الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة د. الطاهر مولاي –سعيدة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

التحكيم التجاري الدولي والعقود الإقتصادية للدولة

مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون اقتصادي

من إعداد الطالب:
مباركي عادل

تحت إشراف الأستاذ:
الدكتور بن أحمد الحاج

لجنة المناقشة:

– عثماني عبد الرحمان	أستاذ محاضر ب	رئيسا
– بن أحمد الحاج	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
– حمامي الميلود	أستاذ محاضر ب	عضوا مناقشا
– خالد بن عفان	أستاذ محاضر ب	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2016/2015

شكر وتقدير

احمد الله عز وجل الذي انعم علينا بنعمة العقل والعلم وعلى كل من أمدني بالعزيمة والإرادة لإتمام هذا العمل.

ثم أتوجه بخالص شكري وتقديري وعظيم امتناني إلى الأستاذ الدكتور الحاج بن احمد على تكرمه بالإشراف على مذكرتي، وتقديمه لي النصيحة والمشورة ومنحه لي من علمه و وقته الثمين ما يعجز القلم عن الوفاء به، فكانت توجيهاته وإرشاداته سندا وعونا لي خلال إعدادي لهذا البحث، له مني عظيم الشكر والامتنان.

كما أتوجه بالشكر ذاته الى أساتذة عثماني عبد الرحمان، والأستاذ حمامي ميلود والأستاذ بن عفان خالد، على قبولهم لمناقشة هذه المذكرة، على الرغم من انشغالاتهم العلمية والإدارية، لهم عظيم الشكر والامتنان.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزيل لجميع الموظفين في قسم الحقوق ومحافظة المكتبة والموظفين القائمين عليها على تقديم يد العون لي في انجاز مذكرتي والتي تشرفت صدقا بالانتساب اليها، والذين لم يدخروا جهدا من اجل تيسير الإجراءات الإدارية طيلة دراستي حتى إيداع المذكرة فلهم مني جزيل شكر والاحترام والمودة.

جزا الله عنا الجميع أوفر الجزاء.

إهداء

عَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مَنْ صَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافِئُوهُ ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَا تُكَافِئُونَهُ، فَقُولُوا لَهُ جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا) . رواه الترمذي 2035

اهدي هذا العمل الى من أطلب رضاهما ما حييت ....

الى من وهبوني نور الحياة فأناروا دربي ....

الى القلوب التي تخفق حولي حبا أبدا....

الى الورود التي تحيط بي وتبعث في نفسي الامل....

على من كانوا ومازالوا شمس حياتي وبلسم جروحي....

إخوتي، أصدقائي وأحبتي سمير ومولاي وزين العبدين وعبد الحق وعبدالقادر وعلي ومُحَمَّد وبخالد وإسماعيل وكل زملائي وزميلاتي

المقدمة:

لقد أدت التطورات المتلاحقة على صعيد التجارة الدولية إلى ظهور ما يعرف بعقود الدولة، التي أثارت حولها الكثير من المشاكل القانونية سواء فيما يتعلق بالاختصاص القضائي أو حول القانون الواجب التطبيق عليها.

وبالرغم من أن عقود الدولة ليست عقودا من العقود المسماة التي لها تنظيم خاص، بل إنها طائفة منح العقود التي جعل لها الفقه تمييزا عن غيرها هذه التسمية هذه الفئة من العقود، وإن اختلفت في مسمياتها ومضامينها وطرق إبرامها، إلا أنها تشترك في الكثير من الأحكام، لعل أهمها أنها تشكل أداة أساسية لا غنى للدول النامية عنها في تحقيق تنميتها الاقتصادية خاصة في وقتنا الحالي.

ولعل استخدام العديد من الدول النامية لعقود الدولة كإحدى الأدوات الهامة لتحقيق أهداف خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، جعل منها محل اهتمام الكثير من رجال القانون، بل أكثر من ذلك حيث تجاوزت هذه العقود نطاق الدول النامية ولم يعد استخدامها مقصورا عليها فامتد إلى أكثر دول العالم تقدما فاستخدمتها في بعض أوجه أنشطتها مما جعل الفقه يسميها "عقود التنمية الاقتصادية " على اعتبار أنها تساعد الدول على تنفيذ خططها الاقتصادية والاجتماعية حين تقبل على إبرامها.

فلهذه العقود دورا كبيرا في التأثير على الاقتصاد القومي لكل من الدول النامية الدول المتقدمة التي يتبعها المشروع الأجنبي، فهي تؤدي دورا هاما في اقتصاديات الدول النامية و الغنية على حد سواء .

وإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانون الداخلي تثير العديد من المشاكل، فإن المشاكل التي تثيرها تلك العقود التي تبرمها الدولة تتعقد أكثر في إطار العلاقات الدولية مع المتعاقد الأجنبي، أكثر ذلك أن مصطلح عقود الدولة وإن تقاطع مع مصطلح العقود الدولية، إلا أن عقود الدولة تتميز بخصوصية عدم التكافؤ في المراكز القانونية لأطرافها وفي إمكاناتهم الفعلية، إذ تبرم عقود الدولة بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو بواسطة إحدى هيئاتها العامة او التي تعمل لحسابها، وبين الشخص الأجنبي، وغالبا ما يكون شركة خاصة او متعددة الجنسيات، بقصد القيام بعملية تهدف الى استغلال ثروة طبيعية عبر انشاء مشروع استثماري، في مقابل يتم الاتفاق عليه بين الطرفين سواء كان مبلغا من المال، أم حصة من الثروة المستخرجة، أو نسبة من الأرباح المتحصلة، حيث أنه من الأشكال السائدة لعقود الدولة تلك المتعلقة بالتنمية الاقتصادية كعقود

الاستثمار والاشغال العامة والخدمات والتوريد والتعاون الصناعي والمساعدة الفنية والاستشارات والمشروعات المشتركة والمقاولات والتنقيب عن البترول واستغلاله وتسويقه وبناء المصانع ونقل التكنولوجيا والمعرفة العلمية، وتتميز هذه العقود بطول مدة تنفيذها، لأنها تتعلق غالبا باستثمار الموارد الطبيعية، كما تمنح أحيانا الطرف الأجنبي الخاص بعض الحقوق والامتيازات القانونية كحريته في الاستيراد والتصدير والحصول على بعض المزايا الضريبية والجمركية، وتتسم هذه العقود بعدد من الخصائص التي تميزها من غيرها من العقود الدولية، وذلك ما تملكه من أثر مهم في تطور الاقتصاد الوطني للدولة المتعاقدة، وفي العلاقات الدولية الاقتصادية.

كما أنه ومن ناحية أخرى، نجد أن الصراع الذي تشهده الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المستثمرة في هذا المجال، ولربما كان هذا ما يحدث اليوم في الجزائر الى جانب ما يحدث في العراق بعد الحرب، يثير مصالح الدول الأجنبية بغية إبعاد هذه العقود من نطاق القوانين الداخلية الوطنية للدول المتعاقدة ومحاولة إخضاعه الى القانون الدولي العام أو لمبادئ القانون التجاري الدولي.

ولعل كل هذا قد جعل الفقه يدلي بآراء ونظريات تحاول إخضاع عقود الدولة لأنظمة قانونية جديدة، ولقد كان لهذه النظريات والآراء أثر كبير ومباشر على احكام التحكيم التي عالجت هذه العقود، بل إن الامر كان يشوبه نوع من التناقض بين هذه الاحكام في قضايا تكاد تتفق في وقائعها وأسباب النزاع فيها، مما جعل هذا الموضوع محل خلاف فقهي قد لا ينتهي.

فتتنامى اهمية التحكيم في مجال عقود الدولة يوما بعد يوم، وعلى الرغم من بعض الانتقادات الموجهة اليه كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن هذه العقود بات التحكيم، وإن اللجوء الى القضاء أصبح الاستثناء.[1]

تتوثق العلاقة بين التحكيم وعقود الدولة بقوة في مختلف المجالات، وقد ازداد منذ سبعينات القرن الماضي مع انفتاح الاقتصادي العالمي وقيام التكتلات الكبرى والشركات العملاقة، وجاءت العولمة لتكرسها بشكل أوثق، فإذا كان رأس المال جبانا كما يقال فإن أي مستثمر يبحث عن البيئة القانونية والتشريعية الضامنة لحقوقه في حال وقوع خلاف أو نشوء نزاع، ومن هنا بات التحكيم ضرورة لاستقطاب الأموال والاستثمارات أكثر من أي وقت مضى.

وبناء على ما سبق يتضح بأن عقود الدولة تطرح العديد من الإشكاليات القانونية، أهمها تلك المتصلة باليات حل منازعات عقود الدولة؟ و خصوصية هذه العقود ومن أين تستمد ذاتيتها التي تميزها؟

[1] حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومه، الجزائر.، 2010 ،ص9

وللإجابة على هذه الإشكالات تم الاعتماد على منهج وصفي تحليلي، فقد ارتأينا تقسيم هذا البحث الى فصلين، تم التمهيد بمبحث تمهيدي بتطرق لماهية عقود الدولة، أما الفصل الأول فخصصناه للبحث في التحكيم التجاري الدولي كقضاء لحل منازعات عقود الدولة وذلك من خلال التعرض لتعريف التحكيم التجاري الدولي ودراسة ماهيته ومزايا اللجوء اليه ليتم التطرق الى الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي في مبحثه الثاني.

أما الفصل الثاني تم البحث فيه عن آليات حل منازعات عقود الدولة أمام قضاء التحكيم وقسمناه الى ثلاث مباحث ففي الأول خضوع النزاع لقانون الدولة المتعاقدة ليتم التطرق الى تدويل القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في المبحث الثاني، ثم في المبحث الثالث الى مصالح الدول النامية في ظل التدويل.

المبحث التمهيدي: ماهية عقود الدولة

تتميز عقود الدولة عن غيرها من العقود الأخرى المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية بعدم التساوي وبعدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة في هده العقود.
فأحد أطراف هذه العقود، هو الدولة وهي شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة، سواء في إطار القانون الداخلي او في إطار القانون الدولي.
اما الطرف الثاني في هذه العقود، فهو عادة شخص اعتباري أجنبي، لا يتمتع، على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية، بأية سيادة او ميزة ولا يعد شخصا من اشخاص القانون الدولي العام كقاعدة عامة.[1]
ويتعين علينا من اجل ابراز ماهية هده العقود، تحديد ما هو المقصود بعقود الدولة كطرف في هده العقود، وخصائص عقود الدولة من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: تعريف عقود الدولة

وقد حاول بعض الفقهاء تعريف عقود الدولة من خلال ادراج بعض العناصر التي تميزها وهي عناصر لم تلقي اتفاقا من طرفهم من تلك العناصر في أطراف العلاقة العقدية، الطبيعة المركبة للعقد، مدة تنفيذ الطويلة نوعا ما، الأهداف المبتغاة من وراء ابرام العقد مع دلك يمكن حصر تعريف عقود الدولة في اتجاهين الأول ضيق والتعريف الثاني الموسع.2

الفرع الأول: الاتجاه الضيق

ويرى انصار هدا الاتجاه بان عقود الدولة الاقتصادية هي فقط العقود التي تبرمها الدولة من طرف شخص يمثلها كالرئيس او وزير مثلا مع مشروع اجنبي بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية ،اما العقود التي تبرمها الاجهزة التابعة للدولة فتصنف في خانة عقود تجارة الدولية المعتادة وليس ضمن نطاق

[1] حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي، لبنان، 2003، ص 35

عقود الدولة الاقتصادية والواضح ان الأخذ بهذا الاتجاه سيخدم مصلحة المتعاقد الأجنبي لأنه سيؤدي الى حصر عقود الدولة في نطاق ضيق مما يضمن له مواجهة أطراف فتقع المواجهة على قدم المساواة معا حين يتمتع هو بمزايا اقتصادية لا يتمتع بها الجهاز التابع للدولة [1]

الفرع الثاني: الاتجاه الموسع

اما هدا الاتجاه فيقضي بان عقود الدولة لا تشمل العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها عن طريق من يمثلها، ولكن تشمل أيضا العقود التي يقوم شخص اعتباري انشاته الدولة كشركة سوناطراك بالجزائر لكي يقوم بممارسة اختصاص على صعيد العلاقات التجارية الدولية، وهدا الاتجاه الراجح حاليا. ونحن نميل الى الأخذ بالمفهوم الموسع لسببين:[2]

الأول ان المادة 25 من معاهدة واشنطن تؤيد هدا المفهوم حيث تنص: «يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ينشا مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول المتعاقدة او الأقسام المكونة لها الدي تعينه تلك الدولة للمركز ". [3]

والثاني ان تضييق مفهوم عقود الدولة، لكي يشمل فقط العقود التي تبرمها الدولة بنفسها او عن طريق من يمثلها، يؤدي الى استبعاد طائفة من عقود الدولة بالمعنى الفني الصحيح، نظرا لان في هده الطائفة تترجم كل خصائص عقود الدولة الأخرى.[4]

المطلب الثاني: خصائص عقود الدولة

[1] الحاج بن احمد، محاضرات سنة الثانية ماستر قانون اقتصادي، 2016/2015، كلية الحقوق، جامعة سعيدة، الجزائر.

[2] عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، دار هومه الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.ص192.

[3] معاهدة واشنطن ،18مارس1965

[4] عمر سعد الله، المرجع السابق، ص193.

تثير دراسة عقود الدولة المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية العديد من المشاكل القانونية التي تتسم بصعوبتها وتعقيدها.

وتنجم هذه الصعوبة عن التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هده العقود مما يضفي على هذه العقود ذاتية وخصوصية تؤدي الى تميزها عن العقود الأخرى المعتادة وهو ما سندرجه اليه في المطلب الأول، كدلك وبالنظر الى محل هده العقود المطلب الثاني فأنها تتسم بكثرتها وتنوعها كعقود امتياز البترول وعقود نقل التكنولوجيا وعقود التشييد والبناء...، اما بالنسبة لشروط المنصوصة فيها فغالبيتها تدرج شرط التحكيم وبنسبة كبيرة شرط التشريعي وهو ما سنتطرق اليه في المطلب الثالث.

