وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور – د. مولاي الطاهر-سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

تخصص: قانون أعمال

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

دور التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الدولة الاقتصادية

من إعداد الطالب:

هادف سيف الدين

تحت إشراف الأستاذة:

سعيدي بن يحي

نوقشت و أجيزت علنا بتاريخ: ../2020/09

أمام اللجنة المكونة من السادة:

د/ .....(أستاذ محاضر – جامعة سعيدة د مولاي الطاهر) رئيسا

د/ .....(أستاذ محاضر – جامعة الدكتور مولاي الطاهر) مشرفا

د/ ..... (أستاذ محاضر – جامعة الدكتور مولاي الطاهر) أستاذ ممتحن

السنة الجامعية: 2019-2020

بسم الله الرحمن الرحيم

التشكرات

بعد رحلة بحث وجهد واجتهاد تم التوصل إلى انجاز هذا البحث

أشكر الله سبحانه وتعالى على فضله وتوفيقه لي، والقائل في محكم التنزيل { **وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ** } سورة إبراهيم الآية 7.

الحمد الله نحمده حمد الشاكرين ونثني عليه ثناء العارفين وبعد الحمد أستهل بالشكر الجزيل والتقدير والعرفان إلى الدكتور **سعيدي بن يحي** الذي شرفني بإشرافه على إنجاز هذه المذكرة وعلى توجيهاته ونصائحه.

كما لا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والاحترام إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا البحث الأساتذة الكرام: .....

كما أتقدم بالشكر إلى كافة أساتذتنا الكرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية الذين ساهموا في توجيهنا على مدار السنوات السابقة.

جزا الله الجميع كل خير

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من سقياني بدفئ حنانها و عطفهما ولم يبخلا علي بالدعم والمساعدة،

الوالدين العزيزين حفظهما الله وأطال في عمرهم

إلى الأسرة الكريمة والأصدقاء.

إلى الأساتذة وعمال كلية الحقوق جامعة سعيدة.

إلى كل من ساندني في انجاز هذا العمل المتواضع

هادف سيف الدين

مقدمة

مـــــــــــــقدمة:

تحتل العلاقات الاقتصادية الدولية أهمية جد بالغة على صعيد كافة الدول إلى أن أضحت المحرك الأساسي والرئيسي لكل مناحي الحياة داخل جميع الدول، فبموجب تلك العلاقات يتحدد مستوى التنمية الاقتصادية التي لا يخفى أثرها البارز على جميع الأصعدة الاجتماعية و الثقافية بل وحتى السياسية، ومن المواضيع التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني و الاقتصادي على المستوى العالمي ، موضوع التحكيم التجاري الدولي ، ذلك التحكيم الذي يتعلق بطائفة العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية الخاصة في بيئة التجارة الدولية، تلك العقود التي تعرف بالعقود الإدارية ذات الصفة الدولية أو عقود الدولة الاقتصادية أو عقود التنمية الاقتصادية " بيد أنه وإن تنوعت الاصطلاحات الفقهية لهذه العقود إلا أنها تندرج تحت مضمون واحد ، وهو أن الدول أضحت أحد أطراف التجارة الدولية ، فلقد كان من ثمار المتغيرات السياسية والاقتصادية و ما لازمها من سياسات تحررية انتقال الدول من طرف متعاقد من صفتها متعاقدة الحارسة إلى صفتها المتعاقد المشارك.

وفي ظل تجدد دور الدولة و عقودها تتجدد المشاكل القانونية التي تثيرها هذه الأنواع من العقود، وهي مجموعة مشاكل لها علاقة مباشرة بخصوصية هذه العقود والتي تعود بالدرجة الأولى إلى عدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف العلاقة، فالدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون العام تتمتع بمجموعة من المزايا لا يتمتع بها الطرف الأجنبي، وبالمقابل تتصف هذه العقود بنوع من اللا تكافئ الاقتصادي الذي يرجح لمصلحة الطرف الأجنبي الذي يملك المعرفة الفنية والتكنولوجية و رأس المال، و هو السبب الذي دفع بالدولة إلى إبرام العقد، خصوصا و أن عقود الدولة الاقتصادية تعتبر من العقود التي تتراخى في الزمن أي أنها تحتاج وقتا طويلا لتنفيذها لأنها متعلقة بمشروعات ضخمة مما قد ينجر عن ذلك مجموعة من النزاعات، مما استدعى لحلها، ابتداع نظام التحكيم، الذي أصبح من أهم النظم القانونية المعاصرة ومن الموضوعات العامة التي تشغل مكانا بارزا في الفكر

القانوني و الاقتصادي على المستوى الدولي وعلى مستوى معظم الأنظمة القانونية المقارنة على اختلاف نظمها وأوضاعها الاقتصادية والسياسية.

تخضع عقود الدولة الاقتصادية إلى العديد من العوامل المتمثلة في ضمانات تقدمها الدولة للمستثمر الأجنبي لتسهيل عمله وحفظ حقوقه، ومن أهمها الضمانات القضائية التي تتمثل في الوسائل المتاحة لتسوية ما قد يثار من منازعات في مجال الاستثمار الأجنبي من خلال انتهاك أحد طرفي العقد أو اتفاق الاستثمار لحقوق أو خرق الالتزامات منصوص عليها أو اتخاذ إجراء من شأنه الإضرار بالطرف الأخر.

ومن هنا ارتبط حل المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بطريقة بديلة لفض النزاعات والتي تتثمل في نظام التحكيم باعتباره وسيلة بديلة للقضاء الوطني لحل الإشكالات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقد، كما يعتبر التحكيم التجاري الدولي، وسيلة خاصة للتقاضي تقوم على اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف على عرض النزاعات التي قد تثور بينهم على التحكيم مع مراعاة الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها.

ونظرا للدور الفعال الذي يلعبه التحكيم في تسوية المنازعات فقد حظي باهتمام مختلف دول العالم إذ أبرمت بشأنه جملة من الاتفاقيات والبروتوكولات الدّولية، والتي أنشأت من خلالها العديد من المراكز الدائمة ذات الطابع الدولي لفض النزاعات، كما وضعت لجنة الأمم المتحدة قانوناً نموذجياً للتحكيم الدولي في 16 جوان 1985.

فعادة ما يرتاح المستثمر الأجنبي لقضاء التحكيم لأنه يشعره بنوع من الأمان، لهذا أصبح التحكيم القضاء الطبيعي الخاص في هذا المجال للما يتميز به من مرونة وسرعة في الفصل في النزاعات فيحافظ على حركة رؤوس الأموال من خلال إعادة تشغيلها في أقرب الآجال خلافا للقضاء العادي الذي يستغرق زمنا طويلا لإنهاء الخصومة، وتظل فيه العلاقات مجمدة.

إن أهمية موضوع التحكيم التجاري الدولي من الناحية النظرية يتمثل في الدور الفعال الذي يلعبه في تسوية منازعات الاستثمار، نظراً لخصوصية قواعده المرنة وجودتها، وظهور

مراكز تحكيم عالمية دائمة، تتكفل بدورها بحل منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق التحكيم وبعيداً عن العجز الذي يظهر من خلال المحاكم الوطنية المرهق كاهلها بالكم الهائل جداً من القضايا، عند ما تطرح عليه مثل هذه لمنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار بين المستثمرين الأجانب والدّولة.

أما من الناحية العملية فإن اتساع مجال التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار حيث لا يكاد يخلو عقد أو اتفاقية استثمار ثنائية أو جماعية من شرط التحكيم كوسيلة لتسوية هذه النزاعات لما يوفره للأطراف من ضمانات كالسرية، والسّرعة والتخصص وغيرها، ضف إلى ذلك أن المستجدات الحديثة التي طرأت على المعاملات والتعاقدات الإلكترونية والتي تحتاج إلى وسائل تتناسب وهذه المنازعات ويتمثل ذلك في التحكيم الإلكتروني كوسيلة ملائمة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

إن اختيار موضوع التحكيم التجاري الدولي بالذات راجع إلى كونه موضوع جد هام خاصة بالنسبة للدور الذي يلعبه في تسوية منازعات عقود الدولة الاقتصادية، وهذا لاتسامه بخصوصية في قواعده مما يجعل منه الوسيلة الأنسب لفض المنازعات الناشئة بمناسبة هذه العقود، وتغطية العجز الذي نجده على مستوى المحاكم الوطنية.

وعليه أصبح التحكيم التجاري الدولي في الوقت الراهن أهم وسيلة يرغب المتعاملون الأجانب في اللجوء إلى إدراجه كشرط عند إبرامهم للعقد أو ادراجه لاحقا لحسم منازعاتهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود الاستثمار من شرط يصار بموجبه إلى اتباع التحكيم عند حدوث أي نزاع.

ومع اتساع مجال هذا النظام في حقل المعاملات التجارية العبر دولية فإن هذا يدفعنا لطرح إشكالية حول:

مدى نجاعة نظام التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعات عقود الدّولة الاقتصادية؟

إن الهدف المبتغى من إجراء هذه الدراسة هي التعرف أكثر على التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الدولة الاقتصادية، والرغبة في إبراز مدى فعالية هذا النظام في

حل هذه المشاكل والتعرف على المبادئ اللازمة لضمان فعاليته ودور المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار في ذلك.

ولمعالجة هذه الإشكاليات سيتم الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي كونهما الأنسب لدراسة مثل هذه المواضيع، واعتبارهما من أكثر المناهج ملائمة للدراسات القانونية بصفة عامة، فالمنهج الوصفي يقتصر على التعريفات والمفاهيم والحقائق الثابتة، والمنهج التحليلي بدوره يعتمد عليه في تحليل أقوال الفقهاء والباحثين في هذا المجال، وكذا تحليل بعض النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع، إضافة إلى الاعتماد على المنهج المقارن، من أجل توضيح أهم نقاط الاتفاق والاختلاف علاوة على أن الدراسات القانونية في مجملها لا تكتمل إلا بهذا المنهج .

وعلى الرغم من الصعوبات التي تمثلت أساساً في صعوبة الحصول على المراجع خصوصا في ضل الوضعية الوبائية، إضافة إلى تشعب الموضوع وشساعته إلا أن الدور الهام الذي يلعبه التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات عقود الدولة الاقتصادية يجعله موضوعا جديراً بالدراسة والبحث والتقصي.

وسيتم تقييم دراستنا بخصوص الدور الذي يلعبه التحكيم في تسوية منازعات قعود الدّولة الاقتصادية إلى فصلين:

الفصل الأول الذي يتناول ماهية التحكيم التجاري الدولي وطبيعته القانونية وما يميزه عن الأنظمة المشابهة له.

أما الفصل الثاني فتحدث عن المبررات التي جعلت التحكيم القضاء الطبيعي لتسوية منازعات عقود الدولة والمبادئ اللازمة لضمان فعاليته، إضافة الي القانون الواجب التطبيق على التحكيم ودور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الفصل الأول:
ماهية التحكيم التجاري الدولي

الفصل الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي:

إن نظام التحكيم الدولي من المواضيع التي تحظى باهتمام كبير وواسع في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي حاليا[1]، حيث يعتبر من الوسائل الحديثة لفض المنازعات الناشئة عن مختلف عمليات التجارة الدولية، ويكون هذا خارج الإطار الإلزامي لقضاء الدولة، وبالرغم من أن ظهور سابق عن ظهور القضاء إلا أنه لم يلاق الصدى الواسع الذي يشهده خلال السنوات الأخيرة من عدة تطورات نتيجة زيادة الاهتمام به كوسيلة بدلية لتسوية المنازعات.[2]

وقد حضي موضوع التحكيم باهتمام بالغ، وتجلى ذلك من خلال إلزام العديد من الاتفاقيات الدولية بخصوصه وإنشاء عدة مراكز وهيئات للتحكيم، وبادرت الدول إلى تضمين نظام التحكيم في قوانينها الداخلية أما على الصعيد الفقهي فقد تربع التحكيم على قمة الموضوعات التي شغلت أذهان الفقهاء والباحثين وكثرت فيه المؤلفات وعنيت به المعاهد العلمية.[3]

لدراسة ماهية نظام التحكيم التجاري الدولي سوف نحاول أن نحدد مفهوم نظام التحكيم التجاري الدولي وطبيعته القانونية وما يميزه عن الأنظمة المشابه له.

المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي:

إن التحكيم التجاري الدولي يشكل نوعا خاص من العدالة، تخضع في تشكيلها وإجراءاتها لإرادة أطراف النزاع التجاري الدولي، حتى وإن كانت قوانين الإجراءات المدنية الوطنية لا تزال تنظم جوانب هامة من إجراءات التحكيم التجاري الدولي، إلا أن الهدف البعيد لهذا الفرع من القانون هو سحب موضوعات منازعات التجارة الدولية من اختصاص القضاء الوطني وهذا ما صرح به" **فيليب فوشار**":

---

[1] كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، ا لطبعة الأولى، 1991، ص20.

[2] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقوانيين المقارنة، دار هومة الجزائر، 2012، ص11.

[3] سراج حسين، محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص22.

« Dans sa forme la plus achevée eu effet l'arbitrage international est celui qui s'est détaché de tout cadre étatique ... »[1]

عند محاولة البحث عن مفهوم دقيق لتحكيم التجاري الدولي نجد أنه قد تعددت فيه التعاريف الفقهية والتشريعية وحتى القضائية وعليه ارتأينا أن نحاول التعرض إلى مجموعة من المفاهيم بخصوص التحكيم قصد الوصول في النهاية إلى تحديد مفهوم وتعريف واضح للتحكيم التجاري الدولي.

المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري:

لم تضع قوانين المرافعات ولا قوانين التحكيم الصادرة تعريف موحداً لنظام التحكيم، لكن تعددت التعاريف[2]، وسنوجز أهمها من خلال هذا المطلب حيث نتطرق لتعريف التحكيم التجاري الدولي في اللغة وفي الاصطلاح ثم نتطرق إلى تعريف الفقه والقضاء كما يلي:

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي لغة واصطلاحا:

سوف نتناول في هذا الفرع تعريف التحكيم من خلال تحديد المعنى اللغوي أولاً ثم الاصطلاح القانوني ثانيا كما يلي:

أولا: تعرف التحكيم لغة:

التحكيم في اللغة هو من مادة "حكمة" بتشديد الكاف وتعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه، يسمى الحكم بفتح الكاف أو المحكم بضم الميم وفتح الكاف المشددة[3]، وحاكموه

---

[1] **Philip fouchard, l'arbitrage international, volume II librairie dallaz ,Paris 1965,P01.**

2 لزهر سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع نفسه، ص12.

3 محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، العربية، مصر، 2007، ص05.

فيما بينهم، أمروه أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكما بينهم[1] ويقال حكمت فلان في مالي وتحكيما أي فوضت إليه الحكم في الأمر.[2]

قال الله تعالي في كتابه الكريم **{فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا}**[3] أي يجعلوك حكما فيما حل بينهم من شجار.

والحكم بفتح الحاء اسم من أسماء الله الحسنى[4] وقال تعالى: **{وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ}**[5] وقال تعالى أيضا **{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا}**[6] أما التحكيم في اللغة الإنجليزية وردت تحت كلمة يحكم، من يطلب مساعدة شخص أو مجموعة أشخاص للوصول إلى اتفاق أو يفصل فيما يراه صحيحا.

ثانيا: التحكيم في الإصلاح القانوني:

يقصد بالتحكيم في الاصطلاح القانوني، اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهما بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين.[7]

إن مصطلح التحكيم التجاري الدولي مصطلح حديث النشأة، تم استعماله لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة المتعقد في نيويورك في الفترة ما بين 20 ماي إلى 10 جوان 1958

---

1 المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص165.

2 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 14.

3 سورة النساء، آية 3.

4 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص15.

5 سورة النساء، آية،58.

6 سورة النساء، آية 35.

7 أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص14.

والذي انتهى بتوقيع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلا أن الحقيقة التاريخية تثبت عكس ذلك لأن ملامح وجوده تعود إلى عصور روما القديمة.

أ. **تعريف التحكيم التجاري الدولي في ضل الاتفاقيات الدولية:** إن التعريف السائد للتحكيم هو ذلك الذي تضمنته المادة 37 من اتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية لسنة 1907 حيث قررت هذه المادة أن موضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارهم على أساس احترام القانون، وأن اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد بالخضوع بحسن نية للحكم.

ب. **تعريف التشريعات الوطنية:** لم تنص التشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي بشكل مباشر، ولعل ذلك راجع إلى أن أغلبية هذه التشريعات استوحيت من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[1] اليونسترال 1985، والذي جعل عدم تعريف التحكيم احتراما منه للاختلافات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم.[2]

1. نجد أن القانون المصري رقم 27 سنة 1994 المستوحى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 نص في المادة 4 فقرة 1 على أنه " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة.

سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائما للتحكيم أو لم يكن كذلك.[3]

---

[1] قانون اليونسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي، عام 1985 من التعديلات التي اعتمدت في 2006، منشور على الموقع الالكتروني، www.unictral.org

[2] حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص40.

[3] حفيظة سيد حداد، المرجع السابق، ص40.

2. كما نجد أن المشرع الأردني لم يتطرق إلى تعريف التحكيم في قانون التحكيم الجديد لسنة 2001[1] لكن ورد تعريف التحكيم في القانون القديم رقم 18 لسنة 1953 حيث نصت المادة الثانية منه:" وتعني عبارة (اتفاق التحكيم) الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء كان اسم المحكم أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أو لم يكن".

3. إن المشرع الفرنسي عرف التحكيم التجاري الدولي بأنه، إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيه بمقتضى اتفاق التحكيم.

4. تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتناول تعريف واضحا ودقيقاَ للتحكيم التجاري الدولي رغم أنه تعرض إلى مختلف أحكامه من خلال المرسوم التشريعي 93- 09[2] وكذلك لم يتم تعريفه في القانون الجديد 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] والذي نظم فيه المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي.

الفرع الثاني: تعريف الفقه للتحكيم التجاري الدولي:

يعرف التحكيم التجاري الدولي ولو بصفة تقريبية من طرف معظم الكتاب والدارسين لهذا الفرع من القانون بأنه يشكل عدالة خاصة موضوعة من طرف أطراف النزاع خارج الإطار الالزامي لقضاء الدول

---

[1] قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم:4496 بتاريخ 2001/07/16، ص21-28.

[2] المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 29 أبريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-14، المؤرخ قي 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد27 الموافق ل 27 أبريل 1993.

[3] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، ج ر، العدد21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

وفي هذا الإطار عرف الفقيه "**أنطوان كاسيس**" التحكيم» "**kassis Antoine**" على أنه حل النزاع من طرف شخص أو عدة أشخاص تم اختيارهم من الأطراف بمحض إرادتهم للرجوع إليهم لحل النزاع الذي قد يقوم من جراء إبرام و تنفيذ عقود تجارية دولية [1] ويضيف أن القانون الداخلي لأغلب الدول يعرف تنظيم هذا المفهوم و كيفية اللجوء إليه بداية باتفاقية التحكيم الفاصلة في النزاع و تبيان طرق الطعن فيها و شروطها و وضعها موضع التطبيق.

كما عرفه الأستاذ نور الدين تركي " بأنه اجراء خاص لحل الخلافات، فهو نظام عدالة خاص يسمح بسحب الاختصاص من محاكم الدولة لفض النزاعات ومنحه لأشخاص خواص يتم اختيارهم من قبل الأطراف.[2]

جاء تعريف التحكيم التجاري الدولي من طرف فقهاء القانون الدولي بأنه:

" الطريق الإجرائي الخصومي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير[3]

الفرع الثالث: تعريف القضاء للتحكيم التجاري الدولي:

إن الاختصاص الأصيل للقضاء ووظيفته الأساسية تتمثل في تطبيق القانون لتحقيق العدالة والحكم القضائي حجيته مطلقة اتجاه الكافة ومنه نجد أن تعريف القضاء للتحكيم يعزز من قوته باعتباره وسيلة أقرها القضاء دون اللجوء إليه، حيث عرف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم بأنه: "التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم".[4]

---

[1] Antoine kassis problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, I.G.D.I Paris,1987,P13.

[2] Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U. ALG ,1999, P01.

[3] اسكندر أحمد، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم4، جامعة الجزائر، 1999،ص 159-177.

[4] عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص113.

وقد عرفته المحكمة الدستورية المصرية العليا بكونه" عرض نزاع معين بين طريفين على محكم من الغير باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوئي شروطي يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نهائي وقاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفين إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.[1]

ومنه أصبح التحكيم إحدى أبرز الوسائل التي يتم اللجوء إليها لحسم النزاعات الناشئة عن التجارة العبر الدولية وأصبح يلقى قبولا واسعا نتيجة لتطور المعاملات التجارية والخدمات والعولمة والتي ما تزال تحولاتها بطيئة في العالم الثالث ولا تتناسب مع المعطيات الجديدة. وعليه برزت مجموعة من المراكز والهيئات المتخصصة في مجال التحكيم التجاري الدولي أهمها: محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية بباريس، معهد التحكيم الدولي بإنجلترا (لندن)، جمعية التحكيم الأمريكية (نيويورك) المركز الإسلامي للتحكيم التجاري (القاهرة)، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI [2].

وأخيرا يعتبر التحكيم قضاء من نوع خاص لا يسعى إلى منافسة قضاء الدولة بل يكمله حيث يترك للأطراف الحرية في اللجوء إليه عوضا عن القضاء العادي، وفقا للنظام الذي تتوافق إرادتهم عليه[3]، ومنه فإن التحكيم يقوم على أساسين ضروريين هما:

- إرادة الأطراف المتعاقدة.
- إقرار المشرع لهذه الإدارة.

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا، 17 ديسمبر 1994، القضية رقم 13، منشور في الجريدة الرسمية ديسمبر 1994 وهو الحكم الذي صدر بعدم دستورية المادة 18 من القانون رقم 48 لسنة 1977 المنشئ لبنك فيصل الإسلامي والتي تجعل التحكيم الطريق الوحيد لحل النزاعات بين البنك والمتعاملين معه، نقلا عن حفيظة سيد حداد، المرجع السابق، ص 41.

[2] أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص15.

[3] اسكندر أحمد، المرجع السابق، ص 178.

