحكيم، أما تخلف المدعي عليه فلا يؤثر على استمرار هيئة التحكيم في الإجراءات وإصدار قرار التحكيم بناء على الأدلة المتوفرة لديها ابتداء من جانفي 1988 على: "إذا رفض أحد الأطراف أو امتنع عن المشاركة في التحكيم أوفي أي مرحلة من مراحلها، يتم السير في التحكيم بالرغم من هذا الرفض أو هذا الامتناع"، تدل على الأمثلة السابقة على مواصلة المحكمين لمهمتهم رغم محاولة أحد الطرفين التأثير عليها عن طريق الغياب أو الرفض أو الامتناع، وهذا بغرض الحفاظ على فعالية أكبر للتحكيم التجاري الدولي، و بما أن القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يعتبر مصدر هام لمعظم القوانين الداخلية وأنظمة التحكيم الكثير من المؤسسات الدولية، فان معظم هذه القوانين والأنظمة تبنت مبدأ عدم الآخذ بغياب أحد الطرفين كسبب من أسباب توقيف إجراءات التحكيم²، كما أكدت قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أنه لهيئة التحكيم الأمر باستمرار إجراءات التحكيم وإصدار قرار التحكيم بناء على الأدلة الموجودة أمامها بناء على الأدلة الموجودة أمامها إذا تخلف أحد الطرفين دون عذر عن الحضور أو تقديم وثائق الإثبات خلال المدة المحددة لذلك.

¹ - ينظر إلى المادة 25 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المعدل إلى غاية 2010/08/15، السالف الذكر .

² - أنور بندق، موسوعة التحكيم، الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1999، ص 174.

ومن أمثلة القضايا التي التزمت بالمبدأ المذكور، يمكن أن نشير إلى قضية (ليتكو) (Letco) ضد الحكومة الليبيرية، فقد تبين لمركز التحكيم أنه على الرغم من قيام الحكومة الليبيرية بالاشتراك في تعيين المحكمين إلا أنها تخلفت عن حضور إجراءات التحكيم على الرغم من اعتذارها بذلك، مما أدى بهيئة التحكيم إلى الاستمرار في الإجراءات والفصل في النزاع باعتبار أن تخلف أحد الأطراف عن حضور الإجراءات ليس من شأنه إيقاف الإجراءات ولا يحول دون استمرار نظرها¹، وهكذا فإن مقاومة أحد الأطراف للاتفاق على التحكيم وامتناعه عن تنفيذ التزامه لن يؤدي إلى تمديد إجراءات التحكيم، وهذا برأينا يحقق ضمانات وفاعلية للتحكيم ابتداءً، وثانياً يشكل مانعاً للمماطلة.

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 198.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

مما لا شك فيه أن لاتفاق التحكيم بعض الآثار الإجرائية، التي تترتب على إبرام اتفاق التحكيم إذا كان صحيحا ومستوفيا لجميع الشروط الموضوعية والشكلية، وعندما يخطر أحد طرفي النزاع الطرف الآخر برغبته في اللجوء إلى التحكيم ، ويتم تشكيل الهيئة التحكيمية حسب النظام المتبع¹، يكون الطرفان قد جسدا إجراءات التحكيم²، ومواصلة في أعمال إرادة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بينهما، تبدأ الهيئة التحكيمية أصلا في تجسيد إرادتها تطبيقا لهذا الاتفاق.

تتفق أغلب القوانين الداخلية للدول على إخضاع التقاضي وإجراءاته أمام محاكمها الوطنية سواء أكانت ذات طابع إجرائي أو موضوعي، ولا يمكن للمتقاضين مناقشتها أو تعديلها لأنها عبارة عن قواعد قانونية أمره، أما في خصومة التحكيم فإن خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف هو الأصل، إذ يستوي أن يكون ذلك أمام التحكيم الإتفاقي أو التحكيم لدى الهيئات المتخصصة.

يعرف القانون الواجب التطبيق بأنه : مجموعة القواعد القانونية والتي يصل المحكم إلى أنها المناسبة للتطبيق على النزاع ، سواء أكان مصدرها قانونا وطنيا أم كانت مشتقة من مجموعة قواعد قانونية وطنية، أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول³، وتمتع مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية بأهمية كبيرة ، ذلك أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يجب إسناده إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده وصحته ونفاذه ، ويهيئ له السبل لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد عنه من التزامات .

وأول ما تثار مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام المحكم ، وذلك عندما يدفع أحد الطرفين أمامه بعدم اختصاصه استنادا إلى عدم وجود اتفاق تحكيم، أو بطلان هذا الاتفاق لوروده على مسألة غير قابلة للتحكيم أو لفقدانه أحد الأركان المطلوبة لانعقاده، أو عدم شمول هذا الاتفاق للنزاع المطروح عليه، ففي هذه الفروض يتعين على المحكم أن يحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم للفصل في مدى صحة الدفع المثار أمامه من عدمه .

¹ - رشا على الدين ، مرجع سابق، ص 33.

² - محمد كولا، مرجع سابق، ص 186.

³ - خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 219

كما تثار مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني ، وذلك قبل الفصل في النزاع بواسطة المحكمين ، أو بعد صدور حكم التحكيم ، فقبل الفصل في النزاع قد يدعي أحد طرفي النزاع بعدم وجود اتفاق التحكيم أو يتمسك بصحته ، و قد تثار بعد صدور الحكم وذلك لغايات الاعتراف بالحكم أو تنفيذه من خلال دعوى البطلان التي يرفعها الطرف الصادر ضده الحكم استنادا إلى أن هذا الحكم قد صدر دون اتفاق أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم ، ففي هذه الفروض يتعين على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم للتأكد من وجود صحة هذا الاتفاق، حيث إن هيئة التحكيم لا تنتمي لدولة أو أخرى ولا تستمد ولايتها من هذه الدولة أو تلك¹، وإنما هي مستقلة تستمد ولايتها من اتفاق طرفي النزاع وحده ، فيكون للقانون أو القواعد التي حددها هذا الاتفاق ما لقانون القاضي من سلطان، وهو ما يؤدي إلى طرح التساؤل عن دور القانون الواجب التطبيق في تفعيل حل منازعات الاستثمار الأجنبي ؟ وهل حقق النتيجة المرجوة ؟ للإجابة عن هذا التساؤل ، نقوم بتحديد فعالية القانون الواجب التطبيق و علاقته بالآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم ومدى نجاعته في تفعيل الجانب الإجرائي من بداية تفعيل اتفاق التحكيم إلى غاية صدور القرار التحكيمي والذي يقتضي دراسة إمكانية التحرر من كل الجوانب الإجرائية لقانون الدولة المضيفة للاستثمار(مبحث أول)، ولكن إمكانية التحرر وحدها لا تكفي بل لابد من تجسيد مبدأ سلطان الإرادة ، و لكن هذا الأخير يؤدي إلى طرح التساؤل حول سلطان الإرادة و علاقته بإرادة الأطراف ؟ للإجابة عن هذا التساؤل نتناول سعي المشرع إلى تجسيد فعالية استقلال الاتفاق الإجرائي عن التحكيم الموضوعي والتي نتناولها في (المبحث الثاني) مما يسمح للأطراف في تجسيد وتفعيل إرادة الأطراف عن قضاء الدولة ونظامها الإجرائي الداخلي.

¹ - خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق، ص220.

المبحث الأول

استقلال الاتفاق الإجرائي عن التحكيم الموضوعي

وعندما تتفق الأطراف على تسوية نزاعاتها عن طريق اللجوء إلى التحكيم، فقيام النزاع بينها حتما يؤدي إلى تداعي إجراءات التحكيم، وتتم هذه الإجراءات طبقا لقواعد قانونية معينة¹.

ولأن التحكيم يقوم على أساس اتفاق الخصوم فلا يمكن إنكار دور إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته، والتي يترتب عنها الخروج عن قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن طريق الشرط المانع للاختصاص الذي يمكنهم من سلب الاختصاص من المحاكم المختصة أصلا وإحالتهم النزاع إلى محاكم يختارونها بأنفسهم وإلى هيئات يقومون بتشكيلها وفق اتفاقهم إما من حيث الإجراءات²، وهو ما يؤدي إلى طرح التساؤل حول دور إرادة الأطراف في حل النزاعات المترتبة وتحديد القانون الواجب التطبيق؟ للإجابة عن هذا التساؤل فإنه بدراسة المستثمر الأجنبي الذي يجذب استبعاد الجوانب لإجرائية المرتبطة بقانون الدولة المتعاقد معها، كما أنه يفضل تنظيمها بكل حرية بعيدا عن كل قيد.

وقد كرست مختلف القوانين والاتفاقيات الدولية هذا المبدأ ونصت عليه في أحكامها المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي أي في خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة (المطلب الأول)، لكن قانون الإرادة وحده لا يكفي وهل حقق النتيجة المطلوبة في الوصول إلى حل معين؟ لذا فإن الدراسة تستوجب التطرق إلى كما منح الأطراف حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات (المطلب الثاني).

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، 242.

² - علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2004، ص 13.

المطلب الأول

دور الإرادة في تفعيل إجراءات التحكيم

يسود الفقه والقضاء والقانون والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز هيئات التحكيم الدائمة مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة¹، إذ أنه لا خلاف في الوقت الحالي تعتبر إرادة الأطراف المرجع الأول في اختيار الهيئة التي تتولى الفصل في النزاع القائم²، ساد هذا المبدأ في العديد من الدول الغربية كإنجلترا وفرنسا وسويسرا والتي سعت على الاعتداد به كما تضمنت الكثير من التشريعات الوطنية بما فيهم التشريع الجزائري النص على الأخذ به³، فإذا اتفقوا على طريقة اختيار المحكمين، وجب الالتزام بذلك واستبعاد كل الجهات الأخرى (الفرع الأول) كما يتمتع المتخاصمون بحرية اختيار مكان ولغة وأجاله والتي تناولها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اختيار الهيئة التحكيمية عن طريق مبدأ سلطان الإرادة

رغم أن حكم التحكيم يعتبر عملاً قضائياً، فإنه يتميز بأن من يصدره ليس قاضياً معيناً من طرف الدولة ضمن تنظيمها القضائي القائم دائماً والذي يعمل باضطراد وإنما يصدر من طرف شخص يتم اختياره بالنسبة لكل تحكيم على حدة يسمى بالمحكم، والذي عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "هو الشخص الذي يعهد إليه بفض نزاع بين طرفين أو أكثر و يكون له نظر النزاع و الاشتراك في المداولة بصوت معدود و في إصدار الحكم و في التوقيع عليه"⁴.

وإذا كان قضاة المحاكم يخضعون لنظام قضائي موحد يتعلق بتعيينهم و ترقيتهم و سائر شؤونهم، فإن المحكمين يخضعون لقواعد تختلف من هيئة تحكيم إلى أخرى سواء بالنسبة لكيفية تعيينهم أو بالنسبة إلى سلطتهم، والمبدأ الأساسي في تكوين هيئة التحكيم هو الرجوع إلى إرادة الأطراف فالأطراف في التحكيم هم الذين يشكلون هيئة التحكيم و ينظمون ما تخضع له من أحكام

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 244.

² - ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2004، ص 123.

³ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 51.

⁴ - فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علماً و عملاً، مرجع سابق، ص 248.

وتبدو إرادة الطرفين واضحة بالنسبة للتحكيم الخاص (ad hoc)، إذ يختار فيه الأطراف مباشرة أو بواسطة شخص من الغير محكما أو أكثر لنظر نزاع معين ، و لكن لإرادة الأطراف الدور الرئيسي و الأساسي في التحكيم المؤسسي إذ الأطراف عندما يختارون التحكيم وفقا لنظام المركز ، سواء نص النظام على أن يتم اختيار من الأطراف على نحو معين أو بواسطة المركز.

مراعاة لمبدأ المساواة بين أطراف النزاع، عمدت معظم القوانين والاتفاقيات الدولية، إلى وضع قاعدة تكوين محكمة التحكيم من عدد فردي من المحكمين، يكون في معظم الأحيان ثلاثة، يختار كل طرف محكمة خلال فترة معينة¹، ثم يختار المحكمان محكما ثالثا هو الرئيس وهو عادة يكون من جنسية دولة ثالثة لها علاقات دبلوماسية مع الدولتين المعنيتين بالنزاع² (دولة المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار)، أما الصفات التي يجب أن تتوفر في المحكمين عند اختيارهم وتعلق بالنزاهة والخبرة ومدى درايتهم بالتقاليد الثقافية والقانونية التجارية المحيطة بالدعوى، ودرجة التخصص المطلوبة في موضوع النزاع.

تجدر الإشارة إلى أن تشكيل محكمة التحكيم من طرف الخصوم ليس بالأمر السهل، حيث يلجأ في كثير من الأحيان الطرف الذي لا يرغب في التحكيم، إلى محاولة عرقلة العملية عن طريق التماطل في اختيار محكمه أو اللجوء إلى سحبه بعد تعيينه، كما يمكن أن لا يتوصل المحكمان المختاران إلى اتفاق بشأن المحكم الثالث³، لذلك أجازت اتفاقيات الاستثمار الثنائية بصفة خاصة وغيرها من القوانين والأنظمة التحكيمية، في سلطة الغير في تعيين محكمة التحكيم⁴، و إن اختلفت هذه الجهات المحولة من اتفاقية إلى أخرى.

لذا فإن حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم و طريقة اختيارها (أولا)، لكن سير الخصومة التحكيمية قد يصطدم ببعض العوارض التي تؤثر فيها، كرد المحكم واعتزاله أو تنحيه أو وفاته أو فقدانه أهليته (ثانيا)، وهذه عوامل سلبية لها تأثيرها على فعالية التحكيم.

¹ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 156.

² - حسان نوفل، مرجع سابق، ص 33.

³ - محمد أبو الهيجاء، الإجراءات أمام المحاكم الآلية للتحكيم التجاري، مجلة النادي العربي لتقنية المعلومات والإعلام بتاريخ 2003/11/19، منشورة على الموقع: www.acamit.org، أطلع عليه بتاريخ: 2016/12/16.

⁴ - أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية" دراسة فقهية قضائية مقارنة" الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، الأزراطية الإسكندرية، مصر 2003 ، ص 103.

أولا: تشكيل هيئة التحكيم و طريقة اختيارها

من بين المزايا التي يوفرها التحكيم، إعطاء الأطراف حرية اختيار المحكمين الذين سيتولون أنظر في النزاع وقد يتولى هؤلاء القيام بهذا التعيين بطريقة مباشرة أو بواسطة تكليف طرف آخر للقيام بالمهمة بدلا عنهم، ولا يعد اختيار الأطراف لمحكميهم نهائيا إلا بعد موافقة من تم اختيارهم على ذلك¹، عادة تتكون هيئة التحكيم من ثلاث محكمين، إذ يقوم محكما الطرفين بتعيين المحكم الثالث الذي يطلق عليه أحيانا الوازع أو المرجح أو الفيصل². قد تطرح بعض المشاكل في مرحلة تشكيل هيئة التحكيم، خاصة في التحكيم الناتج عن شرط تحكيمي في عقد سابق للنزاع.

أما في الاتفاق اللاحق (مشارطه التحكيم) فتراضي الأطراف واتفاقهم على التحكيم يسري جنبا مع تسمية المحكمين، فلا يعرقل أي منهما هذه التعيين، كما أن تشكيل هيئة التحكيم يتم بطرق مختلفة حسب ما يتضمنه اتفاق التحكيم وحسب نوع التحكيم (الحر أو المؤسسي).

أ/في التحكيم الحر (الخاص) Arbitrage ad hoc :

نصت معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها الجزائر، على إمكانية حل المنازعات المحتمل نشوؤها بصدد استثمار مقام أحد الطرفين، بواسطة التحكيم وبالأخص أنه يقوم بالوظيفة التي تقوم بها الدولة، حيث تضمنت أحكامها طريقة تشكيل هيئة التحكيم وكيفية عملها³.

¹ - نص المادة 1015 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".

² - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 252.

³ - نذكر على سبيل المثال ما جاء في المادة 7 في من الاتفاق المبرم بين الجزائر ومصر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، حيث نصت الفقرة ب على ما يلي: "يعين كل طرف في الخلاف محكما ويعين المحكمان سويا محكما ثالثا يكون من رعايا دولة ثالثة ليرأس هذه المحكمة".

كما نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية وهو ما أخذت به معظم الاتفاقيات الدولية الثنائية المتعلقة بالاستثمارات والقوانين الداخلية لمعظم الدول

1/ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن:

أعطى المشرع الجزائري الأولوية لحرية الأطراف في تشكيل الهيئة التحكيمية، لا يمكن لأي جهة أن تتدخل في العملية إلا إذا تعذر على الأطراف الاتفاق على هذا التشكيل، فقد جاء في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم" في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل اللجوء إلى القضاء الجزائري¹.

كما تبنى القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد، مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءاته، بل أن المشرع الفرنسي قد ذهب إلى حد بعيد²، فيما يتعلق بالحرية الممنوحة للأطراف في عملية اختيار عدد المحكمين، لدرجة دفعت البعض لأن يصف القانون الفرنسي في هذا الشأن بأنه متحررا إلى أقصى حد "libéral au maximum".

حدد المشرع المصري عدد المحكمين بمحكم واحد أو أكثر باتفاق الطرفين، فإذا لم يتفقا كان العدد ثلاثة، كما أعطى الحرية لطرفي التحكيم في اختيار المحكمين وكيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفق الطرفان على الاختيار اتبعت القواعد التالية:

- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكمه ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، أما إذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما (30) التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، وإذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما (30) التالية لتاريخ تعيين أحدهما، تولت المحكمة اختياره بناء على طلب أحد الطرفين،

¹ - تنص المادة 1041 فقرة 2 من ق.إ.م.إ. ج على: "... في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي: رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

² - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 54.

ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري ذات الأحكام في حالة تشكيل هيئة تحكيم من أكثر من ثلاث محكمين¹.

أما المشرع المغربي فقد تطرق في قانون المسطرة المدنية الجديدة على طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية بفتح المجال لأن يكون بشكل فردي أو زوجي طالما اتفق الأطراف على ذلك²، وبالرجوع للمشرع التونسي فقد نص في القانون المتضمن " مجلة التحكيم " المنظمة لإجراءات التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي³، على طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية بشكل مفصل وخصص الباب الثالث للتحكيم الدولي بعد إقرار الدستور المغربي تنظيم التحكيم الدولي دستوريا⁴، حيث تضمن القسم الثالث " تشكيل هيئة التحكيم " وجاء فيه ما يلي: " للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين لكن يجب وأن يكون العدد وترا، فإن لم يفعلوا يكون عدد المحكمين ثلاثة "، للأطراف حرية الاتفاق على الإجراءات الواجب إتباعها في تعيين المحكم أو المحكمين، فإن لم يتفقوا على ذلك يتبع الإجراء التالي: في حالة التحكيم بثلاثة محكمين يعين كل من الأطراف محكما ويقوم المحكمان المعينان على هذا النحو بتعيين المحكم الثالث، وإذا لم يتم أحد الأطراف بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تعيينها وجب أن يقوم بتعيينه بناء على طلب أحد الأطراف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس بقرار استعجالي، وإذا كان التحكيم بمحكم فرد ولم يستطيع الأطراف الاتفاق على المحكم، وجب أن يقوم بتعيينه، بناء على طلب أحد الأطراف، الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس بقرار استعجالي⁵."

¹ - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 113.

² - تنص المادة 309 فقرة 3 من قانون المسطرة المدنية المغربي الجديد الصادر بتاريخ 28 أيلول 1974 على: "...إذا تعذر تعيين المحكمين أو لم يعينوا مقدما ورفض أحد الأطراف عند قيام منازعة من جانبه أمكن للطرف الآخر أن يقدم مقالا إلى رئيس المحكمة الذي سيعطي لحكم المحكمين القوة التنفيذية لتعيين المحكمين بأمر غير قابل للطعن".

³ - قانون رقم 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أفريل 1993، والمتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33 صادر بتاريخ 04 ماي 1993.

⁴ - لقد نظم المؤسس الدستوري المغربي مبدأ التحكيم متأخرا نوعا ما ، و كان ذلك وفقا لأحكام المادة 113 من دستور 2011 والتي نصت على: " تضمن المملكة المغربية حق اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات الاستثمارات على خلاف أنواعها ، ينظم الظهير الشريف ذلك "، إن الشيء الملاحظ هو رغبة المشرع المغربي في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية و توفير المناخ الملائم للمستثمرين الأجانب مع توفير شرط التحكيم

⁵ - ينظر إلى الفصل 55 من القانون نفسه.

ولا يجوز له التخلي بعد القبول دون مبرر وإلا كان مسؤولاً بتعويض ما عسى أن يكون قد تسبب فيه بذلك من الضرر للأطراف، كما لم يحدد المشرع الجزائري طريقة إثبات قبول المحكم لمهمته، بل اكتفى باعتبار هيئة التحكيم غير مشكلة تشكيلا صحيحا إذا لم يتحقق هذا القبول.

إن قيام الخصوم الذين اتفقوا على التحكيم باختيار هيئة التحكيم سواء كانت مكونة من محكم منفرد أم من محكمين متعددين يعتبر هو الأصل في هذا النطاق لأنه يستجيب إلى الهدف الذي يرجوه هؤلاء الخصوم من عرض نزاعهم على هيئة التحكيم ويلاحظ أن هيئة التحكيم هي هيئة خاصة يتم اختيارها للفصل في نزاع معين وتنتهي مهمتها بهذا الفصل وهي بذلك تختلف عن قضاء الدولة كما هو معروف، وهي بذلك تختلف عن قضاء الدولة كما هو معروف ويسيطر على اختيار المحكمين بواسطة الخصوم مبدأ عام هو أن ذلك الحق أو رخصة لهم تقوم على الثقة الواجب توافرها في هذا الصدد وضرورة التشكيل السريع لهذه الهيئة¹.

تمكن هذه المرونة الأطراف من اختيار هيئة التحكيم حسب خصوصية كل نزاع²، كما أن تعيين المحكمين من قبل الأطراف مباشرة دون تدخل أي وسيط، يتميز بعاملتي السرعة ونقص التكاليف، يضاف إلى ذلك عامل العلاقة الشخصية بين طرفي النزاع، والمحكم الذي يختاره المؤسسة على الثقة التي تعتبر أكبر ضمان لهذه الأطراف.

2 / في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار:

حتى يمكن أن تقوم إرادة الخصوم بوظيفتها في تحديد القواعد الإجرائية، فإنه يتعين أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة³، فإذا كان نظام التحكيم يتأسس على مبدأ التراضي الذي يسمح لأطراف النزاع بالمساهمة في تشكيل هيئة التحكيم، فإن اتفاقيات استثمار تحيل في معظم الأحيان إلى القواعد الإجرائية الخاصة ببعض هيئات التحكيم الدولية⁴ في هذه الحالة تخضع محكمة التحكيم في تشكيلها وتنظيمها للقواعد القانونية التي تمت الإحالة إليها.

¹ - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 80 .

² - عجة الجليلي، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 5.

³ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 245.

⁴ - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 113.

لقد أحالت معظم الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر على سبيل المثال في مجال الحماية المتبادلة للاستثمار، على تحكيم المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى¹. كما أحالت بعض الاتفاقيات المبرمة مع الدول العربية إلى التحكيم محكمة الاستثمار العربية، بينما أشارت بعض الاتفاقيات إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI).

غير أن معظم الاتفاقيات أعطت الأطراف حرية الاختيار بين اللجوء إلى أنظمة التحكيم المؤسسي وتشكيل محكمة تحكيم خاصة، في الحالة الأخيرة يتم تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما عنه، ويقوم المحكمان المعينان بالاتفاق على تعيين المحكم الثالث الذي يرأس الهيئة ويكون مواطنا من دولة ثالثة ذات علاقات دبلوماسية مع الدولة المضيفة للاستثمار² ودولة المستثمر.

تبدأ المدة التي ينبغي تعيين المحكم خلالها من تاريخ الإخطار الكتابي الذي يوجهه احد الطرفين إلى الطرف الآخر³، متضمنا موضوع النزاع، ودعوته إلى عرضه على التحكيم المتفق عليه، سواء في شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، ومطالبته بتعيين محكمة، كما تحدد الاتفاقيات الثنائية للاستثمار كحد أقصى لتلك المدة، لا يتجاوز الشهرين في معظم الحالات من أجل تعيين المحكمين، وتتراوح بين ثلاثة أشهر وأربعة أشهر من أجل تعيين المحكم الثالث⁴، بحيث يترتب عن انقضاء المدة

¹ - المادة 08 من الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة بين الجزائر والبرتغال، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192 المؤرخ في 25 ماي 2005، ج ر العدد 37 صادرة بتاريخ 29 ماي 2005.