الفرع الأول: الخصوصية المستمدة من الاطراف المتعاقد

تتميز عقود الدولة عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية بعدم التساوي وعدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة فأحد أطراف العقود الدولة وهي شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي او في إطار القانون الدولي العام مما يطرح امامنا اشكاليتين الأولى متعلقة بأهلية الدولة ومدى قدرة أجهزتها لأبرام مثل هده العقود عالية الأهمية والثانية دفع الدولة بحصانتها لاجتناب تنفيذ حكم التحكيم، اما الطرف الثاني في هده العقود فهو عادة شخص اعتباري أجنبي لا يتمتع على رغم من قوته الاقتصادية والمالية بأية وسيلة او ميزة وسنتطرق لطرق اختياره من طرف الدولة.[1]

أولا: الدولة اهم خصوصية في مجال التحكيم في منازعات عقود الدولة تتمثل في وجود الدولة او أحد اشخاصها الاعتبارية العامة طرفا في هده المنازعات مما يضفي على هدا التحكيم طابعا خاصا، فلم يعد يقتصر دور الدولة الحديثة على ما كان يسمى قديما بالدولة الحارسة وانما تطور دور الدولة في الوقت الحاضر عما كان عليه قديما، وبدات ترتاد العديد من الأنشطة الخاصة وتتدخل في مختلف المجالات الاقتصادية، وقد ترتب على ذلك تطور وتغيير في العديد من المبادئ والقواعد التي كانت تحكم وتنظم دور نشاط الدولة في الماضي.

[1] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص111

ثانيا: الطرف الأجنبي لا يثير تحديد الطرف الاخر المتعاقد مع الدولة صعوبات. اد انه من المتفق عليه، ان الطرف المتعاقد مع الدولة يشترط فيه ان يكون شخص تابع لدولة أخرى.

ويستوي في هذا الشأن أن يكون هذا الشخص، شخص طبيعي أو شخص اعتباري

ويستوي أيضا أن يكون الشخص المعنوي التابع لدولة أخرى، شخص عام أو خاص[1]

كما جاء في الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنعقدة في 18مارس 1965 بواشنطن في المادة 25 الفقرة الثانية: يقصد بالمواطن الدولة المتعاقدة الأخرى ما يأتي: أي شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق او التحكيم لأي نزاع.

أي شخص اعتباري حاصل على جنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التوفيق او التحكيم للنزاع واي شخص اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة طرف في النزاع في هدا التاريخ والدي نتيجة لسياسة معاملة الأجانب اتفق الطرفان على معاملته كمواطن لدولة متعاقدة أخرى تحقيقا لأغراض هده الاتفاقية [2]

نستخلص من هده المادة أيضا ان المتعاقد الأجنبي قد يكون شخص طبيعي او معنوي.

الفرع الثاني: الخصوصية المستمدة من محل العقد

تتسم العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الاجنبية بكثرتها وتنوعها من حيث المحل الدي تنصب عليه هده العقود، اد تشمل الى جانب عقود امتياز البترول، العديد من عقود نقل التكنولوجيا وعقود البناء والتشييد، على نحو يقتضي منا التعرف على اهم هده الاشكال التي تتخذها عقود الدولة.

فيعرف عقد الامتياز بانه التصرف الدي بواسطته تمنح الدولة لمشروع أجنبي حقا خالصا له وقاصرا عليه للبحث في اقليمها عن البترول واستخدامه واستغلاله ودلك خلال مدة زمنية محددة

انطلاقا من هدا التعريف فان عقد الامتياز هو من اعمال السيادة التي تقوم بها الدولة او أحد الأشخاص التابعة لها وبموجبه يمنح شخص ما طبيعي او معنوي حقا دون سواه ويسمى هدا الشخص بصاحب الامتياز.

---

[1] حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه ،111ص

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص175

ونتيجة لكثرة استخدامه في القرن الماضي في اتفاقيات البترول، أصبح مصطلح امتياز رديفا لهده الاتفاقيات وصار أي حديث عن الامتيازات قرينا باتفاقيات شركات النفط مع الدول المنتجة، ومعظم الكتب الفقه القانوني تعالج موضوع الامتيازات حصرا في إطار دراستها لاتفاقيات البترول.[1] ومع بداية السبعينات تطورت العلاقة التعاقدية بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، وانتهى الامر بخضوع كافة عمليات البترول لسيطرتها الكاملة، وعلى الرغم من اختفائها من الساحة التعاقدية على نحو الكامل، فان عقود امتياز البترول تركت المجال لأشكال تعاقدية أخرى لتحل محلها مثل عقود الخدمات والوكالة والمشروعات المشتركة واقتسام الأرباح مما أدى الى تخطي مرحلة عقود الامتياز الى مرحلة العقود المسمات بعقود التنمية الاقتصادية.[2]

اما عقود نقل التكنولوجيا فهو اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بان ينقل بمقابل معلومات فنية الى مستوردي التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة او لتركيب او تشغيل الات او أجهزة او تقديم خدمات ، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع او شراء او تأجير او استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية او الأسماء التجارية او التراخيص لاستعمالها الا اذا كان ورد دلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا او كان مرتبطا به[3] بالإضافة لعقد مساعدة الفنية وتسليم المفتاح وتسليم المنتج في اليد وعقود المشاركة وعقود المقاولة وعقود الخدمات وعقود المقولات العامة .[4]

---

[1] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص175.

[2] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص182.

[3] حسان نوفل، المرجع السابق. ص49 نقلا عن القانون التجاري المصري، المادة 73.

[4] صلاح الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص102.

الفرع الثالث: الخصوصية المستمدة من الشروط المدرجة في العقد

تتميز عقود الدولة عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية باحتوائها العديد من الشروط غير المعتاد توافرها في هده الأخيرة، ومن أبرز هده الشروط التي ينص عليها في عقود الاستثمار على نحو مألوف ومستمر: شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي.[1]

أولا: شرط التحكيم يتميز اتفاق التحكيم الدولي باعتباره تصرفا قانونيا بانه يجمع بين وصف كل من الالتزام المنجز والالتزام المعلق، فهو التزام منجز ادا تم الانفاق عليه بعد نشوء النزاع مشارطة حيث يتم تنفيذ الاتفاق مباشرة باتخاذ إجراءات التحكيم.

وهو التزام معلق ادا تم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع شرط التحكيم، وفي هده الأخيرة يكون الالتزام معلقا على شرط واقف وهو حصول النزاع وهو امر قد يقع وقد لا يقع.[2]

ثانيا: شرط الثبات التشريعي

يسعى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة الى تفادي اختيار قانونها الوطني كقانون حاكم للعقد، وذلك درء للمخاطر الناجمة عن هدا الاختيار والتي تتمثل في ضرورة خضوع العقد لكافة التعديلات والتغيرات التي قد تلحق بهذا القانون، لا سيما تلك التي تعمد الدولة الى اجرائها للإخلال بالتوازن التعاقدي بينها وبين الطرف الأجنبي وأيضا لتفادي انهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة [3]

ويستهدف شرط الثبات الشرعي بالدرجة الأولى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت، من تغيير القواعد القانونية النافدة وقت ابرامه، وتعهدها بعدم اصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الاجنبي.[4]

وعليه فان شرط الثبات التشريعي يهدف لإخضاع العقد المبرم بين الدولة والمستمر الأجنبي الى قانون ثابت ومحدد ومعروف لدى الأطراف مند لحضه ابرامه حتى انقضائه[5].

---

[1] حسان نوفل، المرجع نفسه، ص51.

[2] احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2005، ص61

[3] حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص320.

[4] حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص320.

[5] حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص328.

الفصل الأول: التحكيم التجاري الدولي كقضاء لحل منازعات الدولة.

احتفظت الدول منذ نشأتها بحق فض النزاعات بين الأفراد والتجار ومختلف طوائف المجتمع، وبحق الاقتصاص من الجاني مدنيا كان هذا الاقتصاص أم جزائيا عن طريق جهة احاطتها بالهيبة والتنظيم وهي القضاء.

وقد جاء التحكيم كنظام مدني يتسم بالسرعة لحل المنازعات بين الأطراف المتخاصمة، حيث يعرفه الفقهاء بأنه يشكل عدالة خاصة موضوعه من قبل أطراف النزاع خارج الإطار الالزامي لقضاء الدولة.

وإذا كان فقهاء القانون والمؤرخون وعلماء الاجتماع يجمعون على أن اللجوء إلى القضاء ،هو سلوك حضاري ومظهر من مظاهر المدنية ،فإن التحكيم هو أسلوب وطريقة لفض المنازعات ،يغدو بلا منازع ،،ارقى صورة من صور التحضر والتمدن لما يكتنفه من معاني الوعي التام ،وينطوي عليه من تحقيق للمصلحة العامة والخاصة ،ويعبر عنه من التزام تلقائي بالقانون كما انه يتماشى متطلبات التجارة الدولية أيضا، كما انه في مجال العلاقات الاقتصادية امر ضروري وحيوي لتحقيق التكامل الاقتصادي بين الدول التي قد تختلف أنظمتها القانونية والقضائية، فيكون بدلك الأنسب وسيلة لحماية مصالح الأطراف من خلال ما يتيحه لها من حق في الاتفاق على نمط الحماية الأكثر ملاءمة لأغراضها .

فالاعتبارات العملية تدعو دائما الى الاتفاق على اللجوء الى التحكيم، وطرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم للبت فيها بإصدار حكم منهي للخصومة.

إن التحكيم هو نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والجماعات سواء كانت طبيعية أو معنوية بخصوص علاقات أو تصرفات قانونية مدنية او تجارية، عقدية كانت او غير

عقدية فالتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، لأنه يعتمد أساسا على قيام أطراف النزاع بأنفسهم باختيار قضاتهم، بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيمون فيه ويطلق على الأشخاص الذين وقع عليهم الاختيار للفصل في النزاع بهيئة التحكيم والتي قد تتشكل من محكم واحد أو أكثر حسب اتفاق الأطراف، وتكون الهيئة ملزمة بالفصل في النزاع استنادا الى اتفاق التحكيم الذي أبرمه الأطراف وحددوا فيه موضوع النزاع والمسائل المطلوب الفصل فيها والقانون الذي يحكم الإجراءات امامها والقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع .

ولما لقاه التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بعيدا عن أروقة المحاكم التي يحكمها التنظيم القضائي الخاص بكل دولة، فقد سعت العديد من المنظمات الدولية الى محاولة وضع تنظيم قانوني للتحكيم من خلال إبرام العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية تعالج كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم وإصدار قوانين نموذجية، وإنشاء مراكز وهيئات دائمة للتحكيم، وهو ما القى بظلاله على مختلف الدول التي سارعت الى الاعتراف بالتحكيم كوسيلة بديلة عن قضاء الدولة لتسوية المنازعات، وإصدار تشريعات جديدة تنظم مختلف المسائل المتعلقة بالتحكيم[1] .كما لا تختلف العقود المبرمة بين الدولة والطرف المتعاقد معها عن العقود الاخرى المبرمة في إطار التجارة الدولية من حيث النص في العقد على الالتجاء إلى التحكيم لحل المنازعات الناجمة عن العقد المبرم سواء فيما يتعلق بتفسيره أو تنفيذه . [2]

وفي هذا الإطار تأتي دراستنا في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين كالاتي:

المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الثاني: طبيعة التحكيم التجاري الدولي في المنازعات التجارية.

[1] انظر لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، طبعة2012، دار هومه، الجزائر، ص7ص8

[2] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص261

المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي.

يعد التحكيم أقدم وسيلة لجأ إليها الإنسان لفض ما ينشأ ببينه وبين اقرانه من نزاعات، حيث عرفه القدماء في جميع الحقب الحضارية المتعاقبة حتى قال عنه ارسطو: إن الأطراف المتنازعة يستطيعون تفضيل التحكيم على القضاء ذلك لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع، وازدهار التحكيم قبل الإسلام عند العرب وبرز عديد من المحكمين حيث أن كل قبيلة لها محكميها وكانت ابرز قضية قبل الإسلام حكم فيها رسولنا العظيم عليه الصلاة وسلام في رفع الصخرة المشرفة إلى مكانها عندما اختلفت قبائل قريش عليها في حينه[1]، وجاء الإسلام ليضع التحكيم في أهم موقع ففي الحياة وهو العلاقة الزوجية بقوله:((وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا))[2].

ثم جعل منه وسيلة لفض النزاعات غير الزوجية في قوله تعالى:((فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)). الآية 65 من سورة النساء.

وقد سطع التحكيم في العصر الحديث وتزايدت أهمية مند منتصف القرن العشرين وحتى نهايته بصورة كبيرة.[3]

ولهذا سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى تعريفه و إبراز أهم خصائصه ومزاياه من خلال ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي.

لم تضع قوانين المرافعات، ولا قوانين التحكيم الصادرة، تعريفا موحدا لنظام التحكيم، سوى اقتصار دورها على تقرير مشروعية وجود هدا النظام، وتحديد شروط الاتفاق وقواعد الإجراءات وأشكال الأحكام وطرق الطعن فيها.[1]

---

[1] حسان نوفل المرجع السابق، ص14

[2] القران الكريم، الآية 35 من سورة النساء

[3] حسان نوفل، المرجع السابق، ص14

الفرع الأول: التعريف اللغوي

التحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم واحكمه فاستحكم فصار محكما في ماله، بحكيما إذا جعل اليه الحكم فيه فاحتكم عليه ذلك[2].

وحكم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام اليه ويسمى الحكم بفتح الكاف او المحكم بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة [3].

وحكموه فيما بينهم أي امروه أن يحكم في الامر أي جعلوه حكما فيما بينهم[4].

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

التحكيم اصطلاحا توليه الخصمين حكما يحكم بينهما أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية للقضاء بينهم[5].

وهو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو يعهدون لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتولي تنظيم عملية التحكيم وفق قواعدها الخاصة.5

الفرع الثالث: التعريف الفقهي

ذهب الأستاذ rene David في كتابه الشهير التحكيم في التجارة الدولية، إلى تعريف التحكيم بقوله: هو تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر محكم

---

[1] حسان نوفل، المرجع نفسه، ص12

[2] احمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ،2007، ص19.

[3] محمود مختار احمد بريبري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ،2007، ص5.

[4] حسان مطاوع، المرجع نفسه، ص19

[5] معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى،1997، ص11

أو أكثر يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة.[1]

ويعرفه الأستاذ fauchard Philippe بأنه: اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه، ويعرفه الأستاذان moreau & robert بانه: نظام للقضاء الخاص يتم بموجبه إخراج المنازعة من القضاء العادي ليتم الفصل فيها من أفراد يكتسبون مهمة القضاء فيها.[2]

يعرفه الأستاذ motulsky بأنه: قضاء خاص ذو أصل اتفاقي.