المطلب الثاني: الطابع التجاري والدولي للتحكيم:

سنحاول في هذا المطلب الوقوف على تحديد المقصود بتجارية التحكيم وأيضا تحديد الطابع الدولي للتحكيم أو بصيغة أخرى متى نعتبر التحكيم تجاريا؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الأول، ومتى يكون التحكيم التجاري دوليا؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الطابع التجاري للتحكيم الدولي:

يرجع تحديد الطبيعة التجارية للنزاع إلى احكام القانون الداخلي الوطني تماشيا مع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها والتي صادقت عليها الجزائر بدورها سنة 1988 والتي تنص في فقرتها الثالثة من مادتها الأولى على أنه " يمكن للدولة كذلك أن تصرح بأنها تطبق نصوص الاتفاقية فقط على النزاعات الناتجة على العلاقات التعاقدية[1] أو غير التعاقدية، المعتبرة ذات طبيعة تجارية بمقتضى قانونها الوطني". ومثال ذلك النزاعات الناشئة حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي متعلقة بمصالح التجارة الدولية ويشمل ذلك على سبيل المثال: توريد السلع أو الخدماتي أو الوكالات التجارية، نقل التكنولوجيا والاستثمار وغيرها...

الفرع الثاني: الطابع الدولي للتحكيم:

إن الوقوف على مسألة تحديد الطابع الدولي للتحكيم التجاري دفع بالفقهاء إلى وضع مجموعة من المؤشرات التي من خلالها يمكن الوقوف على تحديد دولية التحكيم، ولكن المعايير الأكثر اعتمادا للتفرقة بين التحكيم التجاري الداخلي والتحكيم التجاري الدولي تنحصر في ثلاثة معايير هي المعيار الجغرافي والمعيار القانوني والمعيار الاقتصادي.

[1] المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها.

أولا: المعيار الجغرافي: ويتمثل في مكان التحكيم أو المكان الذي يصدر فيه الحكم التحكيمي[1] وهذا ما أخذت به اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف والتنفيذ لأحكام التحكيم الأجنبية، التي نصت على أن: " الاتفاقية تطبق على احكام التحكيم الصادرة في إقليم الدولة غير التي يطلب الاعتراف وتنفيذ الأحكام على إقليمها" أي أنها اعتمدت مكان التحكيم مقياسا لدوليته[2] وقد اخذت به اتفاقية جنيف لعام 1961، و المتعلقة بالتحكيم الدولي إذ سبق أن طرحت شرطا وهو أن يكون النزاع ناشئا بمناسبة عمليات تجارية دولية، إلا أنها فرضت في نفس الوقت أن يكون النزاع قائما ما بين أشخاص مقيمين أو لهم مراكز إقامة في بلدان مختلفة.

وأخذ به أيضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونسترال الذي اعتمد المعيار بتاريخ 21 جويلية 1985 في الفقرة الثالثة من المادة الأولى 03/01 منه.[3]

تجدر الإشارة أنه على الرغم من اعتبار مكان صدور قرار التحكيم كمؤشر على اجنبية التحكيم التجاري الدولي، غير أنه لا يكفي وحده لإضفاء هذه الصفة، ذلك أنه يتعين إجراء تفرقة بين ما إذا كان اختيار مكان التحكيم قد حدد بناء على رغبة الأطراف، وعليه فإن مكان التحكيم مؤشر قوي على دولية التحكيم التجاري ، وبين ما إذا جاء اختيار مكان التحكيم بصفة عرضية فإن هذا الاختيار يصبح دون اثر حاسم في تحديد الصفة الدولية للتحكيم.[4]

ثانيا: المعيار القانوني: ويتمثل في القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء على الموضوع أو الإجراءات خاصة إذا كانت قواعد قانونية اعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية[5] حيث يعد القانون المختار للتطبيق على الإجراءات احد العوامل الرئيسية في ترجيح دولية التحكيم التجاري ومع ذلك فإنه يحتاج إلى ما يرتكز عليه لإثبات هذه الدولية، ذلك أنه قد تتجه إرادة

---

[1] نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 46.

[2] عبد الحميد الأحدب، التحكيم الدولي ومصادره، الطبعة الأولى، مؤسسة نوافل، لبنان، 1990، ص14.

[3] نص المادة 3/1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985.

[4] أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص62.

[5] نريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص49.

الخصوم إلى اختيار قانون دولة محايدة للفصل في منازعتهم على الرغم من أن هذه المنازعات متعلقة بالتجارة الداخلية[1] فلا يمكن في هذه الحالة القول بأن التحكيم التجاري ذو طبيعة دولية بل سيبقى تحكيما تجاريا داخليا على الرغم من تطبيق قانون أجنبي.

ثالثا: المعيار الاقتصادي: إن هذا المعيار لا يأخذ بعين الاعتبار لا مكان التحكيم ولا القانون الواجب التطبيق وانما يركز على طبيعة المنازعة، فمتى تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، فهو تحكيم دولي أما إذا لم يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية فهو تحكيم داخلي.

والراجح علميا أن الفكر القانوني يميل إلى ترجيح المعيار الاقتصادي على بقية المعايير، ويتجلى ذلك من خلال نصوص المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي[2]، كما تبدوا طبيعة المنازعات كمؤشر أساسي لدولية التحكيم من خلال نص المادة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس حيث تفسر هذه المادة اختصاص محكمة التحكيم لدى الغرفة على المنازعات ذات الطابع الدولي، والتي تنشب في مجال الأعمال[3] ولقد أخذ الفقه الحديث والقضاء الفرنسي منذ مدة طويلة المعيار الاقتصادي وهذا ما نلاحظه من خلال المادة 1492 من المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 12 ماي 1981 بشأن التحكيم الدولي حيث نص على أنه " يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية".

يتبين مما سبق أن معيار الدولية يختلف من قانون لأخر و لكننا نشير مرة أخرى إلى أن المعيار الاقتصادي هو السائد حاليا وهذا المعيار الذي يتفق مع واقع التعامل الدولي وطبيعة النزاع الذي يجب أن تطبق عليه القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري.

---

[1] أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص64.

[2] عبد الحميد الأحدب، المرجع سابق، ص41.

[3] أبو زيد رضوان، المرجع نفسه، ص68.

الفرع الثالث: معيار دولية التحكيم التجاري في القانون الجزائري:

إن المشرع الجزائري قد حدد موقفه من دولية التحكيم التجاري بالقانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 1039 واخذ بمعيار واحد هو المعيار الاقتصادي حيث نصت المادة على ما يلي:" يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"[1]

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وصوره في عقود الدولة:

إن دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم، ليست مسألة نظرية بحتة ولاهي ضرب من ضروب الترف الفكري، أو رصد للجدل الفقهي الذي احتم ذلك أنه يبنى على نتائج بالغة الأهمية من وجهة النظر القانونية [2] فما هي الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي؟

هذا وتجدر الإشارة أن اتفاق التحكيم قد يتخذ مجموعة من الأشكال أو الصور فما هي الأشكال التي يمكن أن يتخذها شرط التحكيم في عقود الدولة؟

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم:

يثير التحكيم جدلا واسعا حول مسألة طبيعته القانونية حيث أنه يتكون من عمليتين الأولى تتمثل في اتفاق يبرمه أطراف النزاع، والثانية هي الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، فهذه التركيبة المكونة للتحكيم خلقت مجموعة من الآراء المتباينة حول طبيعته القانونية

أولا: الطبيعة الاتفاقية (النظرية العقدية):

يقول أنصار هذا الاتجاه إلى أنه لا يجوز النظر إلى التحكيم الذي ينتهي بحكم بأنه عمل قضائي طالما صدر هذا الحكم من محكمة تحكيمية، يغلب أنصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الإرادة، حيث أن للتحكيم طبيعة تعاقدية، يستمد المحكم فيه ولايته من إرادة الخصوم، ويعتبر

[1] القانون 08-09، المرجع السابق .

[2] أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005 ص48.

طريقا استثنائيا لفض المنازعات، وخروجا عن الأصل في عرض النزاعات على القضاء، فمركز الثقل فيه هو اتفاق الأطراف، ومن هذا الأخير يستمد الحكم التحكيم قوته التنفيذية.

يؤخذ على هذه النظرية أنها أبرزت دور مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق على التحكيم وفي نفس الوقت أهملت حقيقة ووظيفة المحكم القضائية.[1]

ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم:

إن أساس هذه النظرية مستمد من أن أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، وبالتالي فإن عمله يعد عملا قضائيا، وإذا كان التحكيم يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها قضاء الدولة، فإنه يكتسب لا محال الطبيعة القضائية[2] وهذ ما أقره قانون المرافعات الفرنسي قبل التعديل في نص المادتين 1471 1472.[3]

وقد انتقدت هذه النظرية حيث يترتب عن الطبيعة القضائية للتحكيم التسليم بحق الدولة في التدخل لأن القضاء منوط بالسلطة القضائية، ويأتي التحكيم استثناء يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة بالقيام بوظيفة القاضي.

ثالثا: الطبيعة المركبة للتحكيم (النظرية الثنائية المختلطة):

اتخذ أنصار هذه النظرية موقفا وسطا بين النظريتين السابقتين فهم أكثر اعتدالا وواقعية، حيث يوازنون بين الطبيعة القانونية والقضائية للتحكيم، فيرون بأن له طبيعة مركبة أو مزدوجة وهذه الطبيعة تبرز وجها تعاقديا بسبب اتفاق التحكيم الذي تنشأه، وتبرز وجها قضائيا بسبب حكم التحكيم الذي يفصل في النزاع، كما أن الأخذ بفكرة الطبيعة المختلفة للتحكيم، يمثل فكرة العقد باعتباره تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية، ويمثل فكرة القضاء عن طريق حكم

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص21.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص22.

[3] أحمد عبد اللاه المراغي، المرجع السابق، ص 50.

التحكيم من ناحية أخرى، فهو يمر بمراحل متدرجة فهو في بدايته اتفاق، وفي وسطه اجراء وفي آخره حكم ملزم.[1]

رابعا: نظرية استقلال التحكيم:

يرى جانب من الفقه أن التحكيم وسيلة قانونية متميزة لفض النزاعات ونظام مستقل بذاته ويرجعون ذلك لمجموعة من الاعتبارات، منها أن العقد ليس هو جوهر التحكيم، وليس أداة خاصة تحقق الهدف الذي يسعى اليه الخصوم، ويرى البعض أنه ما دام التحكيم يجمع بين طياته بين فكرة العقد وفكرة القضاء، فإنه لابد أن يتشكل من مزيج جديد متميز عن هاتين الفكرتين في آن واحد، ومنه فالتحكيم يعد عملا متميزا يتمتع بذاتيته واستقلاله، وهو ما يلائم التجارة الدولية ويشجع على نموها وتقدمها.[2]

وعليه فإن التحكيم قضاء اتفاقي مقيد بنصوص اتفاق التحكيم وبالنصوص القانونية التي يفترض على هيئة التحكيم الالتزام بها.

ويبقى السؤال المطروح: ما موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية للتحكيم؟

خامسا: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية للتحكيم:

إن المشرع الجزائري في حقيقة الأمر لم يتطرق لفكرة الطبيعة القانونية صراحة و مع ذلك فإنه يمكن استخلاص الطبيعة التي تبناها من خلال فحوى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، حيث أن المشرع قد استعمل عبارة حكم ومحكمة وذلك من خلال نص المادة 1050 ق،إ،م،إ،ج فاعتبر هيئة التحكيم محكمة بنصه:

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص23-24.

[2] حسن المصري، التحكيم التجاري الدوي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص17.

" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون[1] كما أن هذه العبارة تشير إلى تبني المشرع الجزائري للطبيعة القضائية للتحكيم، و ما يعزز صحة هذا فهو المادة 1049 من ق،إ،م،إ،ج والتي نصت على أنه: "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام"[2]

الفرع الثاني: شكل اتفاق التحكيم في عقود الدولة:

يشكل اتفاق التحكيم حجر الأساس في عملية التحكيم، فهو من ناحية يعبر عن اتجاه إرادة الأطراف إلى طرح النزاع على هيئة أخرى غير المحاكم، ومن ناحية أخرى يشكل مصدر سلطات هيئة التحكيم، لذلك فإن فاعلية تفاق التحكيم، بل وصحته تعتمد أساسا على اشتماله على مقوماته الأساسية، وهذه المقومات قد ترد في صورة بند من بنود العقد وقد ترد في عقد مستقل عن العقد الأصلي، كما قد ينص في العقد الأصلي على الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، وعليه سنحاول أن نتناول بيان هذه الأشكال الثلاثة لاتفاق التحكيم، وما يتطلبه القانون لصحتها وذلك على النحو التالي:

أولا: شرط التحكيم:

هو بند من بنود العقد يتفق فيه الأطراف على أن يتم الفصل في أي نزاع قد يحدث مستقبلا حول صحة العقد أو تنفيذه، أو المسؤولية عن عدم التنفيذ، أو المسؤولية عن التأخير أو التنفيذ المعيب أو سوء النية في التنفيذ بطريق التحكيم.[3]

وليس هناك أي مانع أن يرد هذ البند في اتفاق مستقل تماما عن العقد يتم إلحاقه بالعقد الأصلي ويجوز في نفس التوقيت تحرير العقد الأصلي قبل نشوب النزاع، وشرط التحكيم كما سبق توضيحه يتسع ليشمل كافة المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف العلاقة التعاقدية ما لم يخصصه الأطراف لمنازعة معينة، ويجب أن يتضمن شرط التحكيم طريقة تعيين المحكمين

[1] المادة 1050 من القانون 08-09- ، مرجع سابق.

[2] المادة 1049 من القانون 08-09 ، مرجع سابق.

[3] أحمد عبد اللاه المراغي، المرجع السابق، ص55.

ولا يشترط تسميتهم، فإن لم يتضمن الشرط هذا الأمر، لا ينفذ الشرط إلا بمقتضى اتفاق لاحق على تنفيذه أو اللجوء إلى القضاء.[1]

كما قد يسند شرط التحكيم إلى إحدى مراكز المؤسسات التحكيمية التي تملك جهازا خاصا ومتخصصا في اختيار المحكمين، ويستمد المركز سلطته في تعيين المحكمين و تسميتهم من اتفاق الأطراف على اختيار المركز، وشرط التحكيم لا يعد من قبيل الدعاوى أو التصرفات الواجب شهرها، أنما هو لا يعدو كونه اتفاق، كما يكفي أن يرد التوقيع على العقد الأصلي بما فيه شرط التحكيم.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بأنه:" الاتفاق الذي بموجبه يلتزم الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض المنازعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"[3]

هذا وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد وفق في هذا التعريف إلى حد كبير فشرط التحكيم يعتبر اتفاقا بين الأطراف يتم ادراجه في العقد المبرم بينهم لتسوية المنازعات الناشئة بينهم.

ثانيا: مشاركة التحكيم:

تفترض مشاركة التحكيم وقوع نزاع بين طرفي عقد خلا من شرط تحكيم عند ابرامه، يتفق الأطراف عند حدوث هذا النزاع على إحالته إلى التحكيم، فالمشارطة التحكيمية تتعلق بنزاع أكيد وقع فعلا بخلاف شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل.[4]

---

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص55.

[2] أحمد عبد اللاه المراغي، المرجع السابق، ص56.

[3] المادة 1006 من القانون 08-09 ، مرجع سابق.

[4] أحمد عبد اللاه المراغي، المرجع السابق ، ص 56.

هذا وتتطلب بعض قوانين وتشريعات الدول العربية كمصر وعمان في مشارطة التحكيم ضرورة أن تتضمن بيان ماهية المسائل التي يشملها التحكيم تفصيلا سواء كانت تلك المسائل تتعلق بعلاقة عقدية أو غيرها، وتماشيا مع هذا أوجب بعض فقهاء القانون أن تتضمن مشارطة التحكيم العناصر التي لا يقوم الاتفاق بدونها، والتي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

- تحديد موضوع النزاع.
- تكوين هيئة التحكيم وبيان كيفية تعيين المحكمين البدلاء.
- بيان سلطة هيئة التحكيم وكيفية النظر في النزاع في حالة غياب أحد أطرافه، وفي اصدار أحكام وقتية وإجراءات تعيين الخبراء.
- الاتفاق على لغة التحكيم ومكانه ومدته والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.
- تحديد قواعد إصدار حكم التحكيم والمتحمل لعبء مصروفاته.[1]

هذا وتجد الإشارة أن مشارطة التحكيم تحرر في عقد أو مستند مستقل تماما عن العقد الأصلي حيث أنها وكما ذكرنا سابقا تبرم المشارطة بعد نشوب النزاع، وليس عند إبرام العقد الأصلي الذي يقوم النزاع بخصوصه.[2]

ومن التشريعات التي تناولت مشارطة التحكيم القانون المصري في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم حيث نصت على ما يلي: "كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت أقيمت بشأنه دعوة أمام الجهات القضائية". كما تنص المادة 11 من قانون التحكيم اليمني " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوب النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز

[1] أحمد عبد اللاه المراغي، المرجع السابق، ص57.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 55.

أن يتم الاتفاق بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بخصوصه دعوى قضائية، ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديدا دقيقا".[1]

وقد عرف المشرع الجزائري بدوره مشارطة التحكيم حيث نص في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوبه على التحكيم".[2]

وعليه يمكن إجمال القول أن مشارطة التحكيم هي اتفاق بين الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بينهم يلتزمون بموجبه بعرض هذا النزاع على المحكم الذي يقومون باختياره بدلا من عرض النزاع على القضاء.

ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة:

إن شرط التحكيم بالإحالة من الصور الحديثة و المعاصرة لاتفاق التحكيم، ويتجلى شرط التحكيم بالإحالة في حالة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صحيحا يشير إلى وجوب عرض أي نزاع على محكمة تحكيمية، بل اكتفى الأطراف بالإشارة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي لسد الثغرات في عقدهم وكان هذا العقد الذي تم الإشارة إليه يحتوي في أحد بنوده شرطا يقضي بعرض المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم، فيتم إلحاق أثر هذا البند أو الشرط بالعقد الأصلي، و يلتزم به الأطراف حيث تكون النزاعات الناشئة عن العقد الذي تضمن الإحالة من اختصاص التحكيم.[3]

نصت المادة العاشرة في فقرتها الثالثة من قانون التحكيم المصري على أنه " يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد.

---

[1] المادة 11 من قانون التحكيم اليمني.

[2] المادة 1011 من القانون 08-09،المرجع السابق.

[3] لزهر سعيد، المرجع السابق، ص55.

وسياق هذا النص إن دل على شيء فإنه يدل على أن العقد المتضمن الإحالة يجب أن يكون مكتوبا، وبالتالي فإن الإحالة يجب أن تكون مكتوبة، كما يجب أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار أن هذا الشرط جزء من العقد، فمثلا إذ تعاقد (أ) مع (ب) على نقل بضاعة بالسفينة إنما يجب أن ترد في الإحالة مثلا عبارة" بما في ذلك شطر التحكيم الوارد في عقد الإجارة" أو أي عبارة مماثلة، والمقصود بالكتابة التي يتطلبها القانون في صورة الاتفاق على التحكيم الثلاثة السالفة الذكر (شرط، مشارطة، إحالة) أي أن يحرر اتفاق التحكيم في ورقة موقعة من الطرفين أو تضمنته رسائل متبادلة أو برقيات أو ما في حكمها من وسائل الكتابة الحديثة كما هو الشأن بالنسبة للوسائل الإلكترونية.[1]

أما عن مواقف الفقه الفرنسي بخصوص شرط التحكيم بالإحالة فمن حيث المبدأ استوجبت المادة 1443 من القانون المرافعات الفرنسي الصادر سنة 1980 أن يكون شرط التحكيم مكتوبا سواء ورد هذا الشرط في العقد الأساسي أي العقد الأصلي أم في وثيقة أخرى أحال إليها العقد.

وهذا النص وإن كان يجيز مسألة التحكيم بالإحالة إلا أنه لم يبين ما إذا كانت الكتابة لازمة في الإحالة أم أنه يكفي قبول الأطراف لها أي كان شكل وطريقة هذا القبول.

وفي ضوء ما سبق ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة أن تكون الإحالة ذاتها مكتوبة ويكفي مجرد القبول، بل إن البعض يرى أنه من الضروري أن تتضمن الإحالة إشارة صريحة بوجود شرط التحكيم في الوثائق المحال إليها، أما الإحالة العامة حتى ولو كانت مكتوبة فإنها لا تكفي لصحة هذا الطريق.[2]

[1] أحمد عبد اللاه المراغي، المرجع السابق، ص57.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 69.

المبحث الثاني: أنواع التحكيم وما يميزه عن غيره من النظم المشابهة له

لقد أصبح التحكيم أحد أهم الوسائل لحسم المنازعات التجارية، ليس فقط على الصعيد الداخلي بل على الصعيد الدولي أيضا، لما يتمتع به هذا النظام من مجموعة المزايا المستمدة أساسا من مبدأ سلطان الإرادة، فالتحكيم وسيلة أسسها الرضا وقوامها اتفاق الأطراف على اللجوء إلى القضاء التحكيمي واستبعاد القضاء الوطني [1].

وعليه يستوجب اختيار نوع التحكيم بشكل دقيق بما يتلاءم و يتوافق مع طبيعة المنازعات وخصوصيتها، وكذا وجوب تعيين محكمين متمكنين تتوفر فيهم الخبرة اللازمة خصوصا إذا تعلق الأمر بإحدى منازعات الاستثمار.

ورغم تعدد أنواع التحكيم التي سنحاول التعرض إليها تبعا للزاوية التي ينظر إليه منها فإن هذا لا ينفي أن أساس التحكيم واحد.

المطلب الأول: أنواع التحكيم التجاري الدولي:

سنتطرق إلى التحكيم من حيث إدارة المحكمين وحرية المحكم وسلطته في الفرع الأول، ومن حيث طبيعة العقد والتقيد بالإجراءات القضائية في الفرع الثاني، ثم من حيث المعاملات في الفرع الثالث كما يلي:

الفرع الأول: من حيث إدارة المحتكمين وحرية المحكم وسلطاته

سنتناول التحكيم من حيث حرية المحكم وسلطاته أولا ثم التحكيم من حيث إرادة الأطراف ثانيا.

أولا: من حيث حرية المحكم وسلطته

ويتضمن التحكيم المؤسسي (المؤسساتي) (أ) والتحكيم الحر ad hoc (ب)

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 173.