² - أغلب الاتفاقيات الثنائية للاستثمار التي أبرمتها الجزائر والتي تضمنت تشكيل محكمة مؤقتة، حددت عدد المحكمين بثلاثة(3) وجعلت للمحكم الثالث مكانة هامة في هيئة التحكيم نظرا للدور الذي يلعبه في حسم النزاع.

³ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 288.

⁴ - حددت معظم الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال حماية الاستثمارات، مدة الشهرين (2) كحد أقصى ليعين كل طرف محكمه.

أنظر مثلا المادة 9 فقرة 3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا الاتحادية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر، ج ر العدد 58 التي تنص على: "تشكل هذه المحكمة التحكيمية خصيصا ويعين كل طرف متعاقد عضوا فيها ويتفق العضوان على اختيار مواطن من دولة ثالثة كرئيس ويتم تعيينه حكومتي الطرفين المتعاقدين، يتم تعيين الأعضاء في مدة شهرين (2) والرئيس في مدة (3) أشهر بعد قيام أحد الطرفين بإحالة الخلاف على المحكمة التحكيمية".

دون قيام احد الطرفين بتعيين محكمه، إحالة الاختصاص إلى جهة أخرى¹، قد تكون محكمة وطنية أو هيئة دولية أو غيرها الانتقاد الذي يمكن توجيهه إلى فكرة تحويل جهة أخرى مسألة تعيين المحكم، هو إحالة الاتفاقيات الاختصاص إلى جهات محايدة .

إن إحالة الاتفاقيات الدولية الاختصاص فيما يتعلق بتحديد جهة أخرى بعيدة كل البعد عن مجال الاستثمار ومنازعاتها وميدان التحكيم التجاري الدولي، كالأمين العام لجامعة الدول العربية أو الأمين العام للأمم المتحدة ، فإن الهدف الأساسي هو العمل على زيادة فعالية اتفاق التحكيم ودوره في حل مختلف المنازعات المستعصية.

ب/ في التحكيم بالمناسبة والتحكيم المؤسسي :

ودائما في مجال التعريف بالتحكيم نشير إلى أنه عادة ما يجري الحديث عن التحكيم الخصوصي أو بالمناسبة وعن تحكيم مؤسسي²، والتحكيم بالمناسبة تحكمه قواعد الإجراءات المتفق عليها بهدف التحكيم، فهناك العديد من الثوابت الاجرائية التي لا تتغير و لا تختلف سواء تم حسم النزاع من خلال القضاء أو عن طريق التحكيم³ وذلك بعد نشوب النزاع وتلك القواعد الاجرائية قد تكون موضوعة من طرف منظمة دولية كتلك التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مثلا.

لتفادي بعض الإشكالات ذات الطابع القانوني والمتعلقة بالتحكيم الخاص، تعتبر هيئات التحكيم الدائمة الإطار المناسب لحل مختلف المنازعات لوجود إطار قانوني تنظيمي وأجهزة مختصة.

إذ تتضمن قواعد التحكيم التي تتبعها تلك الهيئات نصوصا تمكن من بدء واستمرار التحكيم في حالة ما إذا امتنع احد الأطراف عن المشاركة فيه أو رفض تعيين المحكمين وبالإضافة إلى ذلك

¹-الملاحظ هو أن بعض الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع الدول العربية أحالت اختصاص التعيين إلى الأمين العام لجامعة الدول العربية مثل الاتفاق المبرم بين الجزائر وليبيا والاتفاق المبرم بين الجزائر واليمن.

كما نستنتج أن بعض الاتفاقيات أعطت الاختصاص إلى رئيس محكمة العدل الدولية كالاتفاق المبرم بين الجزائر ودولة قطر والاتفاق المبرم بين الجزائر والنيجر، كما أن بعض الاتفاقيات أحالت إلى رئيس محكمة التحكيم الدولية بستوكهولم ينظر إلى الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع كل من الموزمبيق وجنوب إفريقيا.

²- قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 229.

³- محمود علي عبد السلام وافي ، خصوصية إجراءات التحكيم " دراسة تحليلية مقارنة " ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس القاهرة ، مصر ، العدد الأول ، سنة 2016، ص 8.

تضم الهيئات في معظمها خبراء مدربين على إدارة إجراءات التحكيم بما يضمن سيرها دون معوقات¹، في إطار عملية تعيين المحكمين لتشكيل المحكمة التحكيمية لدى بعض الهيئات الدولية إذ أنه في إطار المركز الدولي لتسوية خلافات الإستثمار بين الدول ورعاية الدول الأخرى (CIRDI) يقدم الطرف الذي يرغب في الالتجاء إلى طريق التحكيم، سواء الدولة المتعاقدة أو المستثمر الأجنبي الذي ينتمي إلى دولة متعاقدة أخرى طلبا كتابيا للسكرتير العام الذي يقوم بتسجيله إذا قدر أن النزاع يدخل في اختصاص المركز ويرسل نسخة منه إلى الطرف الآخر². عقب هذا التسجيل، يشرع في تشكيل المحكمة التحكيمية التي تتألف من عدد فردي من المحكمين، يعينون طبقا لاتفاق الأطراف إذا لم يتفق الأطراف بشأن عدد المحكمين أو طريقة تعيينهم، تضم المحكمة وجوبا ثلاثة محكمين، يعين كل طرف محكما واحدا وأما المحكم الثالث فيعين بالاتفاق بين الطرفين ويكون رئيسا للمحكم³.

إذا لم يتم تشكيل المحكمة خلال تسعين (90) يوما التالية للإخطار بتسجيل الطلب من طرف السكرتير العام أو خلال أي مدة يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس⁴ بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل، بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد بشرط أن يكونوا من دولة غير الدولتين المعنيتين النزاع⁵ يجب أن يكون المحكمون الذين يعينهم المركز الدولي لتسوية خلافات

¹-علة عمر، مرجع سابق، ص 158.

²- تنص المادة 36 من اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965: " يجب أن يشتمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقته على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم، كما يعين على السكرتير العام تسجيل الطلب، إلا إذا قدر في ضوء البيانات الواردة بالطلب أن النزاع يخرج بشكل جلي عن اختصاص المركز..".

³- نسجل هنا اختلافا مع قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي يعين وفقها الرئيس من طرف المحكمين المختارين من طرف الخصوم .

⁴- المقصود بالرئيس، هو رئيس مجلس الإدارة المركز، الذي يشغل أيضا منصب رئيس البنك الدولي للتعمير والتنمية، وهذا ما نصت عليه المادة 05 من اتفاقية واشنطن " يعتبر رئيس البنك العالمي بحكم وظيفته للمجلس الإداري، المسمى فيما يلي بالرئيس، بغير أن يكون له حق التصويت وإذا كان هذا الرئيس غائبا أو مريضا أو كانت وظيفة رئيس البنك شاغرة، فإن الشخص الذي يحل محله في البنك يقوم بوظيفة رئيس مجلس الإدارة "

⁵-تنص المادة 38 من اتفاقية واشنطن على " لا يجوز أن يكون المحكمون المعينون بواسطة الرئيس طبقا لأحكام هذه المادة، رعايا الدولة الطرف في النزاع، أو الدولة المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرف في النزاع "

الاستثمار، يقوم أساسا على إرادة الأطراف، سواء تم التعيين مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، إذا ارتضوا الخضوع لهذه القواعد.

ولاشك في الطابع العقدي للعلاقة بين المحكم والطرف الذي قام باختياره مباشرة أو بقبوله المحكم أو المحكمين الذين تولت إحدى الهيئات الدائمة اختيارهم بناء على اتفاق الأطراف¹ دون الخوض في تكييف هذه العقد نستخلص اعتماد مبدأ " سلطان الإرادة" في مسألة اختيار المحكمين مما يدعم فعالية التحكيم كضمان للاستثمار، أما بالنسبة لنظام غرفة التجارة الدولية (Icc)

كان لغرفة التجارة الدولية في باريس السبق في إنشاء مركز دولي للتحكيم يتمتع بالسمعة العالمية في حل النزاعات الدولية ذات الطابع التجاري، ومنذ إنشاء محكمة التحكيم التابعة للغرفة عام 1923، ظلت هذه المحكمة تعمل كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية وذات الجنسيات المختلفة في مجال العلاقات التجارية الدولية.

ونتج عن طول خبرة الغرفة في القضايا التحكيم أن أنشأت نظاما موحدًا وقضايا محددة للتحكيم ترشد بها الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم عن طريق الغرفة، كما وضعت العديد من القواعد والأحكام وشروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود الدولية وضعها في صياغة عقودهم وأهم هذه القواعد²:

-أوصت غرفة التجارة الدولية الأطراف الذين يرغبون باللجوء إليها للتحكيم في المنازعات التي تنشأ في العقود الدولية التي تتضمن عقودهم الشرط النموذجي التالي: " جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو عدة حكام يتم تعيينهم وفقا لذلك النظام "

-أن تشمل عقودهم شرط التحكيم النموذجي التالي: " يسوى أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو عن خرقه أو إنهائه أو بطلانه عن طريق التحكيم وفقا لنظام لجنة القانون التجاري للتحكيم كما هو ساري حاليا، تكون سلطة التعيين لغرفة التجارة الدولية التي تتصرف تبعا للإجراءات التي اعتمدها الغرفة "، وحسب المادة الثامنة من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية

¹ - محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2007، ص 87.

² - حسان نوفل، مرجع سابق، ص 71.

(CCI)، فإن للأطراف الحرية في تحديد عدد المحكمين، وإذا لم يتفقوا تقوم الهيئة الدولية للتحكيم بتعيين محكم فرد، أما في حالة تقديرها لضرورة تعيين ثلاث محكمين، فإنها تطلب من المدعي أن يعين محكما خلال خمسة عشر يوما اعتبارا من تاريخ تسلم الإخطار بقرار الهيئة.

ويعين المدعي عليه محكما خلال خمسة عشر يوما اعتبارا من تاريخ تسلم الإخطار بالتعيين الذي قام به المدعي، كما يتعين أن يكون المحكم الفرد أو رئيس محكمة التحكيم من جنسية مختلفة عن جنسيات الأطراف، لكن يجوز إن اقتضت الضرورة أن يختار المحكم الفرد أو رئيس المحكمة من بلد ينتمي إليه أحد الأطراف.

ثم أن الشيء الإيجابي هو أن هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية لا تتصدى للنزاع بنفسها وإنما تقوم بتعيين محكمة التحكيم عندما يختارهم الأطراف أو تثبت أعضائها¹، وهو نفس الإجراء تقريبا الذي سلكته الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI) بحيث أنه

يوجه الراغب في اللجوء إلى التحكيم(المدعي) إخطار إلى الطرف المدعي عليه يتضمن بيانا بطبيعة المنازعة والطلبات المراد الحكم بها واسم المحكم المعين من قبله ويجب على المدعي عليه أن يعين محكمة خلال 30 يوما.

يختار الطرفان خلال ثلاثين يوما (30) من تعيين المحكم الثاني، محكما مرجحا يترأس هيئة التحكيم، إذا لم يتم تشكيل هيئة التحكيم خلال ستين يوما (60) يوما من تاريخ تقديم الإخطار بطلب التحكيم يتم تعيين المحكم الذي لم يعينه الطرف المعني ، أو الرئيس الهيئة من طرف الرئيس المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى بناء على طلب مشترك من الطرفين، إذا لم يتم التعيين خلال ثلاثين يوما (30) من تاريخ الطلب، يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية الدائمة إجراء التعيين بقرار منه².

¹ - رشا على الدين، مرجع سابق، ص 48.

² - ينظر إلى المادة 4 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI)، الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 95-05 المؤرخ في 21 جانفي سنة 1995، ج ر عدد 7 صادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995، المصادق عليها بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج ر عدد 66 صادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

إن مسألة الإحالة إلى رئيس المركز الدولي ثم إلى رئيس محكمة العدل الدولية يؤدي إلى عرقلة السير الحسن لتشكيل الهيئة التحكيمية وكذا إبعاد عنصر الحيادية وبالتالي فقدان الضمان في تحقيق فعالية اتفاق التحكيم والهدف المنشود منه.

في جميع التشريعات وأمام معظم الهيئات الدولية للتحكيم التجاري، يخضع اختيار المحكمين إلى إرادة الأطراف، إلا أن هذا الاختيار يجب أن يبنى على مجموعة من المواصفات والمؤهلات الواجب توافرها في المحكم، أهمها ضرورة التزامه بالاستقلالية والحياد، وان يكون من ذوي الخبرة والجدارة في دائرة اختصاصه، بالإضافة إلى شرط الأهلية والتمتع بالحقوق المدنية¹.

أما مسألة جنسية المحكم، فلم تعطها التشريعات والاتفاقيات أهمية قصوى، واكتفت بالإشارة إلى ضرورة وجود اختلاف المحكمين ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في الواقع لا يعني اختلاف الجنسية ضمان الحياد والاستقلالية كما لا يعني اتخاذ جنسية المحكم من جنسية أحد أطراف النزاع انتفاء الاستقلالية.

لقد وضعت الهيئات الدولية للتحكيم كالمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وغيره نظاما متكاملا للتحكيم يمنح المستثمرين الأجانب في الدولة المضيفة لاستثمارهم أفضل ضمانات النزاهة والحياد، بغض النظر عن طريقة تشكيل محكمة التحكيم، و لعل الضمان الأساسي والجوهرى هو العمل على عدم تملص الدولة من تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر تحت سقف هذه الهيئات.

ثانيا : عوارض خصومة التحكيم

قد تعترض مهمة المحكمين بعض العوائق إلى التوقيف المؤقت لسير الخصومة التحكيمية أهمها: رد المحكمين (أ)، و تناول عزلهم (ب) و تنحي المحكمين أو اعتقالهم أو وفاتهم أو فقدان أهليتهم، مما يستوجب استبدالهم (ج).

¹ - تنص المادة 1014 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية، إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم".

أ/ رد المحكمين وعزلهم:

نظرا لأهمية العقود التجارية الدولية، فإن المصالح الاقتصادية التي يمكن أن تكون محل نزاع وتسوية عن طريق التحكيم قد تتعرض إلى الضياع¹، وعدم الانضباط في الحقوق عندما يتعلق الأمر بمحكمين وقع الشك في استقلاليتهم أو نزاهتهم أو حيادهم أو لا تتوفر فيهم الشروط والصفات المتفق عليها في اتفاق التحكيم²، لذلك أعطى القانون الحق للأطراف في رد المحكمين المشكوك فيهم، أي رفض المحكم النظر في نزاع معين لكن قد يكون الهدف من الرد هو التماطل وتعطيل الإجراءات.

يجب لأي من طرفي النزاع في الخصومة التحكيمية رد المحكم متى ظهرت شكوك جدية حول حياد أو عدم استقلالية المحكم المطلوب رده، ففي القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي³، جاء في الفقرة الثانية من المادة 12: "لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله، أو إذا لم يكن حائزا للمؤهلات اتفق عليها الطرفان، ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا المحكم".

إلى جانب القانون النموذجي، تسمح معظم التشريعات الوطنية برد المحكم لأسباب لا تختلف ففي معظمها عما ورد في النص المذكور أعلاه، فوفقا لأحكام التشريع الجزائري⁴: "يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم في الحالات الآتية:

- 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
- 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
- 3- عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليتها، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

¹ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 181.

² - Rozes Simone, La Procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres, Paris, P114.

أورده رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 49.

³ - ينظر إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت عليه في عام 2006، و المعدل إلى غاية 2010/08/15 السالف الذكر.

⁴ - ينظر إلى المادة 1016 من قانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، (السالف الذكر).

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين"، هذا وقد أكدت القوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم على ضرورة توفر سبب مقنع لرد المحكم وإن لم تحدد بعض القوانين كل أسباب الرد فإنها أشارت إلى ما يوحي شك في استقلاليته أو نزاهته أو حياده أو عدم توفر الشرط أو الشروط المتفق عليها في اتفاق التحكيم وعله نصت المادة 1463 من ق. إ.م، ف على أنه:

"un arbitre ne peut s abstenir être récusé que cause de récusation qui serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation "

كما نصت المادة 18فقرة 1من القانون المصري الجديد على أنه¹: " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده واستقلاله " إذا يظهر بأن اتخاذ إجراء الرد ضد أي محكم يخضع لشرط توفر سبب من أسباب الرد سواء المعقولة أو المنصوص عليها قانونا في اتفاق التحكيم".

وأضاف المشرع التونسي، أنه لا يجوز التجريح في المحكم إلا إذا وجدت أسباب من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليته، فالمقصود بالرد هو منع المحكم من مواصلة الفصل في النزاع لظهور أسباب قد تثير قدرا من عدم الطمأنينة لدى الخصوم أو أحدهم فيما يتعلق بجياد المحكم ، وبالتالي يكون لهم الحق في طلب تنحيته ومنعه من النظر في النزاع²، فيتعين على المحكم المختار أن يفصح للخصوم عن بعض الأمور، ومثل هذا الأمر له طبيعة أخلاقية، ومن أسباب طلب رد المحكم عدم إفصاحه عن عدم قدرته على القيام بالمهمة التحكيمية، ولكن يشترط ألا يكون الخصم المعني عالما بالأمر السابق، عندما قام بتعيين المحكم المعني أو أن يستمر في الخصومة التحكيمية ويعتبر نظام رد المحكم أو رد الهيئة القضائية من النظم الإجرائية وإحدى الضمانات التي يجب توفرها للخصوم، وللمحكم حمايته من نفسه وهو نظام يؤثر على عمل هيئة التحكيم وأدائها وظيفتها وبالتالي فإنه يترك آثار إجرائية على خصومة التحكيم لا يمكن تجاهلها³.

¹ - أسامة أحمد شتات، قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، مصر 2003، ص 206 أو في الموقع الإلكتروني: www.mts.gov/législations

² - محمد ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية السعودية ، السعودية ، 1999 ص 157.

³ - لزه بن سعيد، مرجع سابق، ص 33.

وبما أن رد المحكم ضماناً هامة للخصوم فلا يجوز أن تدفع الرغبة في تشجيع نظام التحكيم أو عند وجود صلة له بأحد الخصوم، فتقرير إمكانية رد المحكم يعكس احترام مبدأ إجرائي أصلاً هو حق الدفاع، فمن حق كل طرف أن يمثل أمام قاض محايد هذا أمر طبيعي لا يكون إلا إذا كان اتفاق التحكيم صحيحاً و قانونياً

ثم أنه لا بد من التوضيح إلا أن رد المحكم يتم في أي مرحلة من مراحل إجراءات التحكيم، إلا أنه يوجد هناك اختلاف في مسألة استمرار أو وقف إجراءات التحكيم أثناء البت في طلب الرد وكذلك في المهل الممنوحة للطرف الذي يرغب في تقديم هذا الطلب، نظم المشرع المصري إجراءات الرد في المادة (19) من قانون التحكيم التي كانت تنص في فقرتها الأولى على: "إن طلب الرد يقدم إلى هيئة التحكيم التي تنظر النزاع سواء كان محكماً واحداً أو تعدد المحكمين، وهو بذلك كان يتطابق مع المادة 13 فقرة 02 من القانون النموذجي التي تقضي بأن تفصل هيئة التحكيم بنفسها في طلب الرد المقدم إليها.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية هذا النص¹، لذا اشترط المشرع المصري على أن يكون الطلب مكتوباً، ومحتوياً على اسم المحكم المطلوب رده ومتضمناً الأسباب التي يستند إليها طالب الرد، وأن لا يكون طالب الرد قد سبق له تقديم طلب برد ذات المحكم في ذات القضية وتلقى هيئة التحكيم طلب الرد من صاحبه دون أن تفصل فيه بقرار، وإذا حكم برده من المحكمة عند نظر الطعن، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم كأن لم تكن ويعود الخصوم إلى الحالة السابقة لخصومة التحكيم (م19 فقرة4) من قانون التحكيم المصري.

وفي حالة ما لم يتنحى المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الأخر على طلب الرد، يجب على هيئة التحكيم أن تبت في هذا الطلب، وفي حالة عدم قبول طلب الرد يجوز للطرف المعني أن

¹ - ليصبح نص المادة 19 المعدل بالقانون رقم 8 لسنة 2000 ينص على: " يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد فإذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده خلال 15 يوماً من تاريخ طلب الرد يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن".

- لا يقبل طلب الرد من سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم.
- لا يترتب على تقديم الطلب الرد وقف إجراءات التحكيم وإذا حكم برد المحكم يترتب على ذلك اعتبار ما قد يكون قد تم من إجراءات بما في ذلك حكم المحكم كأن لم يكن"، ينظر إلى: د أحمد شتات، مرجع سابق، ص 207.

يلتمس من المحكمة أو الجهة القضائية المختصة خلال (30) يوماً من تاريخ تسلمه إشعاراً بالرفض أن تبت في طلب الرد وقرارها يكون غير قابل لأي طعن، وأعطى مهلة خمسة عشر (15) يوماً للطرف الراغب في رد المحكم من تاريخ تشكيل المحكمة أو من تاريخ العلم بالظروف التي يؤسس عليها طلبه وإذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً (15) من تاريخ تقديم الطلب، يحال الأمر إلى محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة أخرى في مصر¹.

أما في حالة قبول الهيئة التحكيمية طلب الرد، أو في حالة قبول الطعن من طرف الجهة القضائية المختصة، أعتبر ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم المحكمين كأن لم يكن طبقاً للمادة 19فقرة 4 من القانون المصري السابق الذكر، هذا وقد نصت الاتفاقيات الدولية على هذا الإجراء بنفس الكيفية التي سبق بيانها في القوانين الوطنية المقارنة فالمادة 10فقرة 1 من نظام التحكيم لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي نصت على ضرورة الاستناد إلى سبب يكون قد كشفه بعد التعيين ونفس الحكم اعتمده المادة 12فقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، التي نصت على أنه "لا يجوز رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله أو إذا لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان، ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين المحكم".

وقد أورد القانون النموذجي نصاً يقضي بإعطاء الحرية للأطراف لتحديد إجراءات الرد المادة 13فقرة 1 وفي غياب هذا الاتفاق حددت الفقرة الثانية والثالثة نفس الإجراءات التي أخذ بها القانون المصري، من حيث المدة والطلب ومحتواه وكذا الطعن في الحكم التحكيمي الصادر في ذلك أمام الجهة القضائية التي قامت بالتعيينات حسب المادة 06 من القانون النموذجي.

نلاحظ أن القانون النموذجي لسنة 1985 معمول به ومعتمد في القوانين الوطنية المقارنة بشكل كبير، مما يجعلنا نقول بأن التحكيم في مجال الاستثمار والتجارة الدوليين هو نظام موحد في أغلب الدول².

¹ - ينظر إلى المادة التاسعة من قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية لجمهورية مصر العربية، مرجع سابق، ص 108.

² - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 106.

لكن الملاحظ في الاتفاقيات الدولية أو القوانين الوطنية المقارنة هو العمل على إعطاء سلطة النظر في طلب الرد للهيئة التحكيمية التي يكون أحد أعضائها محل هذا الطلب، وهنا يصعب أداء المهمة بكل ما تستلزمه من مصداقية وحياد بل يصعب الأمر أكثر عندما تكون المحكمة مشكلة من محكم فرد إذ كيف يمكن لهذا المحكم الفصل في مسألة رد نفسه ؟ لذلك كان الأفضل لو عهد الاختصاص إلى جهة أخرى محايدة إلى القضاء الوطني مباشرة¹.

هذا وفي حالة شعور عضوية أحد المحكمين أو أكثر بسبب الرد ولأسباب أخرى كالوفاة أو استحالة أداء المهمة أو العزل أو لأي ظرف أو سبب معقول، يتم استبداله بنفس الإجراءات السالفة الذكر بصدد التعيين وهنا ينبغي على الأطراف تفادي بأكثر قدر ممكن عرقلة إجراء التحكيم تجنبا لإطالة الإجراءات أو تعطيل إجراء التحكيم ككل.

أما على مستوى التشريع الوطني الجزائري، فإنه لا بد من التأكيد أن المشرع الوطني الذي عدد أسباب الرد كما تطرقنا سابقا إلا أنه لم يتطرق إلى المهل الزمنية بل أنه حاول إحالة الأطراف إلى نظام التحكيم الذي اختاروه، وإذا لم يتضمن هذا النظام كفاءات تسوية إجراءات الرد ولم يستطيعوا تحديد هذه الإجراءات بالاتفاق فيما بينهم، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن².

إن مسألة رد المحكم يمكن النظر إليها من زاويتين مختلفتين، فيما يتعلق بتأثيرها على فعالية التحكيم التجاري الدولي فمن جهة تعتبر دعما لهذه الفعالية، على أساس أن كل طرف من طرفي النزاع يستطيع أن يتدخل لوضع حد لأي اختلال في تشكيلة هيئة التحكيم فلا يسمح بوجود محكم غير مستقل أو غير محايد.