ويعرفه الأستاذ احمد مخلوف بأنه: نظام قضائي خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تثور بين المتعاملين في التجارة الدولية بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك.[3]

يجمع الفقهاء على أن التحكيم عبارة عن نظام للقضاء الخاص ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تحل بواسطة فرد أو افراد يختارهم الخصوم كقاعدة ويسندون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات.[4]

الفرع الرابع: التعريف القضائي

أما القضاء فيرى أن التحكيم هو طريق استثنائي لفحص الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وبالتالي فهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة أطراف.[5] وعليه يمكننا القول بأن التحكيم هو هو قضاء خاص لا ينافس قضاء الدولة بل مكمل له، يترك للفرقاء المتنازعين حرية اللجوء إليه عوضا عن القضاء العادي، ويتفق طرفا النزاع على أن طرفا ثالثا يتم اختياره إراديا للتحكيم بينهما وفقا للنظام الذي تتوافق إرادتهما عليه.[6]

---

[1] معوض عبد التواب، المرجع نفسه، ص11

[3] احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ،2005، ص8ص9.

[4] حسان نوفل، المرجع السابق، ص17

[5] معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص14

[6] حسان نوفل، المرجع السابق، ص17

ويستمد التحكيم ضماناته من الأنظمة القانونية النافذة، ومن إرادة المشرع، ومن حجية الحكم الصادر، ومن المحاكم من إعادة طرح النزاع من جديد امامها.
ولم يعد يقتصر على منازعات الأشخاص الطبيعيين، وانما امتد اختصاصه بإرادة المشرع ليشمل منازعات أشخاص القانون العام التي تنشأ مع غيره من أشخاص القانون الخاص، لذلك أصبح نظام التحكيم قضاء قائما، له نظامه وقواعده، وان كان لا يتصف بالديمومة.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من وسائل تسوية المنازعات

يتشابه نظام التحكيم مع بعض الأنظمة والمهام الاتفاقية الأخرى، حيث قد تشترك هذه المهام مع مهمة التحكيم في بعض العناصر وتختلف في البعض الأخر، فهذه الأنظمة والمهام تجمعها بنظام التحكيم النشأة الاتفاقية، وكذلك السعي إلى حل النزاع المعروض، ولكن بالتعمق في دراسة الطبيعة القضائية للتحكيم يمكن لنا تمييزه عن غيره من المهام التي تتشابه معه كالصلح ،والتوفيق، والوساطة والخبرة ،فهذه الأنظمة تسعى إلى حل النزاع من وجهة مغايرة لما يقوم عليه التحكيم، حيث أن ما يصدر عنها من أراء ومقترحات تصاغ في محاضر ولا تسمى أحكاما، ولا ترقى إلى درجة الأحكام، حيث يمكن للأطراف قبولها أو رفضها ،على عكس ما ينتهي إليه التحكيم من أحكام تفصل في النزاع و تكون ملزمة للأطراف وتحوز حجية الشيء المقضي به، وقابلة للتنفيذ جبرا، ومن هنا كان من الضروري التمييز بين التحكيم والأنظمة المشابهة له.

الفرع الأول: التحكيم والقضاء

لم يعالج الفقه السائد هذا النوع من أنواع التمييز بصفة خاصة ويرجع ذلك إلى وضوحه واستخلاصه من موضوعات الدراسة في مسائل التحكيم، فقضاء الدولة هو سلطة من السلطات العامة، يقوم عليها المرفق العام، والقاضي موظف عام له ولاية قضائية مستمرة، ويصدر أحكام قضائية ويتقاضى أجره من ميزانية الدولة.

أما التحكيم فهو نظام خاص ينشأ بموجب اتفاق الأطراف، ويعد نظام إجرائي مؤقت قاصر على نزاع معين، ويقوم به شخص عادي له ولاية الفصل في النزاع بموجب اتفاق الأطراف، وتنتهي مهمته بصدور الحكم المنهي للخصومة ويتلقى مقابل أتعابه من الخصوم.[1]

ويستمد القاضي سلطانه في الفصل في النزاع المطروح عليه من قانون دولته، فهو يمثل سلطة الدولة أثناء ممارسة مهمته فهو موظف عام، أما المحكم فهو قاضي خاص وسند قيام المحكم بوظيفة القاضي هو قانون الدولة التي سمحت بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات واتفاق الأطراف على اختياره للفصل في النزاع.

الفرع الثاني: التحكيم والصلح

الصلح عقد يحسم بمقتضاه الأطراف نزاعا ثار بينهما، أو يتوقعان به نزاعا محتملا، ويأتي ذلك بتنازل إرادي من كل طرف عن مطالبه.

ويتشابه التحكيم مع الصلح في أن كل منهما ينشأ بعقد، وبهما يتم حسم النزاع القائم بين الأطراف بينما يختلفان في أمور أخرى.

محل العقد في التحكيم هو عدم عرض النزاع على قضاء الدولة، واختيار محكمين للفصل في النزاع، أما محل عقد الصلح فهو التزام الأطراف بتسوية النزاع القائم بينهم بأنفسهم أو بواسطة القضاء.

ينتهي التحكيم بصدور حكم يفصل في النزاع ويكون ملزما للأطراف وقابل للتنفيذ الجبري، أما في الصلح، فينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل بين الأطراف ويكون الاتفاق قابلا للتنفيذ بذاته بعد تصديق القضاء عليه.

في الصلح يتنازل كل خصم عن جزء من مطالبه مقابل تنازل الطرف الأخر، أما في التحكيم فلا يوجد تنازل، وانما يوجد تفويض للمحكم لفض النزاع بما يراه عدلا، وبالتالي يمكن ان يستجيب لطلبات أحد الخصوم ويرفض طلبات الاخر.[2]

---

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص42

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص43

الفرع الثالث: التحكيم والتوفيق او الوساطة

التوفيق طريق ودي لفض المنازعات بين الأطراف، وعن طريقه يقوم الأطراف بأنفسهم او بوسطة شخص من الغير، بالاجتماع والتشاور للوصول الى حل ينهي النزاع ويرضي الخصوم، والوساطة لها نفس المعنى ووجهة النظر التي اليها التوفيق والوساطة تتشابه مع هدف التحكيم وهي فض النزاع، ومع ذلك فهناك أوجه الاختلاف:

التحكيم تنظيم قضائي ينتهي بحكم له اثار الاحكام القضائية قابل للتنفيذ الجبري وملزم للخصوم، اما الوساطة فلا تنتهي بحكم، بل باقتراح لتقريب وجهات النظر، والمحضر الذي يحرره الموفق لا تكون له اثار او حجية الاحكام القضائية.

في التوفيق والوساطة يتم تقديم تنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل الى حل، اما التحكيم فلا يهدف الى التوصل الى حل وسط فيمكن للمحكم تلبية طلبات أحد الخصوم ويرفض طلبات الاخر.

الفرع الرابع: التحكيم والخبرة

الخبرة هي العلم ببواطن الأمور، اما التحكيم فهو نظام قضائي له إجراءاته وأهدافه واثاره، ويقوم فيه المحكم بإصدار حكم يحسم النزاع، وملزم للخصوم، وقد يتفق الأطراف على الاستعانة بخبير لإبداء الراي في الموضوع النزاع، وغالبا ما تكون مسائل ذات طابع فني تحتاج لخبرة حسب نوع النزاع، ومن هنا يمكن التمييز بين الخبرة والتحكيم.

فالخبير لا يصدر قرارا ،انما يبدي رأيا فنيا يظل للأطراف حق قبوله ،او المنازعة فيه ،والعودة لطلب تقارير خبرة أخرى من خبراء أخريين ، اما في التحكيم فالمحكم يصدر حكما يحسم النزاع ، وملزم للأطراف ويحوز قوة الشيء المقضي به ،فلا يملك الخصوم العودة لطرح النزاع على محكمين اخرين ،او رفع دعوى قضائية بشأنه ويظل الفارق الجوهري بين الخبير والمحكم في كيفية ممارسة كل منهما لعمله ،فالمحكم يصدر حكمه وفقا لما يقدمه له الأطراف من وثائق ومستندات وما يبدونه من مرافعات ،اما الخبير فهو يعتمد على معلوماته وخبراته الشخصية ،فضلا على ما يقدمه له الأطراف من المعلومات

،فالخبير يمكنه ابداء رايه دون الرجوع للأطراف ،وهو ما لا يتسنى للمحكم الدي يتحتم عليه تخويل الأطراف إمكانية تقديم مستنداتهم ،وحق كل طرف في الاطلاع على ما يقدمه الطرف الاخر.[1]

المطلب الثالث: مزايا التحكيم التجاري الدولي

يتمتع التحكيم بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من وسائل فض النزعات، سنعرض في هدا المطلب بشيء من الاختصار لاهم مميزات التحكيم والتي هي سبب اللجوء الى التحكيم عن غيره من الوسائل الأخرى.

الفرع الأول: سرعة الفصل في النزاع

تعتبر أهم ميزة للتحكيم وأهم عامل لتفضيله على القضاء الذي يعاني من البطء[2]بحيث تكون إجراءات التحكيم أكثر تبسيطا من تلك المتبعة أمام القضاء الوطني إلى جانب نهائية الحكم التحكيمي وعدم جواز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن، الامر الذي يؤدي في النهاية الى الحصول على عدالة خاصة سريعة قدر الإمكان.[3]

والثابت أيضا أن العديد من النظم القانونية التي تنظم التحكيم التجاري الدولي تحرص على وجوب حسم النزاع في فترة زمنية قصيرة بحيث لا تتعدى الستة أشهر من تاريخ توقيع الخصوم على الوثائق التحكيم.[4]

ومن الأسباب التي أدت إلى الالتجاء الى التحكيم والعزوف عن القضاء، طول امد التقاضي أمام المحاكم وتأخر الفصل في منازعات التي تعرض عليها نتيجة ازدياد عدد المنازعات بزيادة عدد السكان وبالتالي زيادة معدل التعامل بينهم زيادة لا تقابلها موازية في عدد القضاة كذلك كثرة القيود الزمنية التي يفرضها سير إجراءات الخصومة.

---

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق ص45

[2] ناريمان عبد الكريم، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ،1997، ص68.

[3] هشام خالد، جدوى اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي، منشاة المعارف، الاسكندرية،2007، ص32

[4] خالد هشام، المرجع نفسه، ص32

فالمحكم يكون عادة للفصل في النزاع مما يساعده على حسم موضوعه في أقل وقت ممكن.

الفرع الثاني: قلة الشكلية

يصل أطراف التحكيم إلى حكم نهائي قابل للتنفيذ دون المرور بدرجات التقاضي المتعددة وهو ما يعيب القضاء.
وإذا ثار نزاع بين الأطراف فيكفي ان يرسل أحدهم للآخر رغبته في الالتجاء الى التحكيم لحل النزاع فلا يوجد شكل معين او اجراءات معينة يتعين اتباعها، كما لا توجد رسميات محددة يتعين سلوكها لرفع القضية، فالتحكيم ينفر من الشكلية والرسمية والتعقيد ويتسم بإجراءات سهلة بسيطة من اختيار الاطراف.

الفرع الثالث: السرية

لعل أول ما يذكر في هذا الصدد هو ما يحققه التحكيم للخصوم من التجار ورجال الاعمال والمستثمرين من سرية عزيزة عليهم، حقيقة ان العلنية التي تحيط القضاء العادي من الضمانات العدالة ولكنها تنقلب وبالا على التجار، إذا كان من شانها اذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على ابقائها سرا مكتوما، وكم من تاجر يفضل خسارة دعواه على كشف اسرار تجارية تمثل في نظره قيمة أغلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله في الدعوى لا شك أن التحكيم التجاري الدولي يفقد الكثير من أنصاره إذا تجرد من طابعه السري.
أضف الى ذلك تلاقي الحقد بين المتخاصمين، ففي أغلب الأحيان يأتي القرار أقرب ما يكون للتراضي لأنه تم من محكمين حائزين على ثقة الجميع فيؤدي القرار إلى واد الخصومة والمشاحنات وبالتالي اطمئنان النفوس والرضا وإعادة العلاقات الطيبة.

الفرع الرابع: قلة النفقات

من سمات التحكيم قلة التكاليف مقارنة بإجراءات التقاضي امام محاكم الدولة بدرجاتها المختلفة وما تتطلبه من رسوم ومصاريف وأتعاب المحامين، والخبراء والمحضرين النقابين وفي مجال التجارة الدولية تنصب المنازعات على المبالغ طائلة، غير أن اتعاب المحكمين مهما كبرت فلا يمكن مقارنتها بالمبالغ المتنازع حولها.

المبحث الثاني: طبيعة القانونية التحكيم التجاري الدولي

معرفة الطبيعة القانونية للتحكيم تعين إلى حد كبير في تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم عند إرادة تنفيذه ومثال ذلك تحديد إجراءات البطلان الذي يمكن أن تشوب إجراءات التحكيم وحكم التحكيم، إذ القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم يغري باعتماد احكام بطلان التصرفات القانونية المنصوص عليها في القوانين المدنية، بينما القول بالطبيعة القضائية للتحكيم يغري باعتماد احكام البطلان المنصوص عليها في قوانين المرافعات، وكذلك تحديد القوة الملزمة لحكم المحكم، إذ القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم يؤدي الى اعتبار حكم المحكم مجرد تطبيق لأحكام عقد التحكيم يلتزم به طرفاه بمجرد صدوره، بينما القول بالطبيعة القضائية للتحكيم يؤدي الى اعتبار حكم المحكم حكما بالمعنى الدقيق للأحكام القضائية.

كما أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم تفيدنا من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق في مسألة ما وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بإجراءات التحكيم، وتتجلى لنا أهمية هذا التحديد خاصة مع تنوع الاتجاهات التي ظهرت في هذا الشأن، حيث الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم إلى اختلاف أشكال وتقسيمات التحكيم، والتي انعكست على موقف القضاء في مختلف الدول، بل وفي الدولة الواحدة، ففي فرنسا مثلا يوجد تمييز بين التحكيم الخاضع للقانون المدني وذلك الخاضع لقانون الإجراءات، وفي إيطاليا يوجد تمييز بين التحكيم الخاضع لقانون الإجراءات والذي يطلق عليه التحكيم الرسمي وبين التحكيم الخاضع للقانون المدني والذي تكون مهمة المحكم فيه تكمله أو تعديل عقد ما يسمى بالتحكيم الحر أو غير الرسمي.