أ. التحكم المؤسسي (المؤسساتي)

وهي إسناد مهمة الفصل في أي منازعة تنشب بمناسبة تنفيذ العقد إلى مؤسسة تحكيمية متخصصة في التحكيم ومن أهم المؤسسات التحكيمية غرفة التجارة الدولية بباريس[1]، والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن، ولوائح هذه المؤسسة تكون واجبة التطبيق بمجرد اختيار الأطراف لهذه المؤسسة للفصل في النزاع، ولقد أصبح التحكيم المؤسسي هو القاعدة في مجال التجارة الدولية، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى الهيئات التحكيمية لأنها تضمن قواعد تساعد على تخطي العقبات التي تصادف الأطراف، وكذا نتيجة لأسباب و ظروف فرضتها العولمة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية[2].

أ. التحكيم الحر (AD – HOC):

التحكيم الحر أو الخاص هو التحكيم الذي يتولى الأطراف إقامته في نزاع معين، ويكون لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق بشأن هذا النزاع. ومن عيوب هذا النوع من التحكيم هو صعوبة تنبؤ المحتكمين (الأطراف) بالعقبات والمشكلات التي ستوجههم جراء عدم قدرتهم على الاحتياط بها في اتفاق التحكيم.[3]

ثانيا من حيث إرادة المحتكمين (إدارة الأطراف)

تظهر إرادة المحتكمين في: التحكيم الاختياري (أ) والتحكيم الإجباري (ب).

أ.**التحكيم الاختياري:** الأصل في التحكيم أنه اختياري وأن المرجع لحل المنازعات هو القضاء، والتحكيم طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا بإدارة الأطراف واختيارهم، وهذا ما عبرت

---

[1] بومعزة فاطمة، التحكيم التجاري الدولي، مداخلة بالملتقى الوطني للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، مارس، 2010، ص 10.

[2] اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعيا الدول الأخرى الموقع عليها بواشنطن في 17 مارس 1965، الموافق عليها بموجب أمر رقم 04/95، المؤرخ في جانفي 1995, ج ر، العدد7 لسنة 1997، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995, ج ر، العدد 65، لسنة 1995.

[3] اتفاقية واشنطن، تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين دول ورعايا دول أخرى، مرجع سابق.

عنه المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى[1] ويجوز في التحكيم الاختياري أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع، سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية[2].

ب.التحكيم الإجباري: قد يوجب المشرع في بعض الأحوال الالتجاء إلى التحكيم بحيث لا يجوز اطلاقا الالتجاء إلى القضاء العادي إلا بعد مراعاة ما نص عليه المشرع من وجوب طرح النزاع على هيئة التحكيم التي أشار إليها وهذا ما يطلق عليه بالتحكيم الإجباري[3] والحالات التي يجبر فيها الأطراف إلى الالتجاء إلى هذا النوع من التحكيم هي حالات في الغالب يكون أطراف النزاع فيها شركات أو هيئات عامة تابعة للدولة[4].

الفرع الثاني: من حيث طبيعة العقد والتقيد بالإجراءات القضائية.

سنتطرق إلى التحكيم من حيث طبيعة العقد أولا، ومن حيث التقييد بالإجراءات ثانيا.

أولا: من حيث طبيعة العقد.

وينقسم إلى نوعين: تحكيم الدولي (أ) وتحكيم الداخلي (ب).

أ)**التحكيم الدولي:** ويكون التحكيم دوليا إذا كان موضوعه نزاع يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ولا يوصف التحكيم بأنه دولي بمجرد وجود طرف أجنبي، أما سيرانه في الخارج فيؤدي إلى وصفه بالأجنبي أو بأنه حكم غير محلي.

---

[1] المادة 1/04 من قانون التحكيم المصري والتي جاء فيها: "ينصرف لفض التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز للتحكيم أو لم يكن كذلك".

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 26.

[3] أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم و أجزائه (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011، ص85.

[4] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص27.

ب)التحكيم الداخلي (وطني): وهو الذي تتصل جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها وذلك من حيث موضوع النزاع، جنسية الخصوم، جنسية المحكمين والقانون الواجب التطبيق، ولعل أنسب معيار للتفرقة بين التحكيم المحلي والتحكيم الدولي كما ذكرنا سابقا هو المعيار الاقتصادي وهو السائد حاليا باعتباره يتفق مع واقع التعامل الدول و طبيعة النزاع الذي يجب أن تطبق عليه القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري.[1]

ثانيا: من حيث التقيد بالإجراءات القضائية

ينقسم التحكيم من حيث التقيد بالإجراءات القضائية إلى تحكيم بالقانون (أ) وتحكيم بالصلح (ب).

أ.التحكيم بالقانون: هو الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، أي اخضاع كل مراحل التحكيم لقانون واحد، فمن الممكن أيضا اخضاع كل مرحلة من مراحله لقانون مختلف، وذلك حسب إرادة الأطراف[2]، والتزام المحكم بقواعد القانون هو ضمانة للخصوم الذين اختاروا التحكيم طريقا لفض منازعاتهم[3].

وتجدر الإشارة إلى أنه وفي هذا النوع من التحكيم لا يملك المحكم اجراء الصلح بين الأطراف إلا إذا تم تفويضه في ذلك من الأطراف صراحة.

ب.التحكيم بالصلح: يعفى المحكم في هذا النوع من التحكيم من التقيد بأحكام القانون في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة، وصولا إلى حكم يحفظ توازن بين مصالح الأطراف، حتى ولو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع، إلا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية للتقاضي. ويتمتع حكمه بقوة إلزامية في مواجهة الأطراف[4].

---

[1] أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص67.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 29.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية- دراسة مقارنة – ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص65.

[4] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 30.

الفرع الثالث: من حيث المعاملات (التحكيم الالكتروني)

يعرف التحكيم الالكتروني بأنه التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة الأنترنت، وهو يكتسب صفة الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها وهي سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد دون حاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين. كما عرف بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات ابرمت غالبا بوسائل الكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستمدة من اتفاق أطارف النزاع وباستخدام وسائل اتصال حديثة[1] والتحكمي الإلكتروني ما زالا تقنية جديد وغير معروفة خاصة على مستوى الدول النامية بسبب التأخر في التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال مقارنة بالدول المتطورة.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة له

يعد التحكيم التجاري الدولي وسيلة لتسوية المنازعات بغير طريق القضاء العام في الدولة، مما يتعين ضرورة التميز بينه وبين النظم البديلة لحسم المنازعات وتوضيح مدى استقلاله عنها، كالقضاء الصلح، الوكالة والتوفيق والخبرة.

الفرع الأول: التحكيم والقضاء

إن القضاء هو سلطة من السلطات العامة في الدولة، والقاضي موظف عام له ولاية قضائية مستمرة، ويصدر أحكام قضائية، ويتقاضى أجره من الدولة. أما التحكيم فهو نظام خاص ينشأ بموجب اتفاق الأطراف ويعد نظام إجرائي مؤقت قاصر على نزاع بموجب اتفاق الأطراف، وتنتهي مهمته بصدور الحكم المنهي للخصومة ويتلقى مقابل أتعابه من الخصوم[2].

[1] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 248-289.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع سابق، ص42.

الفرع الثاني: التحكيم والصلح

الصلح عقد ينهي الأطراف به نزاعا قائما أو يتوقعان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل على حقه (مطالبه). ويتشابه نظام الصلح مع نظام التحكيم التجاري الدولي في كون المحكمين التجاريين الدوليين يلعبون في بعض الأحيان دور المصلحين. أما القائمون بالصلح لا يتعدى دورهم اقتراح مجموعة من الحلول بهدف تقريب وجهات النظر بين الأطراف لكي تصبح نافذة بينهم من أجل قبولها من طرفهم بصفة إرادية وصريحة، في حين أن قرارات التحكيم هي قرارات تتمتع بقوة ملزمة للأطراف.

الفرع الثالث: التحكيم والتوفيق والوساطة

التوفيق والوساطة طريق ودي لفض المنازعات بين الأطراف، وعن طريقه يقوم الأطراف بأنفسهم أو بواسطة شخص أخر بالاجتماع والتشاور للوصول إلى حل ينهي النزاع ويرضي الخصوم، وهما يتشابهان مع التحكيم في إنهاء النزاع، والتحكيم نظام قضائي ينتهي بحكم له نفس أثار الأحكام القضائية فهو قابل للتنفيذ وملزم للخصوم، أما الوساطة فتنتهي باقتراح لتقريب وجهات النظر والمحضر الذي يحرره الموفق لا يكون له نفس أثار أو حجية الأحكام القضائية، كما أن في التوفيق والوساطة يتم تقديم تنازلات من الأطراف للتواصل إلى حل وسط[1].

الفرع الرابع: التحكيم والخبرة

يقصد بالخبرة ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم إلى شخص ما، مهمته إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي أو الخصوم بهذا الرأي. والتحكيم نظام خاص للتقاضي، والمحكم يصد قرار يحسم النزاع ويلزم الأطراف ويحوز حجية الشيء المقضي فيه، حتى ولو كان مخالفا لرغبتهم وإرادتهم.

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص:44.

الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة مثلى لتسوية المنازعات المتعلقة بعقود الدولة الاقتصادية

الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة مثلى لتسوية منازعات عقود الدولة الاقتصادية:

يعد التحكيم هو القضاء الطبيعي في مجال منازعات عقود الاستثمار ويعد طريقا استثنائيا من الأصل العام المتمثل في القضاء الوطني، باعتباره هو الأصل في تسوية جميع أنواع المنازعات، وتلك التي تنشأ عن ابرام أو تنفيذ عقد من عقود الدولة على وجه الخصوص، فهذا النوع من المنازعات يتسم بالتشعب و التعقيد نظرا لارتباطها بالعديد من العناصر الأجنبية التي تنتمي إلى نظم القانونية مختلفة ومتباينة، و من ثم فإنه من الصعب إخضاعها لقضاء دولة معنية، لأن الفصل فيها يتم وفقا لقواعد تسمو وتتمرد على القوانين الداخلية، وبناء على ذلك أصبح التحكيم الآن وأكثر من أي وقت مضى ضرورة ملحة كطريق للفصل في منازعات عقود الدولة الاقتصادية.

ويتم اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بموجب بند أو شرط مدرج في العقد الأصلي الذي ثارت بشأنه المنازعة أو وفقا لمشاركة مستقلة عن هذا العقد شريطة أن تتضمن تحديد النقاط التي اختلف حولها الأطراف.[1]

وسنحاول في هذا الفصل التعريج عن الأسباب والمبررات التي جعلت من نظام التحكيم ضرورة حتمية في عقود الدولة الاقتصادية مع بيان المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم التجاري الدولي ونجاعته في عقود الاستثمار، إضافة إلى القانون الواجب التطبيق على الموضوع والإجراءات ودور المركز الدولي لتسوية المنازعات عقود الاستثمار الأجنبي

[1] شير زاد حميد هروري، منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، ط1، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، 1990. ص132

المبحث الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم التجاري في عقود الدولة والمبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم التجاري الدولي:

للتحكيم دور فعال في تسوية وحسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الدولة الاقتصادية فقد أصبح هو القضاء الطبيعية في هذا المجال، الأمر الذي دفع بالأطراف إلى تفضيل اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية المنازعات التي قد تثور بينهم، ويعود ذلك لمجموعة من الأسباب وهذا لما يتمتع به نظام التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار من جهة، وتخوف المستثمرين من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار إضافة إلى وجود مجموعة من المبادئ التي تضمن حسن سير ونجاعة العملية التحكيمية.[1]

المطلب الأول: مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الدولة الاقتصادية:

تتميز عقود الدولة بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة أطرافها، إذ تتمثل أساسا في الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى وكذا العملية محل العقد وهذا يكمن في تعلق العقد بمشروع ضخم يستغرق مدة زمنية طويلة لتنفيذه وتكون تكلفته جد باهظة، في حين يتطل تشابك العلاقات الناشئة عنه خبرات فنية عالية و مع كل هذه الخصوصية فإن نظام التحكيم قد يكون الطريقة الأنسب لحل الخلافات الناشئة عن مثل هذه العقود[2] نظرا لمجموعة المميزات التي يحظى بها هذا النظام والتي سنتناولها على النحو التالي:

الفرع الأول: سرعة إجراءات التحكيم:

تعاني جميع الأنظمة القضائية في العالم و بمختلف درجاتها و تقدمها من مشكلة التأخير و البطء في إجراءاتها، ونوع من التراخي في الفصل في الدعاوي المعروضة عليها ، مما قد يؤدي إلى تراكم و زيادة عدد الدعاوي المعروضة أمامها: وقد يفسر هذا لجوء الأطراف إلى

---

1 بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص18.

2 خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات الاستثمارات الأجنبية، الطبعة الأولى، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 167.

قضاء التحكيم، لأن التجارة العبر دولية تحتاج إلى كم هائل من رأس مال وخاصة في مجال التعامل النقدي، لأن تأخير بسيط قد يؤدي إلى تكبد خسارة كبيرة، ولذلك يعتبر الوقت عامل أساسي في اختيار نظام التحكيم [1] وهذه السرعة التي تقدمها عدالة الحكيم ترجع إلى أساسين ضروريين هما:

الأساس الأول: قانون التحكيم يلزم المحكم بالفصل في النزاع خلال مدة محددة:

إن أغلب قوانين وتشريعات التحكيم تلزم المحكم بالفصل في النزاع خلال مدة محددة حيث أعطت الأطراف حرية الاختيار في مسألة بدأ إجراءات التحكيم وجعلت إرادة الأطراف في الصدارة في اختير ما يناسبهم ولهم مطلق الحرية في الاتفاق على بدأ إجراءات التحكيم.[2]

وعلى سبيل المثال فإن قانون التحكيم في جمهورية مصر العربية ينص على أنه: "تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، مالم يتفق الطرفان على موعد آخر".[3]

أما قانون التحكيم في الجمهورية العراق الفيديرالية فقد نص على أنه " إذا لم تشترط مدة لصدور قرار المحكمين وجب عليهم إصداره خلال ستة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم" وينص أيضا على "إذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحدد في القانون أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة أو للفصل في النزاع أو لتعيين محكمين آخرين للحكم فيه وذلك على حسب الأحوال.[4]

---

[1] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص43.

[2] شير زاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 134.

[3] المادة 27 من القانون التحكيم المصري رقم (27 سنة 1994).

[4] الفترة الثانية من المادة 262 من قانون التحكيم العراقي، قانون المرافعات رقم83 لسنة 1969.

ومن خلال هذه المواد يمكن القول أن قوانين التحكيم تمنح للخصوم سلطة تحديد مهلة التحكيم و وقت مباشرة سير الإجراءات، والحرص على ضرورة إصدار المحكم للحكم المنهي للخصومة في ميعاد محدد، احترما لخصوصية التحكيم والسرعة التي يمتاز بها قضاء التحكيم.

الأساس الثاني: قضاء التحكيم اختصار لدرجات القاضي

إن القضاء العادي – أو ما نسميه بقضاء الدولة– يستند إلى مبادئ أساسية منها: مبدأ التقاضي على درجتين أما قضاء التحكيم فهو قضاء من درجة واحدة، والحكم الصادر من المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه ولا يجوز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن العادية، وإنما يجوز الطعن فيه بالبطلان ولأسباب جاءت في القانون على سبيل الحصر، وأن الأصل العام في تنفيذ حكم التحكيم لا يمكن وقفه بالطعن بالبطلان، ولذلك يعد قضاء التحكيم قضاء تختصر فيه درجات التقاضي ويصدر حكما باتا غير قابل للطعن فيه.[1]

الفرع الثاني: السرية ميزة خاصة ينفرد بها التحكيم:

إن الأصل في قضاء الدولة علنية الجلسات ويستند ذلك إلى مبدأ تحقيق العدالة القضائية ويعد من أهم الضمانات الأساسية للتقاضي، وإضافة إلى ذلك تستند جلساتها إلى مبدأ الشفافية لغرض تحقيق الرقابة الشعبية على قضاء الدولة، وتنص على ذلك عديد المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان.

أما في قضاء التحكيم فإن الأصل فيه أنه يتميز بقدر كبير من السرية، إذ أن كل المعلومات تبقى سرا بين الأطراف والمحكم، ويكون حضور الجلسات من قبل الأطراف أو ممثليهم فقط، ولا يتم نشر الأحكام إلا بعد موافقة أطراف النزاع.[2]

كما أن المقترحات والوثائق تبقى في سرية تامة، إذ أن الأطراف في عقود الاستثمار دئما ما يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وكذا أسبابها و دوافعها من قبل الغير،

[1] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 351.

[2] شيرا زاد، حميد هروري، المرجع السابق، ص135.

وهذا لما قد تؤدي إليه العلنية من مساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية، فإذا كنا بصدد عقد من عقود البترول مثلا فإن حساسية المعلومات التي لا يحتفظ بسريتها والتي تتعلق بمستوى إنتاج حقل أو تدفق إنتاجية قد تؤدي إلى أزمات أو اضطرابات اقتصادية أو سياسية، كما قد ينجر عنها اضطراب أسعار البترول في الأسواق العالمية أو في حالة ما كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي فإن عدم مراعات السرية قد يؤدي إلى تسرب الأسرار التكنولوجية المستخدمة في هذه العقود إلى الغير.[1]

ومما لا شك فيه أن السرية تحد من تضخم النزاع، وقد تؤدي إلى التسوية الودية بين الأطراف باعتبارها أمرا بالغ الأهمية فيما يتعلق بالتجارة العابرة للحدود، إذ تؤدي إلى إمكانية استئناف الأطراف تعاملاتهم مستقبلا، وقد ترتب عن إحاطة التحكيم بعنصر السرية التامة أن غالبية أحكامه لم يتم نشرها إلى حد الساعة.

والملاحظ أن هناك العديد من لوائح التحكيم تفرض نصوصا خاصة تقضي بالسرية وتحث عليها فعلى سبيل المثال ما جاء في فحوى نص المادة 7/20 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس والتي تنص على مبدأ سرية جلسات التحكيم وكذلك المادة 35 من لائحة المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية OMPI[2]

وعليه يمكن القول أن افشاء أسرار المنازعة هو الأمر الذي يحظى بأهمية بالغة في الأوساط الاقتصادية ومن أهم مقتضيات التجارة الدولية، والسرية في التحكيم يعدها الفقهاء أحد العناصر الطبيعية المكونة لنظام التحكيم التجاري الدولي، وهذا العنصر من أهم المبررات التي تدفع الأفراد إلى اختياره كوسيلة لحسم المنازعات بينهم.

[1] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص42.

[2] حفيظة سيد حداد، المرجع السابق، ص 20-21.

الفرع الثالث: طبيعة هيئة التحكيم المتخصصة وقلة التكاليف:

إن لقضاء الدولة محاكم تختص في مجالات محددة كالأحوال الشخصية مثلا وهذه المجالات قد لا تلائم وطبيعة النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار التي تحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظرا لتعلقها بمسائل فنية بحتة، إضافة إلى هذا يمكن أن يكون نظام التحكيم من مميزاته تقليل النفقات ووسيلة اقتصادية لتسوية المنازعات.[1]

أولا: التحكيم قضاء متخصص:

من أهم الميزات التي يتسم بها نظام التحكيم كونه قضاء متخصص وهذا لما يكفله من الخبرة والمعرفة الفنية اللازمة لتسوية المنازعات المتعلقة بعقود الدولة الاقتصادية والتي تتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية و فنية حديثة، وكذا الخبرة الملائمة التي تتناسب و توسع مجال الاستثمار حيث يكون المحكمون بالأغلب الأعم في أعلى مستوى من الكفاءة العلمية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها، فوجود قضاء متخصص في مثل هذه المنازعات من شأنه أن يحقق عدالة وإنصاف أكثر.[2]

ومما يميز المحكمين إضافة إلى ما سبق ذكره الإحاطة بجل اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف، وهذا يعني أن المحكم الذي يتمتع بالكفاءة الفنية في موضوع النزاع المطروح تكون لديه القدرة على الوصول إلى القرار السليم.[3]

ثانيا: قلة التكاليف:

يرى الكثير أنه ما يعاب على التحكيم كثرة مصاريفه مقارنه مع القضاء، خاصة عندما يكون التحكيم دوليا، ففي هذه الحالة قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة أو مقيمين في دول مختلفة مما يعني زيادة مصاريف التحكيم

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص168.

[2] حفيظة سيد حداد، مرجع سابق، ص 29.

[3] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص21.

بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم، هذا بالإضافة لإتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز التي ينظم التحكيم عندما يكون التحكيم مؤسساتيا، وعلى الأغلب فإن هذه الأتعاب والمصاريف تناسب طرديا مع قيمة النزاع.

ولكن إذا نظرنا إلى الأمر من جهة أخرى فإن عقود الدولة الاقتصادية تكون برأس مال ضخم يقدر بالملايين وربما بالمليارات وبالتالي يكون حسم النزاع في مدة معقولة على فرض سنة مثلا واسترداد المال المتنازع عليه، وذلك من خلال اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي مع دفع نفقات كبيرة مقارنة بنفقات اللجوء إلى القضاء العادي، أفضل لدى المستثمرين من الناحية الاقتصادية من بقاء النزاع عشرات السنين عالقا في المحاكم الوطنية وبقاء المال المتنازع عليه غير مستغل لحين الفصل في النزاع.[1]

وبهذا يكون التحكيم من مميزاته تقليل النفقات مقارنة بالقضاء ولو زادت مصروفات التحكيم عن نفقات اللجوء إلى المحاكم الوطنية.

الفرع الرابع: انعدام الثقة في المحاكم الوطنية للدول المضيفة للاستثمار:

يعتبر السبب الرئيسي والدافع الأساسي الذي يجعل المستثمرين يلجؤون إلى التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الدولة هو انعدام الثقة في المحاكم الوطنية للدول المضيفة للاستثمار بصفة عامة والدول النامية بصفة خاصة: والسبب في ذلك كما يرى البعض هو خشية المستثمر الأجنبي من ميل القاضي وتحيزه، كما يشعر المستثمر أن قوته التفاوضية تتناقص بمجرد دخول رأس المال البلد الأجنبي، لهذا أصبح المستثمرون يحرصون على تضمين عقودهم نصوصا وشروطا توفر و تضمن لهم حماية أكبر من تلك التي يمكن أن يوفرها لهم القانون و القضاء الوطني.[2]

[1] أحمد عبد للاه المراغي، المرجع السابق، ص 68-69.

[2] أحمد عبد اللاه المراغي، المرجع السابق، ص 69.