¹ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 185.

² - لم يحدد المشرع الجزائري المهلة التي يجب فيها تقديم طلب الرد ولا المدة اللازمة للفصل في الطلب من طرف هيئة التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء:

ينظر في ذلك إلى المادة 1016 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر .

ب/ عزل المحكمين:

أما بالنسبة إلى العزل أجازته معظم القوانين بشرط تراضي الأطراف، وسواء كان التعيين قد تم أصلا من قبل المحكمة أو من قبل الطرفين، أو من قبل سلطة التعيين التي حددها مسبقا ولا بد من الإشارة إلى أن العزل نوعان اتفاقي وقضائي.

فالعزل الاتفاقي يعني أنه لا يجوز عزل المحكم إلا باتفاق جميع الأطراف بحسب نص المادة 20 من قانون التحكيم المصري¹، إذن نستخلص أنه لا يستطيع أي طرف وحده بإرادته المنفردة عزل محكمه بعد اختياره ولو كان هذا المحكم قد تم تعيينه بواسطة هذا الطرف إعمالا لاتفاق التحكيم²، و بطبيعة الحال لا يكون هناك عزل إلا إذا كان قد سبقه قبوله لمهمته، أما إذا كان المحكم قد اعتذر عن القبول، واشترط أجلا لتحديد موقفه فلا يتصور ثمة عزل.

أما إذا كان قد أصدر حكمه فلا مجال للقول هنا بإمكانية عزل المحكم، ويكون للخصوم في هذه الحالة عدم الاعتداد بالحكم الصادر منه، واعتباره كأن لم يصدر في مواجهة بعضهم البعض، أما إذا لم يتفق الخصوم على عدم الاعتداد بالحكم فإن هذا الحكم يعتبر صحيحا وواجب النفاذ³.

أما بالنسبة للعزل بواسطة القضاء فيرى الفقه أنه يختص بإصدار الأمر بالعزل رئيس الدائرة أو القاضي المختص بإصدار الأمر بالمحكمة المختصة وفقا للمادة 09 من قانون التحكيم المصري، وللقاضي قبل إصدار أمر العزل أن يكلف الطالب بإعلانهم أو إعلان أحدهما لسماع أقواله قبل إصدار الأمر بالعزل، وللمحكم المعزول أن يلجأ للقضاء للمطالبة بالتعويض إذا ما كان العزل مبني على أسباب غير صحيحة.

ج/ استبدال المحكمين:

يستبدل المحكم عند قبول طلب الرد والحكم، أو عند تنحيه أو عزله أو وفاته أو أي سبب آخر يستوجب تعيين محكم بديل عنه عندما يكون التحكيم لدى مراكز التحكيم الدولية وبموجب

¹ - وهو ما أكده المشرع الجزائري أيضا وفقا لأحكام المادة 1018 فقرة 3 التي تنص على: "لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف".

² - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار المعارف بالإسكندرية، مصر 2006، ص 283.

³ - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 236.

القواعد المعتمدة لديها، فإن الإجراء المتبع عادة عند تعيين محكم بديل، يكون نفس الإجراء الذي أتبع عند تعيين المحكم الأصلي دون أن تثار مشاكل معقدة.

لكن في حالات التحكيم الخاص، تطرح العديد من الإشكالات عند تعيين المحكم البديل، حيث يتعين على أطراف النزاع إبرام اتفاق جديد لأنه في معظم الحالات لا يتضمن شرط التحكيم أو مشاركته التحكيم معالجة مثل هذه الوضعيات، مما يتطلب تدخلا من الأطراف والاتفاق على تعيين المحكم البديل أو الطريقة التي يمكن من خلالها التعيين.

في حالة عدم الاتفاق لابد من لجوء الأطراف إلى المحكمة المختصة لتتولى الأمر، لقد أجمعت مختلف التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وأنظمة التحكيم للمؤسسات والمراكز الدولية والاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية، على إتباع الإجراءات التي تمت عند اختيار المحكم¹، الذي انتهت² مهمته بالرغم من اختلافها في موضوع استمرار الإجراءات أثناء نظر طلب رد المحكم، وكذلك بعد صدور حكم الرد وهو ما يؤدي إلى التساؤل عن مصير الإجراءات التي تمت؟ فالبعض قضى باستمرار الإجراءات بما في ذلك إصدار الحكم التحكيمي، وبعضها قضت بوقف الإجراءات، والبعض لم يتنازل عن هذه المسائل تماما، إلا أن الاتجاه الأكثر وضوحا في تشريعات التحكيم عند الحكم برد المحكم هو اعتبار ما تم من إجراءات تحكيمية سابقة كأن لم تكن، بما في ذلك حكم التحكيم إن كان قد صدر.

¹ - تنص المادة 15 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي : "عندما تنتهي ولاية أحد المحكمين وفقا للمادة 13 أو المادة 14 أو بسبب تنحيته عن وظيفته لأي سبب آخر، أو بسبب إلغائه ولايته باتفاق الطرفين، أو في أي حالة أخرى من حالات إنهاء الولاية، يعين محكم وفقا للقواعد التي كانت واجبة التطبيق على تعيين المحكم الجاري تبديله".

² - يعتبر المشرع الجزائري التحكيم منتهيا بمجرد اتفاق الأطراف على استبدال المحكم ما لم يوجد شرط مخالف لذلك، ينظر إلى أحكام المادة 1024 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

الفرع الثاني

اختيار هيئة التحكيم لإجراءات التحكيم

الأصل في اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على مكان التحكيم، و كذا حريرتهم في تحديد لغة التحكيم¹، ومن منطلق أن القاعدة العامة تقتضي بإسناد سريان قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات هاته الأخيرة تقتضي ضرورة منح هيئات التحكيم سلطات واسعة في تدعيم سير العملية التحكيمية لذلك سوف نناول موضوع التحكيم (أولاً)، ثم مقر التحكيم (ثانياً)، وكذا لغة التحكيم (ثالثاً).

أولاً/ موضوع التحكيم:

يميز القانونيون عموماً بين المنازعات ذات الطابع القانوني، والمنازعات ذات الطابع السياسي، بحيث أنه تعرض ذات الطابع القانوني منها فقط على التحكيم وللتمييز التحكيم القانوني من السياسي في المنازعات التي نعرضها كالتالي: المعيار الموضوعي (أ)، ولكن هذا لا يكفي فلا بد من معيار شخصي (ب)، وكذا معيار تعدد المنازعات (ج).

أ/المعيار الموضوعي:

ومفاد هذا المعيار أن المنازعات القانونية هي تلك التي تطبق عليها قواعد القانون الدولي، أما إذا لم توجد قواعد قانونية تطبق في حلها فهي ذات طابع سياسي، ولا تعرض على التحكيم أو القضاء الدولي، وهذا المعيار كما نرى يعتمد على طبيعة القاعدة القانونية لا على طبيعة النزاع إذ يكون النزاع قانونياً إذ كان بالإمكان الرجوع إلى قواعد القانون الدولي لحله وهو سياسي إذ طبقت في حله قواعد أخرى تجدها المحكمة، والقائلون بهذا المعيار يرون أن المنازعات السياسية هي تلك التي يكون القانون الدولي ناقصاً أو غامضاً ليطبق عليها ويحتاج إذن ليكمل أو ليدقق.

¹ - مصطفى ناطق صالح الناصري، مرجع سابق، ص 51.

ب/المعيار الشخصي:

يقول الآخذون بالمعيار الشخصي بوجوب الرجوع إلى إرادة الطرفين للتعرف على ما يعتبرانه من المنازعات السياسية، وتكون العبرة حسب هذا المعيار، ليست بطبيعة النزاع بل بالتزام أو عدم التزام الطرف بعرضه على التحكيم أو القضاء¹.

فإذا قال الطرفان بأن النزاع قابل لأن يطبق عليه القانون فهو قانوني، أما إذا برر الطرف مطالبته استنادا إلى مصلحته بغض النظر عن القانون فيكون النزاع سياسيا كأن ينازع ذلك الطرف في حق الطرف الآخر، غير أن انتقادا يوجه نظريا على الأقل، إلى هذا المعيار باعتباره لا يضمن عدم تنصل الدولة من التزاماتها إذا ما رأت، بإرادتها المتفردة أن النزاع سياسي.

ج/معيار تعدد المنازعات:

لتفادي الغموض الذي قد يؤدي إليه المعياران السابقان يضمن بعض الأطراف الاتفاقيات الدولية تعدادا للمنازعات القانونية التي يمكن عرضها على التحكيم أو القضاء الدولي، ومن أمثلة ذلك ماجاء في الفقرة الثانية من المادة 13 من عصبة الأمم أو الفقرة الثانية من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

ولقد جرى العمل في الاتفاقيات الدولية التي تنص على التحكيم الإلزامي على ضرورة إبعاد المنازعات السياسية عن العرض على التحكيم، غير أننا بهذه الطريقة نعود إلى الغموض الذي يمكن أن يحدث في التمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، مثلما يحدث في المعيار الشخصي، ثم أن هناك صعوبة في التمييز بين المنازعات القانونية والسياسية، إذ غالبا ما تكون في المنازعة الواحدة عناصر قانونية وأخرى سياسية.

ثانيا: مقر التحكيم

قد يتفق الطرفان على تحديد مقر معين للتحكيم، وقد يميلان ذلك التحديد على هيئة التحكيم، و الغالب في مسألة مقر التحكيم هو اختيار مقر تكون القرارات الصادرة فيه قابلة للتنفيذ في البلدين الذين يكون فيهما مقرا أعمال الطرفين، فاختيار مكان التحكيم يترتب عليه آثار إجرائية عديدة فالقضاء في الدولة التي يقام التحكيم فيها سلطات واسعة في تدعيم سير التحكيم أو إفساد

¹ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 275.

فاعليته، فقانون مكان التحكيم يفرض رقابته على الإجراءات، كما أنه قد يضع قيوداً على اختيار المحكمين، وبصفة خاصة ما يتعلق بمؤهلات المحكمين.

وبالرجوع إلى أحكام القانون المصري فقد نصت المادة 28 من قانون التحكيم على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة الظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافه" وهذا النص مأخوذ من المادة 20 من القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي جاء بما "للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم" كما اعترف بمضمونه قواعد اليونسيترال

(unicitral) لعام 1976 (المادة 16فقرة 01) فعلى هيئة التحكيم أن تراعي المكان الأكثر ملائمة بالنسبة لظروف الدعوى وأطرافها. هذا ومحاولة منا لتجسيد أكثر لهذه الدراسة نشير إلى أن المادة 20 من القانون النموذجي تنص في هذا المجال على حرية اختيار مكان التحكيم من قبل أطراف النزاع، وفي حالة غياب ذلك الاختيار فإن محكمة التحكيم هي التي تقوم به، كما ذهبت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى حد اعتبار قانون البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي، أساساً لتحديد أهلية الأطراف وصحة اتفاق التحكيم وربت على ذلك رفض تنفيذ الحكم إذا لم يتوفر هذان الشرطان¹.

وقد امتد الاعتراف بحق الأطراف في تحديد مكان التحكيم إلى مؤسسات التحكيم رغم أن لها مقر دائم، وبعضها ينص على تحديد مكان التحكيم مسبقاً فإذا أرادت الأطراف تحديد مكان آخر فإن ذلك يكون مرهوناً بموافقة هيئة التحكيم كقواعد مركز التحكيم التجاري الدولي لدول المجلس التعاون الخليجي في مادتها السادسة والتي تنص على أن مكان التحكيم كمبدأ عام هو دولة البحرين وفي حالة اتفاق الأطراف على غير ذلك فيجب أن توافق هيئة التحكيم على ذلك بعد التشاور مع الأمين العام للمركز".

¹ - جاء في الفقرة الأولى (د) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك مايلي: "لا يجوز الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه لتحكيم في حالة عدم الاتفاق".

أما نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي¹ فقد نص في المادة 16 فقرة 1 على أنه: "إذا لم يتفق الطرفان على مكان إجراء التحكيم تتولى هيئة التحكيم تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم"، وإذا كان مكان التحكيم يهم الأطراف المحتكمة، ومن ثم يقع على عاتقهم مهمة القيام بهذا التحديد إلا أنه يهم، من باب أولى هيئة التحكيم فهو مقرها ومستودعها فيه تبدأ مهمتها وفيه يصدر حكم التحكيم²، فإن تقاعس الأطراف عن تحديده، تولت هيئة التحكيم ذلك.

ثالثاً: اللغة:

إن ضرورة تسهيل عملية التحكيم قد تدفع الأطراف إلى اختيار لغة واحدة في كل مراحل التحكيم حتى صدور القرار، وعادة ما تكون تلك اللغة هي التي حرر بها العقد موضوع النزاع. والمقصود بلغة التحكيم، لغة إجراءات التحكيم والمرافعات وتقديم المستندات والوثائق والحكم، وقد تكون لغة واحدة في كافة المراحل، وقد تتعدد بتعدد لغات الأطراف، ولا تأثير لهذه اللغة³ في تحديد طبيعة الحكم، أي لا يمكن اعتبار الحكم أجنبياً أو غير أجنبي بناء على اللغة التي كتب بها.

هذا ونشير إلا أننا نجد على مستوى التطبيقات الدولية في مجال اللغة، أن المادة 22 من القانون النموذجي تنص على حرية اختيار أطراف النزاع في اختيار اللغة التي يجب استعمالها في حل نزاعهم، ويتم استعمال اللغة المختارة في تحرير البيانات والمذكرات والمرافعات وفي كل قرار تتخذه محكمة التحكيم أو رسالة توجهها أو حكم تصدره، إلا أنه يبق للأطراف إمكانية الاتفاق على استخدام لغة أخرى غير اللغة التي تم اختيارها من قبل في المرافعات مثلاً.

كما لاحظنا عند الاطلاع على النسخ الأصلية لبعض الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار تحكيم المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (ICSID) في الموقع الإلكتروني للمركز باللغة التي اختارها الأطراف⁴، وهي عادة لغة مستعملة في الدول المعنية

¹ - قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي القاهرة ، مصر ، السارية المفعول ابتداء من تاريخ 01 مارس 2012،

ينظر إلى الموقع : www.law-Egypt.com، تاريخ الاطلاع 2018/03/29

² - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 262.

³ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 263.

⁴ - للإطلاع على نماذج من هذه القرارات ينظر إلى : <http://icsid.worldbank.org>

بالقضية، أما إذا قدمت وثائق مكتوبة بغير اللغة المستخدمة في التحكيم فيكون للمحكمة الأمر بإرفاقها بترجمة إلى اللغة المستعملة في التحكيم، وفي تعدد اللغات يكون لمحكمة التحكيم، أن تقتصر على لغة واحدة.

المطلب الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

عندما يخطر أحد الأطراف النزاع الطرف الأخر برغبته في اللجوء إلى التحكيم، ويتم تشكيل الهيئة التحكيمية حسب النظام المتبع، يكون الطرفان قد بدأ إجراءات التحكيم¹، ومواصلة في أعمال إرادة الأطراف وفقاً لاتفاق التحكيم المبرم بينها، تبدأ الهيئة التحكيمية أصلاً في تجسيد إرادتها تطبيقاً لهذا الاتفاق، وذلك بإعمال الإجراءات المختلفة حتى صدور الحكم التحكيمي وتسوية النزاع.

ولأن التحكيم يقوم على أساس اتفاق الخصوم فلا يمكن إنكار دور إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته إلا أن إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته، قد تختلف أو يشوبها القصور لذلك من الضروري إيجاد ضوابط فنية أخرى، يتم الاستعانة بها في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والمجال الحقيقي لقانون الإرادة ينحصر في عقود التجارة الدولية نتيجة لتباين الكثير من قوانين اختيار القانون الأقرب إلى نواياهم².

لقد تناولت أغلب التشريعات الوطنية ومختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع الاستثمار الأجنبي الفكرة القانونية المتعلقة بإعطاء إرادة الأطراف الدور الفعال في عملية اختيار القواعد الإجرائية التي تحكم سير مراحل الخصومة التحكيمية.

وبالرغم من اختلاف طرق الاختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على هذه الإجراءات (الفرع الأول) انطلاقاً من تكريس هذا المبدأ الذي يستبعد القاضي الوطني وهيئة التحكيم عن وضع هذه القواعد إلا إذا وافق الأطراف على ذلك دون المساس ببعض المبادئ الأساسية

ثم البحث في خانة: search online Décisions And Award، تاريخ الاطلاع: 2016/12/13.

¹- وإن كان تعبير "إجراءات التحكيم" قد اختلف بشأنه بعض الفقهاء إذ يعني عند البعض كل ما يتم من عملية التحكيم منذ التوقيع على اتفاق التحكيم إلى غاية تنفيذ الحكم إلا أن أغلب المؤلفين يرون أن مفهوم تعبير إجراءات التحكيم يشمل الفترة التي تبدأ بتشكيل الهيئة التحكيمية، وتنتهي بصدور الحكم التحكيمي.

²- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 242.

كالمساواة بين الأطراف وضمان حق الدفاع وغيرها، يمكن استخلاص مظاهر فعالية التحكيم في هذه المرحلة من مراحل الخصومة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مختلف طرق اختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات من طرف الخصوم

في إطار السلطة التي حولها القانون للأطراف لأجل اختيار القانون الواجب التطبيق على مختلف الإجراءات عند توافق إرادتهم يستطيع الخصوم تنظيم سير النزاع أمام هيئة التحكيم وفقا لقواعد إجرائية يضعها الأطراف (أولا) أو اختيار قانون دولة معينة (ثانيا) أو إعطاء سلطة المحكم في اختيار القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق (ثالثا).

أولا: خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف "قانون الإرادة".

من المتصور خاصة في مجال عقود التجارة الدولية تنظيما خاصا وقواعد منتقاة¹، تواجه ما قد ينشأ من منازعات هم الأقدر على تصورها²، فخضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف هو الأصل المعتمد في القوانين الوطنية للدول³، إذ يستوي أن يكون في ذلك في التحكيم الاتفاقي أو في التحكيم لدى الهيئات المتخصصة، ومقتضى هذا الأصل أن تخضع إجراءات التحكيم للقانون الذي اختاره الأطراف في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، كأن تحال على قانون معين بصريح النص مثل المادة 1494 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي⁴ بحيث تعتبر:

" La convention d'arbitrage peut directement ou préférence a un règlement d'arbitrage 'régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle -ci à la loi de procédure qu'elle détermine" .

يفهم من المادة السابقة التي تكرر مبدأ سلطان الإرادة، أنها تعطي للأطراف ثلاثة خيارات وهي وضع قواعد الإجراءات مباشرة دون الاستناد إلى أي قانون وطني كان أو بالإحالة إلى نظام

¹ - منى حسب الرسول حسن، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مجلة جامعة النيلين، الخرطوم، 2000، ص 1432.

² - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 314.

³ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 50.

⁴ - ينظر إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي إلى غاية آخر تعديل بموجب اللائحة بقانون رقم 48 لسنة 2011 الصادر في

13 جانفي 2011 ينظر إلى : www.journal-officiel.gouv.fr/ أو الموقع الأخر: www.Légifrance.gouv.fr

تحكمي معين، حيث يتم إعمال الإجراءات الموجودة فيه، وأخيراً وفي حالة غياب الخيارين السابقين يمكن إخضاع الإجراءات لقانون وطني¹، وهناك عدة إمكانيات متاحة أمام الخصوم عند اختيار إجراءات التحكيم على النحو التالي:

- أن يضع الخصوم بأنفسهم تنظيم خاص بإجراءات التحكيم أي استخدام ما يسمى بإجراءات التحكيم العائمة.

- أن يتفق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم تتولى بنفسها وضع إجراءات التحكيم نيابة عنهم ويكون القانون الإجرائي في هذا الفرض هو قانون إرادة المحكم.

- كما قد يتفقون على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين².

وقد أعاب بعض الفقهاء الاختيار الأول وهو وضع إجراءات التحكيم مباشرة من طرف الأطراف أي وضع القواعد المادية للإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية خاصة في التحكيم الاتفاقي لأن هذه الطريقة قد تسبب عراقيل تحول دون إتمام الإجراءات بسبب قصورها، وعدم إلمام الأطراف بكل الجوانب الإجرائية³، وبالتالي إعاقه الهيئة التحكيمية في مهامها، ولذلك يمكن للأطراف دائماً في إطار مبدأ سلطان الإرادة، اختيار القواعد الإجرائية لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة فإذا اختار الأطراف نظام تحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية فإن القواعد الإجرائية لدى هذه الغرفة هي المطبقة وقد حكمت محكمة استئناف باريس بهذا الموقف جاء فيه أنه:

¹-Georgs Vedel , Droit Administratif Spécial, presse universitaire de France , 1995, P 320.

²- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 50، ونود الإشارة إلى أن من الأمثلة على ذلك أن معظم التشريعات الوطنية تعلق تدخل المحاكم القضائية للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم على قانون دولة مقر التحكيم كما هو الحال في القانون السويسري الجديد بشأن التحكيم الدولي الخاص (المادة 176فقرة 2) فيما يعلق البعض على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم كما هو الحال في القانون الفرنسي (المادة 143فقرة 2) كما أن من التشريعات ما يعلق على جنسية المحكم وما إذا كان وطنياً أم أجنبياً.

³- شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 366.

"بالنسبة لشرط التحكيم الذي يمنح الاختصاص للغرفة التجارية الدولية، فإن نظام هذه الهيئة هو بالضرورة الساري وقت إجراءات التحكيم"¹، كما أكدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ سلطان الإرادة الأطراف في تحديد القانون الإجرائي في النزاع وهذا في قرارها الصادر² في 09/12/1955.

كما أخذ المشرع المصري بقانون الإرادة كأصل عام، لتحديد إجراءات التحكيم فتنص المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاصة بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية على هذا المبدأ قائلة: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

وحتى يمكن أن تقوم إرادة الخصوم بوظيفتها في تحديد القواعد الإجرائية، فإنه يتعين أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة، وإن كان من الممكن في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وعليه نلاحظ في البداية أن المشرع الجزائري أخذ بنفس الخيارات الثلاثة والتي تكرر إرادة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم وهو ما تجسد من خلال إمكانية وضع القواعد الإجرائية المباشرة حيث جاء في المادة 1043 من القانون 08-09 في فقرتها الأولى: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم"، وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال الاستثمارات، نجد أن هذا الخيار مكرسا بصدد قانون الإرادة والإحالة إلى نظام تحكيمي لدى الهيئات المتخصصة³، وكذلك نظام التحكيم الجزائري - الفرنسي لسنة 1983⁴، وكذلك العقود المبرمة في مجال استغلال المحروقات

¹ - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 362.

² - محمد كولا، مرجع سابق، ص 188.

³ - إذ نجد بعض الاتفاقيات تحيل إلى القواعد الإجرائية وفقا لنظام (CNUDI) مثل المادة 3/8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، والمادة 7فقرة2 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، والمادة 7 فقرة 3 من الاتفاقية الجزائرية القطرية وغيرها من الاتفاقيات، كما تحيل اتفاقيات أخرى إلى نظام التحكيم لدى (CIRDI) إذا لم يتم تشكيل هيئة تحكيمية خاصة مثل المادة 8 فقرة 2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والمادة 7فقرة2 من الاتفاقية الجزائرية القطرية وغيرها من الاتفاقيات .

⁴ - Terki Noureddine: L'arbitrage Commercial international en Algérie OP-Cit P-95.

في ظل النظام القديم، التي كانت تحال على الأنظمة التحكيمية المتخصصة مثل الغرفة التجارية بباريس.

ويجد مبدأ سلطان الإرادة تطبيقاً واسعاً للاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم، إذ تنص على هذا الأصل أي إعطاء الحرية للأطراف لاختيار القانون الذي يحكم الإجراءات مثل المادة 8فقرة 1 من النظام القديم للغرفة التجارية الدولية التي تنص على أنه: "أن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام وعند سكوته فيجب تطبيق القواعد التي يحددها الأطراف، وعند انتفاء تحديد الأطراف يتولى المحكم تحديدها".

كما كرست اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1985 الخاصة بالقانون النموذجي هذا المبدأ في المادة 19فقرة 1 والتي نصت على: "يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم"¹، وكذا المادة 5فقرة 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1985.

أما بالنسبة لقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، فقد نصت المادة (24) منه على: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها ملائمة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون"، وبصفة عامة فإن أغلب الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم تجعل تحديد الإجراءات أساسها حرية الأطراف، وفقاً لاتفاق التحكيم أو شرط التحكيم المبرم.

ثانياً: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع.

إذا لم يتفق الأطراف على قواعد قانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع قامت هيئة التحكيم باختيار القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها، فالمحكمون هم الذين يختارون القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها، إذ أن المحكم يتمتع بسلطة واسعة في تحديد القانون الذي يحكم النزاع على القاضي الوطني، باعتبار أنه لا يلتزم بالتقييد بشكليات معينة ولا بنصوص أو ترتيب معين.