والظاهر أن اختلاف النظر حول الطبيعة القانونية للتحكيم اوجد اختلافا في القيمة القانونية للتحكيم، فمثلا النظام الانجلوامريكي عند رقابته للتحكيم ينتقص بلا شك من قيمته القانونية، فالمحاكم تشارك المحكمين عملهم ولا يستطيع المحكمون ان يقرروا في مسائل القانون كما أن المحكم ليس ملزم بتسبيب حكمه إلا إذا أمرته المحكمة العليا بذلك، خلافا للنظام اللاتيني الذي يوجب تسبيب المحكم لحكمه حتى لو كان المحكم مفوضا بالصلح، كما أنه لا يتدخل بالرقابة في مسائل القانون والواقع وإنما رقابته إجرائية فقط.

فالتحكيم هو نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الافراد والجماعات سواء كانت مدنية أو تجارية عقدية كانت أو غير عقدية، فالتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية فيعتمد أساسا على أن أطراف النزاع هم أنفسهم من يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد التي يقيمون بها وتسمى هيئة التحكيم وتتكون من محكم واحد أو أكثر حسبما يتفق الأطراف بمشارطة التحكيم او في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم.

وقد اختلف الفقهاء حول طبيعته فأضفى عليه البعض الطبيعة القضائية انطلاقا من طبيعة عمل المحكم التي تتماثل مع عمل القاضي، بينما ذهب البعض إلى تبني الطبيعة العقدية للتحكيم استنادا الى أن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف، بينما ذهب الرأي الراجح الى اعتبار التحكيم ليس اتفاقا محض ولا قضاءا محض فهو في أوله اتفاق وفي وسطه اجراء وفي اخره حكم.[1]

وبالمقابل تعدده النظريات في هذا الخصوص واتجهت إلى الطبيعة المختلطة للتحكيم وأيضا إلى الطبيعة المستقلة ويعزى هذا الاختلاف الفقهي إلى المعنى الاصطلاحي للتحكيم ولكونه يجمع بين عملين، أحدهما يأتيه طرفا النزاع وهو الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الامر المقضي فيه.

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

اعتبر البعض التحكيم عقدا رضائيا ملزما للجانبين من عقود المعاوضة، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن حكم التحكيم يعتبر جزءا لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل يندمج ويذوب فيه، والمحكمون هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرتقون إلى مرتبة القضاة.

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص35.

ويسلم أنصار هذه النظرية أن التحكيم هو ذو طبيعة تعاقدية لكونه يهدف إلى تحقيق المصالح الخاصة، أي أن العملية التحكيمية كلا واحد لا يتجزأ، فالحكم لا يكون الا نتيجة وانعكاس للاتفاق[1] وبالتالي فان حكم التحكم لا يكتسب الصفة التنفيذية إلا من الاتفاق وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في يوليو 1937، وقالت فيه بان قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هده المشارطة، وتنسحب عليها صفتها التعاقدية.

ويستند أنصار هذا الرأي على عدة حجج أهمها:[2]

1-أساس اللجوء إلى التحكيم هو إرادة الأطراف في التصالح ورغبة الأطراف فيحل نزاعهم بطريقة ودية سواء كان هذا الاتفاق شرط تحكيم أو مشارطة التحكيم، حيث تعد إجراءات التحكيم والحكم المنهي للنزاع والصادر بناء على هذه الإجراءات جزءا لا يتجزأ من هذا الاتفاق وبالتالي يدخل التحكيم برمته في نطاق العقد.[3]

2- إن التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالقضاء يرمي الى تحقيق مصلحة عامة ، اما التحكيم فانه يرمي الى تحقيق مصالح خاصة لأطراف العقد.

3-إن أطراف النزاع يمتلكون حق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم التي تتولى مهمة الفصل في النزاع وفق للإجراءات والقواعد التي يحددها هؤلاء الأطراف، وهذا يتطلب إعطاء الأهمية لمن منح هيئة التحكيم هذه المهمة وليس للمهمة التي تقوم بها هذه الهيئة.

4-إن الهيئة التحكمية تستمد سلطتها من إرادة الأطراف الذين اتفقوا ضمنا على التنازل عن الدعوى وتحويلها إلى محكمة وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية. (4)

5-المحكم يقوم بمهمته بصفته وكيلا أو مفوضًا عن أطراف النزاع، والحكم الصادر يعد عقدا مبرما بين هؤلاء الأطراف ويتم تنفيذه بأمر من المحكمة المختصة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الذي يتطلب تنفيذه إجراءات تنفيذية خاصة.

---

[1] علي طاهر البياني، التحكيم التجاري البحري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص60

[2] أشرف روية، الطبيعة القانونية لإنفاق التحكيم، المجموعة الدولية للمحاماة ،2006

[3] نبيل إسماعيل، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثانية،2005، ص38

[4] بلقواس سناء "الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الإدارية " مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون إداري وإدارة عامة، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، السنة الجامعية 2009-2010، ص 09

6-إن أضافة الصفة التعاقدية على التحكيم يتفق مع اعتبارات التحكيم كأداة من أدوات المعاملات الدولية التي تتطلب التحرر من قوانين الداخلية.

وقد وجه الى هذا الرأي العديد من العيوب منها:

1_المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، فالواقع ان الأطراف لا يطلبون من المحكم الكشف عن ارادتهم وانما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعينة، فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع يطبق إرادة القانون ولا يلقي بالا الى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت اليه.

2_أنه اذا كان حكم التحكيم مصدره اتفاق الأطراف، فان ذلك لا يضفي الطابع التعاقدي على التحكيم، لأن المحكم ملزم باحترام قواعد النظام العام وكذلك العديد من القواعد الموضوعية والإجرائية، ومنها على سبيل المثال احترام حقوق الدفاع، وان يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد اذ انه لا يقضي بين الخصوم، فالمحكمون وإن كانوا افراد عاديين الا انهم يملكون سلطة القضاء التي يملكها القضاة في خصوص النزاع المعروض عليهم لانهم يفصلون في حقوق والتزامات طرفي عقد التحكيم وفقا للقانون، ويملكون اصدار حكمهم ضد واحد من الخصوم أو ضدهما معا.

3_إن استناد أصحاب هذا الرأي إلى اختلاف أحكام القانون بين التحكيم والقضاء يرجع في الواقع إلى عله واحدة وهي أن المحكم وهو يقوم بمهمته وهي مهمة ذات طابع قضائي لا يمثل الدولة، ولذلك فمن الطبيعي أن يختص القاضي ممثل الدولة ببعض الأحكام القانونية التي تختلف على القاضي المحكم.

4_إن امتثال الافراد للقانون واجب في جميع الأحوال، بل وكثيرا ما نجد اتفاق الافراد على تحديد محكمة معينة لتختص بنظر دعواهم، فهل يمكن القول حينئذ بأن الافراد لم يمتثلوا للقانون.

5_ان القول بالنظرية التعاقدية للتحكيم يثير الخلاف بصدد تأصيل طبيعة العلاقة التي تربط أطراف التحكيم بالمحكمين، حيث أصلها البعض على انها وكالة، بمعنى ان المحكم يعتبر وكيلا عن الخصوم، باعتبار ان سلطة المحكم في التحكيم في النزاع لا تثبت الا باتفاق الأطراف، بينما أصلها البعض الاخر بانها إجازة عمل على أساس ان الافراد يتفقان مع المحكم على إجازة عمله ويترتب على دلك حقوق والتزامات متبادلة.

في فرنسا فقد أكد الفقه على ان التحكيم طريقا خاصا للتقاضي ذو أساس اتفاقي في صدد تعليقهم على نص المادة 1477 من قانون المرافعات الجديد التي تعرف اتفاق التحكيم بانه عقد تحكمه قواعد القانون المدني وقد ايد القضاء الفرنسي هدا الرأي سواء كان حكم التحكيم قد صدر في فرنسا

ام خارجها، فلا يصبح حكم التحكيم حكم قضائي حتى في حالة اسباغ السلطة القضائية للبلد الذي صدر فيها ذلك الحكم القوة التنفيذية عليه، فأحكام التحكيم وفقا لهذا القضاء تكون واحدة مع اتفاق التحكيم وتنسحب عليهما الصفة التعاقدية.

ويلاحظ انه رغم ما اشتهر عن قضاء النقض الفرنسي اعتناقه للطبيعة التعاقدية للتحكيم، الا ان ذلك لم يجد صدى واسع في احكام القضاء الفرنسي الا في القليل من الاحكام.[1]

وهذا إن دل فإنما يدل على عدم الوضوح ورسوخ هذه الطبيعة في فرنسا، اما في إيطاليا أكد الشراح الايطاليين على ان التحكيم ينشأ نتيجة لاتفاق الخصوم عليه.

المطلب الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم.

يرى أنصار هده النظرية ان الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم، ذلك انه قضاء اجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، وان المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها وان عمله عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية للدولة.

كما يرى انصار هده النظرية ان اعمال التحكيم يعد رهينا باتفاق الخصوم على الالتجاء اليه، ولكن ذلك لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية، ومن تم فان هدا الاتفاق هو من قبيل العنصر العارض فضته ظروف لا صلة لها بوظيفة التحكيم وطبيعته، وذهب انصار هذه النظرية الى انه اذا كان اختيار الحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من طرفيه، فان الالتجاء الى القضاء يتم بعمل إردي بجانب احدهما، وقد يتفق أطراف النزاع على رفع النزاع الى محكمة غير المحكمة المختصة أصلا، وقد يتفق اطراف الخصومة على النزول عن الخصومة بعد رفعها وهذا دليل على ان ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على الحكيم بدلا من القضاء ليس له من أثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة الدولة.[2]

ويستند اصحاب هذا الرأي الى الحجج التالية:

1_ان التحكيم قضاء استثنائي مستثنى من الأصل العام في التقاضي امام المحاكم اليي نظمها القانون، وادا حدث ورفعت الدعوى امام المحمة المختصة كان للطف اخر الحق في الدفع بعدم الاختصاص،

---

[1] خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص112_113

[2] مناني فراح، المرجع السابق، ص40

لان لحكمة تنظر دعوى ي من اخصاص هيئة المحكمين، ودلك قياسا على الأثر الدي يترتب على رفع نزاع معين امام محكمة معينة غير مختصة أصلا ولكن يجوز دلك الاستثناء كما في الاختصاص المحلي وجديرا بالدكر ان الدفع بوجود شرط التحكيم قد اثارت خلافا بين الشراح فقال البعض انه دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام يتعين ان يبدي قبل التكلم في الموضوع، وقال البعض الاخر انه يتعين ان يبدي قبل أي دفع شكلي ولا يجوز للمحكمة ان تبديه من تلقاء نفسها، ونرى ان اعتبار هدا الدفع من قبيل الدفع بعدم الاختصاص امر بالغ الصعوبة، لان شرط التحكيم لا ينزع اختصاص المحكمة وانما يمنعها فقط من سماع الدعوى طالما الشرط قائما، كما انه من المستحيل تحديد نوع عدم الاختصاص.

هل هو اختصاص نوعي او اختصاص مكاني، وعليه يكون هدا الدفع بوجود شرط التحكيم هو من قبيل الدفع بعدم القبول، وشان هده الحالة شان حالة طرح نزاع على محكمة مختصة بعد صدور حكم في ذات النزاع من محكمة غير مختصة أصلا، فلا يقال هنا ان المحكمة غير مختصة بنظر في الدعوى لسبق صدر الحكم فيها، وانما يقال انها ممنوعة من نظر الدعوى.

وقد أوردت محكم النقض المصرية رأيها في هدا الامر في حكم لها حيث قالت: ان هدا الدفع دفع بعدم القبول ولكنه ليس من الدفوع الوارد دكرها في المادة 115 مرافعات ويجب التمسك به قبل التكلم في الموضع والا سقط الحق فيه[1].

2_ان حكم المحكم يحوز حجية الشيء المقضي به، وينفد تنفيذا جبريا بعد صدور الامر بهذا التنفيذ، شانه شان الحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ونصت على دلك معظم الوانين.

3_ومما يؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم ما درت عليه القوانين المختلف من إطلاق اصطلاح الاحكام على احكام المحكمين والاحكام القضائية، وما ذهب اليه القانون الفرنسي الجديد من إطلاق لفظ محكمة التحكيم على المحكم او محكمين، بالإضافة الى القواعد التفصيلية التي أوردتها القوانين لتنظيم الخصومة في التحكيم وإجراءات تسيرها ودلك بشكل يتطابق مع القواعد الموضوعية أصلا للخصومة القضائية.

[1] نقض مدني مصري 15/2/1972، س23ق ونقض مدني 6/1/976، س27ق

4_ولقد تطور موقف القضاء في هذا الشأن ووصل الى أن تتراجع محكمة النقض الفرنسية عن اتجاهها باعتبار الطبيعة التعاقدية للتحكيم، فقالت في احكام حديثة نسبيا: ان أطراف الخصومة بالتجائهم الى التحكيم انما يعبرون عن ارادتهم بإعطاء الغير المحكم سلطة قضائية.

ويترتب على القول بالطبيعة القضائية للتحكيم، انه يثور التساؤل حول وقت اكتساب حكم التحكيم للصفة القضائية، فهل يكتسب دلك الحكم الصفة القضائية بمجرد صدوره، ام بعد الامر بتنفيذه؟

لقد انقسم الشراح في الاجابة على هدا التساؤل الى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو عدم اعتبار الصفة القضائية للحكم التحكيمي الا بصدور الامر بالتنفيذ (وقد أحد القانون الإيطالي بهذا الاتجاه في إطار القانون رقم 28 لسنة 1983م حيث اشتمل هدا القانون على تعليق مسالة تصحيح حكم المحكين والطعن بالبطلان والطعن بالبطلان على صدور الامر بالتنفيذ مما يمثل انتقاصا للقيمة القانونية لحكم التحكيم.

ولكن القانون الإيطالي الجديد الصادر في يناير عام 1994م جاء خلوا من دلك سواء فيما يتعلق بتصحيح الحكم او الطعن فيه، حيث نص على ان بطلان حكم التحكيم يقدم خلال تسعين يوما من تاريخ اعلان الحكم، ودون حاجة لصدور الامر بالتنفيذ) وقد ايد جانب من الشراح الفرنسيين هذا الاتجاه.