أولا: انحياز القاضي الوطني لمصالح دولته:

إن الدول المضيفة للاستثمار تعتبر طرفا غير عادي، ذلك لما تتمتع به من سيادة على أراضيها إضافة إلى موقعها في القانون الدولي والوقوف أمام المحاكم الدولية بصفتها دولة ، على عكس المستثمر الأجنبي، فإنه يعتبر الطرف الأضعف من الناحية القانونية لذلك تقوم بعض الدول باستغلال سلطتها من خلال المساس بحياد القضاء الوطني بحجة مصالحها الوطنية[1]، وكذلك القيام بتغير تشريعاتها وقوانينها الوطنية لاعتبارات وطنية و قومية مما يجعل المستثمر الأجنبي ملزما باللجوء إلى قضاء التحكيم مما يؤدي إلى سلب الاختصاص من قضاء الدولة المضيفة ويمنحه قضاء التحكيم، ويصر المستثمر الأجنبي على التمسك بذلك حتى لو لم يتم العقد.[2]

ثانيا: تمسك الدولة بالحصانة القضائية:

تتمتع كل الدول باستقلال سيادتها، والحصانة القضائية هي إحدى مظاهر سيادة الدولة، وأنها تغل يد القاضي في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، وهنا تبدأ الخطورة التي يتخوف منها المستثمر الأجنبي ، والتي تكمن في أن تعاقده مع الدولة للقيام بمشروع استثماري وفي حالة قيامه برفع دعواه أمام القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار فإنه سيواجه عقبة أساسية تتمثل في تمتع الدولة بحصانة قضائية تؤدي بدورها إلى إهدار حقوق المستثمرين الأجنبي، وإن هذه المخاوف والعقبات تجعل المستثمر الأجنبي أمام ضرورة التمسك بشرط التحكيم باعتباره السبيل الوحيد لتفادي مثل هذه المشاكل.[3]

ثالثا: التحكيم التجاري الدولي ضمانة إجرائية قضائية لتشجيع الاستثمار:

---

[1] شير زاد، حميد هروري، مرجع سابق، ص138.

[2] حفيظة سيد حداد، مرجع سابق، ص 29.

[3] شيرزاد، حميد هروري، المرجع السابق، ص139.

إنه ومن المعروف ولكي يتحقق الجذب الأكبر للاستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، لابد من توفير الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي الخاص، إذ يعد رأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وتحيط به مجموعة من الهواجس وبالتالي يحتاج إلى جو من الطمأنينة، وذلك لا يتحقق إلا بوجود مجموعة من الضمانات توفر له الأمان وتحرره من قلقه.[1]

وعليه حاولت الكثير من الدول خاصة التي يتواجد فيها أصحاب رؤوس الأموال الكبيرة بتشريع قوانين خاصة في مجال التحكيم، ذلك أن نظام التحكيم من شأنه أن يتيح السبيل إلى سرعة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية، فضلا عن أنه يعطي الطمأنينة والثقة للمستثمرين.

تجدر الإشارة أن قواعد التحكيم المنصوص عليها في القوانين الداخلية كقوانين المرافعات لا تحقق الهدف المنشود باعتبار هذه القواعد وضعت خصيصا للتحكيم الداخلي، ومن ثم فإنها لا تفي بالغرض بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي لما له من طبيعة خاصة.[2]

و من هنا أصبح المشكل الذي تواجهه الاستثمارات الدولية من نوع "أن تكون أو لا تكون" ففي حالة استحالة الاعتماد إلى التحكيم باعتباره آلية مثلى لحل النزاعات ، فإن الشركات الكبرى التابعة للبلدان المصدرة للاستثمار والتي تعتبر الوحيدة القادرة على تقديم المشاريع والمعرفة الفنية الراقية للبلدان النامية، سوف تتخلى في الغالب عن القيام بتلك الاستثمارات التي تكون البلدان النامية بحاجة ملحة لها، و حرصا من الدول لا سيما النامية وسعيا منها إلى استقطاب أكبر قدر من الاستثمارات الأجنبية فقد أقر التحكيم كآلية لفض منازعات عقود الدولة الاقتصادية[3].

[1] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 23-24.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 171.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص172 .

هذا وإن استهداف الدولة جذب الاستثمارات إلى إقليمها يقضي أن يقر خصيصا تشريع الاستثمار مبدأ جواز عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثال ذلك أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر الأجنبي أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة فمما لا شك فيه أن إقرار مثل هذا المبدأ من شأنه أن يزيد من مصداقية التزام الدولة المضيفة للاستثمار في الوفاء بعهودها[1].

المبحث الثاني: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في عقود الدولة الاقتصادية:

يعتبر التحكيم التجاري الدولي الآلية المثلى والأساسية في حسم المنازعات في عقود الدولة، نظراً لما تتسم به هذه العقود من خصوصية مستمدة من وجود الدولة كطرف فيها، وتعلقها بمصالح حيوية للدولة المضيفة للاستثمار، إذ يجب أن تتوفر عملية التحكيم على درجة عالية من الكفاءة للتعامل مع هذا النوع من المنازعات، وبغية تحقيق فعالية في عملية التحكيم ما يستلزم تبني مجموعة من المبادئ التي تضمن نجاعة العملية التحكيمية لتكون منظمة وفعالة.[2]

المطلب الأول: المبادئ الأساسية لضمان فعالية التحكيم التجاري الدولي:

تكمن المبادئ الأساسية لضمان فعالية عملية التحكيم في مبدأين أساسين:

- مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.
- مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

الفرع الأول: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي:

يعتبر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من بين المبادئ الأكثر استقرارا هذه الآونة ويتجلى ذلك سواء على مستوى القوانين الداخلية أو المعاهدات الدولية، وكذا لوائح

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص173-174.

[2] منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير، تحت إشراف عبد الحفيظ كاشود، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2013، 2014، ص80.

التحكيم بحيث تستمد هذه الاستقلالية من اختلاف موضوع كلا العقدين (العقد الأصلي، الاتفاق على التحكيم)، إذ يعبر هذا الأخير مجرد اتفاق يرد على الإجراءات ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، بل ينصب محله على الفصل في المنازعات التي تنشأ عن شروط الموضوعية التي يتضمنها فحوى العقد الأصلي، إذ يتبين لنا أن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عبارة عن عقد أخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثاني حتى وإن كان مندمجا في العقد الأصلي[1] إذ أن استقلال الاتفاق التحكيمي تستند إلى أن هذا الاتفاق يشكل عقدا ضمن العقد الأخر، حيث أن عدم مشروعية العقد الأصلي سواء صحته أو بطلانه أو فسخه لا تؤثر في شرط التحكيم، سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أو كان مستقلا في صورة مشارطة[2] وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1040 ق،إ،م،إ،ج في الفقرة الأخيرة منها والتي تنص أنه:

"لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".[3] فاتفاق التحكيم يعد تصرفا قائما بذاته، يستقل تماما بكيانه عن العقد الأصلي، بمعنى أن إبطال عقد الاستثمار الأصلي لا ينجر عنه ابطال شرط التحكيم المدرج فيه، حيث نصت عليه بعض التشريعات من بينها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 من خلال نص المادة 16 في فقرتها الأولى والتي تنص على ضرورة النظر إلى شرط التحكيم الذي يعد جزء من العقد كما لو كان عقدا مستقلا عن شروط العقد الأخر كما جاء فيها أن أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون أي بطلان لشرط التحكيم، وعليه يتبين مدى أهمية هذا المبدأ باعتباره من أهم المبادئ التي تبعث الراحة والطمأنينة في نفوس المستثمرين من أي تأثير أو بطلان لشرط التحكيم تبعا للعقد الأصلي، مما يجعل التحكيم أداة جد فعالة لحل النزاعات.

---

[1] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 119.

[2] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص184.

[3] قانون 08-09، مرجع سابق.

ومن هنا تجدر الإشارة إلى ما انتهى إليه المحكم المنفرد Bernhard gona في قضية ELF Aquitire إلى الاعتراف بالاختصاص لنفسه، وهذا استناداً لمبدأ استدلالية اتفاقية التحكيم:

"إذ أنه من المعترف بها في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تستمر لتكون نافذة المفعول، حتى على الرغم من المعارضة من جانب أحد الأطراف في أن العقد المتضمن شرط التحكيم هو غير شرعي وباطل".

ومن هنا اقتضى تحقيق فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي الاعتراف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، مما من شأنه إزالة مخاوف المتعاملين، وكذا تحصين شرط التحكيم من جل أسباب البطلان التي بإمكانها المساس بالعقد الأصلي، وكذا قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم[1].

الفرع الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص من بين أهم أثار اتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية، باعتبار أنه يقوم بنقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء خاص أنشأه أطراف التحكيم[2].

إذ يقصد بهذا المبدأ أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، باعتباره الشخص الذي يقرر ما إذا كان هنالك اتفاق أولاً، فهو لا يكون مختصاً إلا بناء على وجود اتفاق تحكيم صحيح، فإذا قام أحد الأطراف بالطعن في اختصاص هيئة التحكيم والدفع بعدم صحة اتفاق التحكيم، فإن للهيئة سلطة الفصل في صحة اختصاصها إذ أن المبدأ الأساسي الذي يسمح بالحيلولة دون قيام أحد الأطراف بتأخير سير التحكيم أو عرقلته، وهذا من خلال الإدلاء أو الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية، الأمر الذي يعطي هيئة التحكيم (المحكمين) مسألة البث في اختصاصهم لكافة المنازعات المثارة بخصوص اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي تضمنه،

[1] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص74.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص ص 83 84.

دون ضرورة اللجوء للقضاء الوطني المختص مع مراعاة أن القوانين الوطنية لم تمد المحكم بسلطة الفصل في اختصاصه بصفة نهائية[1].

ومن هنا يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص مرتبطا بمبدأ استقلال شرط التحكيم ونتيجة غير مباشرة له بينما هناك من يرى عدم ارتباطه بمبدأ استقلال شرط التحكيم.

وباستقراء نص المادة 1044 ق.إ.م.إ.ج يظهر لنا جلياً اعتراف المشرع الجزائري بمبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث تنص المادة على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب اثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، تفصل المحكمة التحكيمية في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع".[2]

كما أن تبني المشرع لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ليس مطلقا، إلا أنه اشترط لكي تقوم هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بنظر النزاع عند قيام أطراف التحكيم بإبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن اختصاصها في النزاع، وهذا ما أخذت به مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدّولية، حيث أنه تأكد ذلك في اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، وكذا اتفاقية واشطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

كما أنه قد تم تبني مبدأ الاختصاص بالاختصاص من قبل لوائح مؤسسات التحكيم الدائمة، وكذلك قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي لليونيسترال[3].

وعليه يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثران بالغا الأهمية أحدهما إيجابي والأخر سلبي، فالأثر الإيجابي يكون في المرحلة الأولى للمحكمين فاسحا مجالاً كبيراً لهم وهذا

---

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 188.

[2] قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 189، 190.

اجتياز للمقولة التي تقول بأنه ليس للمحكم الحق بالنظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص.

أما الأثر السلبي فيتمثل في السماح للمحكم ليس بالبث فقط في مسألة اختصاصه وإنما له الحق في الفصل فيها أولاً وقبل أي جهة أخرى[1].

المطلب الثاني: المبادئ المكملة لضمان فعالية التحكيم التجاري الدولي

بالإضافة إلى المبادئ الأساسية لضمان فعالية التحكيم في عقود الدولة، والمتمثلة اساساً في:

مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ومبدأ الاختصاص بالاختصاص.

توجد مجموعة أخرى من المبادئ التي تعتبر مكملة الغرض منها ضمان فعالية أكثر للعملية التحكيمية.

الفرع الأول: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة

قد يحاول أحد أطراف الاتفاق الانسحاب من عملية التحكيم بعد أن كان موافقا عليها، وهذا رغبة منه في احباط العملية التحكيمية برمتها والعمل على إعاقة وعرقلة هيئة التحكيم عن اصدار حكمها، ولعل هذا الأمر يبدو جلياً ويكون أكثر وضوحا عندما نكون بصدد عقد من عقود الاستثمار، اذ أن الدّولة قد تدفع بغرض الانسحاب من عملية التحكيم بعدم أهليتها للقيام بإبرام اتفاق التحكيم، وهذا بموجب قانونها الوطني أو بما تتمتع به من حصانة سيادية تقتضي منها عدم المثول أما قضاء آخر غير قضائها الوطني[2].

وبناءا على هذا الأساس قد اقتضت ضرورة ضمان فعالية نظام التحكيم القيام بوضع قيود على إرادة أطراف اتفاق التحكيم بخصوص ما يتعلق بالانسحاب من هذا الاتفاق بعد أن

[1] خالد كمال عكاشة، نفس المرجع، ص 189.

[2] بشار محمد الاسعد، مرجع سابق، ص 91.

تمت الموافقة عليه، وهذا لضمان جدية أطراف النزاع في اتخاذ إجراءات إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم، إذا أصبح من المسلم به لضمان الفعالية اللازمة للعملية التحكيمية الإقرار بعدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم الأهلية بعد أن قام بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم ، وأيضا عدم جواز دفع الدّولة بمركزها السيادي من أجل التحلل من الاتفاق على التحكيم[1].

أولا: عدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم الموافقة على اللجوء إلى التحكيم.

يقصد به عدم إمكانية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تدفع بعدم أهليتها، لإبرام اتفاق التحكيم المبرم مع المستثمر الأجنبي والذي تمت الموافقة عليه من قبل.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا المبدأ يعد من المبادئ الأكثر استقرارا في التحكيم التجاري الدولي، إلى الحد الذي دفع بالبعض إلى القول بوجود قاعدة موضوعية غير دولية مفادها:

"عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم تنفيذ التزاماتها استناداً إلى عدم أهليتها على إبرام اتفاق التحكيم، أو لعدم استيفاء إجراءات شكلية تخضع لها[2].

وقد كرست هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية جنيف الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961، إذ نصت من خلال الفقرة الثانية من مادتها الأولى 2/1 على تمتع الأشخاص المعنوية العامة بأهلية ابرام اتفاق التحكيم وهو ما يترتب عنه حسب البعض، عدم امتلاك الدولة بعد انضمامها ومصادقتها على هذه الاتفاقية الاستناد مثلا إلى تغيير قانونها، الأمر الذي يحرمها من حل منازعاتها عن طريق التحكيم[3].

---

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص191.

[2] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص: 91 – 92

[3] اتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري الدولي العام، لعام 1961.

ثانيا: عدم جواز دفع الدّولة بمركزها السيادي للتحلل من شرط التحكيم

إن المقصود من هذا المبدأ هو رفض ادعاءات الحصانة القضائية من جانب الدّولة بغرض التخلص من شرط التحكيم وهذا لكونها في وضع سلطة وأفضلية قانونية وهذا ما يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي قبلته [1].

إذ أن تحلل الدولة وكذا جل الأشخاص التابعين للقانون العام من التحكيم استنادا إلى فكرة السيادة يقوم على خلفية تتصادم مع خضوع الدولة لمبدأ المشروعية ذاته بما يعنيه هذا المبدأ من خلال خضوع الدولة للقانون خضوعا يتطلب إخضاع أعمالها لرقابة القضاء، وكذا مسؤوليتها عن هذه الأعمال، فالمثول أمام هيئة التحكيم لا مساس فيه بسيادتها لا من قريب ولا من بعيد خاصة وأن مثولها أمام جل هذه الهيئات تم بموجب اتفاق بينها و بين الطرف الأخر.[2]

الفرع الثاني: مبدأ عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية في جانب أحد الأطراف:

قد يقوم أطراف التحكيم باتخاذ مواقف سلبية اتجاه إجراءات التحكيم وهذا بهدف عرقلة سير إجراءات العملية التحكيمية وكذا الحد من فاعليتها كأن يقوم أحد الأطراف المتنازعة على سبيل المثال بالامتناع عن تعيين المحكم أو المكلف وهذا حسب اختياره، أو امتناعه عن الحضور لإجراءات التحكيم مما قد يؤثر على سير عملية التحكيم وفعاليتها، و عليه فقد أقرت أغلب التشريعات الوطنية وكذا الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم العديدة من الإجراءات وهذا لمواجهة امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمين، أو المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم، بالإضافة إلى استمرار سير إجراءات عملية التحكيم و على الرغم من غياب أحد الأطراف[3]

[1] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 90.

[2] منى بوختالة، مرجع سابق، ص134.

[3] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 192-193.

أولا: الالتزام بتعيين المحكمين

إن اختيار المحكم في الأصل يكون تزامنا مع وقت ادراج شرط التحكيم كآلية لحسم المنازعات إذ لابد من أن يكون هذا الاتفاق متضمنا اسم المحكم الذي تم اختياره من الخصوم.

فقد ذهبت معظم التشريعات الوطنية وكذا الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة إلى وضع مجموعة حلول لتفادي أي محاولة من قبل الأطراف لتعطيل إجراءات سير العملية التحكيمية وهذا من خلال امتناعه عن تعيين المحكمين، من خلال تحديد هيئة قضائية وإدارية تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا عن الطرف الذي امتنع وتقاعس عن تنفيذ التزاماته[1] وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1041 ق، إ،م،إ،ج والتي تنص على أنه:

" يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم واستبدالهم.

في حالة غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز لطف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر"[2].

وفقا لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس النافذ اعتبارا من أول يناير 1998 فإنه عند عدم اتفاق الأطراف فيما بينهم على عدد المحكمين، تتولى المحكمة تعيين محكم منفرد، إلا إذا تبين لها أن الخلاف يستعدي ثلاثة محكمين، فحين إذ يقوم المدعى عليه بتعين محكمه

[1] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 99-100.

[2] قانون 08-09 ، مرجع سابق.

خلال 15 يوما من تاريخ تسليمه الإخطار بالتعيين الذي قام به المدعي، أما إذا اتفقت على أن تتم تسوية النزاع عن طريق محكم منفرد فيجوز لهم تعيينه فإذا لم يتفقوا على ذلك خلال 30 يوما من تاريخ تسليم الاخطار بطلب التحكيم للطرف الأخر و حتى انقضاء أي مهلة إضافية تمنحها الأمانة العامة، فإن المحكمة تتولى تعين المحكم المنفرد وإذا اتفقوا على أن تتم التسوية بواسطة ثلاثة محكمين فيقوم كل طرف بتعيين محكم واحد وإذا امتنع أحد الأطراف تقوم المحكمة بالتعيين، كما تعين المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم.[1]

ثانيا: مبدأ استئثار هيئة التحكيم.

إن احترام اتفاق التحكيم وتحقيق فاعليته يقتضي الاعتراف لهيئة التحكيم بالاستئثار في تسوية النزاع بمعنى أنه إذا تم اتفاق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى التحكيم فيمنحون بذلك هيئة التحكيم اختصاص الفصل في النزاع وبالتالي لا تكون محاكم الدولة مختصة بالفصل فيه حيث يمنع على الأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم[2].

كما أنه بإمكان محكمة التحكيم أن تأمر باتخاذ تدابير أو إجراءات تحفظية أو مؤقتة وهذا ما نصت عليه المادة 1/1046 ق.إ.م.إ.ج بقولها:

"يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر تدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".[3]

كما تجدر الإشارة إلى أن مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع يتغير تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لاعتباره من المبادئ المستقرة في القانون

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص194-195.

[2] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 107.

[3] قانون 08-09، مرجع سابق.

الدولي للعقود حيث تم تكريس هذا المبدأ من قبل معظم التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم لمبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع[1].

وتبدو أهمية تبني هذا المبدأ كضمان لتحقيق الفعالية التحكيمية في أنه يضمن استقلال هيئة التحكيم بنظر النزاع دون تدخل أي هيئة أخرى قضائية أو إدارية حيث أنه لا يؤثر في هذه الفعالية الاعتراف لمحاكم الدولة باتخاذ إجراءات مؤقتة أو تحفظية إذ أن مثل هذه الإجراءات تعتبر صورة استعجال تتولد عن حاجة ملحة إلى توفير حماية قضائية عاجلة[2].

المطلب الثالث: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي

لم يعد هناك أي جدل بخصوص التحكيم التجاري الدولي الذي أصبح مرجع أساسي في تسوية منازعات عقود الدولة الاقتصادية وهذا لما يمثله من ضمانة للاستثمار، وبمقدار ما يكون التحكيم عسيراً وصعبا تكون حركة الاستثمار بطيئة وبمقدار ما يكون يسيرا وسهلا تتحسن حركة الاستثمار.

فمما لا شك فيه أن ما بعد التحكيم أي النتيجة هي الأمر الأهم، إذ أن الأمر الأهم في نظام التحكيم هو أن ينفذ الحكم التنفيذي ومن هنا فتنفيذ هذا الأخير يمثل الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل[3].

وعليه فإن فعالية التحكيم كأسلوب لفض وتسوية المنازعات تتوقف على مدى القدرة على تطبيق الحكم التحكمي، فهذا الحكم لن تكون له أي قيمة عملية إذ لم يتم تنفيذه، لذلك من الضروري تحقيق الفعالية للحكم التحكيمي من خلال ضمانات تنفيذه[4].

---

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 109.

[2] منى بوختالة، مرجع سابق، ص 127.

[3] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 203-204.

[4] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 126.

فقد حرصت العديد من الاتفاقيات الدولية، بخصوص التحكيم التجاري الدولي بصفة أساسية على الوصول لأيسر السبل، وهذا من أجل تنفيذ أحكام التحكيم، بغية تحقيق الحد الأقصى من الفعالية للحكم التحيكيمي.

أولا: الاعتراف والتنفيذ الدولي لأحكام التحكيم

إن اهتمام التشريعات الوطنية وكذلك عديد الاتفاقيات الدولية بخصوص التحكيم التجاري الدّولي بموضوع تنفيذ أحكام التحكيم كان بهدف ضمان تنفيذه وذلك من خلال وضع مجموعة من القواعد، وعليه فإن المشرع الجزائري بدوره أكد على هذا من خلال نص المادة 1051 ق.إ.م.إ.ج والتي تنص على أنه "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالفاً للنظام العام الدولي، وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر، وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة[1] التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل تنفيذ إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني"[2].

كما قدمت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية[3] تسهيلا ملحوظا لتنفيذ أحكام التحكيم وجعلت القاعدة أو الأصل هو نفاذ الحكم التحكيمي، والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر[4]، اذ أوجبت المادة الثالثة منها أنه على كل الدول المتعاقدة أن تعترف بحجية حكم التحكيم وأن تأمر بتنفيذه طبقاً للشروط المنصوص عليها في الاتفاقية، كما ألزمت هذه الدول بأن لا ترخص الاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها احكام الاتفاقية الحالية شروطاً أكثر شدة

[1] قانون 08-09، مرجع سابق.