فالمحكمون هم الذين يختارون القانون الذي يطبقونه، ويمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع أو أية قواعد قانونية

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 246.

نافذة في دولة أخرى¹، على أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الاختيار فقد أزم المشرع هيئة التحكيم باختيار القواعد الموضوعية للقانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، فإذا كان النزاع حول صحة العقد فإن القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، هو قانون الدولة التي تم فيها إبرام هذا العقد، وإذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين في العقد فالقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ هذا الالتزام أو التي اتفق الأطراف على تنفيذه فيها، وهو ما أكدته المشرع الفرنسي بنص المادة 1494 فقرة 2 من ق. إ.م.ف تنص على أنه:

"Dans le silence de la convention 'l' arbitre règle la procédure 'autant qu'il est besoin soit directement 'soit par référence a une loi ou à un règlement d'arbitrage'".

وكذلك بالنسبة للمشرع المصري في المادة 25 من القانون الجديد لسنة 1994 التي نصت على أنه: "... فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"، فإذا كان هذان القانونان قد وُفقا في تغطية الفراغ القانوني المحتمل عند عدم النص في اتفاق التحكيم على القانون واجب التطبيق، بإعطاء نفس الحرية للمحكمين في تحديد هذا القانون الوطني لدولة أحد الأطراف ومن الغير.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يفرض على هيئة التحكيم تطبيق القانون الإجرائي لدولة المقر، بل أنه أعطى الأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات²، عكس المشرع السويسري الذي أشار في المادة 176 من قانون التحكيم الفيدرالي إلى تطبيق قانون الإجراءات الوطني على كل تحكيم يجري في سويسرا³، بينما أعطى المشرع الفرنسي الأولوية لإرادة الأطراف دون أن يلزمهم بتطبيق قانون محل تحكيم، وفي حالة السكوت الأطراف تتولى هيئة التحكيم تنظيم الإجراءات.

وبالرجوع إلى العقود الدولية في هذا المجال نجد ما يحدد القواعد الإجرائية طبقاً لقانون الدولة التي ينعقد فيها التحكيم، أما عند خلو العقود الدولية من القانون الواجب التطبيق على مسائل

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 67 .

² - المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق .

³ - Article 176 ; " Les disposition du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage ,si le siège du tribunal se trouve en suisse ... "Redfran Alain et Henner Martin,droit et pratique de l, arbitrage commercial international,édition,L.G.D.J,Paris,1995,P 67.

الإجراءات ينبغي إعمال الإجراءات المنصوص عليها في الدولة التي تعقد فيها الهيئة التحكيمية جلساتها¹.

وبالنسبة إلى اتفاقية واشنطن لسنة 1965 فقد حولت أصلا للأطراف تحديد القواعد الإجرائية، وفي حالة عدم الاتفاق تقوم المحكمة التحكيمية بذلك مستندة إلى قانون الدولة الطرف في النزاع بما فيها قواعد تنازع القوانين، ومن القضايا التي طرحت على قضاء التحكيم التجاري الدولي بصدد القانون الإجرائي واجب التطبيق، نجد الحكم التحكيمي الصادر في 10/10/1973 عن المحكم الفرد الذي اتخذ كوبنهاغن (الدانمارك) مقر له في نزاع بين الحكومة الليبية وشركة بترولية إنجليزية حيث طبق المحكم قانون دولة مقر التحكيم أي القانون الدانماركي².

كما أنه في قضية "SAPPHIR" صدر حكم تحكيمي في لوزان باعتباره مكان إجراء التحكيم مطبقا قانون إجراءات المقاطعة -فود- السويسرية حيث جاء في الحكم التحكيمي الذي أصدره المحكم الفرد مبررا سبب الأخذ بقانون المقاطعة أنه:

"SI même cette interprétions de la volonté des parties était rejetée 'la règle est qu'à d'défaut d'accord des parties 'l'arbitrage est soumis à la souveraineté judiciaire du siège de l'arbitrage".

كما لم يستبعد قانون المسطرة المدنية المغربي³ صراحة القانون الإجرائي لمقر التحكيم بل نص على إمكانية " تحديد المسطرة الواجب إتباعها خلال سير التحكيم في اتفاق التحكيم مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي.

كما أن التحكيم الذي يجري تحت إدارة هيئات التحكيم الدولية الدائمة فإنه يخضع إلى لوائحها وأجهزتها، أما قبول الأطراف بتطبيق هذه القواعد فهو مستمد من اتفاقهم اللجوء إلى تحكيم هذه المؤسسات الدولية.

¹ - نبيل زيد مقابلة، التحكيم الإلكتروني، مجلة الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.arab-elaw.com، أطلع عليه بتاريخ 2016/12/19.

² - Terki Noureddine: L'arbitrage Commercial international en Algérie ,op-cit-p 99.

³ - قانون رقم 05-08 مؤرخ في 06 ديسمبر 2007، يقتضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، ج ر عدد 5584 للمملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية العدد 7 لسنة 2008.

ثالثاً/ سلطة المحكم في اختيار وتحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق

مما لا شك فيه أن لهيئة التحكيم عندما تتولى مهمة تحديد إجراءات التحكيم لعدم اتفاق الأطراف بشأنها، أو لاتفاقهم على تفويضها القيام بذلك¹، ذات الحرية أو الإمكانيات التي كانت متاحة للخصوم في هذا الشأن ومنها القيام بوضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع نفسها وعليه يتمتع المحكم بسلطة تقديرية واسعة في البحث عن هذا القانون حيث تأكدت هذه السلطة في القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذا الاتفاقيات الدولية بالإضافة إلى تدعيم هذه السلطة من طرف الفقه والقضاء، فبالنسبة لتأكيد القوانين دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق نصت المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه:

"...à défaut d'un tel choix 'conformément à celles qu'il estime appropriées 'il tient compte ' dans tous les cas des usages du commerce..."

فهذه الفقرة تعطي للهيئة التحكيمية سلطة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق في غياب اختيار الأطراف وهذا طبقاً لقواعد القانون التي تراها مناسبة فتعبير "conformément à" تعني قواعد القانون، لكن يبقى دور المحكمين محدد بالمقارنة بدور الأطراف وهذا يستشف من تعبير Appropriées، بمعنى يجب أن يبحث عن القانون الذي تكون له علاقة أو رابطة مع النزاع، وتضيف في آخر المادة أن المحكمين في كل الأحوال ملزمين بالنظر في النزاع، وتضيف في آخر المادة أن المحكمين في كل الأحوال ملزمين بالنظر في النزاع أخذين بعين الاعتبار العادات التجارية، دون أن تكون لهذه العادات سوى الصفة التكميلية، وليس معناه أن تحل محل النصوص القانونية أي القانون الذي يخضع له النزاع²، أخذ المشرع الفرنسي بالاتجاه الذي يقضي باستقلال إجراءات التحكيم وتحررها كلية من الخضوع إلى أي قانون وطني، أما المشرع المصري فقد أكد على دور الهيئة التحكيمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، إذ تنص المادة 39فقرة 3 لسنة 1997 على أنه "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع تبقى لهيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع"، أعطى المشرع المصري سلطة اختيار القانون للهيئة.

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 92.

² - محمد كولا، مرجع سابق، ص 213.

لكن مع مراعاة ملاءمته للدعوى وهذا ما يأخذ به الفقه الحديث على اختلاف أن البعض يذهب إلى القول بالأخذ بقواعد التنازع ثم تحيل الهيئة التحكيمية إلى القانون الموضوعي الملائم، أما البعض الآخر فيذهب إلى الأخذ مباشرة بالقانون الموضوعي مثل ما فعل المشرع المصري.

أما المشرع الجزائري فقد اتبع نفس المسلك للمشرع الفرنسي وإن جاء متأخرا نوعا ما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 1043 على: "إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

كما أن بعض الاتفاقيات قيدت سلطة المحكم في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، حيث ألزمت اتفاقية نيويورك لسنة 1985 المحكمين على تطبيق قانون دولة المقر في حالة غياب الأطراف¹، أما نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية فلم يعط المحكم أي سلطة لوضع الإجراءات بل عليه تطبيق النصوص التي جاء بها النظام إلا في حالة عدم معالجة هذا النظام لمسألة معينة ولم يتفق الأطراف في شأنها على أية قواعد عندئذ تتولى هيئة التحكيم تحديدها بنفسها، سواء أحييت إلى قانون إجرائي وطني أولا².

مما سبق يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري على غرار المشرعين الفرنسي والمصري أعطى الحرية للمحكمين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وهذا في غياب قانون إرادة الأطراف ومن ثم يمكن إعمال عدة خيارات من الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية "lex mercatoria"³، وكذا العادات والأعراف التجارية إلى الأخذ بأي قانون لدولة ما يراه أكثر ملاءمة للنزاع⁴، سواء قانون موضوعي مثل ما ذهب إليه المشرع المصري أو قواعد التنازع مثل ما بيناه بالنسبة للمشرع الفرنسي، لأن تطبيق قواعد القانون، تشمل كذلك قواعد تنازع القوانين لأي دولة. ولما كانت هذه العادات و الأعراف التجارية الدولية ، هي وليدة مجتمع التجار الدولي و أنها لا تشكل نظاما قانونيا ثابتا و موحدا و معلوما للجميع فإنها تكون معلومة فقط لأفراد ذلك المجتمع من أطراف أو محكمين و على الجانب الآخر فإنها بالطبع ستكون مجهولة تماما بالنسبة لقضاة المحاكم

¹ - ينظر إلى المادة 5 فقرة 1 التي أجازت رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا قدم الخصم الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفة لاتفاق الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".

² - ينظر إلى المادة 15 فقرة 1 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (cci) مرجع سابق.

³ - Paulson Jean «La l'ex mercatoria dans l'arbitrage (CCI) ,Rev .Arb ،n°01, 1990, pp55-100.

⁴ - رشا على الدين، مرجع سابق، ص 52.

الوطنية أو الداخلية للدول¹ مما يؤدي إلى القول أن دور المحكمين في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على موضوع النزاع تأكيداً لدى الاتفاقيات الدولية فمنها ما يعطي للمحكمين اختيار قواعد تنازع القوانين لقانون دولة متعاقدة ومنها ما يعتمد على المبادئ العامة للقانون الدولي وكذا العدل والإنصاف وهذا ما نصت عليه الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في المادة 7فقرة 1 ونظام التحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية (CCI) في المادة 13/فقرة 3 واتفاقية واشنطن لسنة 1965 (CIRDI) في المادة 42فقرة 3 وكذا نظام التحكيم (CNUDI) في المادة 33فقرة 12، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

ومن الأمثلة على ذلك قضية² Congo .v Benevenuti وهي أهم سابقة قضائية أظهرت بين الجانب الإجرائي للتحكيم وتنفيذه³، وتتلخص وقائع القضية في أنه كان قد تم الاتفاق بين حكومة دولة الكونجو وشركة BB الإيطالية في 16 أبريل سنة 1976 على إنشاء شركة لتصنيع الزجاجات البلاستيكية واحتوى هذا الاتفاق على شرط تقديم المنازعات التي تنشأ بين الطرفين إلى محكمة تحكيم المركز عند حدوث أي منازعة بين الطرفين، وعندما نشب الخلاف بينهما حول بنود اتفاق الاستثمار، تقدمت الشركة الإيطالية بطلب للتحكيم تحت مظلة المركز، وإذ صدر حكم من محكمة تحكيم المركز لصالح الشركة الإيطالية تقدمت هذه الشركة إلى محكمة باريس (The tribunal of grande instance de Paris) وذلك للاعتراف بالحكم في فرنسا⁴، وعندئذ أعلنت هذه المحكمة عن ضرورة الحصول على إذن خاص من أجل تنفيذ حكم المركز، فتقدمت الشركة الإيطالية بشكوى إلى محكمة باريس الاستئنافية على أساس أن هذا الإجراء غير لازم لتنفيذ حكم المركز بيد أن المحكمة الاستئنافية فرقت بين الاعتراف والنفاذ (Recognition and enforcement و Masures of exécution).

¹ - أحمد حسني سليم ، تطبيق المحكم الدولي لعادات و أعراف التجارة الدولية ، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر 2017، ص

² - جلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 61.

³ - CIRDI N°: ARB/99/7 ,Patrick Mitchell C/République démocratique du Congo ، in http //: www.icsid.worldbank.org.

⁴ - جلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 83.

إذ أن الملاحظ في الجانب الإجرائي لهذه القضية أن مقر التحكيم هو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بينما تنفيذه فهو خاضع لأحكام القانون الفرنسي، كما أن القانون الواجب التطبيق وهو القانون الايطالي، إلا أن المركز الدولي فصل بين الاعتراف بحكم المركز وبقوته الملزمة وبين إجراءات التنفيذ، فمن ناحية لن يكون نظام التحكيم التجاري الدولي فعالا إلا إذا ضمن لحامل الحكم الحصول على حقه حتى آخر مرحلة دون الرجوع إلى إرادة المحكمين، ومن ناحية أخرى لم تحرم الاتفاقية المحاكم الوطنية في الدول المتعاقدة من إجراءات التنفيذ.

إذ أن إجراءات المركز الدولي هي السارية المفعول كما استبعدت فكرة تطبيق القانون الإجرائي لدولة المقر أو دولة التنفيذ أو مكان إبرام العقد الأصلي بل تحرر المحكمون بشكل مطلق من هذه القوانين.

الفرع الثاني

الإطار القانوني لفاعلية التحكيم وعلاقتها بالقانون الإجرائي

نظمت مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية المسألة المتعلقة بالقانون الإجرائي، وإبراز أهميته ودوره في تفعيل مراحل الخصومة التحكيمية، وبالأخص ما يتعلق بحرية الأطراف في تجسيد مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في المنازعات الاستثمار.

ومما يستنبط أن المسألة المتعلقة باختيار القانون الواجب التطبيق مما أدى إلى تحرر شبه كلي لقانون الإجراءات عن كل من هذين القانونين لذلك سوف نتناول انفصال القانون الواجب التطبيق عن القواعد الأصلية للعقد الأصلي (أولا) ثم نتناول في مرحلة أخرى التحلي عن مبدأ تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم(ثانيا).

أولا: انفصال وحيادية القانون واجب التطبيق على قانون العقد الأصلي.

لقد أدى ظهور مراكز متخصصة بلوائحها وأنظمتها التحكيمية، إلى تحقيق مبدأ الانفصال القانوني والحيادي بين القانون الواجب التطبيق على قانون الإجراءات، لوجود مجموعة من الاعتبارات

فاختيار القانون المطبق على الموضوع تختلف كثيرا في تحديد توجه إرادة الأطراف، كما أن أغلب القضايا التحكيمية لم يركز المحكمون على القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وابتعدوا عن القانون الذي توجهت إليه نية الأطراف عند تصديهم لموضوع النزاع¹.

ثم إن المبدأ القانوني المتعلق باختيار بين قانونين مختلفين أحدهما ينظم الجانب الإجرائي والآخر ينظم الموضوع يعتبر في حد ذاته تطور قانوني فعال في مجال حل الخصومة بأقل التكاليف وفي أقل مدة زمنية حيث يتم مثلا اختيار القانوني الإيطالي لأنه يقدم حولا ناجعة، واختيار مركز تسوية منازعات الاستثمار (icsid) لأنه يمتاز بالبساطة والسهولة في الإجراءات وبالأخص أن خصوصية المنازعة تكون بين أحد الدول ورعايا الدول الأخرى².

ثانيا: التخلي عن مبدأ تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم.

إن أغلب الدول قامت بالعمل على تجسيد استبعاد فكرة تطبيق قانون دولة المقر على الإجراءات بشكل إلزامي، بل أنها سعت في غياب اتفاق الأطراف بالعمل على وضع قواعد خاصة بها أو بالاستناد إلى أي قانون أو نظام آخر تراه مناسبا.

كما أن اختيار دولة معينة لأجل أن تكون محكمة تحكيم لأي نزاع يسعى إلى العمل على تأطير عنصر الملائمة ذات الطابع القانوني البحت، ثم إن فكرة التخلي عن مبدأ تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنا على السعي لأجل تطبيق قانون آخر، ميزت معظم أنظمة التحكيم بين اختيار دولة التحكيم واختيار القانون الواجب على الإجراءات، فالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 أعطى للأطراف الحرية المطلقة في عملية اختيار قواعد الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم لدى السير في عملية التحكيم³.

إذ نصت المادة 19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على مراعاة أحكام هذا القانون والذي يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم، ثم أنه في حالة ما لم يكن هناك اتفاق كان لهيئة التحكيم أن تعمل على

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 34.

² - تنص المادة 25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965: "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة على أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز"

³ - حسان نوفل، مرجع سابق، ص 164.

السير في التحكيم بالطريقة التي تراها مناسبة، وتشمل هذه الأخيرة السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها ومدى جدواها.

المبحث الثاني

فعالية إرادة الأطراف في تحقيق الاستقلالية عن قضاء الدولة وقانونها الداخلي

إن المستثمر الأجنبي يسعى عادة إلى اللجوء إلى القواعد القانونية التي تخدم مصلحته كمستثمر وكتاجر يهدف إلى تحقيق الربح¹، كما أن لجوء الأطراف إلى مجموعة من الخيارات والحلول البديلة لحل نزاعاتهم لا سيما طريق التحكيم التجاري الدولي.

إلى العمل على تفعيل إرادة الأطراف في ضرورة تحقيق الاستقلالية عن قضاء الدولة وقانونها الداخلي من جهة أخرى، ثم إن الحديث عن الجانب القضائي وهو أمر جد صعب بالنسبة للمستثمر الأجنبي، فتحديد مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار النظام القضائي يعد في حد ذاته مرجع قانوني آخر يسهل عمل المحكمين ، وهو ما يطرح التساؤل حول فعالية إرادة الأطراف ودورها في تحقيق الاستقلالية ؟ وهل هي مرتبطة بقانون الدولة الداخلي أم لا ؟ للإجابة عن هذا التساؤل نتناول موقف هيئة التحكيم في تفعيل قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (المطلب الأول)، هذا الأخير يؤدي بطريقة أخرى إلى تحقيق مبدأ آخر وهو جد مهم وهو المتمثل في تحقيق الاستقلالية وفقا للتوجه الحديث بين القانون الواجب التطبيق وبين استقلالية المحكم عن القاضي الوطني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

موقف هيئة التحكيم في تفعيل قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

حاولت مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية على تجسيد سلطة إرادة الأفراد وحلها محل تطبيق القانون الموضوعي للدولة الطرف في الخصومة التحكيمية ذات الطابع التجاري ولا يستتبع بالضرورة اللجوء إلى القانون الموضوعي²، على عكس الجهاز القضائي إذ أن القضاة ليس لهم حرية وسلطة في اختيار القانون الواجب التطبيق³، وفي الواقع إن مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق لا تعد على هذا النحو فحسب وذلك من ناحيتين:

¹ - حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سابق، ص 233.

² - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 14.

³ - زيار الشاذلي، دراسة إشكالية الاستثمار في الجزائر من الجانب الشرعي والقانوني، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، جامعة مشكاة بالقااهرة، مصر ، العدد 28، سنة 2014، ص 24.

الأولى: أن هذا القانون سيكون هو المرجع الذي يزود الأطراف والمحكمين بمجموعة القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل ذات الطابع الإجرائي والتي تثور أثناء خصومة التحكيم¹، كتبادل المذكرات والمواعيد وسماع الشهود.

الثانية: أن هناك اختلافات متعددة فيما بين الأنظمة القانونية فيما يتعلق بالعديد من المسائل الإجرائية وهو ما يثير التساؤل بين الإرادة الأطراف وبين القانون الموضوعي للبلد المضيف للاستثمار. إن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها في هذا المقام، أن العديد من المحاولات في سبيل توحيد القواعد القانونية للنزاع بين حرية الأطراف وبين القانون الموضوعي، لذا فإن التنازع بين القوانين لاشك أنه قائما في مجال الإجراءات التي يتعين إتباعها في نطاق التحكيم التجاري الدولي.

وباعتبار أن التحكيم التجاري الدولي يعتمد في جوهره على اتفاق الخصوم فلا يمكن بالتالي إنكار دور الإرادة في تحديد إجراءاته، تختار هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسبا، ويجوز لها اتخاذ ما تراه مناسبا، ولكون أن إرادة الأطراف قد تتخلف أو يشوبها القصور، لذا كان من الأجدر ضرورة البحث عن ضوابط فنية أخرى، لذا لم يعد أي طرف مقيدا بالقانون الموضوعي. لذا فإنه بإمكان الأطراف اختيار قانون دولة معينة (الفرع الأول)، أو تطبيق هيئة التحكيم لقواعد العدالة والإنصاف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اختيار قانون دولة معينة

إن لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد والتي تعد كضابط إسناد أصيل في قاعدة النزاع الخاصة بالعقود الدولية²، وقانون الإرادة ليس بالضرورة أن يحكم جميع المسائل المتصلة بالعقد، فقد يحكم المسائل المتصلة بها، لذا يتعين على الأطراف ألا تغفل تحديد القانون الذي يحكم اتفاقهم، لذا سنتناول معايير اختيار قانون دولة معينة (أولا)، لكن هذا الأخير قد يفرز ويثير خلافات كثيرة بين الأطراف لذا كان من الضروري على الفقه المعاصر التوجه نحو تأطير قانون التجار وتنظيمه حتى تنمي حركة الاستثمارات المتقاربة (ثانيا).

¹ - جمال محمود الكردى، مرجع سابق، ص 33.

² - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 220.

أولاً/ معايير اختيار قانون دولة معينة.

إن عملية اختيار قانون معين لدولة معينة ليكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح قد يتم من طرف الخصوم (أ) أو من طرف هيئة التحكيم (ب).

أ/ دور إرادة الخصوم في تفعيل القانون الواجب التطبيق.

مادام أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، وإذا لم يعبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون معين يطبق على موضوع النزاع فما على المحكم إلا تطبيق القانون الذي حدده الأطراف¹، حيث نجد الاتفاقيات الدولية والتنظيمات أو الأنظمة النموذجية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي تعترف بالحرية المخولة للطرفين لاختيار القانون المطبق على عقدهما فحسب الاتفاقية الأوروبية لعام 1961: "إن للطرفين الحرية في تحديد القانون الذي يطبقه المحكمون في النزاع" كما تصرح اتفاقية واشنطن: "أن المحكمة تفصل في الخصام طبقاً لقواعد القانون المتبناة من قبل الطرفين".

كما نصت عليه كذلك المادة 33فقرة 1 من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، والمادة 13 فقرة 3 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية²، والمادة 28 من قانون النموذجي: "على محكمة التحكيم أن تحسم في الخلاف وفقاً للقانون الذي يختاره طرفا النزاع"³.

وبذلك إذا حدد الأطراف القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه فما على المحكم إلا الامتثال لهذه الإرادة⁴، وقد ذهبت هيئة التحكيم في إحدى قضايا مركز القاهرة الإقليمي إلى أن هيئة التحكيم تلجأ في بحثها عن القانون الواجب التطبيق إلى قانون مكان التحكيم، قانون مكان توقيع العقد الأصلي، قانون محل إقامة أطراف العقد، قانون بلد تنفيذ العقد قانون لغة العقد⁵، كما يجب على هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع مراعاة شروط العقد محل النزاع، وهذا احتراماً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

¹ - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 92.

² - Terki Noureddine, La protection conventionnelle de l'investissement étranger, op-cit, p13.

³ - عبد العزيز قادي، مرجع سابق، ص 276.

⁴ - تنص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "

⁵ - القضية التحكيمية رقم 95 لسنة 1997 جلسة 1998/03/12 - مجلة التحكيم العربي العدد الأول، ص 151 .

فالعقد هو الذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف، ويعتبر ما يتضمنه العقد مكملاً لأحكام القانون الواجب التطبيق ما دام ليس مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة¹، إن هذا الطرح القانوني في موضوع اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، أصبح مبدأ في عقود الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى وهذا ما أكدته وسأيره المشرع الجزائري².

نفس الفكرة أيدتها قانون التحكيم السويسري الصادر سنة 1987، وقانون المرافعات والتحكيم المصري في الفقرة الأولى من المادة 39، إن أغلب التشريعات الوطنية تجمع على إلزامية تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، غير أم هذا الأخير وحده لا يكفي لذا وجب البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف حسب ما تراه ملائماً لحل النزاع.

ب/ دور إرادة المحكم في تجسيد القانون واجب التطبيق في حالة عدم تحديده من قبل الأطراف.

في المعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية أكثر ما يحدث أن تسكت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء بشكل صريح أو ضمني³، ثم إن أغلب التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية أعطت للمحكم دور في اختيار القانون المناسب للنزاع المطروح، حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد⁴، شريطة أن يختار القانون الأكثر ملاءمة للنزاع. فبالرجوع لقواعد غرفة التجارة الدولية وقواعد اليونسترال نجدهما يحتويان على مضمونين متقاربين على أنه في حالة غياب تحديد من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق يطبق المحكم القانون المحدد من طرف قواعد التنازع التي يراها ملائمة ومناسبة للنزاع⁵.

¹ - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 318.

² - تنص المادة 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف "

³ - وقد يرجع عدم الاتفاق بين الأطراف إلى الإهمال أو النسيان أو ترك هذه المسألة إلى هيئة التحكيم، أو أن ذلك راجع من ناحية أخرى لاختلاف الأطراف في وجهة النظر، ينظر إلى: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 83.

⁴ - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 4.

⁵ - فريدة عياشي، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2001، ص 40.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي وفي غياب تعيين طريقة من قبل الأطراف لا يفرض على المحكمين أية طريقة محددة ومعينة، بل العكس يسمح لهم بالاختيار من بين الطرق المناسبة لتحديد قواعد القانون المطبقة على النزاع، وفي جميع الحالات المطروحة يجب على المحكم أن يشير في قراره النهائي بمجموع القواعد التي طبقها على موضوع النزاع حتى تتمكن الجهات القضائية المختصة في دولة التنفيذ من إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار.

1/ سلطة هيئة التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية ونطاق القواعد الإجرائية:

نظرا لعدم وجود قانون اختصاص بالنسبة للمحكم الدولي، فإن كل القوانين الوطنية أو غير الوطنية بالنسبة له تكون على قدم المساواة¹، إذ أن هيئة التحكيم تملك كامل الحرية في عملية اختيار قانون وطني لدولة معينة لتطبيقه على موضوع النزاع، وفيما يتعلق بالتحكيم في العلاقات الوطنية فلا يكون أمام هيئة التحكيم في هذه الحالة إلا بتطبيق القانون الوطني ولا يكون هناك مجال لإعمال قانون أجنبي عليها، كما يتعين في هذه الحالة إعمال القواعد الموضوعية في القانون الوطني، وفي هذا النطاق تختلف سلطة هيئة التحكيم عن سلطة الأطراف في دائرة العلاقات الوطنية الخالصة.

ثم إن فرص اختيار هيئة التحكيم لهذا القانون متعددة، فقد تختار القواعد المعمول بها في التجارة الدولية، كما يجوز لهيئة التحكيم أن تختار أحد القوانين الوطنية لتنازع حكم علاقة قانونية وذلك بتطبيق القواعد الموضوعية عليها².

ومعيار الاختيار الذي تعتمد عليه هيئة التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم النزاع قد يكون هو مركز ثقل في العلاقة محل النزاع فهذا المركز هو الذي يحدد أكثر القوانين المتنازعة اتصالا بهذا المحل، وقد تلجأ هيئة التحكيم في سبيل تحديد هذا القانون إلى إجراء تركيز موضوعي للعلاقة محل النزاع وفقا لأحد معايير التركيز، كما توجد طريقة أخرى تتمثل في التحديد المباشر للقواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع³، ويتم فيها استبعاد قوانين التنازع وهي الطريقة أو المنهج الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري.

¹ - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 156.

² - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 92.

³ - أعطى المشرع الجزائري في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لهيئة التحكيم حرية تطبيق قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة، وعليه يستطيع المحكم أن يقرر بأن قانون دولة ما هو الأكثر ملائمة للنزاع ويطبق قواعده .

2/ ضبط دور هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق:

بالنظر إلى أغلب الأحكام التحكيمية التي صدرت في المنازعات الدولية ذات الطابع الاستثماري، يتم حلها بالاعتماد على القوانين الوطنية التي عينتها لجان التحكيم، أو التي تضمنتها مختلف التشريعات والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، ومن بين أهم الحلول في ضبط مسألة القانون الواجب التطبيق التزام هيئة التحكيم بقانون العقد (أ)، وكذلك التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة¹ (ب).

أ- التزام هيئة التحكيم بقانون العقد:

بغية العمل على تنفيذ الأحكام التحكيمية، فإن أغلب التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية دأبت على ضرورة إلزام وتقييد المحكم عند قيامه باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مراعاة للنظام العام لبلد إبرام العقد أو محل التنفيذ حتى لا يتعرض للإبطال.

إن الاتجاه الحديث للتحكيم التجاري الدولي إلى إعمال قانون إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ، استنادا للإرادة الضمنية للأطراف. ثم إن المحكم على عكس قاضي الدولة يجهل مفهوم القانون المختص لحكم العقد (أي ليس له اختصاص)، وكنتيحة لذلك إذا لم يختار الأطراف قانون العقد، فإن كل القوانين التي تطمح إلى التطبيق على العقد تكون على قدم المساواة.

ففي حكم صدر عن محكمة التحكيم لغرفة التجارة الخارجية لجمهورية ألمانيا الديمقراطية أعطي مثال على ذلك²، المحكم الذي كان مطالباً بإبداء رأيه حول شرعية عقد ترخيص "Licence" أبرم بين شركة من جمهورية ألمانيا الشرقية، وشركة من جمهورية ألمانيا الغربية، واتفق في العقد على تطبيق قانون ألمانيا الشرقية، وقد تمسكت الشركة التابعة لجمهورية ألمانيا الغربية بقانون دولتها الذي يؤكد حرية المنافسة للانتهاج إلى أن العقد باطل وخالف لأحكام قانون المنافسة في دولتها ومخالف أيضاً لنص المادة 85 من معاهدة روما والتي تعد من قوانين التحكيم ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد، وقد اعتمد المحكم على الحجة التالية:

¹ - محمد بلاق، قواعد النزاع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011، ص 51.

² - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 127.

- يجب تقرير شرعية العقد طبقاً لقانون جمهورية ألمانيا الشرقية المسمى أو المحدد في شرط التحكيم كقانون واجب التطبيق على العقد وأن بطلان عقد الترخيص لا يمكن أن ينتج من نص المادة 20 من القانون الذي يخص الممارسات المقيدة للمنافسة والتجارة، وإنما من نص المادة 306 من القانون المدني لجمهورية ألمانيا الشرقية والتي جاء نصها على النحو التالي "إن العقد الذي يستحيل تنفيذه يعد باطلاً".

في قضية أخرى، تتعلق بعقد أبرم بين بنك باكستاني، وشركة هندية التزم فيها البنك بضمان المدفوعات المستحقة للشركة في باكستان، وقد امتنع البنك عن تنفيذ التزامه بالضمان، وهذا الالتزام يعد صحيحاً وفقاً للقانون الهندي الذي يحكم العقد وذلك استناداً إلى المراسيم الباكستانية التي حظرت الدفع لأي طرف هندي بسبب الخلافات السياسية بين الهند وباكستان في ذلك الوقت وهذه المراسيم تعد من قواعد البوليس التي تريد الانطباق على الرابطة العقدية المطروحة.

وقد تصدى المحكمون لهذه المشكلة لبيان ما إذا كانت المراسيم الباكستانية التي حظرت الدفع لأي طرف هندي بسبب العداء بين الهند وباكستان والذي حدث فجأة بعد إصدار الضمان وصدر الحكم لصالح الطرف الهندي عملاً بقانون العقد بما يتضمنه من قواعد ذات تطبيق مباشر.

توجد هناك العديد من التشريعات وأنظمة التحكيم المختلفة التي تنص صراحة على تطبيق القانون ذي الصلة بالعقد الأصلي، وهو ما ذهب إليه المشرع السويسري إلى التأكيد على ضرورة تطبيق القواعد القانونية الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع في المادة 187 من القانون الفيدرالي للقانون الدولي الخاص سنة (1987 loi fédérale sur le droit international privé)، دون أن تشير إلى تطبيق قواعد الأعراف والعادات المتعارف عليها في التعامل التجاري الدولي¹.

ب- التزام هيئة التحكيم بقانون الدولة المتعاقدة:

قد يلجأ المحكم إلى العمل على تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع²، لوجود قرينة مفادها أن الطرف الأجنبي عندما يقدم على التعاقد مع دولة معينة، خاصة في عقود الاستثمار فإنه يكون قد ارتضى ضمناً بتطبيق قوانينها الخاصة بالجوانب المتعلقة بالعملية الاستثمارية¹.

¹ - فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 195.

² - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 96.

وهو ما أكدته اتفاقية واشنطن لسنة 1965 وفقا لأحكام المادة 42فقرة 1، لقد أشارت هذه المادة إلى أنه: "تفصل المحكمة في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من قبل الأطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين"، إن المحكم لا يستطيع اختيار قانون وطني آخر غير قانون الدولة المتعاقدة وليس اختيارا حرا من طرف المحكمين، كما حدث في قضية أمكو "Amco" ضد الحكومة الاندونيسية سنة 1981²، حيث قررت تطبيق القانون الاستثمار الاندونيسي، إلا أن اللجنة تبين لها أنها أخطأت في تطبيق القانون الاندونيسي فاستندت هيئة التحكيم إلى نص المادة 42فقرة 1 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والتي تقضي بالرجوع إلى قواعد التنازع في الدولة المتعاقدة واختارت القانون الاندونيسي على أساس أن العقد تم تنفيذه في الجزء الاندونيسي من اندونيسيا الذي يوجد فيه أيضا المشروع المنشأ للعقد.

وبالنظر إلى أن القانون الوطني ومهما كان تطوره لا يمكنه أن يتلاءم مع تطور التجارة الدولية لهذا كان لزاما أن يكمل بمبادئ القانون الدولي لسد الفراغات، ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة 42فقرة 1 من اتفاقية واشنطن عاجلت المسألة المختلف فيها حول المقصود من هذه المبادئ³.

وبالتالي يبدو أن التحكيم الدولي توصل إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي فيما يتعلق بهذه الحالة وكما سبق الذكر في دعوى أمكو "Amco" أين ثار فيها الخلاف حول التفسير الذي يقدم لنص المادة 42 والذي نتج عنه ثلاثة تفسيرات هي⁴: اتجاه فقهي مسيطر يستند إلى تقرير مدير البنك الدولي المصاحب للاتفاقية، اعتبر فيه أنه يدخل في مفهوم المبادئ العامة للقانون حسب نص المادة المبادئ العامة للقانون المطبقة من قبل المركز، ومنها رأي فقهي رأى ضرورة توسعة مجال هذه المبادئ إلى

¹ - مصطفى خالد النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار الثقافة عمان، الأردن 2001، ص 191.

² - شركة Amco هي شركة أمريكية، قدمت طلبا للتحكيم لدى المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) طبقا للعقد المبرم بين الشركة الأمريكية والحكومة الإندونيسية، والذي لم يتضمن القانون الواجب التطبيق صراحة، ينظر إلى جلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 63.

³ - Mohamed Mentalechta, l'arbitrage commercial en droit algérien، thèse pour le doctorat en droit، faculté de droit de ben aknoun, université d'alger 1975, p 338.

أورده محمد كولا، مرجع سابق، ص 83.

⁴ - جلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 66.

المبادئ العامة المعترف بها في المجال الاقتصادي، وهي القواعد التي كانت محل اتفاقيات أخرى كاتفاقية فيينا للبيوع الدولية واتفاقية جنيف التي تتعلق بالتحكيم.

ومنها أيضا من رأى بضرورة توسعة مجال هذه المبادئ العامة المعترف بها في مجال الاقتصاد الدولي، إضافة إلى ذلك فقد تم في دعوى أمكو Amco التأكيد على أن الرجوع لمبادئ القانون الدولي لا يعني تلك المعمول بها في القانون الدولي الذي يعمل به في الخلافات بين الدول.

بالإضافة إلى ماجاءت به اتفاقية واشنطن من تقييد حرية المحكم في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هناك أيضا العديد من الاتفاقيات، خاصة المتعلقة بالاستثمارات ألزمت هيئة التحكيم بتطبيق القواعد التي حددتها، فالاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI)¹ تنص في المادة الرابعة من الملحق الثاني منها المتعلق بتسوية المنازعات بين العضو والوكالة: "تطبق الهيئة في أي منازعة مما يدخل في مجال الملحق نصوص هذه الاتفاقية".

تنص المادة 7فقرة 3 من الاتفاقية الجزائرية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات²: "الحل الخلاف يطبق القانون الوطني للطرف المتعاقد الذي يوجد الاستثمار محل النزاع على إقليمه وأحكام هذا الاتفاق ونصوص الالتزام الخاص الذي يمكن أن يكون هذا الاستثمار قد منح بموجبه"، كما أعطت الاتفاقية الجزائرية مع الجمهورية البرتغالية³ الأولوية للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار: "ولتسوية الخلاف يؤخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي وأحكام هذا الاتفاق وأحكام الترتيب الخاص الذي يمكن أن يكون موقع بخصوص الاستثمار والقانون الوطني للطرف المتعاقد"، إن المحكم الدولي لا يستطيع تطبيق القانون الوطني الذي يختاره إذا تعارض مع النصوص التي جاءت بها اتفاقيات الاستثمار.

¹ - المصادق عليها بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، مرجع سابق.

² - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بعمان بتاريخ 01 أوت سنة 1996، (السالف الذكر)

³ - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة يوم 15 سبتمبر سنة 2004، (السالف الذكر)

ثانيا: تطبيق المحكم لقانون التجار.

يقول الأستاذ Goldman أنه في حالة غياب معيار حاسم لاختيار القانون الواجب التطبيق فإن الحل الذي يجب الأخذ به هو تطبيق قانون التجار¹، وهو عبارة عن مجموعة المبادئ المؤسسية والقواعد التي تكون مصادرها متعددة (وطنية، متعددة الأوطان وتلقائية) فقانون التجار يستمد قوته من نظام قانوني خاص، وهو يقوم على إرادة الأطراف ويتقيد من ناحية أخرى بالعادة التجارية²، والتي يراها البعض على أنها قواعد غير وطنية "Règle anational"، كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع³.

أما بالنسبة إلى منتقدي قانون التجار، فإن هذا الأخير له مصدر غير موثوق فيه، ولا يؤدي إلى اجتناب مخاطر المذهب الشخصي، إذ نجدهم يتساءلون ويقولون: هل ليس لكل محكم تصوره الخاص؟ والهيئات القضائية الوطنية هي متفرقة حوله دون نتيجة، ففي حين نجد اتجاه إيجابي حوله كمجلس النقض الإيطالي وكذلك المحكمة العليا للسودان، ومجلس النقض لباريس في قضية Gotaverkan نجد هناك من أخذ موقف عدائي اتجاهه⁴.

أما قضاء التحكيم ففي بعض الأحيان نجده يستقبله بكل إيجاب، فيقول البعض بأن تطبيق القواعد الذاتية المكونة للقانون الموضوعي للتجارة الدولية⁵ la l'ex mercatoria، يصبح واجبا بمجرد اللجوء إلى التحكيم الدولي، وعلى نحو أكثر دقة بمجرد تضمين العقد الدولي شرطا للتحكيم فبمقتضاه يوضع العقد حتما وبطريقة ضمنية في دائرة بعض المبادئ وبعض القواعد واجبة التطبيق تلقائيا وبنحو كامل على مثل هذا النوع من العلاقات القانونية، إن قانون التجارة يعد من أهم السبل لتحقيق النجاعة والفعالية الدولية للتحكيم التجاري الدولي⁶، ونظرا لأهميته فقد أقره جانب من

¹-Goldman Berthold, commentaire de l'arrêt valenciana, journal du droit international ,N°1,Paris, 1992,P178.

أورده : محمد كولا : مرجع سابق ، ص 73.

²- أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 11.

³- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 143

⁴- محمد بواط ، مرجع سابق، ص 131.

⁵- AKKACHE (A), l'accords d'association avec l'union européenne et ses effets sur les-5 relations du travail, revue Algérienne du travail,alger N°43200 ,2 ,p23.

⁶- عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 162.

الفقه، والذي يمكن أن يكون موضوع اختيار من الأطراف أو من هيئة التحكيم كقانون واجب التطبيق على أصل النزاع¹.

يتشكل قانون التجار ويعتمد على وجود نظام قانوني مستقل يتم وضعه من طرف مجموع المؤسسات والهيئات الدولية ومحاكم التحكيم المختلفة، وهي مستمدة من آليات التنظيم الذاتي التي جاءت بها التجمعات الدولية للتجارة، واجتهادات تحكيم مؤسسات دولية معروفة كغرفة التجارة الدولية والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي نظم مسألة فصل هيئة التحكيم للنزاع في حالة ما إذا كان النزاع ذو طابع تجاري²، كما اتجه جانب آخر من المفكرين ورجال القانون منهم الدكتور فتحي والي و الدكتور احمد ابراهيم عبد الثواب، وكذا الدكتور أحمد حسني سليم في كتابه المعنون بـ تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية إلى إعتبار قانون التجار يشتمل على أغلب المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية، أخذا بعين الاعتبار أهم المبادئ المعروفة مثل: مبدأ حسن النية، ومبدأ إلزامية العقود، مبدأ الالتزامات المتبادلة.. الخ، لكن العمل على تطبيق قواعد قانون التجار يطرح العديد من الإشكالات والتساؤلات المتعلقة بمدى ملائمتها وقابليتها للتطبيق من طرف هيئات التحكيم كقواعد قانونية (Des Règles De Droit)، أي هل يمكن تطبيق قواعدها بنفس المستوى الذي يطبق به القانون للوصول إلى تسوية معينة؟ ويبدو هذا التساؤل مقبولاً إذا لاحظنا أن الأطراف في العقود الدولية يرغبون عادة في تخطي أو العلو على كل نظام قانوني محدد للدولة، والعمل على تسوية ما يتولد بينهم من نزاعات بواسطة محكم دولي حقيقي، يطبق مباشرة نظام قانوني فوق وطني يستمد من عادات³ وأعراف التجارة الدولية⁴.

يملك قانون التجار القدرة على خلق قواعد موضوعية تدفع إلى حل النزاعات بشكل مباشر ودون الرجوع إلى قوانين أخرى، ولاشك أن تلك القواعد التي يضعها التجار ورجال الأعمال في

¹ - محمد بلاق، مرجع سابق، ص 59.

² - تنص المادة 28فقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985: "في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد، وتأخذ في الاعتبار العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المطبقة على المعاملة".

³ - جابر فهمي عمران، المنافسة في منظمة التجارة العالمية، تنظيمها - حمايتها، دراسة مقارنة القانون الأمريكي، الاتحاد الأوروبي، القانون المصري، دار الجامعة الجديدة، الجمهورية المصرية، 2003، ص 121.

⁴ - محمد بلاق، مرجع سابق، ص 60.

عقودهم تعطيهم أكثر شعورا بالأمن القانوني¹، كما يستطيع المحكم أن يطبق قواعد قانون التجار ماديا (Application matérielle)، على النزاع التحكيمي دون اللجوء إلى قواعد التنازع، وهذا من خصوصيات التحكيم التجاري، التي جسدهته معظم التشريعات وأنظمة التحكيم.

كما يمكن أن يتم تطبيقها تنازعا، عندما تتوافق إرادتا الطرفين صراحة أو ضمنا، من خلال بعض المؤشرات، كوجود بند في العقد يتضمن منع عرض النزاع على أي نظام قانوني لأي دولة، أو الإغفال للإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على أصل النزاع والذي أصبح يفسر على أنه اتجاه إلى اختيار " قانون التجار " أو ما يسمى "La l'ex mercatoria"². ولعل نتيجة تطبيق هذا القانون، لم يمر بسلام فقد تعرض إلى نقد كبير بسبب عدم وجود سلطة قمعية دولية متحدة يجد فيها النظام التجاري مصدره وكذلك عدم وجود سلطة قمعية دولية مستقلة عن الأنظمة القانونية المقارنة، وعدم قدرة قواعد قانون التجار على إيجاد الحلول لكل جوانب أي نزاع دولي، كما أنه لا يمكن تصور قواعد موضوعية ذاتية التطبيق، لأن تلك القواعد لا يمكن للقاضي الوطني التعامل معها، لأنها في الحقيقة لا تشكل جزءا من قانون دولته³، فهو بالتالي لا يستطيع تطبيقها دون الحاجة للوسيلة الفنية وفي نفس السياق يرى الفقيه M. BEGUIN تدعيما للاعتراضات السابقة أنه في مجال الفقه القانوني لا يملك قانون التجارة الدولية الانسجام المطلق الذي يسمح بإعطائه صبغة النظام القانوني⁴.

يرى الفقه الحديث ومنهم الأستاذ الدكتور فتحي والي عميد كلية الحقوق بالقاهرة أنه من المستحيل تجاهل أو إنكار قدرات هذه القواعد وصلاحياتها للتطبيق على النزاعات الدولية كقواعد قانونية تحكيمية، لأن قواعد التجار أصبحت في الحقيقة عملا قانونيا مجسدا على المستوى العالمي خاصة في التحكيم التجاري الدولي أين تجمع كل الأطراف على أهميته ولعلى المشرع الجزائري الذي

¹ - عبد المجيد أونيس، متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي الأول، جامعة حسية بن بوعلي، مخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، الشلف الجزائر، 2006، ص 12.

² - Robert et Moro, L'arbitrage, droit interne, droit international édition Dalloz, Paris, 1983, N° 327.

أورده محمد كولا، مرجع سابق، ص 04

³ - عبد الكريم عوض خليفة، القانون الدولي الاقتصادي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 152.

⁴ - دزيري بلقاسم، السياسات المرافقة لنجاح منطقة التبادل الحر ما بين الاتحاد الأوروبي والجزائر، في مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، مجلة علمية متخصصة تصدر عن مخبر البحث العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا بجامعة حسية بن بوعلي الشلف، العدد 03، ديسمبر 2005، ص 46.

كان تأثره بهذا الاتجاه مما أدى به إلى النص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله: "... وفي غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، على أنه يلاحظ أن ما يجري عليه العرف باعتباره مصدرا من مصادر القانون يظل أحد مصادر التشريع، فإذا تعارض العرف مع نص تشريعي واجب التطبيق أو مع قاعدة قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها على موضع النزاع، فإن هيئة التحكيم لا تلقي أي اعتبار لما يجري عليه العرف، فتطبيق الأعراف يكون تطبيقا تكميليا ويظهر هذا جليا من نص المادة (39) من قانون التحكيم المصري التي لم توجب على هيئة التحكيم تطبيق الأعراف الجارية وإنما أوجبت عليها فقط أن تراعي الأعراف الجارية¹، إن هدف قانون التجار هو العمل على إعادة التوازن الاقتصادي في العقود الدولية، وكذلك بعض المبادئ التي استقر عليها قضاء التحكيم.

وفي تقديرنا فإنه يجب على المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أن يحتاطوا إلى مثل هذا المصدر أثناء صياغة عقودهم في مجال التجارة الدولية والاستثمار، لأن نظرة المشرع الجزائري الواسعة حاليا تذهب نحو تدويل العقود التجارية، التي تبرم مع الأجانب وعدم الاكتفاء بالقانون الوطني، وإعطاء الأولوية للطرف الأجنبي المتعاقد لاختيار القانون الأنسب له، مما يمكن أن يفتح المجال لإعمال العادات والأعراف التجارية الدولية والتي مازالت غريبة عن المتعامل الجزائري كالمؤسسات العمومية الاقتصادية بسبب الانغلاق الاقتصادي الذي عاشت فيه أو بالنسبة لشخص طبيعي صاحب رؤوس أموال²، والتي كانت مبادراته في الحركة الاقتصادية محدودة ومشروطة ومقيدة.

ومن التطبيقات للعادات والأعراف التجارية في مجال التحكيم التجاري الدولي، نجد القضية المعروضة على محكمة النقض الفرنسية في قضية³ تدعى فالونسيانا "VALENCIANA" حيث تم تطبيق ما يسمى بقانون التجار "Loi Des Marchands"، حيث تتمثل وقائع هذه القضية في أن شركة مسماة "Américaine primary Coal"، التزمت بتوريد لمدة 3 سنوات لشركة اسبانية "espagnol"

¹ - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 320.

² - طاهر هارون، أفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل اتفاق الشراكة الأورومتوسطية، مقال منشور في الملتقى الدولي حول آثار وانعكاسات اتفاق الشراكة على الاقتصاد الجزائري وعلى منظومة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير من 13 إلى 14 نوفمبر 2006، ص 34.

³ - cass.Civ.22octobre 1991, companiavalenciana de onestos portland S.A/CPprimary cool INC, Chro.RTD.COM/Janvier -mars1992, pp95-104.