اما الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الغالب وهو عدم اشترط صدور الامر بالتنفيذ لاسباغ الصفة القضائية على حكم التحكيم، فحكم التحكيم يتمتع بالحجية وقوة الامر المقضي مند صدوره، وان اجراء الامر بالتنفيذ لا يمنح الحكم الحجية وانما يجعله قابلا للتنفيذ، وهذا هو ما قررته محكمة النقض المصرية حيث قالت في أسباب أحد احكامها:

متى كان الثابت ان طرفي الخصومة لجا الى التحكيم فيما كان ناشبا بينهما من منازعات متعددة بشان زراعة الاطيان المملوكة لهما ،وكان حكم المحكمين قد فصل بصفة نهائية في هده المنازعات وقضي لاحدهما بأحقية في استلام اطيان معينة بما عليها من الزراعة وكان هده الزراعة قائمة في تلك الأرض فعلا وقت صدور حكم المحكمين، فان احقية المحكوم له للزراعة المذكورة تكون امرا مقضبا له بموجب حكم المحكمين ضد الخصم الاخر، وتكون دعوى هدا الأخير بطلب أحقبته لهذه الزراعة مردودة ،من قوة الامر المقضي لحكم التحكيم ومن حجيته قبله، ولا يقدح في دلك ان يكون هو الزراع لتلك الزراعة ولا يغير من ذلك أيضا الا يكون الحكم قد تنفد بالاستلام، فان عدم تنفيد الاحكام لا يخل بما لها من حجية لم تنفض باي سبب من الأسباب التي تنقص بها قانونا.

ورغم سلامة ومنطق الطبيعة القضائية للتحكيم، الا انها لم تسلم من النقد، فيعاب عليها بما يلي:
1_انه يصعب ان نلحق احكام التحكيم بأحكام القضاء جملة واحدة، لان هناك خلاف بين المحكم والقاضي، لان الأخير له وظيفة عامة ويتمتع بالدوام ولاستقرار والحصانة فيما يقوم به من اعمال، كما ان له سلطة الامر والاجبار، ويعد منكرا للعدالة ادا امتنع عن الفصل في النزاع، ولا دخل للخصوم في اختياره، بعكس المحكم.
2_ان التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء، رغم ما يبدو فيه من تقويه لمركز التحكيم الا انه ليس في صالح التحكيم دائما، لان التحكيم اسبق من القضاء في الوجود.
3_ان الدعوى ببطلان حكم المحكم تتصل في مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم او تنكره وهي بهذا الوصف تثير الشك في الصفة القضائية لحكم التحكيم، ومما يبرر دلك وقف تنفيذ حكم المحكم عند رفعها، وهي أيضا بالوصف المتقدم تكفي وحدها كوسيلة للتظلم من الحكم.

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم

أصحاب هده النظرية يرون ان التحكيم له طبيعة مختلطة فهو عقد بالنظر الى الوجوه التي تشتق من أصل التحكيم وهو العمل الارادي للأطراف وهو قضاء بالنظر الى كون المحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير ملزمة للعقد.[1]
ويرى البعض من أصحاب هده النظرية ان التحكيم ليس اتفاقا محضا وليس قضاء محضا وانما هو نظام يمر في مراحل متعددة، فهو في اوله اتفاق وفي وسطه اجراء وفي اخره حكم.
ويعقب البعض على هذه النظرية بالقول بانها نظرية لمحاولة الهروب من مواجهة الحقيقة، وتمثل نوعا من العجز والواجب، وهو حصر العناصر ذات الطابع الارادي التعاقدي وتمييزها عن العناصر ذات الطابع القضائي، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم واعطائه طبيعته الذاتية المستقلة.
والواقع انه من الصعب النظر الى التحكيم كعقد، فالعقد في حد ذاته لا يحسم النزاع، كما ان العقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل عدم وجوده في التحكيم الاجباري، وادا اعتبرنا ان التحكيم يتسم

[1] منابي فراح، المرجع اسابق، ص44

بالصبغة الرضائية اي التعاقدية فلا يمكن ان تنسحب هده الصفة الى حكم التحكيم الصادر في النزاع.

والواقع أيضا ان النظرية القضائية لا تتفق وطبيعة التحكيم لان القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها الا القاضين فالمحكم لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة كتوقيع غرامات على الخصوم او الشهود فضلا عن ان الإجراءات قد تختلف من نزاع الى اخر، كما ان حجية الحكم الصادر في التحكيم تختلف عن الحكم الصادر من القضاء، فهو لا يتمتع بما يتمتع به حكم القضاء من قوة تنفيذية جبرية، فالحجية التي يتمتع بها حكم القضاء تحول دون رفع دعوى اصلية ببطلان الحكم، على خلاف حكم التحكيم والذي يجوز فيه رفع دعوى ببطلانه[1].

إلا أن هذا الرأي لا يخلو من النقد، حيث وجه اليه النقد التالي:

1_رغم قيام هذه الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس تحليل ورصد لما يؤثر في التحكيم وهو أمر جدا مهم، فإن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول بان التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، فالواجب في مواجهة مثل هده الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردها الى عناصرها المميزة ومحاولة تحديد دور كل عنصر ومظاهرة في كل مرحلة من المراحل المختلفة.

2_ان القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم يؤدي الى خلط بين حجية حكم التحكيم وبين قوته التنفيذية، فحجية الامر المقضي تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره وهي امر اخر غير القوة التنفيذية التي لا يحوزها حكم التحكيم الا بصدور امر قضائي بتنفيذه.

المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم

في اعتقاد الدكتور المصري خالد مُحَمَّد القاضي ان التحكيم له طبيعته الخاصة وذاتية المستقلة التي تميزه عن العقود وكدلك عن احكام القضاء، فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما، وليس هناك ما يدعو او ما يبرر الزج به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور يختلف معها في أمور أخرى.[2]

---

[1] خالد مُحَمَّد القاضي، المرجع السابق، ص113_115

[2] مناني فراح، المرجع السابق، ص46

وقد ذهب بعض الشراح الى القول بأن التحكيم ذو طبيعة خاصة، لأن أصحاب الطبيعة العقدية للتحكيم لم يستطيعوا ان يتفقوا على طبيعة هدا العقد، فهل هو عقد من عقود القانون العام ام عقد عقود القانون الخاص وهل هو عقد ينظم الشكل او ينظم الموضوع، حتى الدين يقولون بانه عقد من عقود القانون الخاص اختلفوا في تحديد ماهية دلك العقد فتارة يقولون عقد عمل، وتارة يقولون عقد وكالة.

كدلك أصحاب الطبيعة القضائية للتحكيم لم يستطيعوا الفكاك من اعتبارات النظام القضائي الداخلي، فالبعض منهم يرى انه مجرد بطانة للقضاء الوطني، والبعض الاخر يرى انه تفويض صادر من الدولة للمحكم لإقامة العدالة بين الخصوم، اما أصحاب الطبيعة المختلطة للتحكيم فيكفي القول بان موقفهم فيه نوع من الهروب للتصدي الجدي لمشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

واذا كان التحكيم يعني الرغبة في فض النزاع بطريقة ودية بين الافراد، فان ذلك يعني أن نأخذ عند تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بفكرة مستقلة عن النظم الداخلية، فالتقسيمات والانظمة الداخلية لا تعد القوالب المناسبة لوضع نظام مميز للتحكيم في اطارها، لان دلك سيكون على حساب الحقائق العلمية.

يجب ان ينصب البحث في هده المسالة على حصر العناصر ذات الطابع الارادي التعاقدي للتحكيم وتميزها عن تلك العناصر ذات الطابع القضائي بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل عنصر من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم واعطائه طبيعته الذاتية المستقلة[1]، فالجهد يجب الا يتوقف على محاولة إذابة أحد العنصرين في الاخر، او محاولة المزج بينهما وانما تحليلهما تحليلا دقيقا يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما.

فاتفاق التحكيم وان كان عقدا يتمتع بالخصائص العامة للعقود، الا انه يتميز عنها بهدفه وموضوعه، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية مبتدأه بين الطرفين مالية كانت او شخصية، وانما تسوية النزاع الناشئ عن علاقة قانونية سابقة، وموضوعه ليس التراضي على تسوية نهائية للنزاع محدد بذاته، وانما إقامة كيان عضوي (فردا او هيئة) ترفع اليه ادعاءات الطرفين لتولي الفصل فيها استقلالا عنهما.

أما عن عمل المحكم فهو بالضرورة حسم النزاع وفقا للمبادئ العامة التي يضعها النظام القانوني واهمها مبدا المساواة ومبدا المواجهة الى غير دلك من المبادئ القضائية، مع دخول اتفاق التحكيم في اعداد

[1] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص71

الاتفاقات المطروح تطبيقها على المحكم أي ان المحكم عليه ان يطبق شروط اتفاق التحكيم مثله في دلك مثل القاضي عندما يطبق شروط عقد معين متعلق بالنزاع المطروح عليه، فالمحكم هنا يطبق اتفاق التحكيم للتعرف على حدود المنازعات التي تدخل في ولايته وللتعرف على القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة الاعمال في صدد النزاع وعلى دلك يكون اتفاق التحكيم مصباحا لأداء الوظيفة القضائية للمحكم.

وعلى ذلك نلخص الى ان التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وبالنصوص القانونية التي يفترض على المحكم الالتزام بها، لدلك يجب ان نبتعد عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم، فهو ظاهرة وان سبقت القضاء في الوجود، الا انه ليس احد السلطات العامة في الدولة مثل القضاء، كما انه لا يجوز في كل منازعة، حيث يجب ان تكون المنازعة قابلة للتحكيم، فربط التحكيم بفكرة تقليدية عقدية كانت ام قضائية ربما كان دلك ذا فائدة في الماضي ولكن تلك الفكرة قد تقف الان عائقا امام التوصل الى نظرة شاملة وواضحة لظاهرة التحكيم التي باتت تفرض نفسها على منازعات التجارة الدولية.

كما انه في ظل الطبائع المتعددة للتحكيم لن يكون مستبعدا اللبس والخلط لأنه يصعب وضع معيار واحد يمكن على أساسه تحديد طبيعة التحكيم، وحتى ادا ما حاول البعض افراد هده الطبيعة في عدد محدود، فلن يلبس ان يتحول نوع منها الى اخر كما حدث في نظام التحكيم بالصلح فقد كان الأصل قريبا من التوفيق حيث كان هناك اقتراح للأطراف اختيار قبوله او رفضه، ولكن التطور لحق به فاعتبر هدا الاقتراح حكما وأصبح الأطراف ملزمون به، الامر الدي يجعلنا نؤيد الطبيعة المستقلة للتحكيم[1].

[1] خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة الطبعة الأولى، عمان الأردن، 2014، ص51

الفصل الثاني: آليات حل منازعات عقود الدولة أمام قضاء التحكيم

تعد مسألة تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على عقود الدولة من أهم المسائل القانونية التي تثيرها دراسة هذه العقود، إذ أن مسألة اختيار نظام قانوني معين ليحكم العقد، ليست مجرد مسألة تفضيل لنظام قانوني على نظام آخر تتم على نحو نظري مجرد دون تحسب للنتائج المترتبة على هذا الاختيار، بل إن هذا الاختيار تحركه أساسا وعلى نحو لا يقبل أدنى شك، النتائج المادية المترتبة على إعمال قواعد هذا النظام القانوني المختار على العقد.

وما دام أن التحكيم إرادي المصدر فإن إرادة الأطراف تلعب دورا حاسما في اختيار هذا القانون ولذلك تحرص الأطراف المتعاقدة في عقود الدولة على أن تبحث هذه المسألة خلال مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد حتى يتم الرجوع اليه عند حدوث أي نزاع مستقبلا، حيث أن أهمية هذا الاختيار ليس فقط في حالة عدم الاتفاق بين أطراف النزاع على تحديده بل أيضا في حالة وجود هذا الاتفاق.

إن أي عقد يجب أن يسند إلى نظام قانوني معين لكي يعمل على حكم شروط انعقاده ويهيئ له الطريق لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد عنه من التزامات[1] ويقصد بالقانون الواجب التطبيق (مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى انها مناسبة للتطبيق على النزاع سواء كان مصدرها قانونا وطنيا ام كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية ام أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية الأخرى).[2]

ولا شك ان مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود الدولة ذات الطابع الدولي لها خصوصية بسبب وجود الدولة كطرف في العقد، وأصبحت هده المسالة المشكلة الأساسية وتحتل مكان الصدارة بعد أن أصبح الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة تقره القوانين الوطنية.

ولقد اختلف الفقه والقضاء حول القانون الواجب التطبيق على عقد الدولة ذات الطابع الدولي ولم يتم التوصل إلى نظام قانوني معين فمنهم من عمل على ترجيح خضوعها لقانون الإرادة وفي حال

---

[1] محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ النشر، ص210.

[2] احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 1993، العدد251، ص174.

غياب هذا الاختيار قال البعض يطبق قانون الدولة المتعاقدة ومنهم من قال بتطبيق القانون الدولي العام، ومنهم من أخضع هذه العقود للمبادئ العامة للقانون أو لقانون التجارة الدولية.[1]

وبناءا على ذلك سنتناول في هذا الفصل النظم القانونية المختلفة التي يمكن أن تطبق أحدها على موضوع النزاع في عقود الدولة، وسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالاتي:

المبحث الأول: خضوع النزاع قانون الدولة المتعاقدة.

المبحث الثاني: تدويل القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة.

المبحث الأول: خضوع النزاع قانون الدولة المتعاقدة

لقد كانت الدولة في عهد ليس ببعيد تخضع للاستعمار بكافة اشكاله وكانت خيراتها ومقدراتها تذهب لهذا المستعمر دون أي مقابل يعود على أبنائها، وحاولت هذه الدول التخلص والتحرر من أشكال الاستعمار الجاثم على أراضيها، عندما تأتي لها ذلك حاولت جاهدة وبشتى السبل تدعيم نظامها القانوني بإصدار قوانين وطنية تعمل من خلالها على المحافظة على هذه المقدرات.