[2] قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

[3] تعد اتفاقية نيويورك من أبرز الاتفاقيات الدولية، حيث بلغ عدد الدول المنظمة إليها 133 دولة حتى عام 2003.

[4] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 204.

ولا رسوما قضائيا أكثر ارتفاعاً بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض الاعتراف وتنفيذ الحكم المحكمين الوطنيين[1].

كما أكد القانون النموذجي للتحكيم الدولي، الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في يوليو 1958، على الفعالية الدولية لأحكام التحكيم كأصل عام واستثنى من هذا الأصل نظم طرق الطعن على أحكام التحكيم، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 34 منه[2].

ثانيا: الطعن في أحكام التحكيم

لم تتعرض الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم إلى طرق الطعن بالبطلان وإجراءاته، وإما تركت ذلك للتشريعات الوطنية للدول، إذ تعترف هذه الاتفاقيات الدولية التي عالجت موضوع التحكيم التجاري الدولي للقضاء الوطني بالرقابة على أحكام التحكيم، فتقوم قوانين مختلف الدول بتولي تنظيم طرق المراجعة وأسباب إبطال حكم التحكيم، والتي تتشابه إلى درجة كبيرة مع التشريعات المتعلقة بالتحكيم في الكثير من الدول.[3]

لكن كلما كان هناك تعسف في استعمال طرق مراجعة الحكم التحكيمي، كلما تسبب هذا في مضرة لفعالية العملية التحكيمية برمتها، لذلك فمن الضروري وضع نظام محدد وواضح وضيق قرد الإمكان لهذه الطرق من أجل المساهمة في استقرار التحكيم وضمان فعاليته.[4]

فقد نظم المشرع الجزائري حالات قبول دعوة البطلان المتعلقة بحكم التحكيم من خلال نص المادة 1056 ق،إ،م،إ،ج و التي تنص على أنه:

" لا جوز استئناف أمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

---

[1] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 128.

[2] المادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدّولي لعام 1958.

[3] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص207.

[4] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 133.

1. إذ فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية التحكيم باطلة أو انقضاء مدة هذه الاتفاقية.
2. إذ كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
3. إذ فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهام المسندة إليها.
4. إذا لم يراعى مبدا الوجاهية.
5. إذا لم تقدم محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي"[1]

وعليه إذا تم إبطال حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها فإنه يصبح غير قابل للتنفيذ فيها، وفق لما قضت به اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فإن هذا الحكم يصبح بطبيعة الحال غير قابل للتنفيذ في أي دولة أخرى مصادقة على اتفاقية نيويورك.

وبالرغم من ذلك فقد اتجه القضاء في بعض الدول، مثل الولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا سعيا وراء تحقيق أكبر قدر من الفعالية التحكيمية في العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة إلى الاعتراف وكذا تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على الرغم من ابطالها في الدولة التي صدرت فيها، وهذا تأسيسا على عدم توفر أسباب البطلان التي ابطلت من أجلها تلك الأحكام في قوانين هذه الدول، إذ تستند في ذلك على نص المادة 7 من اتفاقية نيويورك[2].

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على التحكيم ودور المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

تكمن خصوصية التحكيم في أنه نظام قضائي اتفاقي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم كي يفصلوا في منازعاتهم بحكم ملزم لهم، وبهاذ يبدوا التحكيم كطريق بديل عن قضاء الدولة يهدف إلى إقامة العدل، وحماية الحقوق والمراكز القانونية لأطرافه[3].

---

[1] قانون 08-09، المرجع سابق.

[2] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 135-136.

[3] لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص ص 241-242.

ومن الراسخ أن أداء العدالة وتحقيق الحماية لا يأتيان إلا من خلال مجموعة من الإجراءات التي تهدف الى تنظيم سير الخصومة امام القضاء، من خلال عرض الأطراف لادعاءاتهم وسماع أوجه دفاعهم والشهود وفقا لضمانات معينة ثم ينتهي الامر بإصدار القضاة او من عهد إليهم مهمة الفصل في النزاع و حسمه، و اصدار الحكم فيه.

وفي نطاق النظم القضائية الداخلية، ويعتبر بيان تلك الإجراءات من صميم تنظيم الدولة لأحد مرافقها الحيوية، وهو مرفق القضاء الذي يعد أحد سلطاتها العامة، و أحد مظاهر سيادتها.

تطبق هذه الإجراءات على جميع القضايا التي ينظرها قضائها سواء كان أطرافه مواطنين أو أجانب، وسواء كانت طابع وطني أو دولي[1]، بيد أن هذه المبادئ السابقة تنهار أمام خصوصية قضاء التحكيم كونه قضاء من نوع خاص يستمد سلطته من اتفاق الأطراف، الذين يقررون اللجوء للتحكيم لتسوية منازعاتهم وعدم طرح نزاعهم على قضاء الدولة، فهم من يختارون قضاتهم ويحددون قواعد عملهم وكيفية فصلهم في النزاع، والقانون الواجب التطبيق على إجراءاته وموضوعه.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

في مجال تنظيم إجراءات التحكيم قد يتفق المحتكمين على تطبيق قانون إجرائي لدولة ما، قد تكون دولة مكان التحكيم أو قانون جنسيتهما، أو قانون جنسية أحد الأطراف، أو قانون دولة أخرى، كما يمكنهم وضع قواعد إجرائية من صنعهم.[2]

وقد يخلو اتفاق التحكيم من تحديد قانون معين لينظم الإجراءات التي تنظم سير الخصومة التحكمية أمام محكمة التحكيم تاركين أمر تنظيم الإجراءات إلى هيئة التحكيم التي ثم تشكيلها

[1] أبو العلا النمر، الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط1، دار النهضة القاهرة، د ت ، ص57.

[2] أبو العلا النمر، المرجع السابق ، ص55.

وفقا لاختيارهم الحر، أو إلى أحد مراكز التحكيم الدائمة التي تتولى مهمة تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع أمامها.

كما سبقت الإشارة فأن تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم قد يكون باختيار أطراف التحكيم سواء في اتفاقهم الأصلي أو لاحق، وقد يغفل أطراف اتفاق التحكيم مسألة اختيار القانون الذي ينظم الإجراءات، أو يخولوا محكمة التحكيم سلطة تحديد هذا القانون مما يجعل المحكمة تتصدى لتحديده وفقا لما تراه مناسبا.

الفرع الأول: حالة اتفاق أطراف النزاع على اختيار قانون اتفاقي

يتميز التحكيم بانه نظام اتفاقي أساسه إدارة الأطراف واختيارهم له طريقا لحسم منازعاتهم، فبإرادتهم يوجد التحكيم وبها ينقضي، فهم يملكون حرية وضع وبيان الإجراءات التي يتم وفقها، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال دراسة حالة تطبيق قانون إدارة الأطراف، ثم تبيان كيفية التحديد الإرادي للقانون الإجرائي.[1]

أولا : تطبيق قانون إرادة الأطراف

لقد اعترفت جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و لوائح مراكز التحكيم الدائمة، بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق[2] على إجراءات التحكيم ، حيث تنص المادة 25 من قانون الحكيم المصري على أنه " لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أ و خارجها"

ما يلاحظ أن نص المادة السالفة قد كرس ما جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 الذي نصت مادته 19/1 على أنه " مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 240.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 244.

للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها عند السير في التحكيم".

و تجدر الإشارة إلى أن قانون التحكيم المصري لا يميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ففي كلتا الحالتين يمكن لأطراف اتفاق التحكيم اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم.

أما المشرع الجزائري[1] الذي يفرق بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي فقد كرس حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم، ففي شأن التحكيم الداخلي أعطى المشرع الجزائري الأطراف اختيار القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة لتنظم خصومتهم، حيث نصت المادة 1019 من ق،إ،م،إم على أنه " تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.[2]

من نص المادة السابقة يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري أعطى الأولية لاتفاق الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، أما في حالة تخلف اتفاق الأطراف عن تحديد هذا القانون، فلم يعطى المشرع الجزائري في مجال التحكيم الداخلي محكمة التحيكم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، و تصدى للفراغ الذي يخلفه غياب اتفاق الأطراف، حيث ألزم محكمة التحكيم بتطبيق قانون المرافعات الجزائري، و ذلك من خلال نصه في المادة السالفة الذكر على أنه ' تطليق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية".

أما في مجال التحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة 1043 من ق،إ،م،إ على أنه" يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة و استنادا

[1] ازهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 244.

[2] قانون 08-09، مرجع سابق.

على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم". [1]

ويظهر لنا من النص السابق أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة احترام إرادة الأطراف فيما بخص تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث يمكن للأطراف اختيار أي قانون إجرائي لدولة ما ليطبق على إجراءات التحكيم، كما يمكنهم تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في احد لوائح مراكز و مؤسسات التحكيم الدائمة، وأخيرا يمكنهم وضع قواعد إجرائية من ابتكارهم، و تكون محكمة التحكيم ملزمة باحترام و تطبيق إرادة الأطراف فيما يخص تنظيم الإجراءات الواجب إتباعها أمامها لنظر النزاع.

غير أننا نؤيد الاتجاه الذي يدعو إلى ضرورة اختيار أطراف التحكيم للقانون الذي يحكم الإجراءات لأنه يعد من أفضل السبل للإفلات من القواعد الإجرائية الوطنية، وكذلك عدم ترك مسالة تحديد القواعد الإجرائية في يد محكمة التحكيم التي قد تختار قواعد تخالف توقعات الأطراف، كما نحبذ أن يتضمن اتفاق التحكيم حلولا للمشكلات الإجرائية التي تعترض سير عملية التحكيم.[2]

ويجب ألا يترك أطراف التحكيم المسائل الإجرائية مفتوحة أمام هيئة التحكيم، ويهتموا شخصيا بتحديد المسائل الإجرائية التي تتبعها الهيئة، حيث أن غياب التنظيم الإجرائي الملائم للتحكيم في القوانين الوطنية يزيد من أهمية القواعد الإجرائية الاتفاقية، ويجب على المحتكمين الاتفاق على الأقل على اختيار قانون وطني ملائم، أو لائحة تحكيم تتميز قواعدها الإجرائية بنوع من الإتقان.

---

[1] قانون 08-09، مرجع سابق.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص: 246-247.

ثانيا: كيفية التحديد الإرادي للقانون الإجرائي

أ- سن أو وضع قواعد إجرائية:

قد يتولى أطراف التحكيم أنفسهم مهمة وضع القواعد الإجرائية التي تتبعها محكمة التحكيم[1] وذلك بتضمينها في اتفاق التحكيم ذاته، أو أي محرر آخر تحدد فيه كيفية تشكيل هيئة التحكيم و إجراءات رد و استبدال و عزل أعضائها، و تحديد وقت بداية و نهاية الإجراءات، و تحديد مكان ولغة التحكيم، و كذا كيفيات إخطار الأطراف و كيفية تقديم طلب التحكيم، وأجل تقديمه و البيانات الواجب أن يتضمنها، وكيفية ووقت تقديم أدلة الإثبات، و المرافعات الشفوية، و إمكانية سماع الشهود وكيفية و حكم تخلف أخد الأطراف عن تقديم ما يطلبه منه من مستندات ووثائق تخص موضوع النزاع، ووقت اقفال باب المرافعة، وكيفية إنهاء إجراءات التحكيم.

ب- اختيار القواعد الإجرائية الملائمة:

إذا كان لأطراف اتفاق التحكيم الحق في وضع قواعد إجرائية من عندهم، فمن باب أولى يمكنهم تخير القواعد الإجرائية التي تلتزم محكمة التحكيم بإتباعها من قواعد إجرائية وضعية محددة ومعلومة سلفا، ويعتبر هذا الطريق الأكثر شيوعا وانتشاراً في الحياة العملية وهذا راجع لسببين[2]:

- التحديد والوضوح الذي يميز القواعد المختارة، ومن ثم اليقين حول وجودها ومدى فعاليتها.
- الرغبة في اختصار الإجراءات والخشية من وضع قواعد إجرائية قد تكشف ظروف خصومة التحكيم عن تخلفها، أو عدم ملاءمتها.

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص:245.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 325.

ففي هذا الفرض تلعب إرادة طرفي التحكيم دورها المعتاد في نظرية تنازع القوانين الدولية كضابط اسناد الى النظام القانوني الذي تستمد منه القواعد الإجرائية و قد يكون هذا النظام القانوني هو:

- قانون دولة معينة.
- قواعد تنتمي الى أكثر من نظام قانوني وضعي.
- المبادئ العامة المشتركة بين النظم القانونية وقضاء التحكيم.[1]

ويظهر جليا من القانونين المصري والجزائري اعترافهما لطرفي التحكيم ليس فقط بحق وضع القواعد الإجرائية مباشرة، بل كذلك بحق اختيار لائحة تحكيم معينة او اختيار قانون إجرائي معين ليحكم مسألة إجراءات التحكيم، فإذا كانا قد قررا صراحة حق طرفي التحكيم في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم على أراضيهما أو خارجها، فإنه لا ينفي حق هؤلاء في اختيار قانون إجرائي لدولة معينة لحكم إجراءات التحكيم[2].

الفرع الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.

قد لا يحدد المحتكمون القانون أو القواعد الإجرائية التي تتبعها محكمة التحكيم بمناسبة نظر النزاع المطروح عليها، إما لنسيان تحديد تلك المسائل الإجرائية اعتقادا منهم بأنها مسائل قضائية تخص عمل هيئة التحكيم، أو اختلافهم حولها، أو تعذر عليهم الاتفاق حولها، أو قدروا أن هيئة التحكيم هي الأقدر على تحديد القواعد الإجرائية التي تتبع أمامها، وأمام غياب اتفاق الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات كان لزاما على محكمة التحكيم تحديد القواعد التي تتبع أمامها، غير أن سلطة هيئة التحكيم في تحديد هذه القواعد ليست مطلقة وتحكمها عدة اعتبارات[3].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص: 327.

[2] شيرازاد حميد هروري، المجرع السابق، ص: 222.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص75.

فقد تطبق هيئة التحكيم قانون مكان التحكيم ليحكم الإجراءات أمامها من جهة وقد تطبق القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع، كما قد تلجأ محكمة التحكيم إلى تطبيق قواعد أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة لينظم الإجراءات أمامها، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تكمل القواعد الإجرائية التي اختارها الأطراف إذا ظهر عليهما النقص أثناء نظر النزاع من جهة ثانية.[1]

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

بعد أن يتم حل جميع المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية، يبقى أمام المحكمة التحكيمية أن تقوم بتحديد مشكلة موضوع النزاع بين الطرفين، وأن تختار القانون الواجب التطبيق لحل هذه المشكلة [2].

أولت مختلف تشريعات التحكيم والاتفاقيات الدولية ولوائح مركز ومؤسسات التحكيم الدائمة للأطراف كامل الحرية في اختيار القواعد التي ارتضوا إخضاع علاقتهم لها خاصة في ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، غير أنه في حالة ما إذا أهمل الأطراف ذلك تولت هيئة التحكيم بنفسها تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الموضوع، كما يمكن أن يحررها الأطراف كلية من التقيد بأي نصوص أو أنظمة قانونية وإطلاق حريتها في الفصل في موضوع النزاع وفقا لما تراه محققا للعدالة والإنصاف[3].

الفرع الأول: تطبيق قانون الإرادة.

يلاحظ أن مبدأ سلطان الإرادة المعترف به عالميا إلا أن هناك تباينا في مختلف النظم القانونية حول الحدود التي يقف عندها هذا المبدأ، ولهذا فمن الضروري التحقق من صحة اختيار الأطراف لقانون العقد ومدى تطابق ذلك مع القواع الملزمة للقانون مثل قانون مكان

[1] شيرازاد حميد هروري، المجرع السابق، ص223.

[2] لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، ص 132.

[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 313.

إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد والمسائل الأخرى التي تتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص، والتي قد يتم الرجوع إليها مثل مسائل التكييف أو الإحالة فلا يكفي الاكتفاء بقواعد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والأمر يصعب في حالة عدم التعيين الصريح والضمني لقواعد تنازع القوانين التي تطبق على النزاع[1].

فقد أصبح من المبادئ المستقرة في التجارة الدولية أن يكون لأطراف العقد المتعلق بالتجارة الدولية اختيار القانون المطبق على العقد وعلى النزاعات الناتجة عن هذا العقد، ويعطي هذا القانون الأولوية في التطبيق بالنسبة للقوانين الأخرى القابلة للتطبيق على النزاع.

وهذا في الحقيقة لا يعدو كونه تطبيقا لمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد بينهم والمنازعات الناشئة عنه، فإرادة الأطراف هي مصدر القواعد التي تحكم التحكيم، فالتحكيم الدولي يجب أن يحدد صراحة، وأن يتألف بشكل مناسب مع الهدف منه والمتمثل بالحصول على القبول لأي نظام قانوني[2].

أولا: تطبيق قانون دولة معينة

إذا اتفق الأطراف على القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع وجب على المحكم تطبيقها والأطراف هم الذين اختاروا التحكيم بديلا عن قضاء الدولة واختاروا المحكمين ليفصلوا في نزاعهم، ولهم حق اختيار إجراءات الخصومة أمام المحكمين فلهم أيضا اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكمون على هذا النزاع[3].

قد تتجه إرادة الأطراف لاختيار قانون دولة معينة كما سبق وأشرنا، ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه هذا القانون من نصوص وأحكام، وإطلاق النص يسمح باختيار أي قانون سواء كان قانون وطني أو أجنبي، ولو لم يكن بين القانون الذي اختاروه، ومحل النزاع

[1] عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 283.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 315.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 134.

أي صله، بحيث قد يكون أجنبيا عن مكان التحكيم أو عن جنسية أطرافه، أو جنسية المحكمين، وهو إطلاق يتسق وحالات التحكيم الدولي، ويصعب تصور تطبيق قانون أجنبي على علاقة قانونية يدور النزاع فيها في إطار علاقة محلية بحتة ولكن النص يسمح بذلك من الناحية النظرية على الأقل.

نعرض فيما يلي لمواقف أهم الاتفاقيات الدولية من مبدأ سلطان الإرادة الممنوح للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، من بين الاتفاقيات نجد اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، التي نصت على ما يلي " تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان"، إن هذه العبارة من المادة 42 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعتمد على مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وينتج عن هذا المبدأ أنه يصبح بإمكان الطرفين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق سواء قبل تقديم الدعوى أمام المركز أو أثناء السير بالإجراءات أمام المحكمة[1]، وتمنح هذه الاتفاقية الدول الأطراف فيها الاستقلال التام في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار.

وهذا يعني أن أطراف النزاع يمكنهم اختيار قانون دولة معينة، أو القانون الدولي العام ، كما يمكنهم أن يختاروا قواعد قانونية من عدة نظم قانونية ، أو قواعد قانونية مشتركة بين قانون وطني والقانون الدولي العام أو قانون لم يعد مطبقا أو عرضة لأي تغييرات[2].

ومثل هذا التوسع في حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق نستخلص من نص المادة 42 حيث ذكر فيها أن للأطراف الحرية في اختيار "القواعد القانونية" التي يريدون

[1] عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق، ص 284.

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 318.

تطبيقها على النزاع، وبالتالي تصبح لهم مطلق الحرية في تشكيل القواعد القانونية الأنسب لتطبيقها على النزاع على النحو الذي بيناه فيما سبق[1].

إلا أن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يثير سؤالا لم تجب عليه هذه الاتفاقية وهو: هل اختيار الأطراف لقانون دولة معينة هو عبارة عن اختيار لهذا القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار بينهما، أم يعني اختيار قانون هذه الدولة وقت انعقاد المحكمة التحكيمية ؟ وما هو تأثير التغير الحاصل في القانون الذي قد يختاره الأطراف لحل النزاع بينهما على هذا الاختيار؟

إن اختيار الأطراف لقانون معين يجب ان يقصد به اختيار هذا القانون وقت حصول النزاع وتشكيل المحكمة التحكيمية للسير بالتحكيم[2]، إلا أن الأمر لا يقتصر على أي من القانونين التي يقصد الأطراف تطبيقها، فماذا لو اختار الأطراف تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار ثم قامت هذه الدولة بتغيير هذا القانون بهدف الحد من حقوق هذا المستثمر؟

إن تصرف الدولة المضيفة على هذا النحو ما هو إلا خرق للقانون الدولي وللحد من حرية الدولة وقدرتها على المساس بالتوازن العقدي يمكن إدراج ما يعرف بشرط الثبات التشريعي[3].

وينتقص من سيادتها في سن التشريعات الداخلية وخاصة إذا ما تعلق الأمر باستثمار الموارد الطبيعية، ويحد كذلك من حرية الدولة في مواجه التغييرات الاقتصادية العالمية التي قد تؤثر في الاستثمار الحاصل على أراضيها.

أما وجهة نظر البلدان الصناعية فتتركز في كون شرط الثبات التشريعي لا يتعارض مع سيادة الدولة في شيء، لأن هذه الدولة هي التي وافقت بإرادتها على إدراج هذا الشرط وبالتالي يجب أن تحترم هذه الدولة اتفاقها مع المستثمر الأجنبي بحيث يبقى القانون المتفق على تطبيقه

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، 319.

[2] عبد الحميد الاحدب، مرجع سابق، ص 285.

[3] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 320.

وقت انعقاد عقد الاستثمار، كما هو عند حصول النزاع ليطبق بالعودة إلى الوراء، نجد أن مسألة حرية الأطراف التي منحتها هذه الاتفاقية لهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع هو مبدأ عام من كون التحكيم كعقد في الأساس يستمد وجوده من إرادة أطرافه[1]، وهو أمر مكرس في اتفاقية نيويورك وإن كانت لم ترد بنص صريح فيها، حيث اكتفت الأخيرة بالنص على أن الحكم التحكيمي الصادر من ممكن أن يتم إبطاله من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر هذا الحكم بموجب قانونه، وبالتالي فإن الإرادة لها الدور الحاسم في هذا النطاق وفقا لهذه الاتفاقية، ويقصد بهذه الإرادة، الإرادة الحقيقية سواء كانت صريحة أم ضمنية، فتمكن هذه الاتفاقية الأطراف المتعاقدة من اختيار قانون معين عبر تسميته أو الإشارة إليه ضمنا وبشكل غير مباشر والذي يمكن أن يعرف من خلال ظروف العلاقة بين الطرفين، وبالتأكيد فإن إرادتهما قد اتجهت إلى هذا القانون أو غيره[2].