"valenciana de cémentons portland"، كمية من الفحم حيث نصت المادة 07 من العقد على تسوية النزاع وفق لنظام التحكيم (CCI) في مسائل الإجراءات، أما القانون الواجب التطبيق على الموضوع فلم يحدد من طرف الأطراف وعليه أصدر المحكم حكماً جزئياً يقضي بخضوع النزاع لعادات التجارة الدولية وحدها والمسماة (L'ex mercatoria)، باعتبارها القانون الأكثر ملائمة للنزاع، دفعت الشركة الإسبانية ببطلان المحكم للأخذ بالعادات التجارية في حين كان من المفروض تطبيق قواعد تنازع القوانين في حالة غياب الإرادة الصريحة لكن رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الدفع، وتم صدور القرار من الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 22 أكتوبر 1991 لصالح الطرف الفرنسي¹.

الفرع الثاني

الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف

أجازت العديد من التشريعات المقارنة جواز أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، إذا ما اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح²، إلا أنه يلاحظ أن هذه التشريعات تتحدث عن حالة تفويض المحكم بالصلح³، ولا يتسنى لهيئة التحكيم اللجوء إلى هذه القواعد إلا إذا تحققت الإرادة الصريحة في اختيار هذا النوع من التحكيم، بحيث أنه إذا ثار الشك حول تحقق الإرادة الصريحة في اختيار التحكيم بالصلح يجب على هيئة التحكيم الفصل في النزاع بمقتضى القانون.

لذا فالمحكم بالعدالة أو المحكم المفوض بالصلح، هو المحكم الذي يفصل في النزاع دون أن يلتزم بتطبيق قانون معين على هذا النزاع، فله أن يرجع إلى قواعد العدالة والإنصاف وي طرح جانبا نصوص القانون واجب التطبيق على العقد، تنص الفقرة الرابعة من المادة (39) من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون أن تتقيد بأحكام القانون".

¹ - محمد كولا، المرجع السابق، ص 227.

² - رشا على الدين، مرجع سابق، ص 38.

³ - كما هو الحال في الفقرة "د" من المادة 39 من قانون التحكيم الأردني حيث نصت المادة على أنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

ويقابل هذا النص الفقرة الثالثة من المادة (28) من القانون النموذجي للقانون التجاري الدولي التي تنص على أن: "تجري محكمة التحكيم تسوية وفقا للعدالة والإنصاف أو بصفتها منشئة لملائمة ودية فقط، إذا أذن لها الأطراف في ذلك صراحة"، ويلاحظ أن تحويل المحكم إجراء تسوية للنزاع يجره من التقييد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية أيا كان مصدرها، ليوحد المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه، مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره، فهو يقوم بعمل إنشائي خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه تماما كموقف القاضي الجنائي الذي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدته طالما أنه حقق مبدأ المساواة وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم¹، ونظرا لخطورة ما يملكه المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعة الحال لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم، وشخصيته وثقافته، استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلاننا صريحا لا لبس فيه عن قصده تحويله هذه السلطة.

يعرف الفقه المعاصر قواعد العدالة والإنصاف بأنها " أنها تمثل سلطة المحكم بعدم التمسك بتطبيق قواعد القانون، مما يسمح له بتجاهلها كلية²، أو الابتعاد عنها في الحدود التي يسمح بها شعورهم بالعدالة"، إن هذا التعريف وإن دل على أن معظم القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تعطي للأطراف الحق في استبعاد القانون وتطبيق قواعد العدالة والإنصاف والتي يتوخى منها المحكم على تطبيق مصلحة الأطراف دون التقييد بالقاعدة القانونية العامة.

ومن ناحية أخرى قد تستلهم تلك القواعد الروح الوطنية البحتة، وهي تطبق على العلاقات والروابط الخاصة والدولية على السواء وتبدوا الحاجة إليها مع زيادة تدخل الدولة³، ثم إن الروح الوطنية في إطارها العام تكون مرتبطة بمجموع الاعتبارات الأخلاقية والعاطفية وبما يمليه عليه ضميره وما يحقق تطلعات أطراف الخصومة، ولم يقيد المشرع المصري ولا المشرع السعودي تحويل المحكم هذه

¹ - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 321.

² - "L'amiable composition est le pouvoir des arbitres de ne pas' s'en tenir à l' application des règles de droit 'ce qui permet aussi bien de les ignorer complètement que s'en écarter en tant que leur sentiment de l'équité l'exige "

Par ; Fauchard,gaillard, Traité de L'arbitrage commercial international, édition, L.I.T.E.C, Paris, 1997, P849.

³ - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 78.

السلطة بأي قيد و هو مبدأ دستوري في إطاره العام¹، كضرورة أن يسمح القانون المطبق على الإجراءات بهذا النوع من التحكيم وهو ما تستلزمه قواعد اليونسترال²، وموقف المشرع المصري يتسق وتبنيه مبدأ سلطان الإرادة وترك الأمر كله بما فيه تنظيم إجراءات التحكيم نفسها لاتفاق التحكيم³، وتجدر الإشارة إلى أن إطلاق سلطات المحكم على النحو السابق لا يصل إلى حد السماح له بإهدار المبادئ الأساسية للتقاضي والتي تعد من الأبدديات والمقدمات للوصول إلى هذه العدالة.

نصت أغلب التشريعات وأنظمة التحكيم على التحكيم بالصلح⁴، ولكنها قيدته بالاتفاق الصريح للأطراف ومنها ما أضفت قيوداً أخرى، فقانون المرافعات الفرنسي نص في المادة 1497 على التفويض بالصلح إذا أسندت له اتفاقية التحكيم هذه المهمة⁵، ونص قانون التحكيم السويسري في المادة 182فقرة7على: "يجوز للأطراف أن يفوضوا محكمة التحكيم بالبت في النزاع وفقاً لقواعد الإنصاف"⁶، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهو يحاول مسايرة مختلف القوانين والاتفاقيات الدولية وهو ما نستنتجه في الفصل الخاص بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع نص في المادة 1050: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، وهو ما يتفق مع أحكام الفصل 73 فقرة 3 من قانون التحكيم التونسي التي نصت على: "يجوز لهيئة

¹ - بالرجوع لنصوص الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر من سنة 1971 و الذي عدل في 22 ماي 1980 كما عدل عام 2005 و عام 2007 ثم عام 2014 ثم عام 2019، نجد أن المؤسس الدستوري نص في الفقرة الأولى من المادة 59 من الدستور: "تمارس الأعمال المتعلقة بالاستثمارات بحرية، شرط أن لا تتعارض مع القانون، و أحكام المحكمين في إطارها العام و بموافقة الطرفين ..".

كما ذهب المشرع المصري في المادة 14 من قانون 94-27 المتضمن قانون التحكيم المصري إلى أنه: "للمحكم في ممارسة أعماله التحكيمية باستعمال جميع الوسائل المشروعية مع مراعاة العرف التجاري الساري"

² - المادة 33فقرة 2 من قانون التحكيم المصري والتي نصت على أنه "محكمة التحكيم لا تجري تسوية بصفتها منشئة لموئمة ودية إلا إذا رخص لها الأطراف في ذلك صراحة، وإذا كان القانون المطبق على إجراءات التحكيم يسمح بهذا النوع من التحكيم".

³ - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 321.

⁴ - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 171 .

⁵ - تنص المادة 1497 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي:

"L'Arbitre statue comme aimable compositeur si la convention des parties lui a confère cette mission." www.Droit.org ينظر إلى :

⁶ - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 15.

التحكيم البت في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون¹، إن تطبيق الأعراف التي يلجأ إليها المحكم تكون في حالة عدم اتفاق الأطراف، أما على مستوى الاتفاقيات الدولية نذكر ما جاء في المادة 42 فقرة 3 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بحل الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث نصت على عدم جواز رفض المحكمة الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية وأكدت على سلطة المحكمة² في الحكم بموجب مبادئ العدل والإنصاف إذا اتفق الطرفان على ذلك.

لقد تجسد تطبيق مبادئ العدل والإنصاف وإمكانية التخلص من كل القوانين المقارنة في التحكيم التجاري الدولي إذا اتجهت الإرادة الصريحة للأطراف إلى ذلك وهذا يدعم تحرر أطراف الخصومة التحكيمية من قانون الدول المتعاقدة، كما يجب على المحكم الالتزام بالقواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، حيث لا يمكنه التحرر منها ولو كان مفوضا بإجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة.

ولعلى الجانب التطبيقي لإيضاح المسألة أكثر نتناول قضية أرامكو "Aramco"، وهي من القضايا المشهورة في قضاء التحكيم التجاري الدولي وأقدمها، حيث تحصلت الشركة الأمريكية على عقد امتياز من طرف السعودية سنة 1933، لكن لجأت الدولة السعودية إلى إبرام عقد آخر مع شركة "la saoudiarabian maritime.." السعودية العربية البحرية، والتي تعطي حق الأولوية لهذه الأخيرة لنقل البترول لمدة 30 سنة (منذ 1954) وبالتالي وقع الخلاف على أساس أن شركة أرامكو "Aramco" تدعي حقها المطلق في نقل البترول وفقا لاتفاق 1933، طرح النزاع على الهيئة التحكيمية في جنيف حيث تطرقت الهيئة إلى القانون الواجب التطبيق وتوصلت في البداية إلى أنه: "مادام النزاع قائم بين دولة وشركة أمريكية خاصة فلا تعتقد الهيئة التحكيمية بأن قانون مكان إجراء التحكيم هو الواجب التطبيق".

ومن ثمة استبعدت الهيئة القانون السويسري³ ثم استطردت قائلة¹: "نظرا لحصانة الجهاز القضائي للدول الأجنبية المعترف بها دوليا والمستمد من مبدأ السيادة فإن قانون جنيف لا يمكن

¹ - قانون التحكيم التونسي لسنة 1993، مرجع سابق.

² - ينظر إلى المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، مرجع سابق.

³ - القانون السويسري منشور في الموقع الإلكتروني: www.f-low.net، تاريخ الاطلاع عليه : 2016/11/12

تطبيقه احتراماً لسيادة الدولة الطرف، وعليه فلا يمكن إخضاع التحكيم سوى للقانون الدولي ومادام كذلك فلا يمكن تطبيق القانون السويسري على موضوع النزاع نظراً لاستقلال هذا القانون عن القانون الموضوعي، وعليه توصلت الهيئة التحكيمية على استبعاد القانون الوطني وإخضاع النزاع إجرائياً وموضوعياً للقانون الدولي والالتزام بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف.

المطلب الثاني

بين القانون الواجب التطبيق وبين استقلالية المحكم عن القاضي الوطني

إن السعي المستتبع لأجل تحقيق فعالية أكبر نحو جذب المستثمرين الأجانب وتوفير أكبر الضمانات القانونية والقضائية بتجسيد مبدأ تحقيق الاستقلالية شبه المطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق وما يدعمه من حجج وبراهين فقهية وقضائية، وهو ما يطرح التساؤل حول طبيعة هذه الاستقلالية؟ وفعاليتها في تجسيد القانون الواجب التطبيق؟ وهو ما ينطبق بتفعيل انفصال القانون الواجب التطبيق عن طريق معايير فقهية وقضائية (الفرع الأول)، لكن هذا الانفصال لا يمكن أن يكون دون التطرق إلى ضبط استقلالية من نوع جديد في تفعيل استقلال وانفصال المحكم في مراحل الفصل في النزاع عن قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، ولكن ما يثير الانتباه والملاحظة حول جدية مختلف التشريعات الدولية والاتفاقيات في تدويل المسألة المتعلقة بانفصال المحكم عن القاضي الوطني ومدى قدرته على وضع الموازنة الثنائية بين المحكم وبين القاضي الوطني؟ للإجابة عن هذا الطرح القانوني، فإنه لا بد من تحديد بصورة مطلقة قوة الاستقلالية التي تؤدي إلى فعالية أكبر للتحكيم التجاري الدولي وهذا ما يلاحظ في أغلب الاتفاقيات الدولية² (الفرع الثاني).

¹ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 222.

² - ومن بين الاتفاقيات المتعددة الأطراف نجد:

-اتفاقية لاهاي المؤرخة في 18/07/1899.

-اتفاقية لاهاي المؤرخة في 18/10/1907 الخاصة بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية.

-بروتوكول جنيف المؤرخ في 24/09/1923 الخاص بشرط التحكيم.

-اتفاقية جنيف المؤرخة في 26/09/1927 الخاصة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية.

-قرار التحكيم العام المؤرخ في 26/09/1929.

-اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/06/1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية.

-الاتفاقية الأوربية حول التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في 21/04/1961.

الفرع الأول

تجسيد انفصال القانون الواجب التطبيق عن طريق معايير فقهية وقضائية

تتمتع مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية بأهمية كبيرة وذلك أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يجب إسناده إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده وصحته ونفاذه، ويهيئ له السبل لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد عنه من التزامات، على أن هذا الأخير قد أثار مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام المحكم حيث تناوله الفقه وبرر الحجج التي يعتمد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار (أولاً)، ولكن حتى هذه الآليات القانونية التي اعتمد عليها الفقه حاول القضاء أيضاً بتبرير موقفه من القانون الواجب التطبيق (ثانياً).

أولاً: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبية.

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه ومنهم الاستاذ الدكتور فتحي ولي إلى الأخذ بقانون الإرادة المستقلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا بد لكل اتفاق في أية علاقة تعاقدية من قانون تحكيمي يحدد شروطه¹، فلا يتصور وجود أي اتفاق أو عقد له قوة إلزام ذاتية، إذ لا بد أن يرتبط الاتفاق بنظام قانوني معين يمدّه بقوته الملزمة وينظم وجوده وصحته وأثاره ومصيره، واتفاق التحكيم أياً كانت صورته شرط أو مشاركة التحكيم، هو عبارة عن عقد لا ينبغي أن يعامل في إطار القانون الدولي الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود الأخرى، لذا سنتناول موقف الفقه بالاستناد إلى قواعد القانون الدولي الخاص (أ)، وهناك من الفقه من يستند إلى قانون الدولة مقر التحكيم (ب).

أ/ موقف الفقه بالاستناد إلى قواعد القانون الدولي الخاص:

ومن ثم فإن قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم العقود بصفة عامة هي التي تطبق على اتفاق التحكيم، وبالتطبيق لهذه القواعد فإن القانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار هو ذلك القانون المختار من قبل الأطراف أنفسهم أي قانون الإرادة المستقلة، حيث

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 218.

تخضع العقود ذات الطابع الدولي في تشريعات مختلف الدول قاعدة سلطان الإرادة والتي مازالت قاعدة مستقرة في القانون الدولي الخاص ويقوم عليها نظام التحكيم ككل وليس اتفاق التحكيم فحسب وقد عرفت هذه الفكرة بمبدأ سلطان الإرادة.

وعلى أساسها بنيت قاعدة خضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين وقد استقرت هذه القاعدة وأصبحت قاعدة تقليدية في الوقت الحاضر حيث تبناها الفقه منذ القرن التاسع عشر، وكذلك حيث أخذت بها التشريعات المختلفة وتبناها القضاء في معظم دول العالم، وذلك في مجال العقود الدولية أي تلك العقود التي يشوبها عنصر أجنبي فأصبح للمتعاقدين في هذه العقود الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وقد دعا هذا المفهوم الواسع البعض إلى القول بأن مبدأ سلطان الإرادة قد تحول من مبدأ لحل مشكلة تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية غير المحدود للأطراف في المجالات التجارية والاقتصادية الدولية.

وهكذا كقاعدة عامة لا يختلف اتفاق التحكيم ذو الطابع الدولي في هذا الأمر عن غيره من العقود ذات الطابع الدولي، بحيث يخضع هذا الاتفاق للقانون الذي تختاره الأطراف عملاً بمبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية عموماً، لذا عنيت مختلف النظم القانونية بوضع نظام للتحكيم يراعي المبادئ السائدة لفكرة العدالة مع الأخذ في الاعتبار المسائل اللصيقة باتفاق التحكيم¹.

ب/ موقف الفقه بالاستناد إلى تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم :

أما الاتجاه الثاني فيرى تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم، حيث يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الدولة مقر التحكيم وذلك أخذاً بمبدأ خضوع الإجراءات لقانون محل القاضي.

فمن الواضح أن هذا الاتجاه يرى في التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي تتجرد تماماً من أصلها التعاقدية، ومن ثم يرى في اتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم، وإذا كانت الإجراءات تخضع لقانون محل القاضي فإن اتفاق التحكيم يخضع بدوره لقانون مقر التحكيم.

¹ - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص2.

واستند في ذلك إلى عدة أسس منها أن نظام التحكيم نظام طليق لا يرتبط بدولة معينة وهو ما قد يعرقل فعاليته، ولا بد من تلافي ذلك من ربطه بنظام أساسي ينطلق منه، وهذا النظام يجب أن يكون السائد في دولة مقر التحكيم أي المكان الذي تدور فيه عملية التحكيم¹.

ومن ناحية ثانية نظرا لاختلاف طبيعة نظام التحكيم عن نظام العقود الدولية فإنه يصعب إخضاع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة لاختلاف كل منهما فالتحكيم وإن كان جوهره اتفاق إلا أنه يمر بإجراء وينتهي بقضاء، فهو نظام مختلط من عناصر تعاقدية وقضائية.

ومن جانب آخر وحسب النظرية الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق عموما، فإن دولة مقر التحكيم هي الدولة التي تتركز فيها عملية التحكيم ويرتبط بها نظام التحكيم أكثر من غيرها، وقد وجد هذا الرأي صدى في التجمعات القانونية الدولية، فقد تبناه مجمع القانون الدولي في أحد أدوار انعقاده عام 1959 وضمنه في المادة الخامسة منه التي نصت على أنه: "يحكم صحة اتفاق التحكيم قانون مقر التحكيم"، إلا أن هذا الرأي قد هجر استنادا إلى أن اتفاق التحكيم يبرم في مرحلة سابقة على تشكيل هيئة التحكيم، وعلى تحديد مقر التحكيم، وبالتالي فإنه يجب أن يعرف مقدما القانون الذي يحكم الاتفاق ولا يتم ذلك إلا بتطبيق مبدأ قانون الإرادة وتحديد الأطراف لذلك القانون، كما أن الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تختار وفقا للمجرى العادي للأمر قانونا واحدا يطبق على اتفاق التحكيم وعلى موضوع النزاع بل وعلى إجراءات التحكيم ولن تترك الأمر مفتوحا حتى يطبق قانون مقر التحكيم لأنه قد لا يكون ملائما في العديد من الحالات، حيث إنه يخضع في تحديده لاعتبارات الصدفة البحتة، وبعضها ملائمتا مناخية وجغرافية أو مزاجية نفسية للأطراف أو لهيئة التحكيم.

وبالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة، فالأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم وعلى المحكم أو هيئة التحكيم أو القاضي في حالة رقابته على حكم التحكيم إذا ما طعن عليه أمامه، أو أثناء النظر في الاستئناف على القرار الذي أصدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أن يحترم هذا الاختيار².

¹ - نبيل إسماعيل عمر ، مرجع نفسه ، ص 04.

² - علي عوض حسن، مرجع سابق، 217.

وبالنتيجة نحن نرى أن الاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار يدخل في مسائل العقود ويطبق في شأنه قانون الإرادة، وذلك لأن الاتفاق على التحكيم يعتبر سابق على الخصومة ومن ثم فإنه لا يدخل ضمن عناصر الخصومة ومن ثمة فإنه لا يدخل ضمن عناصر الخصومة وإجراءاتها، وإنما يعد بمثابة عقد منشئ للالتزامات شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر.

ثانيا: موقف القضاء من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبية.

ذهب اتجاه من الفقه ومنهم الاستاذ الدكتور احمد السيد صاوي في كتابه "التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الاخرى" إلى أن التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي ويتجرد تماما من أصله التعاقدي ومن ثمة يرى في اتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم وإذا كانت الإجراءات تخضع لقانون محل التقاضي فان اتفاق التحكيم يخضع بدوره لقانون مقر التحكيم.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه في حكمها الصادر في 13 جوان 1983 حيث قضت بأنه: "لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أنه يحال أي نزاع ينشأ عن هذا البند إلى ثلاثة محكمين في مرسيليا بدولة فرنسا ، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراءات التحكيم في الخارج، ولم يرى في ذلك ما يمس النظام العام، فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراءات التحكيم فيه طبقاً لما تقضي به المادة 22 من القانون المدني بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام.

وقد تأثر بهذا الاتجاه مجمع القانون الدولي وذلك في التوصية التي أصدرها في دورة انعقاده بأمستردام عام 1957، حيث نصت المادة الخامسة من هذه التوصية على أن صحة اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ في الدولة مقر التحكيم¹.

¹ - عواشيرية رقية، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي الذي نظمته جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 14 و 15 جوان 2006، ص ص 163-166، ينظر إلى www.univ-Bejaia-droit.com ، تاريخ الاطلاع: 2017/11/13.

ولقد تعرض هذا الاتجاه للنقد فمن ناحية وطبقا لنظرية قانون مقر التحكيم يتعذر تحديد القانون الواجب التطبيق حتى لحظة صدور حكم التحكيم، فطبقا لأي قانون يحسم المحكمون مسألة صحة اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكان التحكيم معروفا ومؤكدا منذ البداية، لأنه غالبا ما يكون الاختلاف حول اتفاق التحكيم سابقا للتحكيم ذاته، وعندها كيف يتوقف تحديد هذا القانون على حدث لاحق وغير مؤكد لا يتم تطبيقها لهذا الاتفاق الذي يجب افتراض صحته منذ البداية، ومن ناحية أخرى فإن الاعتماد على إرادة المحكمين في تحديد مكان التحكيم قد يؤدي إلى التعسف من جانب المحكمين، بالإضافة إلى ما قد يكون في هذا الاختيار من نوع الصدفة المحضة، وقد يؤثر عليه أحيانا المزاج السياسي للمحكمين¹.

ومن ناحية ثالثة يمكن أن يثور التساؤل حول معنى مكان التحكيم، هل هو المكان الذي تعقد فيه هيئة التحكيم أولى جلساتها؟ أم هو المكان الذي تصدر فيه حكم التحكيم؟ مع ملاحظة أنه قد يختلف المكان في الحالتين.

ومن ناحية أخرى إن تطبيق قانون مقر التحكيم قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة تتمثل في اختلاف القانون الواجب التطبيق أمام القاضي، بحسب ما إذا أثرت المسألة أمامه بمناسبة دفع بسبب الاتفاق على التحكيم أو بمناسبة طلب تنفيذ حكم تحكيم أجنبي، إذ أنه في الحالة الأولى يطبق القاضي قانونه، بينما في الحالة الثانية سوف يطبق قانون البلد الأجنبي الذي يتم فيه التحكيم. ومما تقدم يمكن القول بأن القضاء قد تأثر بالفقه حيث أخضع الاتفاق على التحكيم لقانون الإرادة وفي حالة غياب الاتفاق يخضع الاتفاق لقانون الدولة مقر التحكيم.

الفرع الثاني

تجسيد انفصال المحكم عن القاضي الوطني

سعت أغلب التشريعات الدولية وكذا مختلف الاتفاقيات إلى العمل على تأطير النظام القانوني لأي دولة بما يجسد هذا الأخير فكرة ديمومة الدولة، وبالتالي فإن أغلب التوجهات القانونية الحديثة سعت إلى ضرورة فصل القضاء عن التحكيم، إن هذا التوجه الجديد منبوعه رغبة رجال المال والأعمال والمستثمرين في البحث عن اتجاه آخر بعيد عن القضاء لإيجاد حلول سريعة وتكون أقل تكلفة حتى

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 237.

يحافظ المستثمر الأجنبي على رأسماله، لذا فقد أضحى من المسلمات البديهية هو الاختلاف في الطابع الإجرائي لكل من القضاء والتحكيم للغرض الذي أنشئه المشرع لكل منهما.

ويظهر انفصال المحكم عن القاضي عندما تكون الخصومة التحكيمية مجسدة وقبل إحالتها على المداولة، في توفر أمر جوهري وهو "الاعتراض بوجود اتفاق التحكيم وصحته واختصاصه"، بحيث أن المحكم ينظر في مدى جدية اختصاصه من عدمها (أولاً) وإذا تجسد له ينتقل إلى مدى انفصال المحكم عن القاضي في عملية التحكيم (ثانياً).

أولاً: الاعتراض بوجود اتفاق التحكيم وصحته واختصاصه.

إن المسألة المتعلقة بالاعتراضات المرتبطة بوجود اتفاق التحكيم وصحته، موضوع يتطرق إليه هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بالاختصاص وتمتد إلى تناول الدفع بعدم صحة العقد الأصلي.