ومن أجل تدعيم هذه الحقوق أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1952 بحق ممارسة السيادة على الثروات الطبيعية وأقرت للدول الأخذة في النمو بحقها في أن تحدد بحرية كيفية استخدام مواردها الطبيعية وان عليها استخدام هده الموارد من اجل تحقيق خطة التنمية الاقتصادية وفق مصالحها الوطنية ومن أبرز هذه القرارات القرار رقم 3171 الصادر عن الجمعية في الدورة الثانية والعشرين حول السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية وانشطتها الاقتصادية ويمثل أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي الجديد.[2]

وأمام هذا الموقف المؤيد لحقوق الدول النامية في السيطرة على ثرواتها وفرض قوانينها الوطنية، وجدت الدول الكبرى أن زمام السيطرة قد فلت من بين يديها وحاولت إعادة السيطرة ولكن بأسلوب جديد

---

[1] مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص180.

[2] إبراهيم احمد العناني، الابعاد الاقتصادية للعلاقات الدولية الاقتصادية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، السعودية، العدد الثاني ،1985، ص24.

تمثل في التشويه بقضاء هذه الدول وهو طريق يأدي إلى استبعاد تطبيق القوانين الوطنية لهذه الدولة بحجج واهية تتمثل في أن قضائها غير محايد تجاه الطرف الأجنبي.

المطلب الأول: استنادا إلى وجود قرينة مفترضة لصالح هدا القانون

ذهبت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية الى ان (كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخص من اشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويخص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص او نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون).

ولقد أكدت المحكمة على أنه (لما كان الطرف المقترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون اخر غير قانونها).

وجه نقد لهذا القضاء[1] مفاده ان قضاء المحكمة قد تم تجاوزه، ولم يعد يستجيب لمقتضيات التجارة الدولية، وانه اذا كان من المفترض عدم خضوع الدولة المتعاقدة لقانون غير قانونها الوطني، فانه لا يجوز إجبار الطرف الأجنبي على الخضوع لقانون لم يسهم في اختياره ويعرضه لعدة مخاطر نتيجة للتغيرات التشريعية والتنفيذية من جانب الدولة، ويؤكد على ان رفض وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يعد تناقضا مع ما ورد بالمادة 42 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن والتي جاء فيها في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشان القانون الواجب التطبيق تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين كذلك مبادئ القانون الدولي في هذا القول الى ما يلي :

إن الإشارة الواردة بالنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع تضمنت صراحة قواعد تنازع القوانين في هده الدولة، ويترتب على ذلك إمكانية الإحالة الى قانون دولة أخرى عدا قانون الدولة المتعاقدة، وعندما نصت على تطبيق القانون الدولي العام جاء ذلك على قدم المساواة مع قانون الدولة المتعاقدة.

ان الإشارة الى قانون الدولة المتعاقدة يمكن تبريرها بفكرة الاسناد الى مكان التنفيذ الرئيسي.

---

[1] فتح الله بن خيال، التحكيم في عقود الدولة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2002، ص114

وجه انتقاد اخر من الفقه بشأن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة[1]، ذلك ان هذه القوانين لا تلائم عقود الدولة ذات الطابع الدولي لأنها ذات أصول دينية وطبيعية وبدائية غالبا واید هذا الاتجاه العديد من قرارات التحكيم أبو ظبي وشركة بتروليوم ديفلوبمنت وقرار تحكيم قطر وشركة مارين الدولية، وتحكيم أرامكو والسعودية.

تعد هذه الحجج غير سليمة لان لدى جميع الدول في الوقت الحاضر، بما فيها الدول النامية أنظمة قانونية متطورة في مجال التحكيم تشجع الاستثمارات ومعظم الأنشطة الاقتصادية، وبذلك لا يكون هناك أي مبرر من استبعاد تطبيق القوانين الوطنية على عقود الدولة.

وبرغم ذلك إلا أن هناك من يرى بأن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة يكون في غير صالح المتعاقد الأجنبي، ذلك ان الدولة المتعاقدة تعرف قانونها الوطني وتدركه أفضل من الطرف الاجنبي.

وتملك الدولة المتعاقدة كذلك سلطة تعديل قوانينها الداخلية بإرادتها المنفردة، وتستطيع ان تتحلل من كافة التزاماتها العقدية تجاه الطرف الأجنبي عن طريق تعديل او إلغاء قوانينها الوطنية[2].

وفي هذا الفرض الأخير فإن الذي سيرجع اليه للفصل في هذه المسالة هو التحكيم او القضاء.

المطلب الثاني: بناءا على اعتبارات سياسية و قانونية

يدافع هذا الرأي عن خضوع عقود الدولة الى السلطان القاصر والمانع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، ويرتكز هذا الاتجاه إلى أسباب يغلب عليها الطابع السياسي وإن تم تغليفها في إطار قانوني كفكرة الاحتكار المطلق للدولة في المجال القانوني، ورفض معاملة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة معاملة تؤدي إلى مساواته بالدولة المتعاقدة معها.

والى جانب هذا الاتجاه الأول الذي برز أساسا في دول أمريكا اللاتينية، فإن هناك اتجاه ثاني تمثله الدول المنتجة للبترول، ويهدف أيضا الى الخضوع المطلق والكامل لعقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، واذا كان الاتجاه الأول يتميز بغلبة الاعتبارات السياسة على الاعتبارات القانونية، فان هذا الاتجاه الأخير يمتزج فيه كل من الاعتبارين على نحو كامل، ويستند الى مجموعة من المواثيق الدولية وسنعرض لهما تباعا .

---

[1] محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص1733

[2] محمد يوسف علوان، المرجع نفسه، ص1033

أولا: الخضوع المطلق للعقد لقانون الدولة المؤسس على اعتبارات يغلب عليها الطابع السياسي تعد ظاهرة تأميم عقود الدولة بإخضاعها للسلطان المطلق والكامل لقانون الدولة المتعاقدة سواء من حيث الاختصاص القضائي والتشريعي.

ثانيا: الخضوع الكامل والمطلق لعقود الدولة لقانون الوطني للدولة المتعاقدة المؤسس على المواثيق الدولية

وتبدأ مقدمات هدا الاتجاه المدافع عن الخضوع الكامل والمطلق للعقد للقانون الوطني للدولة المتعاقدة والذي يشير الى استبعاد كل طرق الطعن المختلفة في حالة نشأة الخلاف بين الدولة المضيفة والمستثمر، مع إمكانية اللجوء الى الهيئات الدولية باتفاق الدول.

وأشارت المادة 2 من قرار رقم 3281 قاطعة للدلالة في هدا الشأن اد انها تنص على ان (كل دولة لها حق في ان تؤمم او تصادر ....ولكن يتعين عيلها ان تقوم بدفع تعويض ملائم)

المطلب الثالث: بناءا على تكيفها كعقود إدارية

يذهب جانب من الفقه الى ان عقود الدولة ذات الطابع الدولي هي عقود إدارية وبالتالي يجب ان يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الدولة المتعاقدة الوطني فالطبيعة الإدارية تلزم هذه العقود، حيث ان أحد الأطراف ها الدولة او أحد الأشخاص المعنوية العامة، كما أن هذه العقود وإن كان مظهرها الخارجي يوحي الى تحقيق ارباخ الى للطرف الأجنبي الا انها تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام.

وتعد عقود الدولة مثال نموذجي للعقود الادارية[1]، واكد الفقه والقضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر ان العقود المتعلقة بجذب الاستثمارات ونقل التكنولوجيا تعد إدارية وفقا للمعايير المادية أو الموضوعية الجديدة التي تبناها مجلس الدولة في الدولتين حتى ولو لم تكن الدولة او أحد الشخاص المعنوية العامة طرفا فيها ما دمت تتعلق بتسيير واداري مرفق عام او تتضمن بعض الشروط غير المألوفة في القانون الخاص.[2]

---

[1] عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى،1984، 413

[2] عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص56

أن إضفاء الصفة الإدارية على عقود الدولة ذات الطابع يعد ضرورة قانونية تستوجبها ضرورة توحيد القواعد القانونية التي تحكم المنازعات التي تنشأ بسبب تنفيذ العقد وتؤثر في مشروعيته وخصوصا إذا ما تتعلق الامر بتفسير او تحديد مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن الدولة الأشخاص المعنوية العامة بإبرام او فسخ العقد او البحث عن حدود سلطتها التقديرية بشأن امتيازات الطرف الأجنبي ومدى احترامه وتنفيذه لشروط العقد.

وبالتالي فان إضفاء الصفة الخاصة على عقود الدولة ذات الطابع الدولي قد يؤدي الى تقطيع أوصال النزاع والعمل على تطبيق قوانين تنتمي الى فروع مختلفة إذا ما أثيرت بعض المسائل الاولية التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري، وهو ما يمكن تفاديه إذا ما اعتبرت عقود الدولة عقودا ادارية[1]

وبالإضافة الى ذلك فان إضفاء الصفة الإدارية على عقود الدولة ذات الطابع الدولي ضرورة عملية في المجال الاقتصادي حتى في تلك الحالات التي تبرم فيها الدولة عقودها على قدم المساواة مع الطرف الأجنبي او تقبل فيها تقييد سلطاتها في التعديل لصالحها، ويستهدف هذا الاتجاه إعطاء الدولة وللأشخاص المعنوية العامة حرية كاملة في التخلص من التزاماتها التعاقدية او التعديل فيها وفقا لاحتياجاتها المتجددة.

ويسوغ البعض إدارية عقود الدولة ذات الطابع الدولي بان هذه العقود تستهدف تسيير مرفق عام وقد يكون مرفقا عاما حيويا أو من المفروض ان يكون كدلك، وان احد اطراف العقد هو الدولة او احد الأشخاص المعنوية العامة القائمة على النشاط الاقتصادي وبغض النظر عن اغراضها او طبيعة عملها تجارية او صناعية او زراعية...ووجود الرقابة القضائية على ممارسة الادارية لسلطتها التقديرية في تقرير الموافقة على المشرع الاستثماري او رفضه او سحب الامتياز الممنوح للطرف الأجنبي ..والعقد يبرم بعد صدور قرار اداري بشأنه[2]، ومن كل دلك يستشف ان هده العقود هي عقود ادارية[3]

المطلب الرابع: إستنادا لإعمال القانون الدولي الخاص

يبحث المحكم عن القانون الواجب التطبيق على موضوع لنزاع من خلال إرادة الأطراف المتعاقدة الصريحة لإعمالها، وفي حال تعدر وجودها يبحث المحكم عن الإرادة الضمنية للأطراف وذلك من خلال نظرة للقرائن والمؤشرات التي يتركها الاطراف لكي تدل على هدا القانون.

---

[1] عبد المنعم محفوظ، المرجع السابق، ص56

[2] عمر حلمي المرجع السابق، ص56

[3] عبد المنعم محفوظ، المرجع السابق، ص56، وحفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص48

وهناك الكثير من عقود الدولة ذات الطابع الدولي التي لا يشير الى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بشكل صريح، وهنا يبرز الدور الدي سيقوم به القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، والواقع ان المعايير الموضوعية المعروفة في القانون الدولي الخاص تؤدي الى تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة دون سواه من القوانين حيث ان هذا القانون يفرض نفسه على إرادة المحكم لكي يعمل على تطبيقه على موضوع النزاع ومن هده المؤشرات لجوء المحكم الى نظرية التركيز التي تعمل على مساعدته في تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، لان هذا النوع من العقود غالبا ما يكون قد ابرم على إقليم الدولة المتعاقدة ويتم تنفيذه في إقليم هذه الدولة وقد يتم الدفع أيضا في إقليم تلك الدولة، فهده المؤشرات تعمل على تركيز العقد في النظام القانوني الوطني وتعمل على اخضاع عقد الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، اما في حال ان كانت مؤشرات تركيز العقد يستنتج منها خضوع عقد الدولة لقانون الطرف الأجنبي المتعاقد فلا يوجد هناك أي عائق يمنع من دلك، حيث ان مؤشرات تركيز العقد في النظام القانوني عادة ما تعبر عن اختيار الضمني للأطراف المتعاقدة.[1]

وقد يقوم المحكم بإعمال فكرة تطبيق القانون الدي يكون محل العقد يتصل به بشكل وثيق، أو ان يقوم بالبحث عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية أو يقوم بتطبيق قانون الدولة التي يتم على اقليمها الوفاء بالأداء المميز للعقد أو عند تحليل مجموعة أداءات العقد سواء اكان ذلك عند ابرام العقد أو عند تنفيذه وإظهار هذا الأداء المميز الذي تتركز فيه مصالح الأطراف المتعاقدة يكون هذا القانون هو قانون الدولة المتعاقدة.[2]

وهناك مؤشرات أخرى قد تجعل المحكم يتخذ قراره بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة عندما يغفل الأطراف المتعاقدة اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تتمثل في مكان تنفيد الالتزام محل العقد، إذ أن هذا المحل في عقود الدولة ذات الطابع الدولي غالبا ما يتعلق بعقود تنفيذ على إقليم الدولة مثل عقد امتياز البترول وعقد الاستثمار وعقد نقل التكنولوجيا إذ انه من غير المتصور أن يكون محل تنفيذ هذه العقود في الخارج إقليم الدولة المتعاقدة، وترتبط بالمصالح الأساسية لهذه الدولة، ويتم تعزيز هذا المؤشر بمكان ابرام العقد إذ غالبا ما يتم إبرام العقد في الدولة التي يبرم العقد لصالحها أي الدولة المضيفة، ويعد بمجرد وجود الدولة كطرف في العقد مؤشرا على تطبيق قانون هذه الدولة.

---

[1] مُحَمَّد عبد العزيز بكر، المرجع السابق، ص28

[2] فتح الله بن خيال، المرجع السابق، ص124

المطلب الخامس: إستنادا إلى المعاهدات الدولية.

لقد ابرمت الدول المختلفة العديد من الاتفاقيات الدولية او الاقليمية او الثنائية وتنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة علل موضوع النزاع في حالة عدم اختيار الصريح لهذا القانون من قبل الطراف المتعاقدة، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية واشنطن لعام 1965 واتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لعام 1980، كذلك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لعام 1974.

واعطت هذه الاتفاقية الاولوية لتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف صراحة لحكم موضوع النزاع اما في حالة عدم الاختيار، يعمل المحكم على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ليحكم موضوع النزاع في عقود الدولة ذات الطابع الدولي بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي.

وقررت اتفاقية واشنطن في المادة 42 بانه ففي حالة عدم وجود اتفاق من قبل الأطراف المتعاقدة على تطبيق الفانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في دلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما ينطبق من قواعد القانون الدولي.