ثانيا : تطبيق القواعد المتفق عليها بين الأطراف.

من المتصور خاصة في مجال عقود التجارة الدولية العبر دولية أن يكون لها تنظيما خاصا وقواعد منتقاة تواجه ما قد ينشأ من منازعات بين الأطراف، هم الأقدر على تصورها، وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون دولة معينة، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة.

كما قد يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر فينشؤون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية، أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد، أو الإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها وثيقة أو عقد نموذجي ففي هذه الصور لا توجد أي إشارة لتطبيق قانون دولة معينة[3].

---

[1] محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص 130.

[2] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص322.

[3] عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 287.

للأطراف الحق في الاتفاق على القانون (الموضوعي) واجب التطبيق على النزاع، ومثل هذا الاتفاق يكون "غالبا" عن طريق تضمين بند في العقد أو الاتفاقية المتنازع حولها أو عن طريق الإشارة إلى هذا القانون في مشارطة التحكيم، فإن هذا القانون الموضوعي يطبق على جوهر النزاع وليس إجراءات الدعوى التحكيمية، وعلى هذه القاعدة نصت معظم قوانين التحكيم حول العالم[1].

فعلى سبيل المثال لو اتفق الأطراف على أن يكون التحكيم في الأردن خاضعاً في إجراءاته لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، فلهم الحق في اختيار القانون المصري أو الإنجليزي كقانون موضوعي يطبق على جوهر النزاع، وهنا يتوجب على هيئة التحكيم السير في إجراءات التحكيم وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وأن يطبق القانون الموضوعي والذي اتفق الأطراف فيه على تفاصيل النزاع.

وإن مثل هذه القاعدة قد ورد عليها نص صريح في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في المادة 36/فقرة أ منه والتي جاء بها " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين "[2].

وإن التفسير المنطقي لقصد المشرع الأردني من عدم جواز تطبيق قواعد تنازع القوانين في القانون المتفق عليه من قبل الأطراف هو لتجنب الدخول في دائرة مفرغة فيما لو أحالت قواعد التنازع المذكورة إلى قانون دولة أخرى، فمثلاً لو افترضنا وجود نزاع ناشئ عن عقد صيانة بين مالك سفينة أردني وشركة صيانة دنماركية، بحيث اتفق أطراف العقد على أن القانون الموضوعي هو القانون المصري، وطبقت هيئة التحكيم القانون المصري على النزاع ووجدت أن القانون المصري يحيل كل ما يتعلق بمسؤولية أي من أطراف العقد إلى قانون

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 134.

[2] المادة 36 من قانون التحكيم الأردني، سنة 2001.

دولته، فهنا ووفقاً للقانون لا يحق لهيئة التحكيم تطبيق قواعد القانون الأخر، وإنما تطبق قواعد القانون المصري فقط دون تطبيق قواعد الإحالة.

إضافة لما سبق فإنه يحق للأطراف الاتفاق على عدم تطبيق قانون موضوعي بعينه، بحيث تتم الإشارة إما في العقد أو في مشارطه التحكيم إلى تطبيق قواعد العدالة والإنصاف أو قواعد العرف التجاري الدولي على النزاع موضوع التحكيم، وهنا يتوجب على المحكمين الالتزام بذلك[1].

الفرع الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

حرصت التشريعات الوطنية والمؤسسية على منح المحم سلطة احتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند غياب اتفاق الأطراف ، حيث نص المشرع المصري في المادة 2/39 على أنه: " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع "[2].

إذا لم يتفق الأطراف على اختيار قانون معين فيصار إلى تحديد القانون المذكور من قبل المحكمين آخذين بنظر الاعتبار الظروف المحيطة بالحالة، واعتبرت الفقرة الأولى من المادة 42 أن محكمة التحكيم تحكم في النزاع " ... وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها)، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي " وهكذا عند خلو الاتفاق بين الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن محكمة التحكيم تقوم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، مهما تضمن من

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 159.

[2] الزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 316.

قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي[1]. وبالتالي على محكمة التحكيم أن تأخذ بعين الاعتبار قواعد القانون الوطني وقواعد القانون الدولي، إلا أن الترتيب الذي يجب أن تأخذه بعين الاعتبار فيما بين قواعد كل من هذين القانونين لا يدل بالضرورة على ترتيب أو تسلسل هرمي لهما وقد لاقى مثل هذا التطبيق ترحيبا من قبل الدول الصناعية المتقدمة على أساس أن قانون الدولة المضيفة للاستثمار هو الأجدر بالتطبيق في هذه الدولة لأن الاستثمار جار في هذه الدولة، وبالتالي يكون القانون الأساسي المطبق هو القانون الوطني لهذه الدولة بالإضافة إلى قواعد تنازع القوانين الخاصة بها[2].

أولا: اختيار قانون دولة معينة

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 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 نافذة في دولة أخرى، على أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الاختيار[3]، فقد ألزم المشرع هيئة التحكيم باختيار القواعد الموضوعية للقانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع فإذا كان النزاع حول صحة العقد فإن القانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها ابرام هذا العقد، وإذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين في العقد، فالقانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ هذا الالتزام، أو التي اتفق الأطراف على تنفيذه فيها، وقد ذهبت هيئة التحكيم في احدى قضايا مركز القاهرة الإقليمي إلى أن هيئة التحكيم تلجأ في بحثها عن القانون الواجب التطبيق إلى قانون مكان التحكيم، قانون مكان

[1] الما أحمد كوجان، مرجع سابق، ص 140، 141.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 317.

[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 318.

التوقيع على العقد الأصلي، قانون محل إقامة أطراف العقد ، قانون بلد تنفيذ العقد ، قانون لغة العقد ، قانون لغة التحكيم إذا كانت مختلفة عن لغة العقد ، كما يجب على هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع مراعاة شروط العقد محمل النزاع، وهذا احتراما لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، فالعقد هو الذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف، ويعتبر ما يتضمنه العقد مكملا لأحكام القانون واجب التطبيق ما دام ليس مخالفا للنظام أو الآداب العامة[1].

ويلاحظ أنه في التحكيم التجاري الدولي لا ينظر المحكم إلى النظام العام الداخلي وفقا للقانون الذي اختار الطرفان تطبيقه، إلا باعتباره مكملا لإرادتهما ولهذا فإذا تضمن العقد نصوصا تخالف النظام العام وجب على المحكم احترام هذه النصوص ولو خالفت النظام العام الداخلي، وذلك ما لم تكن قاعدة النظام العام الداخلي هي في نفس الوقت قاعدة انظام عام دولي، فالمحكم لا يلتزم بقواعد النظام الداخلي المرتبطة بالقانون الأكثر اتصالا بالنزاع وإنما بالنظام العام الدولي[2].

ثـانيا: تطبيق هيئة التحكيم للأعراف الجارية

بالنظر إلى نص الفقرة الثالثة من المادة 39 من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أنه "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة"[3] يتضح لنا جليا أنه يجب على هيئة التحكيم مراعاة الأعراف الجارية في نوع المعاملة، سواء كانت تطبق قواعد قانونية اختارها الأطراف أو قانونا رأت هي تطبيقه.

ذلك أن النص على تطبيق الأعراف الجارية ورد في فقرة مستقلة من المادة 39 فإذا كان النزاع يتعلق بتجارة تمور مثلا ، فيجب على الهيئة أن تراعي ما جرى عليه العرف بالنسبة

---

[1] شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 226.

[2] القضية التحكيمية رقم 95 لسنة 1997 جلسة 1998/3/12 مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ص 151.

[3] المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1997.

لدفع الثمن وتقدير نوع التمر، ودرجة جودته، وكيفية وزنه والمسؤول عن عمليات جنيه ... إلخ.

ولا يفترض علم هيئة التحكيم بالأعراف الجارية، ولهذا فإنه على الطرف ذي المصلحة التمسك بها، وتقديم الدليل على وجودها ما دام أنه يرى فيها سندا قانونيا لما يقدمه من ادعاء أو دفاع.

كما أعطى المشرع الجزائري محكمة التحكيم إمكانية الفصل في النزاع وفق ما تراه ملائما من أعراف من خلال نص المادة 1050 التي نصت على أنه "... وفي غياب الاختبار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراهما 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 موضوع النزاع، فإن هيئة التحكيم لا تلقي أي اعتبار بما 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 الجارية[1].

ثالثا: الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف

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 الانصاف دون تقييد بأحكام القانون"[2].

ويقابل هذا النص، الفقرة 3 من المادة 28 من القانون النموذجي التي تنص على أن "تجري محكمة التحكيم تسوية وفقا للعدالة والإنصاف وبصفتها منشئة لمواءمة ودية فقط، إذا

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 319.

[2] المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

أذن لها الأطراف في ذلك صراحة"[1]، يلاحظ أن تخويل المحكم إجراء تسوية النزاع يحرره من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية أيا كان مصدرها، ليوجد 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 بمطلق الحرية في تكوين اقتناعه طالما أنه حقق مبدأ المساواة، أو أتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم، ونظرا لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سواء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعته الحال لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم، وشخصيته وثقافته، استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلانا صريحا لا لبس فيه عن قصده تخويله هذه السلطة، ولم يقيد المشرع المصري تخويل المحكم هذه السلطة بأي قيد، كضرورة أن يسمح القانون المطبق على الإجراءات بهذا النوع من التحكيم، وهو ما تستلزمه قواعد اليونسترال، وموقف المشرع المصري إرساء لمبدأ سلطان الإرادة، وترك الأمر كله بما فيه تنظيم إجراءات التحكيم نفسها لاتفاق الأطراف[2].

وتجدر الإشارة إلى أن اطلاق سلطات المحكم على النحو السابق لا يصل إلى حد السماح له بإهدار المبادئ الأساسية للتقاضي التي تعد من الأبجديات والمقدمات للوصول إلى هذه العدالة.

كما يجب على المحكم الالتزام بالقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، حيث لا يمكنه التحرر منه و لو كان مفوضا لإجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة[3]. أما في حالة التحكيم التجاري الدولي ، و تم تفويض المحكم لإجراء التسوية وفقا لقواعد العدالة فالسائد أنه يستطيع تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي ولا يقف أمامه سوى ما يمس بالنظام العام الدولي، ويتضح لنا مما سبق أهمية اتفاق التحكيم على تحديد القانون الواجب التطبيق

[1] المادة 28 من القانون اليونسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 322.

[3] شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 246

على موضوع النزاع، وعدم الانسياق لتضمين الاتفاق شرط التحكيم وفقا لقواعد العدالة، أو وفقا للأعراف الجاري، أو ترك أمر تحديده لهيئة التحكيم[1].

المطلب الثاني: المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الهيئة الوحيدة المتخصصة في المنازعات التي تنشب بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب الأفراد أو الشركات العبر دولية[2]، الذين يقيمون مشروعاتهم الاستثمارية في الدول المضيفة لهم.

إلا أن ما يميز هذا المركز عن غيره أنه أسس بغية حل المنازعات التي تنشأ في مجال محدد وهو الاستثمار الدولي وليس أي نوع من الاستثمارات، أي تلك التي يكون أحد أطرافها دولة والطرف الآخر مستثمرا أجنبيا فقط، باعتبار أن نظام هذا المركز يأخذ أهمية على مستويين، أولهما يتعلق بالتجارة الدولية والثاني يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي.

فعلى صعيد التجارة الدولية نجد أن مساهمة المركز في دعم الاستثمار الدولي بشكل عام أو دعمه في الدول النامية بشكل خاص هو أمر ملاحظ بشدة، ففي الواقع أن الهدف الرئيسي للمركز هو إزالة العوائق عن الاستثمار الدولي، بحيث تتسارع وتيرة النمو الاقتصادي في الدول النامية، أما على صعيد التحكيم الدولي فإنه من الممكن تحليل عمل المركز كمؤسسة تحكيم متطورة على درجة كافية من الخبرة، مما يخدم حاجات المجتمع الدولي عند وقوع نزاع يتعلق باستثمار دولي ، ومن الجدير بالذكر أن هنالك عشرة دول عربية قد صادقت على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965، و من بينها الجزائر[3]. وفي سبيل دراسة هذا المركز ومدى فعاليته في حل النزاعات عن طريق التحكيم يتطلب الأمر دراسة كل

---

[1] احمد عبد اللاه المراغي، المرجع السابق، ص 67.

[2] تنص المادة 1/7 من اتفاقية نيويورك على أنه " لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين و تنفيذها و لا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية و القدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف أو التنفيذ ".

[3] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ، صص365-366.

من خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات، وشروط اختصاصه وكذا التوسع في نطاق اختصاصه.

الفرع الأول: خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

إن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حالة خاصة ضمن الكثير من مؤسسات ومراكز التحكيم الأخرى، وهذا لكونه يمثل مؤسسة دولية حقيقة أنشئت بموجب اتفاقية دولية متعددة الأطراف بغية خلق نظام لا يعمل إلا في مجال تسوية منازعات الاستثمار بين السلطات الحكومية في الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي المنتمي لدولة تعتبر طرفا في اتفاقية انشاء هذا المركز[1].

أولا: اختيار طرق تسوية النزاع

توجد طريقتين لتسوية النزاع قامت بتكريسهما اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تتمثلان أساسا في التوفيق و التحكيم، إذ نصت هذه الأخيرة من خلال نص المادة 2/1 على أن مهام المركز هو توفير الإمكانيات للتوفيق والتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء و مواطني دولة أخرى الأعضاء في الاتفاقية[2]، ومن خلال هذه المادة يتضح لنا أن هنالك طريقتين لتسوية النزاع:

1-**التوفيق:** هو محاولة تسوية المنازعات التي تثور بين الدول المضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي الذي يجب أن يكون مواطنا لدولة عضوة في الاتفاقيات بطرق ودية وعليه تبدأ إجراءات هذا الأخير بطلب كتابي يوجه من قبل الطرف الراغب في التوفيق أي المستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار أو كليهما، إلى السكرتير العام للمركز والذي يقوم بدوره بإرسال نسخة منه إلى الطرف الآخر في النزاع وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 1/28 من الاتفاقية، كما أن هذا الطلب يجب أن يتضمن بيانات

[1] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص150.

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ،ص 142.

كافية عن الموضوع المتنازع فيه وكذا هوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه إلى التوفيق طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق[1]، حيث ينتهي التوفيق بتقرير يقترح حلا، ولكن هذا الحل لا يكون ملزما، ولهذا فإن هذه الطريقة تعتمد أساسا على رغبة الطرفين في استمرار التعاون والعمل المشترك .

2-**التحكيم:** يعتبر طريقة تسوية أكثر رسمية على الرغم من وجود عدد ليس بقليل من حالات التحكيم التي انتهت بتسوية ودية قبل صدور الحكم، وإذا لم يتم التوصل إلى تلك التسوية فإن النتيجة تتمثل بصدور حكم ملزم للطرفين[2].

حيث تبدأ إجراءات التحكيم أمام المركز بطلب خطي يوجه من الطرف الراغب في التحكيم إلى السكرتير العام في المركز، وبعد فحص الطلب يقوم هذا الأخير بتسجيله إذ توفرت فيه الشروط المطلوبة، وبعد التسجيل يتعين على السكرتير العام ارسال نسخة منه إلى الطرف الآخر ومن ثم مساعدة الأطراف في اتخاذ الخطوات اللازمة للبدء بالإجراءات والمتمثلة في تشكيل محكمة التحكيم وإجراءات التحكيم[3].

لذلك يفضل من الناحية العملية اللجوء إلى التحكيم بدلا من التوفيق، إذ تجدر الإشارة إلى أن الغالبية العظمى من القضايا التي تم رفعها إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كان التحكيم هو الفاصل فيها، فالحقيقة أن التوفيق مقارنة بالتحكيم نادر جدا، وكقاعدة معروفة فإنه من المفيد والحكمة أن تكرس الجهود و التكاليف للطريقة التي تنتهي في نهاية بحكم ملزم.

ثانيا: التخصص في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

[1] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ، ص369.

[2] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ،ص151.

[3] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ، ص366.

إن نشوء أو ظهور نزاع ناجم عن استثمار أو نشاط اقتصادي يعد شرطا ضروريا لتطبيق الولاية القضائية للمركز الدولي ، باعتبار أن الاتفاقية المنشئة له متخصصة في تسوية منازعات الاستثمار، وبالرغم من ذلك فأن نصوص هذه الاتفاقية لا تحتوي على مفهوم محدد لمعنى الاستثمار[1].

إلا أن هنالك العديد من المعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف التي تشتمل على عدة تعريفات للاستثمار ولكن هذه التعريفات لا تحسم بالضرورة المعنى الخاص بالاستثمار بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إذ أن اتفاقية المركز لا تسري إلا بوجود استثمار فعلي.

كما تكشف الممارسة العملية عن أن مفهوم الاستثمار هو مفهوم جد واسع، بحيث ينظر إلى عدد متنوع من الأنشطة في عدد كبير من المجالات الاقتصادية على أنها بمثابة استثمار[2].

فمن المعايير الهامة في تحديد مفهوم الاستثمار هو استغراق الأنشطة والعمليات مدة زمنية معينة، انتظام الربح العائد، التزام واضح وجلي بتنمية الدول المضيفة أو المستقبلة، ملائمة المشروع الاستثماري لأهداف التنمية[3].

ثالثا: القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار في ظل المركز الدولي لتسوية المنازعات.

إن اتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا تتضمن قواعد موضوعية لحل النزاع إذ أنها تقتصر على قواعد إجراءات تسوية المنازعات فقط، فتطبيق النظام القانوني الصحيح يعتبر مطلب أساسي لإصدار حكم تحكيمي شرعي، لكن الفشل في تطبيقه يعد إفراط

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص143.

[2] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، 152.

[3] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص143-144.

في استعمال السلطة مما قد يؤدي إلى إبطال الحكم الصادر، لذلك لعبت مسائل اختيار القانون دورا هاما في ممارسات هيئات التحكيم[1].

هذا ولقد لعبت العلاقة ما بين القانون الوطني والقانون الدولي الخاص دورا فعالا في قضايا المركز فهنالك هيئات تحكيمية رأت أنه في حالة إمكانية تطبيق القانونين فإن الأولوية تكون للقانون الوطني للدولة المضيفة في حين يكون القانون الدولي الخاص قانونا إضافيا أو بمثابة قانون تصحيحي، كما تستطيع هيئة التحكيم تطبيق مبادئ العدل والإنصاف بدلا من القانون في حالة ما إذا وافق الأطراف على ذلك[2]

رابعا: أطراف التقاضي أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تتم إجراءات التقاضي بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بكونها دائما ما تكون مختلطة، إذ لابد أن يكون أحد الطرفين دولة مضيفة وطرفا في الاتفاقية، أما الطرف الآخر فيكون مستثمرا أجنبيا ينتمي لدولة أخرى تكون بطبيعة الحال طرفا في الاتفاقية ، ويحق لأي من الطرفين أن يبدأ في إجراءات التقاضي.

ولسريان أحكام هذه الاتفاقية يشترط أن تكون كل من الدولة المضيفة والدول التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي قد صادقت على الاتفاقية، ففي حالما كانت إحدى هذه الدول ليست طرفا في الاتفاقية فإن هذه الأخيرة لا تسري لكن يمكن حينئذ التقاضي بموجب قواعد التسهيلات الإضافية[3].

كما أنه يجوز للدول أن تفوض جهات فرعية أو وكالات تابعة لها، على أن تكون طرفا في إجراءات التقاضي نيابة عنها، بالإضافة إلى أنه يمكن أن يكون المستثمر الأجنبي شخصا طبيعيا أو اعتباريا فهذا الأخير يجب أن يكون شخصا اعتباريا خاصا وليس عاما، وكلا

[1] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 153.

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ،ص144.

[3] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ،ص 154.

النوعين يجب أن يستوفي كافة المتطلبات والشروط المتعلقة بالجنسية المنصوص عليها في الاتفاقية، هذا ويشترط أيضا أن لا يكون المستثمر الأجنبي ينتمي لمواطني الدولة الطرف في النزاع ويستثنى في ذلك الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع إذا اتفق على معاملته معاملة المستثمر الأجنبي، وهذا لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه[1].

خامسا: قبول الولاية القضائية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

لكي ينعقد الاختصاص القضائي للمركز الدولي لتسوية المنازعات يجب أن يقدم كل من الطرفين موافقته الكتابية بالخضوع لاختصاص المركز لأن المشاركة في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا تكفي وحدها للخضوع للولاية القضائية (م1/25 من الاتفاقية).

هذا وبمجرد إعلان الطرفين عن قبولهما الخضوع لتحكيم المركز كتابيا فإنه لا يمكنهما الرجوع فيه بعد ذلك من طرف واحد بمعنى أخر أن قبول كلا الطرفين الخضوع لتحكيم المركز يكون لهما م 2/25 كما أنه لا يجوز لأي طرف من أطراف النزاع أن يفصل بنفسه في أي مسألة، إذا كان قدم القبول أو لا، بل إن هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في هذه المسألة، هذا وقد يخضع القبول للعديد من الشروط فيجوز مثلا للدولة المضيفة أن تقدم للمركز قبولا يتحقق بنزاعات معينة دون غيرها، كذلك المتعلقة بالمطالبة بالتعويضات[2].

سادسا: خاصية الاحتواء الذاتي واستقلالية إجراءات التحكيم.

تتسم إجراءات التقاضي أو التحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بخاصية الاحتواء الذاتي، أي أنها لا تتطلب أي تدخل من قبل أي جهة خارجية و بالتحديد المحاكم الوطنية، فهذه الأخيرة لا تملك أي سلطة تفرضها على إجراءات التحكيم أو التقاضي الخاصة بالاتفاقيات ما عدا سلطة اتخاذ إجراءات تحفظية إذا ما اتفق الأطراف على

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص154.

[2] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص155-156.

ذلك و هذا ما نصت عليه المادة 47 من الاتفاقية[1]، كما أنه ممن غير المسموح به أن تقوم محكمة وطنية بإبطال أو مراجعة الحكم الذي أصدرته هيئة التحكيم مما يترتب عليه أن مكان التحكيم لا تكون له أي آثار قانونية عملية بموجب الاتفاقية[2].