ولعل من أهم القوانين التي تناولت الاعتراضات المرتبطة بوجود اتفاق التحكيم وصحته ومدى تطبيق سلطة وجود الاختصاص من عدمه هو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي¹، إذ أن هذا التوسع في إعطاء الصلاحية بمدى قدرة المحكمة على تحديد الاختصاص، ناقشت وتناولت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري لموضوع الاعتراضات المرتبطة بوجود اتفاق التحكيم والاختصاص (أ)، وتناولتها كذلك مجموع الاتفاقيات الدولية سواء أكانت الثنائية أو المتعددة الأطراف وكذا المؤسسات الدولية المختلفة كالمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار (ب).

أ/ الاعتراضات المرتبطة بوجود اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص:

تطرق العديد من التشريعات لهذه المسألة نذكر منها المادة 22 من قانون المرافعات والتحكيم المصري² والتي جاءت مطابقة للمادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 61 من قانون التحكيم التونسي³، كما تجاهلته بعض التشريعات مثل ما فعل المشرع القطري¹ الذي لم يتطرق بتاتا لهذا المبدأ في قانون التحكيم الصادر سنة 1985.

¹-تنص المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي : "...، يتوخى القانون النموذجي تدخل المحاكم في الحالات التالية: فالمجموعة الأولى من هذه الحالات تشمل على مسائل تعيين المحكم وطلب رده وإنهاء ولايته المواد (11 و 13 و 14) واختصاص هيئة التحكيم (المادة 16).

²- نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 75.

³- قانون التحكيم التونسي لسنة 1993، مرجع سابق، ص 10.

تناول المشرع الجزائري في مدى قدرة وصلاحيه محكمة التحكيم على الفصل في مسألة الاختصاص بنصه على²: "...تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع..."، كما تطرق المشرع الفرنسي على مبدأ الاعتراض بوجود اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص في المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الجديد بقوله "يجب البت في المسألة في حالة وجود منازعة أحد الأطراف في اختصاص المحكم سواء من حيثالمبدأ أو من حيث المدى"، إن العمل على إقرار الصبغة القضائية لمهمة المحكم ونتيجة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم نجم عنها بصورة آلية مبدأ الاعتراض المرتبط بوجود اتفاق التحكيم وكذا الاختصاص، فقد كان توجه الفقه الحديث على اعتبار أن المحكم الدولي تسري عليه مبدأ الاختصاص كل جهة قضائية بالفصل في اختصاصها.

ب/ الاتفاقيات الدولية ومختلف أنظمة التحكيم وعلاقتها بمبدأ الاختصاص:

نصت المادة 41 من اتفاقية واشنطن³: "أن المحكمة محكومة باختصاصها، إذا ما أثير دفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز..."، وحسب دراسة تحليلية لهذه المادة نستنتج أن المحكمة محكومة باختصاصها بصورة مطلقة، وأن أي دفع بعدم الاختصاص يجب العمل على فحصه وتحديد ما إذا كان يجب وأن يعامل باعتباره مسألة شكلية وأن فحصه يجب أن يلحق بفحص الجانب الموضوعي للخصومة.

أيضا بالاطلاع على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي سنة 1985 والذي تضمن النص على مبدأ الاختصاص وفقا لأحكام المادة 16، كما تضمن نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI) النافذ منذ 01 جانفي 1998 في المادة السابعة فقرة 2 إشارة صريحة إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص⁴.

¹ - قانون 39 لسنة 1985 والمتضمن قانون المرافعات التجاري والمدني القطري، ينظر إلى :

www.mouhamay.katar.press.com ، تاريخ الاطلاع عليه : 2018/01/01

² - المادة 1044 من قانون رقم 08-09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السالف الذكر .

³ - المادة 41 من اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة بواشنطن سنة 1965، مرجع سابق.

⁴ - تنص المادة 7فقرة2من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية على: "...إذا أثار أحد الأطراف دفعا أو أكثر حول وجود أو صحة أو مضمون اتفاق التحكيم يجوز للهيئة إذا اقتنعت من ظاهر الأوراق بوجود اتفاق للتحكيم حسب هذا النظام، أن تقرر

لقد أقرته وتناولته العديد من الاتفاقيات الثنائية، كالاتفاق المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر والمجلس الفدرالي السويسري¹ حيث نصت في المادة 8فقرة 3 على: "تفصل هيئة التحكيم في المسائل المتعلقة باختصاصها"، واتفاقية سيول المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI)² حيث جاء في المادة 4فقرة 9 من الملحق الثاني: "تفصل الهيئة في جميع المسائل المتعلقة باختصاصها"، بحيث أنه في حالة ما إذا أثير أي دفع حول الاختصاص، يرفع الاعتراض إلى مجلس الإدارة أو مجلس المحافظين أو الهيئة المدعى باختصاصها وتوقف إجراءات التحكيم إلى حين صدور قرار في هذا الشأن، ويكون هذا القرار ملزما لهيئة التحكيم

وتطبيقا للنصوص السابقة، أكد المحكم في قضية ليامكو "Liamco" بتاريخ 12 أبريل 1977 على سبيل المثال إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد التي تضمنها مشروع اتفاقية الأمم المتحدة الذي وافقت عليه لجنة القانون الدولي عام 1955 وذلك بعد أن قررت أنه من المبادئ المستقر³ عليها أن: "اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعتبر مبدأ رئيسيا في مجال التحكيم التجاري الدولي إن المسألة المتعلقة بموضوع الاختصاص المحكم وإن كان جد مهم، إلا أن الفعالية المتعلقة باتفاق التحكيم تستوجب ضرورة ممارسة المحكم لهذه الصلاحية بكل حرية.

ثانيا: انفصال المحكم عن القاضي في عملية الخصومة.

نص المشرع الجزائري على مبدأ تطبيق نفس الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية⁴، كما أن معاملة أطراف الخصومة تكون بالمساواة، وإعطاء كل طرف مجموعة من الضمانات القانونية لتقديم دفاعهم، وإعطاء الوقت اللازم للمدعى عليه لأجل تقديم إجراءات الرد في الوقت الملائم⁵.

الاستمرار في التحكيم، دون الإخلال بتقدير مدى قبول ما أثير أمامها أو مدى سلامة حجته وفي هذه الحالة يكون لمحكمة التحكيم أمر البت في مسألة اختصاصها...."، ينظر إلى: www.iccwbo.org، تاريخ الاطلاع: 2018/01/13.

¹ - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية والمجلس الفدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر، العدد 45، الصادرة بتاريخ 29 جوان 2005.

² - ينظر إلى الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI)، مرجع سابق .

³ - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 68.

⁴ - تنص المادة 119 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

⁵ - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 165.

وقمت الإشارة إلى انفصال المحكم عن القاضي في عملية الخصومة في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 23 فقرة 2 بقولها: "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز لكل منهما أن يعدل ادعائه أو دفاعه أو أن يكملهما خلال سير الإجراءات، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أنه من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقت تقديمه"، وحسنا فعل المشرع الجزائري بالعمل على السير في نفس الاتجاه الذي توخاه المشرع الدولي بنصه في المادة 1043 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية على: "إذا لم تنص الاتفاقية على خلاف ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات"، فسير المحكم بناء على طلب الذي اتفق عليه الأطراف وبالطريقة التي يرونها مناسبة فحسب الأستاذ¹ Gaillard Emmanuel، أن العديد من القوانين الداخلية للدول تضع مجموعة من العوائق لسير العملية التحكيمية من خلال فرض تصور معين لصحة أو بطلان اتفاقية التحكيم².

ويتم إتباع مبدأ المواجهة المأخوذ به في القضاء العادي، بتقديم نسخ من الوثائق لكل الأطراف بطريقة مباشرة أو عن طريق مراكز التحكيم، أما نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI) لسنة 1998، فقد اشترط في المادة 18 على ضرورة تحديد كل المسائل الإجرائية في وثيقة التحكيم التي يجب أن يوقع عليها الأطراف والمحكمون.

أ/ الإجراءات الاستثنائية لهيئة التحكيم

لهيئة التحكيم بعض السلطات الاستثنائية لاتخاذ مجموع القرارات والإجراءات أثناء الخصومة التحكيمية، بغرض البحث عن مجموع الأدلة الجديدة، أو العمل لأجل الحفاظ على بعض الأوضاع التي تساهم وتسمح بالتطبيق الفعلي للحكم التحكيمي.

1- السلطات الاستثنائية التي حولها القانون للمحكم:

إن أغلب التشريعات الرائدة في مجال التحكيم التجاري الدولي تشترك في قاعدة أساسية لوظيفة وسلطة المحكم التجاري ألا وهي مهمة البحث والسعي نحو الوصول إلى الأدلة التي يمكن أن

¹-Gaillard Emmanuel, chronique des sentences arbitrales ,centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ,J.D.I ,n°01 ,1986.

²-Gaillard Emmanuel ,il est interdit d'interdire: réflexions sur l'utilisation des anti-suit injonction dans l'arbitrage commercial international ,rev .arb200 ,4 ,p 47.

تساهم في حل الخصومة التجارية¹، وبالتالي لها مجموعة من الصلاحيات فلها أن تطلب الوثائق والمستندات التي تسمح لها بإتمام عناصر ملف القضية، وفي إطار القرارات التي تتخذها الهيئة التحكيمية أوكل لها المشرع بعض الصلاحيات والسلطات ذات الطابع القضائي منها أنه يمكن أن تطلب من القضاء المختص بمعاينة الشاهد الذي يرفض الإدلاء بشهادته، ولعل المشرع المصري هو الذي كان سابقا إلى ذلك بالنص في أحكام المادة 37 من قانون المرافعات والتحكيم على "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون ببناء على طلب هيئة التحكيم بالحكم على من تخلف عن الحضور أو أن يمتنع عن الإجابة"، كما يحق لها أن تعمل على تعيين خبيرا، وبعد تقديم الخبرة يجوز أن يتم عقد جلسة ومناقشتها².

أما بالنسبة إلى الجلسات فإنه يمكن أن تعفي الهيئة الأطراف من حضورها إذا قدرت أن المذكرات المقدمة كافية لإصدار الحكم، أما بالنسبة إلى مسألة سرية الجلسات والمداومات فقد تناولتها بعض التشريعات كالقانون الجزائري³ وأغفلتها البعض الأخرى كالقانون المصري، أما إذا طعن أحد الأطراف بالتزوير في المحررات التي يقدمها الطرف الأخر، فإن هيئة التحكيم توقف مجموع الإجراءات إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي في الطعن من طرف الجهات المختصة إلا إذا تبين للهيئة أن المحرر غير منتج في الدعوى⁴.

وعلى عكس أغلب المشرعين فقد انفرد المشرع الفرنسي بإعطاء المحكمين سلطة التحقيق في الأدلة الكتابية إذا تعلق الأمر بمحررات عرفية وفي حالة ما إذا كانت المحررات رسمية وجب إحالتها

¹ - le consentement à la convention d'arbitrage réside dans la volonté commune des parties de soumettre le règlement des litiges les opposant ou susceptibles de les opposer à un plusieurs juges privés. Voir Philippe fauchard /Berthold Goldman de l'arbitrage commercial édition litec ،paris ,1996, p 217.

²-تنص المادة 26 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقرة 1: "ما لم يتفق الطرفان على خلاف مايلي، يجوز لهيئة التحكيم أن تعين خبيرا أو أكثر من خبير لتقديم تقريره الكتابي أو الشفوي، يشترك، إذا طلب ذلك أحد الطرفين أو رأت هيئة التحكيم ضرورة ذلك، في جلسة مرافعة متاح فيها للطرفين فرصة توجيه أسئلة إليه وتقديم شهود من الخبراء أن يدلوا بشهادتهم في المسائل موضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

³ - تنص المادة 1025 من القانون رقم 08-09: المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تكون مداومات المحكمين سرية".

⁴ - جاء في المادة 1021 من القانون رقم 08-09، القانون نفسه "إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يجيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة".

-تنص المادة 1467 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد على:

على القضاء المختص¹، أما فيما يتعلق بإغلاق باب المرافعة فإن القانون الفرنسي خول هيئة التحكيم إصدار قرار بذلك وهذا ما نلمحه في نص المادة 1468 باستعماله لمصطلح "fixe"²، وكذلك فعلت غرفة التجارة الدولية في نظامها للتحكيم³، أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى هذه المسألة.

2/ الحفاظ على بعض الأوضاع التي تساهم وتسمح بالتطبيق الفعلي للحكم

إن اعتبار أن التحكيم قد أصبح ندا حقيقيا لقضاء الدولة، فبلوغه مرحلة كبيرة من الانفصال والاستقلال عن القضاء الداخلي للدولة أصبح أمر مجسد على أرض الواقع، كما أنه من بين المسائل التي يمكن أن تثار أثناء سير إجراءات الخصومة مسألة مجموع الإجراءات المؤقتة والتحفظية، وهي في إطارها العام تسعى للحفاظ أو العمل على إنشاء حالة واقعية أو قانونية تسمح بضمان تطبيق القرار التحكيمي.

كما نصت بعض التشريعات والاتفاقيات على إعطاء الاختصاص الحصري للهيئة التحكيمية لأجل العمل على اتخاذ إجراءات مؤقتة وهذا ما نلمحه بالرجوع إلى المادة 17فقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب أحد الطرفين ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، في حين يرى البعض من الباحثين منهم الدكتور احمد ابراهيم عبد التواب أن إمكانية المحكمين محدودة ويشوبها العديد من العراقيل التي يستدعي تجاوزها طلب مساعدة القاضي الوطني، إذ أن القرارات التحكيمية يشوبها النقص دون الاعتماد على القضاء الوطني، ولتأكيد التكامل بين الهيئتين أضحي هناك نوعا من التكامل سعى المشرع إلى العمل على تداركه⁴ إلا أنه في إطار تحكيم (CIRDI)، طرح إشكال يتعلق بالمادة 26 من

"sauf convention contraire, l'arbitre a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux disposition des articles 287 à 294 et de l'articles 299.

En cas d'inscription de faux incidents l'article 323 est applicable devant l'arbitre, le délai de l'arbitrage continue à courir du jour ou il été statué sur l'incident"

²-L'article 1468: L'arbitrage fixe la date a laquelle l'affier sera mise en délibère, après cette date aucune demande ne peut être formée ni moyen soulevé"

³- ينظر إلى المادة 22 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية الساري منذ 1998/01/01.

⁴- مثال ذلك ما نصت عليه المادة 23 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية لسنة 1998 (Icc): "يجوز لمحكمة التحكيم لدى إرسالها الملف إليها، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك وبناء على طلب أحد الأطراف العمل على اتخاذ أي تدبير تحفظي".

اتفاقية واشنطن التي جاء فيها: "موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر تحلياً عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية...". وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 18 نوفمبر 1986 أن تدخل القضاء في اتخاذ مجموع الإجراءات التحفظية لا يتعارض مع نص المادة 26 من اتفاقية واشنطن...

ب- مدى انفصال واستقلال المحكم عن القاضي في مرحلة صدور الحكم التحكيمي

إذا كانت الهيئة التحكيمية تصدر قرار يعد بمثابة حكم تحكيمي، لحل النزاع المطروح، فقد اهتم الفقه الفرنسي ببعض تطبيقات هذا المبدأ وبالأخص مبدأ استقلال المحكم خصوصاً بعدما نظم الدستور الفرنسي¹ ذلك استجابة للدمج ضمن الاتحاد الأوروبي من جهة، ومن ناحية أخرى تكريس مبدأ سلطان اتفاق التحكيم²، لذا عالج المشرع الفرنسي الحكم التحكيمي في الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الرابع لقانون الإجراءات المدنية الجديد³، واحتوى الفصل على عدة مواد ابتداء من المادة 1469 إلى المادة 1480، وتناول المشرع المصري الذي أفرد للتحكيم قانوناً خاصاً رقم 27 لسنة 1994، وقد عالج الحكم التحكيمي تحت الباب الخامس بعنوان: "حكم التحكيم وانتهاء الإجراءات، أما المشرع الجزائري سواء في قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم، أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد⁴، فلا وجود لأي إشارة إلى تعريف الحكم التحكيمي فباستقراء المواد من 1025 إلى 1031 جميعها غضت النظر عن تعريف الحكم التحكيمي ولم تشر إليه، ثم إن المعاهدات الدولية لم تعرف حكم التحكيم ما عدا اتفاقية نيويورك، فقد جاء في المادة الأولى الفقرة 2 منها على مايلي: "ويقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محدودة، بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يجتكم إليها الأطراف"، هذه الإشارة لا تعد تعريفاً للحكم التحكيمي، لكن يمكن القول أنه تعريف جزئي⁵، فهو إما أنه يمكن أن يتعلق بالاختصاص أو أنه قرار متعلق بالقانون، أو أنه نهائي فاصلاً في النزاع أو مثبتاً لاتفاق صلح

¹ - الدستور الفرنسي لسنة 1958، و المعدل سنة 2008.

² - أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، ص 215.

³ - سليم بشير، مرجع سابق، ص 40.

⁴ - قانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، السالف الذكر.

⁵ - محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، مصر 1999، ص 06.

بين الطرفين، يناط بالهيئة التحكيمية ضرورة إتباع مجمل الإجراءات والمراحل التي تؤدي إلى إصدار الحكم وذلك نابع من سلطة المحكم في إعداد الحكم التحكيمي.

1/ سلطة المحكم في إعداد الحكم التحكيمي.

مفهوم المداولة في القضاء الرسمي هي إجراء يأتي بعد غلق باب المرافعات، الهدف منه هو تمكين المحكمة من وضع نهاية للخصومة المطروحة عليها، فبواسطة المداولة يصل قضاة المحكمة إلى تكوين الرأي القانوني الواجب التطبيق على الواقعة المطروحة عليهم، ولإعطاء مفهوم أدق للمداولة هي أيضا مجموع المشاورات بين قضاة المحكمة إلى تكوين الرأي القانوني الواجب التطبيق على الواقعة المطروحة عليهم، ذلك هو مفهوم المداولة بالنسبة للأحكام القضائية والحال لا يختلف عنه كثيرا بالنسبة لأحكام التحكيم، فمفهوم المداولة في التحكيم هو نفسه في القضاء، فلا بد من تعدد المحكمين والتشاور والنقاش فيما بينهم حول ما قدم من طلبات ودفوع وأسباب الحكم التحكيمي¹.

بعد مداولة سرية²، وهو أمر ضروري لا خلاف بين السرية في المداولة القضائية والسرية في المداولة في أحكام التحكيم، وقد تفتن المشرع الجزائري إلى هذه النقطة وتدارك السهو الذي كان في قانون الإجراءات المدنية القديم في باب التحكيم فص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وبالضبط في المادة 1025 على ما يلي: " تكون مداولات المحكمين سرية"، مع الملاحظة أن هذه المادة نقلت حرفيا عن المادة 1469 ق.إ.م.ف والتي جاء فيها ما يلي: Les délibérations des arbitres sont secrètes"، مهما يكن فالمشرع الجزائري سلك نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع الفرنسي ونص صراحة على ضرورة السرية في مداولات المحكمين عكس ما هو عليه المشرع المصري الذي سكت ولم ينص عليها في قانون التحكيم المصري رقم 27/94.

إلا أن القضاء المصري اجتهد وأبدى موقفه من ذلك حيث قضت محكمة استئناف القاهرة في ظل قانون التحكيم المصري الجديد بأنه من المقرر أن التحكيم وإن كان قضاء خاص يتميز عن القضاء العادي، إلا أن المحكمين يخضعون فيه لما يخضع له القاضي من قيود تتعلق بأن تتم المداولة بينهم شأن القضاة سراً، لقد عالج المشرع الجزائري المداولة في التحكيم الداخلي، لكن لم يتطرق إلى التحكيم الدولي هل معنى ذلك أن المداولة في الأحكام التحكيمية الدولية غير ملزمة؟

¹ - سليم بشير، مرجع سابق، ص 115.

² - المادة 1025 من قانون 08-09، السالف الذكر.

رغم أن المشرع الفرنسي هو الآخر لم يتطرق إلى المداولة ونص عليها في التحكيم الداخلي فقط إلا أن الفقيه الفرنسي فوشارد "fauchard" ، يرى أنه ليس هناك أية إشكاليات خاصة بمداولة المحكمين فهي تستمد كليا من اتفاق الأطراف ومن قواعد التحكيم، على أن تحترم قواعد النظام العام الدولي والتي تفرض مبدأ المداولة، وعليه فإن عدم النص على المداولة من قبل المشرع الجزائري في التحكيم الدولي لا يعني أنها غير ملزمة بل بالعكس فهي تعد من النظام العام الدولي وأن أي حكم تحكيم دولي يخلو من المداولة يكون معرضا للأمر برفض طلب الاعتراف والتنفيذ وهذا ما نصت عليه المادة 1056 الفقرة 6 التي أكدت على عدم جواز استئناف الأمر بالاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي الدولي إلا في حالات ومن بينها أن يكون مخالفا للنظام العام الدولي¹.

بإمكان هيئة التحكيم إصدار أحكام في الموضوع وأحكام قبل الفصل في الموضوع، وقد تكون أحكاما مقررّة أو منشئة أو إلزامية، وأحكام المحكم المقررة تقتصر على تقرير إيجابي أو سلبي لوجود أو عدم وجود الرابطة القانونية أو الحق كتقرير قيام المسؤولية لأحد الأطراف مثلا، أما أحكام التحكيم الإلزامية فهي تصدر بصيغة الإلزام الموجهة لطرف من الأطراف للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ومع وضع الدعوى للحكم يغلق باب المرافعات فتقطع الصلة بين هيئة التحكيم والخصوم ولا يكون هذا الاتصال إلا بعد موافقتها.

وفي هذا الاتجاه نصت المادة 32 من القانون النموذجي للتحكيم على: "حكم التحكيم النهائي هو الذي ينهي الإجراءات التحكيمية"، كما أنه لا يوجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ما يفيد تعريف أو توضيح لمصطلح النهائي حيث جاء في المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ...".

يجب أن يصدر القرار مسببا وأن يتضمن أسماء المحكمين أو أغليتهم، وتاريخ القرار ومكان صدوره وعرضا لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم والرد عليها، والطرف الذي يتحمل المصاريف والأتعاب²، كما يجب أن يكون الحكم التحكيمي مسببا ويعرض فيه مختلف إدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، كما يجب أن يكون الحكم التحكيمي، وفقا لأحكام المواد

¹ - بشير سليم، مرجع سابق، ص 117.

² - كما تنص المادة 1027 من ق.إ.م.ج على: "يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم".

1027، 1028، 1029 من ق. إ.م. إ الجزائر الجديد الذي يستوجب عرض ادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، ومجموع البيانات التي تتعلق باسم ولقب المحكم أو المحكمين، وتاريخ صدور الحكم التحكيمي¹.

ولكن لا بد قبل التطرق لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، ينبغي التعرّيج على موضوع وقائع الحكم التحكيمي، حيث أن كل عمل له طابع قضائي، لا بد وأن يعتمد على موجز من الوقائع وهي المعلومات التي يجب على المحكم وهو بصدد تحرير حكمه سردها بكيفية منتظمة، مفادها تحديد طبيعة النزاع المعروض، وتطور أحداثه ومكان هذه الأحداث، وزمانها مع تبيان أسماء الأطراف وصفاتهم، وعرض ادعائهم وطلباتهم وكذلك أوجه دفاعهم وردودهم مع تحديد شخصية المحكمين وصفاتهم، كما يجب أن يصدر الحكم في الآجال المتفق عليها أو المنصوص عليها في القانون الذي حدده الأطراف²، أو نظام التحكيم الذي أحالوا إليه نزاعهم³.

وفي بعض أنظمة التحكيم، يشترط المشرع ضرورة تقديم مشروع الحكم التحكيمي إلى هيئة خاصة للاطلاع عليه وإبداء ملاحظاتهم، ثم إعادته إلى الهيئة التحكيمية لإصداره⁴، هذه المراقبة التي اعتبرت أحكام القضاء الفرنسي مجرد رقابة إدارية غير قابلة للطعن، ولا بد أن يكون الحكم التحكيمي مسبباً⁵، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التسيب هو ضمانات لحقوق الأطراف ومادام أن

¹ - ينظر في هذا الصدد إلى المادة 1027 من القانون 08-09، السالف الذكر.

-المادتين 1471 و1472 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، السالف الذكر.

-المادة 25 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، السالف الذكر.

² - يحدد القانون الجزائري مدة 04 أشهر لإتمام مهمة المحكمين:

ينظر إلى المادة 1018 من القانون 08-09، كما يحدد القانون الفرنسي مدة 06 أشهر حسب المادة 1456 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر سنة 2011 الجديد.

³ - تنص المادة 24 من نظام غرفة التجارة الدولية: " تصدر محكمة التحكيم الحكم النهائي خلال ستة أشهر".

⁴ - نصت على هذا المبدأ المادة 22 فقرة 5 من قواعد التوفيق والتحكيم والخبرة لنظام التحكيم للغرفة التجارية الفرنسية العربية " يتحتم على محكمة التحكيم أن تعرض مشروع القرار التحكيمي بعد صياغته وقبل التوقيع عليه، على مجلس التحكيم ويمكن لمجلس التحكيم أن يلفت انتباه محكمة التحكيم على بعض المسائل التي تطرح نفسها في الشكل والمضمون التي يراها مناسبة".