ويخالف هدا التجاه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 28 منه حيث ورد فيها انه ادا لم ينص الفرقاء على القانون الواجب التطبيق في النزاع، أو إذا كانوا قد اختلفوا حول هذه النقطة، فإن الاتفاقية تعتمد حكما قانون الدولة المضيفة الموقعة على الاتفاقية والطرف في النزاع، وذلك دون الحاجة الى البحث عن إرادة الأطراف الضمنية، الا إذا سمحت للمحكمة التحكيمية بتطبيق القواعد المتعلقة بتنازع القوانين الخاصة بهذه الدولة المضيفة المنظمة للاتفاقية وكذلك قواعد القانون الدولي المتعلقة بهذا الشأن، ويجب اعتبار هذه القواعد متممة لقانون الدولة المنتمية الى الاتفاقية والطرف في النزاع، ومصححة لهه اذا كان ذلك القانون غير مطابق لتلك القواعد.

ان نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن الدي ينص على تطبيق قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع قد يؤدي الى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة او قانون الدولة الطرف الأجنبي المتعاقدة او قانون دولة ثالثة والى الاخلال بتوقعات الاطراف على الرغم من أأن الإحالة فكرة مستبعدة كقاعدة عامة في مجال الالتزامات التعاقدية[1].

[1] محمد عبد العزيز بكر، فكوة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة الدكتورة، جامعة حلوان، 2000، ص535.

ان ما ورد بالاتفاقية حول تطبيق القانون الدولي مع قانون الدولة المتعاقدة قد استغله المحكمون وعملوا على توظيفه لصالح الدول المتقدمة، حيث استعملوا هدا النص ليس لكي يتمم ويكمل النقص الموجود في القانون الدولة المتعاقدة والتي غالبا ما تكون منن الدول النامية او من اجل تفسيره وانما من اجل استبعاد قانون الدولة المتعاقدة حتى وان كان اختيار الاطراف لهدا القانون صريحا بحجج واهية وغير مقنعة، تصب أولا وأخيرا في مصلحة الدول المتقدمة.

ليتبين ان تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في عقود الدولة ذات الطابع الدولي يستند اما الى القرينة التي وضعتها محكمة العقد الدولية العدل الدولية الدائمة حول الحق السيادي للدولة على اقليمها وموردها الطبيعية واما الى قواعد القانون الدولي الخاص وما تحتويه من مؤشرات واما الاستناد الى المعاهدات الدولية التي تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع.

وفي خضم الحديث عن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في حالة انتهاء المحكم الى ما يخالف المستقر عليه الفقه والقضاء في شان استبعاد القانون الوطني بشرط التثبيت الدي يلزم الدولة المتعاقدة بعدم تعديل شروط العقد واحكام قانونها ال بموافقة الطرف الأجنبي، حيث تقيد وتثبت سلطة الدولة التشريعية او اللائحية فيما يتعلق بالتعديل في شروط العقد بالإرادة المنفرد الهدف منه استبعاد القانون الوطني في النزاع استبعادا كاملا، وذلك لتجنب ما يطرا على هذا القانون من تعديل ، وهي غاية لا يمكن تحقيقها مادام ان الشروط التي توفر الاستبعاد تتخذ أساس صحتها في العقد والذي يخضع لقانون الدولة[1]

المبحث الثاني: تدويل القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة

إن تدويل عقود الدولة من اجل اقتلاعها من السيطرة الطبيعية للقانون الوطني للدول المتعاقد لما يمثله هذا الخضوع لذلك القانون من مخاطر جسيمة للطرف الخاص المتعاقدة مع الدولة فخضوع عقود الدولة الى تدويل.

يعد وسيلة لمقاومة الطابع الخاص الذي يطبقه القضاء على تلك العقود وعليه فقد يتم التدويل نتيجة للإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف المتعاقدة أو بالنظر الى أن عقد الدولة يتضمن من خصائص

[1] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص45.

ذاتية مما يجعله يتركز على نحو متفرد في القانون الدولي العام او يتحقق بسبب اندماج هذا العقد في إطار المعاهدات الدولية وقانون التجارة الدولية [1]

المطلب الأول: تطبيق قانون الإرادة.

تلعب إرادة المتعاقدين دورا محوريا في مجال القانون الدولي الخاص إما بوصفها وسيلة لنزع الرابطة العقدية من حكم القانون او لإخضاعها لسلطانه[2].

وتعد الإرادة ضابط الاسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، ولذلك يتعين على أطراف العقد إخضاعه للقانون الدي تتفق ارادتهم الصريحة على اختياره، واذا سكت الأطراف عن اختيار فيتعين البحث عن الإرادة الضمنية عن طريق القرائن التي تدل على وجودها[3].

وبناء على ما تقدم فسوف نتطرق الى الإرادة الصريحة للأطراف باختيار القانون الوجب التطبيق على موضوع النزاع، والإرادة الضمنية المفترضة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الإرادة الصريحة.

عند البحث عن القانون الدي يحكم العقد من الطبيعي ان يرجع الى إرادة الطرفين لان لهما حرية الاختيار القانون الذي سيطبق على عقدهم. لذلك يحرص أطراف العلاقة التعاقدية في عقود الدولة على تحديد القانون لضمان ما قد يحدث من منازعات بعد التعاقد، فهم بمقتضى هدا الاختيار يضمنون هدا القانون الذي يمكن لهم الرجوع اليه ويتوقعون القواعد التي ستطبق على النزاع[4].

ويندر ان تخلوا عقود الدولة ذات الطابع الدولي من تحديد القانون الواجب التطبيق، واغفال ذلك يثير الكثير من الخلافات الحادة بين الأطراف، كان في مقدرتهم تجنبها لو فعلوا ذلك، حيث يحاول

---

[1] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص570

[2] مُحَمَّد محمود ياقوب، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2000، ص10

[3] مُحَمَّد عبد العزيز بكر، مركز التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص49

[4] فتح الله عوض بن خيال، التحكيم في عقود الدولة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2002، ص84.

الشخص الخاص الأجنبي اخراج العقد من نطاق قانون الدولة المتعاقدة، وفي ذلك تدافع الدولة عن خضوعه لقانونها الوطني باعتبار ان ذلك تعبير عن سيادتها[1].

ان قاعدة قانون الإرادة تعمل على حل مشكلة عقد الدولة ذات الطابع الدولي ويستقي ذلك من استقلال هذه الاتفاقات بذاتها عن أي نظام قانوني ولذلك تنشا هده العقود مستقلة عن أي قواعد وضعية موجودة قبل وجودها وينتج عن هذه القاعدة نتيجتان:

_انه ليس هناك قانون قد تم تحدده سلفا لحكم العقد، وانما تنفرد إرادة الأطراف في تحديد القانون الأقرب صلة بالرابطة التعاقدية.

_ان لإرادة الأطراف قوة تعادل القوة الملزمة للقانون، لان اثار اتفاقهم محكوم بإرادتهم بالرغم من التعاون في العلاقة بين الأطراف الدولة والشخص الخاص الاجنبي[2].

وتكمن أهمية الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق في انه يعطي للنصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعمل على تكملة النقص الوارد في هذه العقود ويحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تفسيرها ويشكل حماية لمصالح كلا الطرفين[3]

الفرع الثاني: الإرادة الضمنية أو المفترضة

ينذر ان يسكت الأطراف المتعاقدة في عقود الدولة عن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وامام عدم الاختيار غير الصريح منهم او في حالة اختيارهم لهدا القانون ولكنه يكون غير كافي لحكم كل المسائل الناتجة عن هده العلاقة تتأثر هده المسالة امام المحكم الدولي وبالتالي يتعين عليه العمل استظهار نية الأطراف في تحديد هدا القانون من خلال وجود دلائل عليها، ويجب على المحكم ان يحترم إرادة الأطراف وبيناها من خلال هده الدلائل والظروف المحيطة بالعقد.

ويتمتع المحكم في هذه الحالة بسلطة تقديرية، حيث تقف عند ضرورة استظهار المؤشرات موضوعية ومعقولة لهده الإرادة الضمنية في كل حالة منفردة ووفقا للظروف المحيطة، فجوهر عمل المحكم التصدي لبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، ويختلف موقف المحكمين وذلك نتيجة للتأثيرات

---

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في قانون ادول الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة ص62.

[2] محمد عبد العزيز بكر، المرجع السابق، ص20

[3] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص62.

الملموسة لهده النظم على تكوين المحكم نفسه، حيث انه لا يوجد للمحكم قانون اختصاص، ويترتب على التصدي لهذه السالة من خلال واقع العلاقة والبحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها ان إرادة الأطراف المتعاقدة قد اتجهت الى اختيار هدا القانون بحيث تصبح إرادة الأطراف هي فالواقع إرادة مفروضة من واقع الحال وليس إرادة مقنعة للمحكم نفسه[1]

المطلب الثاني: تطبيق القانون الدولي العام.

تعد العلاقة التي تربط الدول المتقدمة بالدول النامية علاقة تبعية وخضوع لصالح الأولى، ونتج عن ذلك زيادة الفجوة في النواحي المختلفة بين الطرفين، وتزايد تقدم الدول المتقدمة على حساب الدول النامية التي بقيت على تخلفها امدا طويلا، ولدلك طلبت الدول النامية المساعدة من الدول المتقدمة لكي تأخذ بيدها على طريق التطور والتنمية لصالح شعوبها ولكن الدول المتقدمة وان اخذت بيدها اتجاه التنمية عن طريق اشخاصه العامة والخاصة الا انها كانت تحاول إعادة السيطرة على مقدرات هده الدول وبطرق جديدة اكثر خفاء من الاستعمار المباشر الا ان الدول النامية قد تنبهت الى ذلك الخطر ومن هنا اجتاحت حركة التأميمات وأيدت قرارات الأمم المتحدة هذا الاتجاه وأكدت حق هذه الدول في السيطرة على ثرواتها الطبيعية وأدى ذلك الى التأثير على مصالح هذه الشركات .

وامام هذا الاتجاه المتنامي الذي يضع مصالح الدول المتقدمة في حرج شديد لجات هذه الدول الى محاولة إيجاد نظم قانونية معينة تؤدي الى ابعاد العلاقة التعاقدية من الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة حتى تضمن استقرارها بينهم ولكي تضمن عدم قيام الدولة بتعديل أو انهاء هذه العلاقة من جانب واحد[2].

وهذه المحاولات التي قامت لسلخ العلاقة التعاقدية عن قانون الدولة المتعاقدة تمهيدا لوضعها في إطار القانون الدولي العام او على الأقل في إطار نظام قانوني خاص يكون أقرب الى النظام الدولي منه الى النظام القانوني الداخلي، تزايدت من حيث نظامها واهميتها خصوصا في النطاق الدولي.

---

[1] أبو زيد رضوان، الأسس العامة التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص136_137.

[2] منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص201.

والهدف من ذلك هو العمل على تطبيق القانون الدولي العام كنظام يحكم عقود الدولة حتى تخضع الدولة لأحكامه وبالتالي يمكن مساءلتها دوليا عن مخالفتها للالتزامات التعاقدية[1]، كما ان هناك واقع عمليا يشير الى ان التحكيم الدولي قد أصبح نظاما قانونيا خاصا دوليا موحدا يحكمه بصرف النظر عن حكم التشريع الداخلي للدولة المتعاقدة[2].

وتطبق القانون الدولي العام على العلاقة التعاقدية يهدف الى جعل قرارات التأميم التي تقوم بها الدولة مجردة من كل أثر امام السلطتين التنفيذية والقضائية في الدولة المتعاقدة أو أي دولة أخرى .

وكذلك لتفادي التغيرات التي تقوم بها الدولة متعاقدة لتشريعاتها مما فقد يؤدي الى الاخلال بالمراكز القانونية وبالتالي الاضرار بالطرف الاجنبي المتعاقد، وهذه التعديلات فقد اضعفت من تطبيق هذه القوانين، ورغم نجاح شرط الثبات التشريعي في الحد من هذه المشكلة، الا ان هذا القانون يشوبه القصور في حل المنازعات الناتجة عن عقود الدولة، وهذا أدى الى ظهور قوانين جديدة لتحكم موضوع النزاع.

وفق تدخل هذه العلاقة التعاقدية في فرع جديد للقانون الدولي هو القانون الدولي للعقود وهذا القانون يعطي للأفراد حق اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

المطلب الثالث: تطبيق المبادئ العامة للقانون.

امام ضعف الأساس القانوني والواقعي لنظرية التدويل، حاولت لاستناد الى طريق اخر وهو تطبيق المبادئ العامة للقانون على موضوع النزاع الناشئ عن عقود الدولة ذات الطابع الدولي ولاقى ذلك تأييد من جانب كبير من الفقه.

ويقصد بها: المبادئ التي تشترك فيها كافة الأنظمة القانونية في مختلف الدول مثل مبدأ العقد الشريعة المتعاقدين ومبدأ الاثراء بلا سبب ومبدأ حسن النية ومبدأ استقلال وسيادة الدولة وعدم استفادة الدولة م خطاها وعدم التعسف في استعمال الحق ومبدأ عدم رجعية القوانين.

وتتصف هذه المبادئ بعدم التحديد حيث انها مشتقة من القوانين المدنية للدول وتشمل قواعد موضوعية وأخرى إجرائية تأخذ من القانون الداخلي ولها صفة المنطقية وتتصرف هذه المبادئ الى

---

[1] فتح الله عوض بن خيال، المرجع السابق، ص131.

[2] عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في المنازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص60

مخاطبة العلاقات التعاقدية في القانون الخاص ولذلك فقد تصلح وتلائم التطبيق على عقود الدولة ذات الطابع الدولي، وهي تسمح بالتأكيد من عدالة قانون الدولة المتعاقدة وقياس سلوكها ومدى تمشييه مع القانون الدولي.[1]

وقد تشكل هذه المبادئ مصدرا مساعدا هاما لسد النقص الذي قد يعتري القانون الدولي العام لقلة قواعده القانونية، وقد تكون هامة للقانونين الوطنية التي لم تساير التطورات ففي هذا المجال، تشكل عند تطبيقها المخرج للمحكم في حالة مواجهته للمشاكل القانونية المستعصية، ونظرا لعدم تحديد هذه المبادئ فسوف تكون اداة قابلة للتطويع، وتعطي للمحكم سلطة تقديرية وذلك من اجل تطبيق القواعد الملائمة منها على موضوع النزاع.[2]

وقد ينص الاطراف على تطبيق مبدأ واحد من هذه المبادئ مثل مبدأ حسن النية وقد ينص على تطبيق المبادئ المشتركة للأطراف او المبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدينة او مبادئ القانون وكلها مترادفات تؤدي الى معنى واحد.