هذا وأن إجراءات التحكيم على مستوى هذا المركز لا تتأثر بأي محاولة يقوم بها الأطراف بهدف تعطيلها لأن هذه الاتفاقية وفرت نظاما مرنا يسمح باستمرارية هذه الإجراءات، إذ يقوم المركز بتسمية المحكمين في حالة عدم قيام الأطراف بذلك[3].

كما أن عدم تسليم المذكرات من قبل أي طرف من الأطراف أو عدم الضور للجلسات لا يوقف الإجراءات [4]، أي أن عدم التعاون من قبل أحد الطرفين لا يؤثر في القوة الملزمة للحكم ولا في قابليته للتنفيذ.

سابعا: فاعلية نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

يتميز نظام التحكيم بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بأنه على درجة كبيرة من الفعالية، وهذا يرجع إلى عدة عوامل أبرزها:

1. الطبيعة الإلزامية للأحكام الصادرة:

تعد الأحكام الصادرة من قبل هيئات تحكيم المركز ملزمة ونهائية، بحيث لا يمكن الطعن فيها بالاستئناف أو بأي طريقة أخرى من طرق الطعن إلا في حدود ماورد في هذه الاتفاقية،

[1] المادة 47 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 " مالم يتفق على غير ذلك ، يجوز للمحكمة متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك ، أن توصي بكافة التدابير التحفظية التي تستهدف فقط المحافظة على حقوق الأطراف " .

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص147.

[3] المادة 38 من اتفاقية واشنطن .

[4] المادة 45 من اتفاقية واشنطن .

إذ يجب على كل دولة أن تحترم الحكم وتقوم بتنفيذه، وإلا اعتبر ذلك انتهاكا للاتفاقية، كما قد يؤدي إلى انتعاش حق الحماية الدبلوماسية من جانب الدولة التي يتبعها المستثمر بجنسيته[1].

2. تنفيذ الأحكام

إن اتفاقية واشنطن تضمن كل ما يصد عن هيئات تحكيم المركز من أحكام، كما تلتزم جميع الدول الأعضاء في الاتفاقية بالاعتراف بأحكام التحكيم التي تصدر في نطاق الاتفاقية على اعتبار أنها أحكام ملزمة، و تضمن داخل أراضيها القيام بتنفيذ الآثار المالية التي يرتبها الحكم كما هو الحال بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية للدولة، ولا تتمتع المحاكم الوطنية بسلطة مراجعة الأحكام أثناء تنفيذها إلا أنه في حالة إصدار حكم ملزم ضد الدولة الطرف فإن القواعد المعروفة والخاصة بالحصانة ضد التنفيذ لن تسري على الأصول المرتبطة بتأدية الدولة لمهامها العامة[2].

3. التأثير الوقائي

يتمتع نظام تسوية منازعات الاستثمار بموجب اتفاقية انشاء المركز بتأثير فعال، حتى وإن لم يتم استخدامه إذ أنه بمجرد وجود مثل هذا النظام من شأنه أن يؤثر على سلوك الأطراف فيما يتعلق باحتمال ظهور نزاعات ، لذلك فإن كلا الطرفين سيحاول قدر الإمكان تجنب القيام بأي أعمال قد تدفعه في نهاية الأمر إلى الدخول في تحكيم قد لا يكون في صالحه فضلا عن أن إمكانية التقاضي تزيد من رغبة الأطراف في التسوية الودية[3].

الفرع الثاني: شروط انعقاد المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

إن النظر بتمعن في الاتفاقية المنشئة للمركز تبين لنا مدى المجهودات الكبيرة التي قام ببذلها واضعوا الاتفاقية للابتعاد بأكبر قدر ممكن عن اخراج حكومات الدول المستوردة لرأس

[1] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص146.

[2] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص ص158-160.

[3] منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص149.

المال الأجنبي والمضيفة للمشروعات الاستثمارية المملوكة للأجانب، أو إثارة حفيظتها باعتبارها دول تتمتع بالسيادة، لذا فقد تمت صياغة أحكام الاتفاقية والالتزامات القانونية بطريقة تجعل كل شيء مؤسس على الرضا التام والقدرة على الاختيار و في ذات الوقت الذي تم الحفاظ فيه على الحماية المتطلبة للأطراف الأجنبية الخاصة، كما أن الاتفاقية تجيز لأية دولة كانت أن تصبح طرفا فيها دون أن تلتزم برفع أي نزاع على المركز سواء في الحاضر أو في المستقبل[1].

كما تجدر الإشارة أن نص المادة 25 من الاتفاقية الخاصة بفض منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة و مواطني إحدى الدول الأخرى التي تكون متعاقدة بحيث تشترط لانعقاد المركز ثلاثة شروط ، إذ يتعين أن يكون أحد هؤلاء الأطراف دولة متعاقدة وأن يكون الطرف الآخر مواطن أو مواطنون من دولة ينتمون إلى دولة أخرى متعاقدة، كما يجب أن يصدر الرضا بالتقدم إلى تحكيم المركز من قبل كلا الطرفين إذ يتعين أخيرا أن تكون المنازعة قانونية و متعلقة بالاستثمار.

أولا: أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة وأن يكون الطرف الآخر موطن أو (مواطنون) من دولة أخرى متعاقدة:

من مفهوم نص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن يتبين لنا أن كلا الطرفين يجب أن يكونا مؤهلين كأطراف بمعنى (أن تكون المنازعة بين دولة متعاقدة أو أي جهاز فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد الذي سبق وأن عين من قبل الدولة المتعاقدة إلى المركز وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة أيضا).

وعليه إذا كانت الدولة غير متعاقدة، أي أنها ليست بطرف في اتفاقية واشنطن فلا يجوز لها أن تصبح طرفا في إجراءات التحكيم تحت مظلة المركز[2].

[1] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ،ص 379.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص381.

كما أن هذه المعاهدة لا تسري إذا كان الطرفان من الأفراد الخاصة، ولا يمتد نطاقها إلى المنازعات التي قد تحدث بين الدول بعضها مع البعض الأخر و الواقع أن السبب في إخراج المنازعات بين الأفراد بعضهم مع البعض الآخر يكمن في أن المنازعات بين الأطراف الخاصة يمكن حلها من خلال النظم التحكيمية الوطنية أو الخاصة، أما المنازعات بين الدول بعضها مع البعض الآخر فهي تخضع للقانون الدولي العام[1].

أ. اشتراط أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة

إذ كانت الدولة غير متعاقدة أي غير طرف في اتفاقية واشنطن، فإنه لا يمكن لها أن تصبح طرفا في إجراءات التحكيم تحت إشراف المركز، إذا أنه نشب الخلاف حول ما إذ كان يجوز للدول غير المتعاقدة استعمال التسهيلات التي يقوم المركز بتقديمها بصفة وقتية أو عارضة، حيث استقر العمل على إمكانية منح الدول غير المتعاقدة هذه الرخصة دون إعطائها الحق في الوقوف كطرف في تحكيم المركز، وعليه يثور التساؤل عن متى تصبح الدولة طرفا متعاقدا في حكم الاتفاقية و على هذا الخصوص تقضي المادة 28 من الاتفاقية على أنها تدخل حيز النفاذ لكل دولة تقوم بإيداع وثيقة تصديقها وقبولها للمعاهدة بعد ثلاثين يوما من الإيداع[2].

إذ يجب على الدولة حتى تكون قادرة على التعبير عن قبولها باختصاص المركز، أن يكون المستثمر فيها تابعا لدولة قد صادقت على المعاهدة أو منضمة إليها، مع ضرورة توفر الرغبة من قبل هؤلاء الأطراف للخضوع لتحكيم المركز، وأن يكون المركز مختصا فعلا بالمنازعة، كما يتعين على الدولة أن تكون متعاقدة عند تقديم طلب التحكيم وبعكس ذلك على السكرتير العام الرفض، و تطبيقا لذلك فإن قضية Holiday Inns توضح هذه المسألة وتتلخص وقائع هذه القضية بأنه في عام 1966 تعاقدت المغرب مع شركة Holiday Inns

[1] جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، د.ط ،الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 1995. ص 18-19.

[2] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص151.

الأمريكية لبناء و تشغيل أربعة فنادق في دولة المغرب، على أن تقوم حكومة المغرب بتمويل هذا المشروع ومنح الشركة ضريبة معينة وتسهيلات في صرف العملات الأجنبية لتنفيذ الاتفاق المبرم بين الطرفين[1]، كما قامت شركة هولیداي انز بإنشاء شركة أخرى تابعة لها في سويسرا هي شركةclarus–Holiday–inns الشركة التابعة والتي وقعت أيضا على عقد الاستثمار المبرم بين الحكومة المغربية والشركة الأمريكية و عندما بدأت المشكلات الحالية للمشروع في الظهور، توقفت الحكومة عن دفع ديونها ورفضت منح Holiday inns التحويلات الخارجية، الأمر الذي أدى إلى توقفها عن العمل، حيث فشلت كل المحاولات لتسوية المنازعة وفي 22 نوفمبر 1971، بدأ ثمانية من المحكمين إجراءات التحكيم بالمركز ضد المغرب.

وأثناء الإجراءات أثارت المغرب دفعا بعد اختصاص المركز بنظر النزاع، لأن كل من المغرب وسويسرا لم يكونا أعضاء في الاتفاقية المنشئة للمركز عند ابرام اتفاق الاستثمار، وإن كان ذلك قد صار قبل تقديم المنازعة للمركز، واحتجت المغرب بأن التاريخ الذي يعتمد به لعضوية الدولة في الاتفاقية هو تاريخ عقد الاستثمار نفسه والذي يحتوي على شرط التحكيم، بينما تمسكت شركة هولیداي انز بأن التاريخ الذي يعتمد به لذلك هو تاريخ تقديم طلب التحكيم إلى المركز.[2]

فرفضت محكمة التحكيم دفع الحكومة المغربية، وعللت ذلك بأن الاتفاقية سمحت للأطراف بإنقاذ شرط التحكيم حتى و كان معلقا على استيفاء اجراء معين في المستقبل للانضمام للاتفاقية ، وإن التاريخ الذي ينظر إليه لاعتبار الدولة متعاقدة هو تاريخ تحقيق رضا الأطراف باختصاص المركز و قيام تلك الدولة بملء طلب التحكيم للمركز، وعليه اعتبرت

[1] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ، ص382.

[2] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ، ص383.

محكمة التحكيم أن شرط عضوية أطراف النزاع يجب أن تتحقق عند إحالة النزاع الى المركز و ليس عند إبرام عقد الاستثمار[1].

ب. المؤسسات والوكالات التابعة للدولة

لا يقتصر الاختصاص على الدول المتعاقدة فقط بل يمتد إلى المؤسسات والوكالات التابعة لهذه الدول إذ أن تعريف المؤسسات لا يقتصر على المحليات والبلديات الموجودة في بعضد الدول الإتحادية وإنما يشمل أيضا المؤسسات التي قد تتمتع ببعض الاستقلال عن الدولة في أدائها لأعمالها ، لكن ثار خلاف حول تعريف الوكالة، واستقرت وجهة النظر الغالبة على أن هذا الاصطلاح يعني أن الوكالة يجب أن تكون ممثلة عن الحكومة في الدول المعينة أو عن إحدى الهيئات التابعة لها، على أنه لا يشترط أن تكون الهيئة أو المؤسسة الطرف في المنازعة تابعة لأي فرع سياسي، كما يشترط أن تتمتع هذه الهيئة باستقلال أو بشخصية قانونية مستقلة تماما عن الحكومة[2].

ويجب على الدولة المتعاقدة أن تقوم بتعيين الوحدات الإدارية أو الوكالات التابعة لها لدى المركز حتى يحق لها المثول أمامه كطرف في نزاع مع المستثمر الأجنبي، إذ يجب أن يكون هذا التعيين بالطريقة الرسمية من قبل الدولة المتعاقدة، ويمكن القيام بعملية التعيين في أي وقت طالما أنه قد تم إخطار المركز بذلك قبل القيام بملأ طلب التحكيم[3]

أضف إلى ذلك أن المادة 3/25 من الاتفاقية تقضي بأن رضا المؤسسة أو الهيئة التابعة للدولة المتعاقدة بالاختصاص، أي أن قبول اختصاص المركز يتطلب موافقة دولة المؤسسة التابعة لها ، إلا إذ قامت هذه الدولة بإخطار المركز بأن موافقتها السابقة غير مطلوبة ، إذ أن موافقة الدول المتعاقدة على إخضاع المؤسسة أو الهيئة التابعة لها لاختصاص المركز

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه ، ص383.

[2] جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق ، ص22.

[3] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ،ص 383.

يمكن أن تأخذ أشكالا عديدة فهذه الموافقة يمكن أن تكون على شكل شرط موجود في اتفاق الدولة المتعاقدة، بمقتضاه توافق على إمكانية تقديم المنازعات الناشئة إلى المركز بواسطة هذه المؤسسة أو الهيئة، كما يمكن أن تأخذ تلك الموافقة شكل وثيقة تحتوي الرضا على التقديم الى المركز بواسطة المؤسسة أو الهيئة ، و صحة هذه الموافقة تكون خاضعة لرقابة المركز لأنها تمس اختصاصه بنظر المنازعة، و على كل الأحوال بإمكان الدولة المتعاقدة أن تقوم بسحب موافقتها على خضوع المؤسسة أو الهيئة التابعة لها لاختصاص المركز في أي وقف[1].

ج. اشتراط أن يكون الطرف الآخر مواطنا من دولة أخرى

لا يجوز أن يكون الطرف الآخر في التحكيم أو دولة أخرى متعاقدة أو غير متعاقدة أو بإحدى هيئاتها أو مؤسساتها تحت مظلة المركز، كما لا يجوز أن يكون طرفا آخر في تحكيم المركز أي مستثمر أجنبي ينتمي إلى دولة أجنبية غير متعاقدة، فهذا الأخير لا يجوز له أن يكون منتميا إلى نفس الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار أي أنه، يتمتع بجنسية هذه الدولة[2].

كما أن اتفاقية التحكيم أثبتت مفهوما واسعا لعبارة مواطن من دولة أخرى باعتبار أن هذا المواطن قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا معنويا، حيث أنه بإمكان الشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول المتعاقدة أن يطلب التحكيم في ظل المراكز إذ أن شرط الجنسية لا بد أن يتوافر في تاريخين:

أ. في التاريخ الذي يرضى فيه الأطراف تقديم النزاع إلى المركز.

ب. في التاريخ الذي يسجل فيه الطلب لمعرفة السكرتير العام للمركز.

ويجب أن تتوافر الجنسية للشخص الطبيعي خلال هذين التاريخين معا، إذ أن الحصول على الجنسية لأحدهما فقط دون الأخر ليس بالأمر الكافي لكي يصبح النزاع خاضعا

[1] جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق ، ص24-25.

[2] خالد كمال عكاشة ،المرجع السابق ، ص384.

لاختصاص المركز، علاوة على هذا فإن الشخص الطبيعي يجب أن يذكر صراحة عدم تمتعه بجنسية الدولة الأولى الطرف في النزاع عند تقدمه إلى المركز.

والواقع أن الانصياع لهذه القاعدة من شأنه أن يدفع بالسكرتير العام للمركز لرفض تسجيل الطلب باعتباره أن شرط الجنسية يستهدف تجنب أي اشتراطات اصطناعية يمكن من خلالها للشخص الطبيعي التواصل إلى اختصاص المركز كأن يقوم على سبيل المثال بتغير جنسيته لكي يصبح داخلا في اختصاص المركز[1]، أما بالنسبة للشخص الاعتباري فقد نصت اتفاقية واشنطن على أنه لكي ينعقد اختصاص المركز للنظر في المنازعة التي يكون أحد طرفيها شخصا اعتباريا أن يتمتع هذا الأخير بجنسية أية دولة عضوة في الاتفاقية غير الطرف في النزاع، كما يجب أن يتوفر شرط الجنسية بالنسبة للشخص الاعتباري في التاريخ الذي ترضى فيه الأطراف اللجوء للتحكم تحت مظلة المركز، ولا يؤثر في انعقاد اختصاص محاكم المركز للنظر في النزاع حدوث أي تغيير لاحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري إذ أن الأمر الأفضل بالنسبة للأطراف هو أن يقوموا بتحديد جنسية الشخص الاعتباري صراحة في عقد الاستثمار أو في اتفاق التحكيم [2] .

تجدر الإشارة أن الأحكام الصادرة من قبل هيئات التحكيم قد اتجهت نحو توسيع مفهوم الأشخاص المعنوية لإمداد أطراف النزاع بالحماية التي تفرضها الاتفاقية وانتقلت إلى تجاه أقل شدة، وبالتالي تمكن المركز من حل أكبر قدر من المنازعات المتعلقة بالاستثمار[3].

ثانيا: أن تكون المنازعة قانونية ومتعلقة بالاستثمار

إن أهم شرط لعرض أي نزاع أمام المركز هو أن تكون المنازعة متعلقة أو متصلة بحق أو بالتزام قانوني كأن يتعلق الأمر بتطبيق بنود اتفاق الاستثمار بين أطرافه أو من خلال

[1] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، 25-26.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص385.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه ص387.

تفسيره أو الاعتداء على حق ما تقرره اتفاقية استثمار الثنائية بين الدول المضيفة ودولة المستثمر، كما يجب أن تكون ناشئة بطريقة مباشرة من عقد الاستثمار[1]، ولقد تركت الاتفاقية لأطراف النزاع سطلة تقديرية واسعة في تقرير ما إذا كانت معاملة أو صفقة ما قد تعتبر استثمارا[2].

غير أن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للأطراف ليست بالمطلقة، لذلك يمكن لمحكمة التحكيم تحت مظلة المركز أن تحكم بأن أي صفقة معينة لا تشكل استثمارا[3]، وعليه فإن هذا الشرط يستلزم توافر عنصرين:

أ- أن تكون المنازعة قانونية ب- أن تنشأ مباشرة عن الاستثمار

إذ أن الاتفاقية تستوجب ضرورة وجود رابطة مباشرة وواضحة بين النزاع واستثمار معين، باعتبار أن النزاع الذي يدخل ضمن اختصاص المركز هو النزاع المتعلق بوجود حق أو التزام أو تحديد مدى هذا الالتزام أو من خلال تحديد النتائج المترتبة على الالتزام القانوني ومدى الترضية المستحقة على ذلك[4].

أ. أن تكون المنازعة قانونية:

يرى الفقه أن المقصود بتعبير (نزاع قانوني)' هو النزاع بين الأطراف حول حقوق والتزامات كل منهما في اتفاق الاستثمار، مثل المنازعات التي تتعلق بعدم الوفاء بالالتزامات، تفسير الاتفاق، نزع الملكية، التعويض، فيجب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الاستثمار والنزاع القانوني الناشئ عنه، وعليه فإن المركز لا ينظر إلا في المنازعات القانونية[5].

---

[1] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص33.

[2] ان اتفاقية واشنطن نفسها لم تعرف ولم تحدد المقصود بالاستثمار ولهذا فإن أطراف المنازعة هم الذين يقومون بتحديد ما إذا موضوع عقدهم يمثل استثمارا.

[3] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص34.

[4] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص34.

[5] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ،ص388-389.

ب. أن تكون المنازعة ناشئة مباشرة عن الاستثمار

تناولت اتفاقية المركز مصطلح الاستثمار من خلال نص المادة 1/25 إلا أنها لم تعطي تعريفا له إذ يبدو لنا أن عدم وضعها لهذا الأخير كان أمرا مقصودا، باعتبار أنه في العصر الحديث قد تنوعت المعاملات بين الأطراف الخاصة وكذا الهيئات الأجنبية العامة بشكل يحول دون امكان وضع تعريف محدد للاستثمار، فمن هنا يتبين لنا أن تعمد الاتفاقية إغفال إيراد تعريف محدد للاستثمار يتيح للأطراف حرية كبيرة في تحديد فئة المنازعات التي ترغب في عرضها على المركز، وبصفة عامة لكل دولة حرية تقديم بعض منازعات الاستثمار أو فئة منها إلى المركز واستبعاد فئات أخرى، وتطبيقا لهذا هنالك بعض الدول قد مارست هذه الرخصة، فقد أعلنت المملكة العربية السعودية عن استبعاد منازعات الدول من نطاق اختصاص المركز[1].

الفرع الثالث: توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار

يعتبر التحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أكثر الخدمات استخداما من بين الخدمات التي يقدمها المركز وكما هو الحال بالنسبة لسائر أشكال التحكيم الدولي الأخرى لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بموجب اتفاقية المراكز إذا لم يوافق الطرفان كتابيا على ذلك، إذ أن المادة 1/25 من الاتفاقية علقت اختصاص المركز بنظر النزاعات الاستثمارية التي تنشأ ما بين الدول الأطراف في الاتفاقية ورعايا الدول الأخرى الأعضاء في الاتفاقية على شرط واقف وهو موافقة أطراف النزاع كتابة على اللجوء إلى التحكيم تحت مظلة المركز[2].

[1] خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ،ص 389.

[2] منى بوختالة ، المرجع السابق ، 149.

فهذه السمة الاختيارية تتجسد إما في صورة شرط تحكيم يرد ضمن بنود عقد الاستثمار، أو في صورة مشارطة تحكيم تتخذ شكل اتفاق مكتوب يكون مستقل عن العقد الأصلي بحيث يتفق بمقتضاه الأطراف على إحالة النزاع الذي يثور بينهم إلى التحكيم وفق قواعد المركز.

كما تجدر الإشارة أنه خلال العقدين الأولين من حياة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كان تحكيم المركز ملتزما بوجود شرط أو مشارطة التحكيم لعقد الاختصاص لهيئات تحكيمية، إلا أنه لوحظ خلال السنوات الأخيرة اتجاه هذه الهيئات إلى التوسع في تفسير السمة الاختيارية المذكورة في فحوى المادة 1/25 من الاتفاقية، إذ اكتفت لتقرير اختصاصها في نظر هذه القضايا بوجود نص إلى تحكيم المركز إما في تشريع وطني للاستثمار في الدولة المضيفة أو في اتفاقيات الاستثمار وهذا في حالة ما قام المستثمر الأجنبي باللجوء إلى طلب التحكيم أمام المركز استنادا إلى أن التراضي في هذه الحالة غير معدوم إذ أن الدولة حين نصت في تشريعها الوطني أو في اتفاقية الاستثمار إلى إحالة نزاعات إلى تثور بينها وبين المستثمر الأجنبي إلى تحكيم المركز تكون قد أعطت الموافقة والرضا مرة واحدة في قبول التحكيم، ففي حالة ما وافق المستثمر الأجنبي على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالتحكيم يكون قد حصل التلاقي ما بين العرض والقبول لأن المستثمر في دعواه يعلن قبول عرض الدولة المضيفة الوارد في تشريعها الوطني أو من خلال اتفاقية الاستثمار وعلى هذا الأساس يتحقق التراضي[1].