⁵ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 242.

المشرع اشترط التسبب في الأحكام التحكيمية يعني أنه بيان جوهري¹، نشير كذلك إلى أن المشرع الفرنسي أكد على ضرورة التسبب² في المادة 1472فقرة 2 من ق.إ.م، أما المشرع المصري فقد أخذ بموقف نظام التحكيم (CNUDCI) في المادة 32فقرة 3 إذ أن الأصل هو تسبب الأحكام إلا إذا اتفقت الأطراف على غير ذلك إذ تنص المادة 43 فقرة 2 على أنه "يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

بعد إصدار الحكم التحكيمي يبلغ إلى الأطراف وتنتهي مهمة المحكمين، ولكن وتكريسا لمبدأ تحرر التحكيم التجاري الدولي من قيود القضاء الداخلي أسندت التشريعات الداخلية وأنظمة التحكيم المختلفة اختصاص أو إتمام الحكم لهيئات التحكيم.

2/ حيافة الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضى فيه:

المقصود بالحجية عموما في الفقه، أن الحكم بعد صدوره هو عبارة عن عنوان للحقيقة لما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى، الأمر الذي يتمتع معه المساس بتلك الحجية و يحظر الاقتراب منها أو تعديلها³ ومن ناحية أخرى فلا يجوز طرح نفس النزاع من قبل الأطراف على أي جهة سواء الجهة نفسها التي فصلت في النزاع أو جهة أخرى، والهدف من الدفع بالحجية هو تفاديا لعرض المسألة المفصول فيها للحكم من جديد، اعتمد المشرع الفرنسي على التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي إلا أنه انتهج طريقا آخر بالنسبة لحجية حكم التحكيم إذ أحال الأمر في نصه على ذلك في نظام التحكيم الدولي إلى التحكيم الداخلي، وبالضبط المادة 1476 من ق.إ.م.إ.ف التي تعطي الحجية منذ لحظة صدوره:

"La sentence arbitrale à des quelles est rendu l'autorité de la chose jugée relativement à la constatation qu'elle tranche."

¹ - تنص المادة 1027 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على : " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

² -Mahio Ahmed,L'arbitrage en Algérie, R.A.S.J.E.P.N° 04, O.P.U, Alger 1989, P33.

³ - سمير شعبان محمد صالح ، حجية الأمر المقضى لأحكام التحكيم ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، مصر ، 2016 ، ص 188.

ويفهم من ذلك أن القانون الفرنسي يسير في فلك الليبرالية المطلقة فيما يخص أحكام التحكيم الدولي فتتوسع الحجية وسط هذه الأحكام أيا كان القانون المطبق وأيا كان المكان الذي صدر فيه الحكم، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي ركز في المادة السالفة الذكر على موضوع النزاع، أي أن الحجية لا تتعدى الموضوع الذي فصل فيه للحكم¹، أما المشرع المصري فقد انبثقت الحجية أساسا من المادة 101 من قانون الإثبات التي نصت على: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به تكون حجة فيما فصلت من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفتهم"، إن الهدف الأساسي هو إعطاء الأحكام سواء أكانت قضائية أو تحكيمية الحجية الكاملة فيما قضت به من حقوق ونفس الأطراف، ويبرر فقه الإجراءات المدنية في مصر تعلق الحجية بالنظام العام إلى تمتع الأحكام القضائية بالحجية لكونها مرتبطة بوظيفة القضاء ولم يقرها القانون لصالح الخصوم وإنما قررها للصالح العام.

أما المشرع الجزائري فقد ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي فجعل حكم الأول قابلا للاستئناف مما يؤدي إلى وقف تنفيذه وجعل حكم الثاني غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، إلا الطعن بالبطلان²، أما اتفاقية واشنطن فقد جعلت القرار التحكيمي ملزما لكل الدول المتعاقدة³، كما جعلته نهائيا غير قابل للاستئناف، مجسدة لمبدأ عدم خضوع الحكم التحكيمي لأي رقابة داخليا أو خارجيا⁴.

¹ - بشير سليم، مرجع سابق، ص ص 360-396.

² - تنص المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

³ - تنص الفقرة الأولى من المادة 54 من الاتفاقية: " يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذا للالتزامات المالية التي يفرضها الحكم على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة...".

⁴ - تنص المادة 53 من الاتفاقية: " يكون الحكم ملزما بالنسبة لأطرافه، ولا يجوز أن يكون مجالا لأي طريق من طرق الطعن خلافا لما ورد في هذه الاتفاقية، ويتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه، إلا إذا كان تنفيذه موقوفا بمقتضى الأحكام المناسبة في هذه الاتفاقية".

كما نصت المادة 35 فقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على إلزامية قرار التحكيم بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه¹، وجاء في المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958²: "تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ طبقا للشروط المنصوص عليها" وأكدت المادة 24 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (Icc) على نهاية حكم التحكيم، ونصت على ضرورة إلزام الأطراف بتنفيذ الحكم والتنازل عن كافة طرق الطعن التي يجوز لهم التنازل عنها قانونا³.

كما لا بد من التذكير أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي أخذ بنظام ازدواجية التحكيم أي التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على خلاف المشرع المصري الذي لم يفرق بينهما وسن لهما قانونا واحدا⁴، ورغم التقاء المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي في نقطة الازدواجية إلا أن الاختلاف يتجلى في موضوع الحجية حيث أحال المشرع الفرنسي في التحكيم الدولي وبالضبط المادة 1507 موضوع الحجية إلى التحكيم الداخلي المنظم بالمادة 1476 ق.إ.م.إف. الجديد وأصبحت حجية التحكيم الدولي هي نفسها حجية التحكيم الداخلي، بينما المشرع الجزائري سكت البتة عن حكم التحكيم الدولي ولم ينص على حجيته أصلا واكتفى بالنص على حجية التحكيم الداخلي لا غير، كما أنه لا بد من التذكير أن الحجية ليست مطلقة بل نسبية من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص الذين كانوا أطرافا في النزاع، ويتجلى ذلك في كون مبدأ الحجية يستمد من المنطوق والأسباب بحيث أن كل ما لم يتطرق له ولم يناقش أثناء الدعوى من الممكن طرحه من جديد أمام هيئة القضاء، ولا يجوز التمسك بحجية الشيء المقضي فيه، ويمكن القول أن نطاق حجية حكم التحكيم يقتصر على المسألة المفصول فيها، وهي المسألة التي طرحت على التحكيم والتي كانت محل

لكن الاتفاقية فتحت طريق التماس إعادة النظر في الحكم التحكيمي (المادة 51) وإمكانية طلب إلغاء الحكم (المادة 52)، يتم هذان الإجراءات على مستوى المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) وليس على مستوى محاكم الدول المتعاقدة .

¹ - ينظر إلى المادة 35 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، السالف الذكر .

² - اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958، السالفة الذكر .

³ - ينظر إلى المادة 24 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (Icc) الساري المفعول منذ 01 جانفي 1998، و المعدلة في أول جانفي 2012 السالف الذكر .

⁴ - سمير شعبان محمد صالح ، مرجع سابق ، ص 189 .

منازعة من الطرفين ومحل المناقشة من قبل هيئة التحكيم، فهي المسألة وحدها التي تحوز الحجية دون تلك التي تم طرحها أمام التحكيم، ولكن لم تكن محل نزاع بالنسبة للأطراف أو كانت فعلا موضوع نزاع ولكن لم تطرح أمام هيئة التحكيم، وبالتالي لم تفصل فيها.

كما تبرز أهمية تحديد الطرف في اتفاق التحكيم فبالضرورة هو مفهوم الخصم في دعوى التحكيم الذي كان طرفا فعليا في اتفاق التحكيم، وساهم في تشكيل هيئة التحكيم ومارس الإجراءات بكيفية وجاهية، واحتراما للمبادئ القانونية الثابتة في هذا المجال فحق الطعن في حكم التحكيم قاصرا على أطراف الخصوم ليس إلا، وليس للغير أن يمارس هذا الحق ومن ثمة فرغم توافر صفة الطرف في الاتفاق للشخص وتخلفها عنه في الخصومة لن يستطيع ممارسة الطعن في الحكم ولو كان فيه ما يمس مصالحه، ويثير الواقع العملي عدة صعوبات في هذا الشأن وخاصة في المعاملات التجارية الدولية كنظام التجمعات التجارية الدولية العملاقة التي تتولى تنفيذ المشاريع الكبرى فهل يعتبر التجمع دون الأعضاء (الشركات) الذي يشملها هو الطرف الذي يكون له الحق في الالتجاء إلى التحكيم عند وجود اتفاق التحكيم بين هذا التجمع وبين من ينفذ العمل لصالحه؟

والجواب على ذلك هو أنه بالنسبة لتجمع الشركات فالعبرة بما إذا كان هذا التجمع يتمتع بالشخصية المعنوية وذمة مالية مستقلة عن الأعضاء أم لا؟، أما بالنسبة للشركة الأم وفروعها المسلم به أن الشركة الأم تمثل فروعها فتعتبر طرفا في عقد التحكيم الذي تبرمه مع الغير فتتصرف إليه آثاره وتترتب عليه نتائجه في مواجهتها، والمتفق عليه هو أن حجية حكم التحكيم تعد نسبة تقتصر على الأطراف الذين صدر الحكم في مواجهتهم دون غيرهم، وتجدد الإشارة إلى أنه من غير المتصور أن تقوم إجراءات التحكيم دون اتفاق التحكيم مسبقا، ولكن في نفس الوقت يجب التفرقة بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وحجية حكم التحكيم الذي يصدر بناء على هذا الاتفاق.

إن اتفاق التحكيم قد يتعدد أطرافه، فتمتد قوته إلى الجميع، فإذا حضر الجميع في خصومة التحكيم وانتهت إلى صدور حكم التحكيم، فإن لهذا الأخير حجية الشيء المقضي به بالنسبة لجميع أطراف الاتفاق وأطراف النزاع¹.

¹ - بشير سليم، مرجع سابق، ص 210.

إن حجية حكم التحكيم مضمونة في القانون الجزائري وهي لا تتعلق بالنظام العام والهيئة المطروح عليها نفس الموضوع بنفس الأطراف ليس لها أن تقضي بعدم القبول لسبق الفصل تلقائياً، ثم إن السعي الدائم للمشرعين وواضعي الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تهدف إلى إعطاء فعالية لحكم التحكيم التجاري الدولي، ولكن الشيء الجديد الذي يختلف عن القانون المصري هو أن الحجية بالنسبة للحكم القضائي في القانون المدني الجزائري لا تتعلق بالنظام العام حسب نص الفقرة الثانية من المادة 338 قانون مدني والتي تنص على: "ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً " أي أنه ولدفع القضاء إلى النطق بعدم قبول الدعوى الجديدة لسبق الفصل فيها لا بد من إثارة الدفع بالحجية من قبل الأطراف، على خلاف القانون المصري فالمحكمة تحكم بذلك تلقائياً ولا تنتظر الدفع بذلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي أخذ بنظام ازدواجية التحكيم أي التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على خلاف المشرع المصري الذي لم يفرق بينهما وسن لهما قانوناً موحداً¹.

ورغم التقاء المشرع الجزائري والفرنسي في نقطة الازدواجية إلا أن الاختلاف يتجلى في موضوع الحجية، حيث أحال المشرع الفرنسي في التحكيم الدولي وبالضبط في المادة 1507 موضوع الحجية إلى التحكيم الداخلي المنظم بالمادة 1476 ق.إ.م.إ. الفرنسي الجديد وأصبحت حجية حكم التحكيم الدولي هي نفسها حجية حكم التحكيم الداخلي، بينما المشرع الجزائري سكت البتة عن حكم التحكيم الدولي ولم ينص على حجيته أصلاً، واكتفى بالنص على حجية حكم التحكيم الداخلي لا غير، حين نص في المادة 1031 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي عاجلت الحجية واعتبرت حكم التحكيم حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره ولكن اشترطت أن يكون الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل يتعلق بنفس النزاع ونفس الخصومة.

وحياسة حكم التحكيم لقوة الأمر الشيء المقضي فيه هي أنه قابل للتنفيذ بمجرد صدوره، ولم يبقى له سوى الإجراءات الخاصة بالتنفيذ، بمعنى أنه في حالة صدور حكم التحكيم فلا يجوز لأي طرف إعادة طرحه من جديد سواء أمام هيئة التحكيم التي فصلت فيه أو أمام هيئة التحكيم التي فصلت فيه أو أمام هيئة تحكيم أخرى أو أمام جهة قضائية فالحجية المنصوص عليها هي التي تهدف إلى حماية حكم التحكيم والحفاظ على المصالح الخاصة للأفراد، وحكم التحكيم سواء كان داخلياً أو

¹ - بشير سليم ، مرجع سابق ، ص 211.

دوليا فهو يجوز على الحجية منذ صدوره، ورغم أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الحجية بالنسبة إلى أحكام التحكيم الدولية إلا أنه يستشف من التقسيم والتبويب الذي أخص به نظام التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه في المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت تحت عنوان " الأحكام المشتركة " الواردة في القسم الثالث، ولهذا فجميع المواد المنطوية تحت عنوان "الأحكام المشتركة " تخص التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، لذا أمكن القول أن حجية حكم التحكيم مضمونة في القانون الجزائري وهي لا تتعلق بالنظام العام والهيئة المطروح عليها نفس الموضوع بنفس الأطراف ليس لها أن تقضي بعدم القبول لسبق الفصل تلقائيا وإنما تحكم بذلك بناء على الدفع الذي يقدمه الأطراف.

خلاصة الباب الأول:

لابد من القول أن التحكيم التجاري الدولي هو في حقيقته ذو طابع اختياري، لا يقوم إلا بالاتفاق بين الأطراف، ولكون أن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد رضائي، لكن الملاحظ هو أن أغلب التشريعات والقوانين المختلفة والاتفاقيات الدولية التي لها علاقة بالتحكيم التجاري الدولي لم تتفق على ضبط مفهوم وتعريف قانوني ودقيق له، حيث تتطرق بعض القوانين إلى صورته دون تعريفه وترتبط الأخرى هذا التعريف بشروط صحته.

ميزت بعض التشريعات بين شرط التحكيم وبين مشاركة التحكيم، بينما جمعت أخرى بينهما في مصطلح جامع "كاتفاقية التحكيم"، ولدراسة مقارنة نستدل بالمشروع الجزائري الذي فرق بين "مشاركة التحكيم" و"شرط التحكيم" الذي سماه "اتفاق التحكيم"، وأعطى مفهوما لكل منهما لكنه تراجع عن هذا التمييز في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 1040: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"، أي أن مصطلح "اتفاقية التحكيم" يعني شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في أن واحد.

كما ورد تعريف اتفاق التحكيم في معظم الاتفاقيات متعددة الأطراف المتعلقة بالتحكيم التجاري، بالرغم من التباينات التي ظهرت في مختلف التعاريف من حيث الدقة ومن حيث المدى، والجديد في قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديد أنه تكيف مع القوانين التحكيمية والأجنبية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم.

أصبحت جميع الاتفاقيات والقوانين تستعمل مصطلحات تدل على اختصاص التحكيم في المنازعات السابقة أو اللاحقة لإبرام العقد، ومعظمها تستمد روح نصوصها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) سنة 1985 وعدلته سنة 2006.

كما تتحدد صحة اتفاق التحكيم بناء على القانون الذي اختاره الأطراف أو المحكم ليطبق على اتفاق التحكيم، فقد وضعت مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية شروطا شكلية وأخرى موضوعية يترتب على تخلفها بطلان الاتفاق، غير أنها لم تتفق كلها على مدى وبعد هذه الشروط منها من وسع في مفهومها ومنها من ضيق هذا المفهوم إلى أدنى حد.

وتبين من اللحظة الأولى أن قوانين الاستثمار لأغلب الدول لا تحقق الهدف إلا إذا صاحبه تشريعات أخرى تكمله وتؤكد ما يطرحه من ميزات فكانت القوانين وتعديلات القوانين الخاصة بالرقابة على النقد وسعر الصرف وسرية المعاملات المصرفية، وظل موضوع فض المنازعات التي تنشأ بين المستثمر وشريكه أو عميله دون تنظيم رغم ما لهذا الأمر من اعتبار خاص في نظر المستثمر الأجنبي الذي يهمله ويطمئنه أن يجد عند قيام النزاع للفصل في قضاء يسير على القواعد والأصول التي استقرت عليها المعاملات التجارية الدولية، ولما كان التحكيم هو الأسلوب السائد في المعاملات الدولية، فقد أولته مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية العناية الكبيرة، لا سيما بعدما تبين قصور في قوانين المرافعات المدنية والتجارية والتي وضعت خصيصا للتحكيم التجاري والتي حاول المشرع الجزائري على تأطير أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية حتى يستجيب لمجموع المتغيرات الدولية ومنها اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم لما له من أهمية اقتصادية.

ونتيجة لذلك تجسدت فكرة استقلالية اتفاق التحكيم لدعم فاعلية التحكيم التجاري الدولي، عن العقد الأصلي، فبطلان هذا الأخير يبقى اتفاق التحكيم فيه صحيحا، كما أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يختلف عن القانون المطبق على اتفاقية التحكيم.

وهو ما رسخه المشرع الجزائري في المادة 1040 من القانون رقم 08-09، به حاول اعتبار استقلالية اتفاق التحكيم مكرسة ومجسدة على أرض الواقع، ونفس الأمر أكد عليه المشرع المصري عندما نص في المادة 23 من قانون المرافعات والتحكيم المصري على: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه"، وحتى يتم تفعيل خصوصيات اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار، فإن أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية ومتعددة الأطراف قد تضمنت نصوصا وملاحق تحوي شرط اللجوء للتحكيم خاصة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI، تضع هذه الأخيرة شروطا ترتبط بالمستثمر وأخرى تتعلق بالاستثمار يجب توافرها حتى يقبل طلب التحكيم.

ونتيجة لربط العلاقة بين التحكيم وبين الاستثمار فقد نجم عنه إمكانية التحرر من كل الجوانب الإجرائية لقانون الدولة المضيفة للاستثمار، لذا حاول المشرع الجزائري أسوة بغيره من المشرعين ونتيجة لتأثير الاتفاقيات الدولية الأولوية لحرية الأطراف في تشكيل الهيئة التحكيمية وهو ما

فعله بأحكام المادة 1041 من قانون رقم 08-09: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم".

ولتسهيل الإجراءات تعيين المحكمين نظمت جل التشريعات والاتفاقيات الدولية، مجموع العوارض المؤثرة على فعالية التحكيم منها رد المحكمين وعزلهم وكذا تنحي المحكمين أو وفاتهم وهو ما تطرقت إليه الفقرة الثانية من المادة 12 للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: "لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله"، وإلى جانب القانون النموذجي تسمح مختلف التشريعات الوطنية برد المحكم لأسباب تختلف في معظمها عما ورد في النص المذكور، فوفقا للتشريع الجزائري بنظر المادة 1016 من قانون رقم 08-09 التي تنص على: "يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم عندما لا تتوافر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف".

وحتى يتم وضع وإعطاء إرادة الأطراف الدور الحاسم في وضع واختيار القواعد الإجرائية التي تحكم سير الخصومة التحكيمية، بالرغم من اختلاف طرق الاختيار، سواء أكانت بضبط قواعد إجرائية يضعونها بأنفسهم، أو باختيار قانون وطني معين ليحكم إجراءات التحكيم، أو بالسعي نحو تطبيق حل ثالث وهو المتمثل في إعطاء المحكمين سلطة تطبيق قانون ذاتي من اختيارهم.

لم يفرض المشرع الجزائري على هيئة التحكيم تطبيق القانون الإجرائي لدولة المقر، بل أعطى للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات، عكس المشرع السويسري الذي أشار في المادة 176 من قانون التحكيم الفيدرالي على تطبيق قانون الإجراءات الوطني على كل تحكيم يجري في سويسرا، بينما أعطى المشرع الفرنسي الأولوية لإرادة الأطراف دون أن يلزمهم بتطبيق قانون محل التحكيم، وفي حالة سكوت الأطراف تتولى هيئة التحكيم تنظيم الإجراءات.

ومن أهم عوامل تفعيل الاستثمار الأجنبي، هو إمكانية التحرر من القانون الموضوعي والنظام القضائي للدولة المضيفة للاستثمار، وهو ما يتمتع به الخصوم ثم هيئة التحكيم من حرية اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي مقارنة بمواقف أطراف المنازعة القضائية، حيث لا يملك أي منهم حق اختيار قانون يراه ملائما أو استبعاد آخر لا يراه كذلك.

والجدير بالذكر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد هو أنه تكيف بشكل تدريجي مع القوانين التحكيمية والأجنبية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، إذ تدارك السهو

الواردة في قانون الإجراءات المدنية القديم ونص المادة 1049 ق.إ.م.إ الجزائر على جوازية إصدار الحكم التحكيمي الاتفاقي (الرضائي) وهو الحكم الذي يأتي أثناء سريان الخصومة بعد اتفاق الأطراف على صبه في هذا الإطار.

وإن كان الحكم التحكيمي هو عبارة عن قرار تصدره الهيئة التحكيمية لوضع حد للطلبات المتبادلة بين أطراف النزاع أو لطلبات أحدهم، فقد يكون الحكم جزئيا كما قد يكون نهائيا فاصلا في النزاع أو مثبتا لاتفاق صلح بين الطرفين.

كما يجب أن يكون الحكم التحكيمي، وفقا لأحكام المواد 1027، 1028، 1029 من ق.إ.م.إ الجديد الذي يستوجب عرض ادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، ومجموع البيانات التي تتعلق باسم ولقب المحكم أو المحكمين، وتاريخ صدور الحكم التحكيمي. بعد إصدار الحكم التحكيمي يبلغ إلى الأطراف وتنتهي مهمة المحكمين، ولكن وتكريسا لمبدأ تحرر التحكيم التجاري الدولي من قيود القضاء الداخلي أسندت التشريعات الداخلية وأنظمة التحكيم المختلفة اختصاص أو إتمام الحكم لهيئات التحكيم.

لم يتطرق المشرع الجزائري لرسمية الحكم التحكيمي في باب التحكيم، ولكن هذا لا يعني أنه ينفي عنها صفة الرسمية، بل بالعكس فقد نص في المادة 600 من ق.إ.م.إ الجزائري في باب السندات التنفيذية، على أن من بين هذه السندات أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط، أما بالنسبة لنشر أحكام التحكيم فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لها لا من بعيد ولا من قريب، ولكن لم يجعل فقط من العلنية أمر وجوبي كما هو الحال بالنسبة للأحكام القضائية، والقاعدة المعمول بها هو عدم جوازية نشر أحكام التحكيم، التي تعد قضاء استثنائي خاص اختاره الأطراف للحفاظ على أسرارهم المالية وعلاقتهم التجارية.

بعد الإعداد والتحضير للحكم التحكيمي وبعد إصداره تأتي واقعة الآثار المترتبة عليه وهي انتهاء ولاية هيئة التحكيم (استنفاد الولاية) وعندها يصبح الحكم التحكيمي له حجية الشيء المقضي فيه، وقد عبر المشرع الجزائري عن استنفاد ولاية المحكم في المادة 1030 ق.إ.م.إ إذ تنص على: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه"، أي انه لا يجوز طرح نفس النزاع على نفس المحكم ولا يجوز لهذا الأخير قبول ذلك إلا في حالات استثنائية نظمها القانون، وهي حالة التفسير وحالة التصحيح، وأخيرا حالة الإغفال عن بعض الطلبات وفقا لأحكام المادة 1030 الفقرة الثالثة

وحجية أحكام التحكيم في القانون الجزائري والقانون المقارن لا جدال فيها وهو ما أكدها في المادة 1031 من ق.إ.م.إ.: " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه.

كل المفاهيم والإجراءات والشكليات التي عالجها الباب الأول والتي هي من صميم العملية التحكيمية التي تكون في أولى بداياتها تكريس وتجسيد لاتفاق التحكيم، لا بد لها عندما تصدر في قرارها النهائي لأجل تأطير النظام القانوني لتجسيد قرارات التحكيم بين تفعيل نظام التنفيذ وتطبيق طرق الطعن في الأحكام التحكيمية، حيث سنتناول الآليات القانونية المختلفة لإخراج التحكيم من النظري إلى التطبيقي على أرض الواقع، وحتى القرار التحكيمي وحده لا يكفي إذ أن مختلف التشريعات والقوانين المختلفة نظمت مسألة تنفيذ الأحكام التحكيمية وكذا الطعن فيها ومختلف الطعون بالبطلان التي سوف تعالج في الباب الثاني.