وعليه فقد اتجهت هيئات تحكيم المركز في الآونة الأخيرة إلى أنه يمكن إعطاء الموافقة على التحكيم بوجه عام من خلال البدء في إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة للاستثمار بموجب جل البنود الواردة في قوانين الاستثمار واتفاقيات الاستثمار الثنائية[2].

أولا: التحكيم في منازعات الاستثمار بناءا على تشريعا الاستثمار الوطنية

[1] منى بوختالة، المرجع السابق ، ص150.

[2] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، 163.

منذ ابرام اتفاقية واشنطن عام 1695, قامت العديد من الدول بإتباع هذا الاقتراح إذ أدرجت أكثر من ثلاثين دولة في تشريعاتها الداخلية للاستثمار بنودا تشمل على تلك العروض أو الموافقات، بغية جذب أكبر قدر من الاستثمارات الأجنبية من خلال توفير ضمانة إضافية للمستثمرين الأجانب.

كما أن هذه التشريعات قد تتضمن بنودا تشير بشكل صريح إلى أن النزاع الذي ينشأ ما بين الأطراف حول تفسير أو تطبيق قانون الاستثمار ذو الصلة لا بد أن يخضع للتحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز أو لقواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز إذا كان أحد الطرفين دولة متعاقدة في المركز، كما أن هذه التشريعات قد تحتوي على بنود ليست واضحة لكن يمكن الاستدلال من خلالها على قبول الدولة لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كأن تتضمن القوانين الوطنية مثلا النص على أن المستثمر الأجنبي له الحق أن يطلب عرض النزاع على عدد من الجهات من بيها التحكيم المركز[1].

وقد استندت هيئات تحكيم المركز لبسط اختصاصها بفض منازعات الاستثمار التي تنشأ بين هذه الدول وكذا المستثمرين الأجانب على النصوص التي سبق ذكرها، مبررة ذلك بأن مثل هذه النصوص تعتبر إيجابا من قبل الدولة المضيفة للاستثمار وتصبح رضاء باختصاص المركز إذ أعلن المستثمر الأجنبي قبوله ورغبته في الاستفادة من هذا الشرط، إذ أن المركز قد سجل في نهاية السنة المالية 2003 ثلاث قضايا جديدة بدون اتفاق تحكيمي استنادا إلى تشريعات الاستثمار الوطني[2] وعليه فإن قضيةSouthen Pacific propriété ضد مصر تعتبر أول قضية قد أثيرت فيها مسألة اختصاص المركز استنادنا إلى التشريع الداخلي، حيث قبل لأول مرة أن يقوم شخص خاص بإقامة دعوى تحكمية ضد دولة ما استنادا إلى التشريع الوطني لهذه الدولة.

[1] منى بوختالة، المرجع السابق ،151.

[2] منى بوختالة، المرجع نفسه ،152.

وعليه فإن وقائع هذه القضية تتمثل " في اتفاق استثمار أبرم بين شركة (spp) وهي شركة تتبع بجنسيتها (هونغ كونغ) وبين الحكومة المصرية 14 أفريل 1988، بهدف إنشاء مجمعات سياحية في منطقة أهرمات الجيزة، وطبقا لبنود هذا الاتفاق تعهدت الحكومة المصرية بتوفير الأرض اللازمة لإقامة المشروع كما أنه صدر وفق لقوانين الاستثمار المصرية ومن بينها قانون الاستثمار رقم43 لسنة 1974[1].

إذ استند طلب التحكيم إلى نص المادة 8 من هذا القانون والتي تنص على أنه:" تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت اليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 في الأحول التي تسري فيها"[2]

فقد رفضت مصر بأن الفقرة المتعلقة باتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارية غير كافية بذتها، بمعنى أنه لا بد من وجود اتفاق مستقل مع المستثمر، إذ ترى أن القانون رقم 43 لسنة 1974 هو قانون غامض وغير صريح فيها يتعلق بقبول التحكيم بموجب اتفاقية المركز، فالهدف من المادة هو التنويه فقط إلى أن تحكيم المركز يعتبر واحد من بين عدة طرق يمكن الاحتكام إليها بعد الاتفاق مع الحكومة المصرية.

كما أن هيئة التحكيم رفضت فكرة أن المادة الثامنة لا تعني شيئا سوى التلميح برغبة مصدر المبدئية في التفاوض على اتفاق القبول، إذ لا يوجد في التشريع ما يلزم بوجود مظهر أو شكل إضافي للقبول بتحكيم المركز، وأعلنت أنه: "على أساس الاعتبارات السابقة فإن الهيئة ترى أن المادة الثامنة من القانون رقم 43 تضع عددا من الإجراءات الملزمة

---

1 يمينة حسيني، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير، تحت اشراف : اقلولي صفية ،قانون التعامل الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ن تيزي وزو ، 2011/12/08. صص73-74.

2 قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974.

لفض النزاع و تمثل قبولا كتابيا صريحا بتحكيم المركز، و ذلك حسبما ورد في اتفاقية واشنطن فيما يتعلق بتلك الحالات التي لم يتم الاتفاق فيها على طريقة محددة لسوية النزاع أو التي لا يوجد بشأنها معاهدة ثنائية ملزمة"، و نظرا لأن الطرفين المتنازعين لم يتفقا على وسيلة محددة لفض النزاع كما لم تبرم بينهما أية اتفاقية ثنائية فإن هيئة التحكيم ترى أن المادة 8 من القانون رقم 43 كافية لإثبات مشروعية الإحالة إلى المركز لتسوية النزاع.[1]

وبهذا فقد فتحت هيئة التحكيم التي أعلنت أنها مختصة بالفصل في القضية على أساس تشريع الاستثمار المحلي لدولة مصر الباب أمام توسع اكبر في تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بغية تغطية الحالات أو القضايا التي جاءت خالية من اتفاق التحكيم.[2]

ثانيا: التحكيم في منازعات الاستثمار بناء على اتفاقيات الاستثمار الثنائية

لقد عمدت العديد من بلدان العالم الثالث إلى إبرام اتفاقيات الاستثمار الثنائية رغبة منها في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر، إذ أن هذه الاتفاقيات تتضمن عدة شروط مثال ذلك، عدم التميز في المعاملة ، حظر الحصص المتعلقة بالاستيراد و التصدي ومبدأ عدم التدخل في العلاقات التعاقدية....الخ

ومع نهاية عقد الستينات من القرن العشرين تم توقيع 65 اتفاقية مماثلة وقد اشتملت غالبية هذه الاتفاقية على بنود تنص على تسوية النزاعات التي يمكن أن تثور بين الأطراف في حين لم تشتمل على بنود تنص على تسوية النزاعات التي يمكن أن تثور بين احدى الدولتين المتعاقدتين ومواطني أو شركات الدولة المتعاقدة الأخرى[3].

[1] يمينة حسيني ، المرجع السابق، ص ص 168-169.

[2] منى بوختالة، مرجع سابق، ص153.

[3] منى بوختالة، مرجع نفسه، ص 154.

إلا أن بعد توقيع اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي أنشأت المركز الدولي منازعات الاستثمار بدأت تكثر الإشارة إليها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية، وهذا استنادا إلى أنه قد ورد في تقرير المديرين التنفيذيين للبنك الدولي المصاحب لإنشاء الاتفاقية أن التراضي يمكن أن يتم على سبيل المثال في اتفاقيات الاستثمار الثنائية بإحالة الخلافات التي تنشأ بين دولة طرف في الاتفاقية ومواطني دولة أخرى طرف فيها إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

فقد شهد إبرام أول اتفاقية استثمار ثنائية تشمل على القبول من جانب كل دولة طرف على إخضاع المنازعات التي تثور بينها وبين مواطني الدولة الطرف الأخرى لقضاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عام 1969، إذ أبرمتها الحكومة الإيطالية مع دولة تشاد في يونيو من نفس العام.

وخلال السنوات الأخيرة كان هنالك تزايد جد كبير في أعداد هذه الاتفاقيات الثنائية، حيث لا تكاد توجد دولة من دول العالم سواء كانت متقدمة أو نامية إلا وكانت طرفا في اتفاقية واحدة أو أكثر ، كما أن معظم هذه الاتفاقيات الثنائية تتضمن عدة شروط لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن دولة عضو في الاتفاقية ومستثمر من رعايا الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية، إلا أن الأغلبية السائدة من بين هذه الاتفاقيات تتضمن شروط جواز الالتجاء إلى واحد أو أكثر من قواعد أو مراكز التحكيم المحددة في الاتفاقية، وفي معظم هذه الاتفاقية تتم الإشارة إلى واحدة أو أكثر من أشكال التحكيم التي يدبرها المركز والتحكيم بموجب قواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز[1].

ومما لا شك فيه أن هذا الكم الهائل من اتفاقيات الاستثمار الثنائية وما ورد فيها من قبول للتحكيم بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، قد أدى إلى توسع اختصاص المركز من خلال السماح للأفراد أو الشركات الخاصة باللجوء مباشرة

[1] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 172، 173.

إلى التحكيم ضد الدولة دون الحاجة إلى اتفاق تحكيم مسبق، حيث اعتبرت هذه الشروط أساسا يستند إليه التحكيم في العديد من قضايا المركز[1].

ففي نهاية عام 2003 قد بلغ عدد القضايا المسجلة لدى المركز والتي تم الاستناد فيها إلى اتفاقيات الاستثمار الثنائية 47 قضية، ويعتبر الحكم الصادر في النزاع بين شركة المنتجات الزراعية المحدودة من هونغ كونغ AAPL وجمهورية سيريلانكا أول حكم يؤسس اختصاص هيئة تحكيم المركز استنادا إلى وجود نص في اتفاقية استثمارية ثنائية يحيل إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

أما على المستوى الوطني فيمكن أن نتطرق إلى اتفاقية الجزائر وفرنسا فيما يخص تشجيع حماية الاستثمار الذي تضمنته المادة 8 من الاتفاقية فقد بينت أن النزاع والخلاف بين الطرفين إذا لم يسوى في مدة 6 أشهر يرفع إما للمحكمة المختصة، وهي المحكمة الجزائرية، أو يحال إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

كما تطرقت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في نصوصها إلى ضمان المخاطر غير التجارية من طرف الدولتين المتعاقدتين، فتحدثت عن استفادة المستثمر الذي يتعرض لخسائل من جراء الحرب، أو أي نزاع مسلح آخر كثورة أو حالة طوارئ وطنية أو ثورات تقوم على إقليم أو منطقة بحرية من معاملة لا تقل امتيازا عن تلك الممنوحة لمواطني الدولة المضيفة أو لشركائها أو أولئك الذين ينتمون للدولة الأكثر رعايا وتسوى منازعات الاستثمار في إطار هذه الاتفاقية باللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وإلى المحكمة التحكيمية التي تنشأ لهذا الغرض وتتشكل باتفاق الطرفين أما في حالة عدم الاتفاق ينتدب رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية الدولية بستوكهولم للقيام بالتعينات المطلوبة.[2]

[1] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق، ص 174 – 175.

[2] منى بوختالة، مرجع سابق، ص ص 157، 156.

خاتمة

خـــــــاتمة:

لقد شهد العالم تحولاً واسعاً في طبيعة الأنشطة التجارية والاقتصادية ومن أجل مواكبة هذا التحول كان لزاما أن يتطور البناء القضائي الذي أصبح بحاجة إلى أعوان متخصصين في مختلف النشاطات للبث فيها يعرض عليهم منازعات تلك الأنشطة خصوصا المتعلقة بالتجارة العابرة للحدود، مما فسح المجال لنظام التحكيم التجاري الدولي ليصبح القضاء الطبيعي في مجال الاستثمار خصوصا عقود التنمية الاقتصادية التي يكون طرفاها متمايزان في المراكز القانونية.

ومن خلال هذه الدراسة لنظام التحكيم التجاري الدولي في مجال تسوية منازعات عقود الدولة، وكذا إلقاء نظرة على بعض التشريعات التي تبنت هذا النظام، ومن بينها المشرع الجزائري الذي كرس هذا النظام من خلال القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، يتبين أن هذا النظام قد أصبح جد شائع لما يوفر من أمان للمستثمر الأجنبي من جهة ولأنه يواكب التطور الهائل في العلاقات الاقتصادية وكذا التجارية من جهة أخرى إذ انتشر استخدامه أكثر من أي وقت مضى باعتباره وسيلة مثلى فعالة وطريق بديل لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذه الأنشطة الاقتصادية العابرة للحدود.

وعليه يمكن إجمال النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة في:

1. التحكيم صورة من صور القضاء الخاص الاتفاقي يهدف إلى عرض النزاع على هيئات من غير جهات القضاء العادي ليفصلوا فيه.
2. نظام التحكيم يجسد مبدأ سلطان الإرادة في أسمى صوره حيث يمنح الأطراف حرية اختيار من يقوم بحل مشاكلهم وكذا القانون الواجب التطبيق على الموضوع والإجراءات.
3. يتمتع نظام التحكيم بالعديد من المزايا والامتيازات التي تلعب دوراً بارزاً من خلال العمل على تسهيل إجراءاته والتحرر من أي شكليات أو معوقات من شأنها أن تعيق مساره، إذ أن هذه المزايا تقوم على دعم التجارة العبر دولية على أوسع نطاق ممكن، وتستجيب

للأطراف المتعاقدة من خلال تحقيق رغباتهم والعمل على حل كافة النزاعات التي تقوم بينهم.

4. يعمل نظام التحكيم على الفصل في النزاع المعروض عليه بأقصى سرعة ممكنة وفي سرية تامة.
5. إن نجاح نظام التحكيم ونجاعته في مجال الاستثمار مرهون بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين المستثمر الأجنبي وضماناته وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للبلدان المضيفة للاستثمار.
6. يلعب المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دوراً بارزاً في ضمان فعالية العملية التحكيمية من خلال توسيع مجال اختصاصه ليشمل التحكيم بناء على التشريعات الوطنية واتفاقيات الاستثمار الأجنبية.
7. التحكيم التجاري الدولي ضمانة إجرائية هامة لتشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية.
8. من اللازم والضروري تطوير نظام التحكيم وبالخصوص في الجزائر بما يتوافق مع طبيعة وروابط الاستثمار وخصوصية عما ينجم عن هذا الأخير من منازعات.

من خلال النتائج المتوصل إليها يمكن اجمال القول أن نظام التحكيم التجاري الدولي يعتبر الوسيلة المثلى لفض المنازعات الناشئة عن عقود الدولة الاقتصادية لما يتمتع به هذا النظام من مزايا ولما يوفره من جو مناسب يبعث الراحة في نفوس المستثمرين مما يجعله ضمانة إجرائية هامة تسعى جميع الدول لتضمينها في قوانينها الداخلية من أجل جذب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات بقصد دفع عجلة التنمية الاقتصادية، بناءا على ما سبق يمكن تقديم بعض التوصيات والمقترحات التي من شأنها تحقيق فعالية أكثر لنظام التحكيم التجاري الدّولي، والتي يمكن أن نجملها في ما يلي:

1. ضرورة الاهتمام بوضع أنظمة قانونية والتشجيع على إنشاء هيئات للتحكيم من أجل إعطاء فرصة للدول خاصة النامية وتسهيل لجوئها لهذا النظام.

2. ضرورة بذل العناية القصوى من قبل الأطراف المتنازعة عند اختيار المحكمين، إذ يجب الحرص على اختيار أحسن المحكمين الذين تكون لديهم الخبرة الكافية لإصدار أحكام سليمة في المنازعات المعروضة عليهم.
3. يجب العمل على إجراء عدة دراسات وملتقيات حول هذا النظام وبالخصوص في مجال الاستثمار سواء على المستوى الوطني أو الدّولي بغية تبادل الخبرات والأخذ من تجارب الدول السابقة في تبني هذا النظام.
4. ضرورة حرص الأطراف المتنازعة وتجنبها الوقوع في عدة ثغرات خاصة عند اختيارها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.
5. على المشرع الجزائري وضع تقنين خاص بالتحكيم التجاري الدولي ومستقل عن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا تنظيم التحكيم في إطار المؤسسات الإقليمية الدّولية ليكون ضمانة إجرائية للمستثمرين وعاملاً شاملاً للاستثمار في الجزائر.

قائمة المصادر والمراجع

قـــــــــــــــــــــــائمة المصادر و المراجع:

الـــــقرآن الـــــكريم

I. قـــــائمة الكتب:

- أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة القاهرة، ط1، د ت.
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية– دراسة مقارنة –، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2006.
- أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005.
- أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وأجزائه (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011.
- اسكندر أحمد، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم4، جامعة الجزائر، 1999.
- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1 ،2009.
- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، د.ط، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 1995.
- حسن المصري، التحكيم التجاري الدوي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر 2006.
- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات الاستثمارات الأجنبية، الطبعة الأولى، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1995.
- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008.
- سراج حسين، محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- شير زاد حميد هروري، منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، ط1، 1990..
- عبد الحميد الأحدب، التحكيم الدولي ومصادره، الطبعة الأولى، مؤسسة نوافل، لبنان، 1990.
- عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، ا لطبعة الأولى، 1991.
- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقوانيين المقارنة، دار هومة الجزائر، 2012.
- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان.
- محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، العربية، مصر، 2007.
- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
- نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.

II. المـــــذكرات والمجـــــلات:

- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير، تحت إشراف عبد الحفيظ كاشود، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2013، 2014.
- القضية التحكيمية رقم 95 لسنة 1997 جلسة 1998/3/12 مجلة التحكيم العربي، العدد الأول.
- يمينة حسيني، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير، تحت اشراف: اقلولي صفية، قانون التعامل الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2011/12/08.

III. القوانـــــين:

- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعيا الدول الأخرى الموقع عليها بواشنطن في 17 مارس 1965، الموافق عليها بموجب أمر رقم 04/95، المؤرخ في جانفي 1995, ج ر، العدد7 لسنة 1997، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995, ج ر، العدد 65، لسنة 1995.
- اتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري الدولي العام، لعام 1961.
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958، المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها.
- قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم:4496 بتاريخ 2001/07/16.
- قانون التحكيم العراقي.
- قانون التحكيم المصري.
- قانون التحكيم اليمني.
- قانون اليونسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي، عام 1985 من التعديلات التي اعتمدت في 2006، منشور على الموقع الالكتروني، www.unictral.org .

- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، ج ر، العدد21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.
- المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 29 أبريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-14، المؤرخ قي 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد27 الموافق ل 27 أبريل 1993.
- قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974.

IV. المراجع باللغة الأجنبية:

- Antoine kassis problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, I.G.D.I Paris,1987.
- Philip fauchard, l'arbitrage international, volume II librairie dallaz, Paris 1965.
- Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U. ALG ,1999.

V. المـــــداخلات:

- بومعزة فاطمة، التحكيم التجاري الدولي، مداخلة بالملتقى الوطني للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، مارس، 2010.

الفهرس

الفهرس:

تشكـــــرات:

إهـــــــداء:

مـــــــــقدمة:..... 6

الفصل الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي:..... 6

المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي:..... 6

المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري: 7

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي لغة واصطلاحا:..... 7

الفرع الثاني: تعريف الفقه للتحكيم التجاري الدولي:..... 10

الفرع الثالث: تعريف القضاء للتحكيم التجاري الدولي: 11

المطلب الثاني: الطابع التجاري والدولي للتحكيم:..... 13

الفرع الأول: الطابع التجاري للتحكيم الدولي: 13

الفرع الثاني: الطابع الدولي للتحكيم:..... 13

الفرع الثالث: معيار دولية التحكيم التجاري في القانون الجزائري: 16

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وصوره في عقود الدولة: 16

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم: 16

الفرع الثاني: شكل اتفاق التحكيم في عقود الدولة: 19

المبحث الثاني: أنواع التحكيم وما يميزه عن غيره من النظم المشابهة له 24

المطلب الأول: أنواع التحكيم التجاري الدولي:..... 24

الفرع الأول: من حيث إدارة المحتكمين وحرية المحكم وسلطاته..... 24

الفرع الثاني: من حيث طبيعة العقد والتقيد بالإجراءات القضائية. 26

الفرع الثالث: من حيث المعاملات (التحكيم الالكتروني)..... 28

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة له..... 28

الفرع الأول: التحكيم والقضاء..... 28

الفرع الثاني: التحكيم والصلح 29
الفرع الثالث: التحكيم والتوفيق والوساطة 29
الفرع الرابع: التحكيم والخبرة 29
الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة مثلى لتسوية منازعات عقود الدولة الاقتصادية: 31
المبحث الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم التجاري في عقود الدولة والمبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم التجاري الدولي: 32
المطلب الأول: مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الدولة الاقتصادية:..... 32
الفرع الأول: سرعة إجراءات التحكيم: 32
الفرع الثاني: السرية ميزة خاصة ينفرد بها التحكيم: 34
الفرع الثالث: طبيعة هيئة التحكيم المتخصصة وقلة التكاليف: 36
الفرع الرابع: انعدام الثقة في المحاكم الوطنية للدول المضيفة للاستثمار: 37
المطلب الأول: المبادئ الأساسية لضمان فعالية التحكيم التجاري الدولي: 40
الفرع الأول: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي:..... 40
الفرع الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص 42
المطلب الثاني: المبادئ المكملة لضمان فعالية التحكيم التجاري الدولي..... 44
الفرع الأول: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة..... 44
الفرع الثاني: مبدأ عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية في جانب أحد الأطراف: 46
المطلب الثالث: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي..... 49
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على التحكيم ودور المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي 52
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم..... 53
الفرع الأول: حالة اتفاق أطراف النزاع على اختيار قانون اتفاقي..... 54
الفرع الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات. 58
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. 59
الفرع الأول: تطبيق قانون الإرادة. 59

الفرع الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع..... 65

المطلب الثاني: المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي..... 70

الفرع الأول: خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي 71

الفرع الثاني: شروط انعقاد المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي..... 77

الفرع الثالث: توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار..... 85

خـــاتمة: 93

قـــــــــــــائمة المصادر و المراجع: 97