ولقد وجه العديد من الانتقادات الى فكرة تطبيق المبادئ العامة للقانون على موضوع النزاع في عقود الدولة ذات الطابع الدولي تمثلت فيما يلي:

هناك صعوبة في تحديد مضمون هذه المبادئ التي يراد لها التطبيق على عقود الدولة ذات الطابع الدولي، وان كان هناك العديد من المحاولات لاشتقاقها من المبادئ العامة في الأنظمة القانونية المختلفة وهذا لم ينجح، ولذلك بقيت مجرد مقترحات عامة كأساس لمختلف الأنظمة القانونية ولذلك يتعذر على الأطراف معرفة حقوقهم والتزاماتهم مسبقا ادا ما اخضع العقد لهده المبادئ وهذا يعطي افضلية للقواعد القانونية الداخلية عليها لما تتميز به من دقة ووضوح وتفصيل وهذا على خلاف المبادئ العامة للقانون[3].

إلا أنه تجدر الإشارة على أنه لكي تؤدي هذه المبادئ وظيفتها كأحد القواعد التي يتم تطبيقها على موضوع النزاع في عقود الدولة ذات الطابع الدولي يجب التأكد من استقلاليتها وذلك بأن تكون نظاما قانونيا قائما بذاته ودون ارتباطها بأي من النظم القانونية المختلفة كالقانون الداخلي للدول

---

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، 93

[2] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص781

[3] محمد يوسف علوان، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية، مجلة نقابة المحامين، الاردن،1976، العدد 27 ص1719_1720

المتعاقدة او القانون الدولي العام او عادات واعراف التجارة الدولية، ويجب أن تتصف بالعمومية والتجرد والوضوح[1].

وهذه المبادئ ليس فيها ما يناقض القواعد القانونية للدولة المتعاقدة فهي تحتوي على الاحكام الأساسية والدائمة والتي توجد في معظم النظم القانونية في دول العالم المختلفة وبالتالي ليس هناك ما يمنع من تطبيقها على موضوع النزاع في عقود الدولة ذات الطابع الدولي اذا ما توافر العديد وهي[2]:

ان تحدد هذه المبادئ بوضوح والنص على انها هي المبادئ العامة للقانون التي تسود مختلف دول العالم، وإنها ليست تلك التي تطبق لدى الدول المتمدينة.

ان يستند اليها الاطراف بصفة احتياطية ودلك لتكمله ما قد يشوب قانون الدول المتعاقدة من نقض وغموض ولإعطاء الثقة للمشروع.

الا تتخذ هذه المبادئ كستار لتدويل النظام القانوني للعقد بحجة ان هذه المبادئ هي القانون الدولي.

المطلب الرابع: تطبيق قانون التجارة الدولية

لقد بدأت العلاقات التجارية الدولية منذ عهد غير قريب تبتعد تدريجيا عن الخضوع للقوانين الوطنية للدول أطراف العلاقة التعاقدية، لصالح قواعد ذات طابع مهني او قواعد عرفية تحكمها وتنظمها، ولا تستمد هذه القواعد من قانون دولة معينة وانما تستمد من المجتمع التجاري الدولي، الذي ارتبط وتماسك من خلال قواعد او مؤشرات سلوك تعمل على اشباع حاجاته المتشابهة ومصالح افراده التي تبدو أحيانا متناقضة، حيث تعجز عن ذلك القواعد القانونية التي تنشا في ذات الدولة[3]

وتشكل هذه العادات والأعراف ما يسمى بقانون التجارة الدولية او قانون عبر الدول، ويعد قانون غير وطني تكون تلقائيا نتيجة الجهد الانشائي لقضاء التحكيم، بعيدا عن نطاق الأجهزة التشريعية للدول المختلفة ويعد قضاء التحكيم هو المنشئ لهذا القواعد وانه وحده الذي في إمكانه تفسيرها بدقة.

---

[1] فتح الله بن خيال، المرجع السابق، ص149.

[2] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص96.

[3] منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص63.

وترتب على ذلك ان يطبق هذا القانون امام قضاء التحكيم، وعدم جواز تطبيقه امام قضاء المحاكم حتى ولو تعلق الامر بمنازعة من منازعات التجارة الدولية التي تخضع لسيطرة نظام قانوني لدولة ما[1].

وترجع نشأة عادات واعراف التجارة العصور الوسطى، حيث كانت القوانين مجزأة ومتعددة بتعدد المقاطعات وأدى المفهوم المتعدد للمجتمع المتميز بالنظام الاقطاعي الى القبول الارادي بتعاون المنظمات الخاصة والعامة كالبلديات او الجمعيات مع السلطة العامة، ولم يكن القانون مفهوما على انه مجموع معقد من النظم آنذاك.

ان الهدف من وجود قانون مستقل يحكم الروابط أو العلاقات التي تنشأ بين التجار الدوليين دافع معلق يخفى وراءه دافع اخر يمثل الهدف الأساسي الذي يسعى أنصار قانون عبر الدول الى الوصول اليه ولو بشق الانفس وهو الرغبة في تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان القوانين الوطنية أي السعي الى تدويل النظام القانوني الذي يحكم هذه العقود[2].

وعرفه البعض بأنه (مجموعة القواعد الموضوعية او المادية المستسقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيما قانونيا وحلول ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقل عن القانون الذي يحكم الروابط البحثية)[3].

أو هو قانون تلقائي، يتكون من مجموعة قواعد غير وطنية مستمدة من العادات المهنية واحكام التحكيم الصادرة في مجال التجارة الدولية التي تضع المبادئ العامة لحل المنازعات الدولية[4].

وتتميز هذه العادات بتنوعها وارتباطها بقطاع معين من الأنشطة الاقتصادية مثل النقل، الصناعات البتروكيماوية، صناعات الحديد والصلب، نقل التكنولوجيا والاشغال العامة، حيث ذابة المؤسسات التجارية والمهنية المختلفة على اتباعها في معاملات التجارية الدولية وذلك في نطاق كل مهنة او تجارة على حده، ويجب التميز بين اعراف التجار وبين قانون التجارة الدولية حيث ان المقصود بالأولى:

_القواعد العرفية غير المكتوبة الشائع استخدامها بين التجار في كل مهنة على حده وأصبح لها صفة الالزام فيما بينهم.

---

[1] عبد المجيد، المرجع نفسه، اص63

[2] سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلاف توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة الدكتورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص748.

[3] احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين التشريع اصولا ومنهاجا، مكتبة الجلاء المنصورة، القاهرة، الطبعة الاولى1996، ص267

[4] محمد عبد العزيز بكر، المرجع السابق، ص65.

_اما الثاني وهو قانون التجارة الدولي المكتوب في صورة معاهدات او اتفاقات دولية بين الدول. وكلاهما يكونان معا قانون التجارة الذي أطلق عليه الفقه تسميات عديدة منها قانون عبر الدول أو القانون غير الوطني أو قانون فوق وطني أو القانون التجاري بين الشعوب أو القانون العرفي عبر الحدود أو القانون الموضوعي للتجارة الدولية أو القواعد الموضوعية عبر الدول[1].

ويهدف قانون عبر الدولي إلى البحث عن نظام قانوني ملائم يطبق على العلاقات الناشئة بين أشخاص الفانون الدولي والأشخاص الخاصة مع العمل على تحييد العلاقة عن الخضوع لقواعد تنازع القوانين فليس للقواعد الداخلية او الدولية أدنى تدخل في هذه العلاقة لأنها لا تتمشى مع حاجات المعاملات الاقتصادية الدولية.

المبحث الثالث: مصالح الدول النامية في ظل التدويل

لقد شهد النصف الثاني من القرن العشرين تهافتا كبيرا وسعيا حديثا من قبل حكومات الدول النامية الى جذب الاستثمارات اجنبية خاصة وتوفير المناخ الملائم لها نظرا لدورها في تحقيق التنمية الاقتصادية، علاوة على كونها الوسيلة المثلى في نقل المعرفة الفنية والتكنولوجيا الى الدول المضيفة للاستثمار.

ولا شك أن العقود الدولية المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب تعد الأداة الرئيسة والوسيلة الأنسب لتجسيد تلك الاستثمارات على ارض الواقع، ومن ذلك عقود نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعي وعقود التجهيز وعقود المشاركة والبحث وغيرها.

ويبدو أن التنظيم الاقتصادي العالمي الجديد الذي بدأت ملامحه في الظهور مع نشأة المنظمة العالمية للتجارة قد أدى على خلاف ما إعتقده البعض الى اتساع دور الدولة في مجال العلاقات التجارية الدولية، فتعاظم وزن العقود التي تبرمها وأضحت تمثل جزءا اساسيات في الاقتصاد العالمي، وذلك في ظل سعي كل الدول الى استقطاب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات والاستفادة من المزايا الناجمة عن تحرير التجارة الدولية وانفتاح الاسواق[2].

---

[1] محمد عبد العزيز بكر، المرجع السابق، ص64

[2] احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،2000، ص243

وعلى الرغم من إدراك الدول النامية للمخاطر الناجمة عن تدويل النظام القانوني لعقود الدولة، الا انها تجد نفسها مذعنة في الكثير من الأحيان للرضوخ لهذا المطلب، وهو ما يتضح من خلال موافقتها على ادراج شرط يقضي باللجوء الى التحكيم الدولي، وهذا التدويل الاجرائي ما هو في الحقيقة الا طريق نحو تحقيق تدويل موضوعي يبعد تلك العقود عن السلطان القانوني والتشريعي للدولة.

ولإدراك مدى تأثير تدويل النظام القانوني لعقود الدولة على مصالح الدول المتعاقدة سنبحث أولا في مضمون هذا التدويل: ثم لمصالح تلك الدول في ظله، وكل هذا فيما يلي[1]:

المطلب الأول: مصالح الدول المتعاقدة تقتضي عدم تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.

على الرغم من ان الغالب هو تضمن العقود المبرمة بين الدولة او أحد الأجهزة التابعة لها والطرف الأجنبي شرطا يقضي باللجوء الى التحكيم للفصل في النزاعات التي قد تقع بينهما، وذلك للمزايا العديدة التي يوفرها هذا النظام، الا ان إمكانية تطبيق القواعد عبر الدولية على عقود الدولة تلقى معارضة شديدة من طرف بعض الفقه، خاصة فقه الدول النامية، والذي يؤسس رفضه هذا على أسس تستمد من الطبيعة الخاصة لهذه العقود والتي تهدف أساسا الى تحقيق المصلحة العامة، وهو ما يعني بالضرورة إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.[2]

ويرى الفقه المنكر لفكرة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية الى الطبيعة الخاصة والمتميزة لها، والتي تعود بالدرجة الأولى الى ضرورات تحقيق المصلحة العامة، حيث تقتضي هذه الأخيرة إخضاعها لقواعد تتماشى وأهداف الدولة، وهو مالا يتحقق فيما لو تم إعمال القواعد عبر الدولية على منازعاتها.

إن القواعد العبر الدولية هي قواعد جاءت في الأصل لتعكس مصالح الدول المتقدمة، فهي من انشاها وشكلها بما يتلاءم ومصالحها، والتي يصعب القول بتطابقها مع مصالح الدول النامية، مما يعني أن إعمالها على العقود التي تكون هذه الدول طرفا فيها سيشكل مصدر خطورة بما تحويه من احكام

---

[1] الحاج بن احمد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 47، 2010.

[2] الحاج بن احمد، المرجع السابق، ص437.

لأنها احكام تبر عن مصالح الأشخاص المنتمون للدول الرأسمالية، بينما لم يكن للأشخاص والشركات المنتمية للدول المتخلفة أي دور يذكر في هذا المجال[1].

وعلى الرغم من ملاءمة هذه القواعد لحكم العلاقات الناشئة في إطار المجتمع الدولي للتجار، الا انها ملاءمة تقتصر على الروابط التي يكون الأشخاص المنتمون للدول المتقدمة طرفا فيها، دون أولئك المنتمين لدول العالم المتخلف.

ولأن عقود الدولة هي عقود تهدف بالدرجة الأولى الى تحقيق التنمية الاقتصادية خاصة في الدول المتخلفة، فان تطبيق القواعد عبر الدولية بشأنها سيحول حتما دون الوصول الى ذلك الهدف.

ومن المعلوم ان تطبيق هذه القواعد على المنازعات التي تكوون الدولة طرفا فيها سيجردها من سلطات عديدة كانت ستتمتع بها فيما لو خضعت لقانونها الوطني، كسلطة التدخل لتعديل بنود العقد او إنهائه، أو تأميم المشروع، حتى وإن رأت ان الاستمرار في تنفيذ العقد اضحى يتعارض مع ما كانت تهدف اليه من وراء إبرامها إياه، أو اتضح لها أن ضرورات تحقيق التنمية الاقتصادية أصبحت تستدعي تأميم المشروع محل العقد المبرم مع الطرف الأجنبي.

ولعل السبب الذي دفع بعض الفقه الى المناداة بضرورة تدويل عقود الدولة، وإخضاعها للقواعد التي نشأت في رحاب المجتمع عبر الدولي هو تخليصها من سطوة الاحكام الامرة التي تعطي للدولة المتعاقدة امتيازات في مواجهة الطرف الأجنبي، وبهذا التدويل يتم تجريد هذه العقود من طابع القانون العام اللصيق بها أصلا وتحويلها الى حظيرة القانون الخاص، وهو قانون يحقق حسب رأي أنصاره الاتجاه المناهض لفكرة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية مصلحة الطرف الذي يسعى لتدويله، وذلك من دون الاكتراث بمصالح الدول أطراف العقد.

وعليه فإن الهدف الذي يسعى اليه أنصار إخضاع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية بتدويلهم لها، هو الرغبة في ابعاد الاستثمارات الأجنبية الخاصة عن الإجراءات الاستثنائية والمخاطر غير التجارية التي قد تصادفها في الدولة المضيفة، والتي قد تصل الى حد التجريد من الملكية سواء بالمصادرة او الاستلاء، او نزع الملكية او التأميم[2].

فلقد كان من العسير على الدول الرأسمالية فرض سيطرتها الاقتصادية على الدول النامية بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية في ظل القواعد التقليدية، والتي تقضي بخضوع هذا النوع من العقد لقانون الدولة

---

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص323

[2] عبد الواحد الفار، احكام القانون الدولي الخاص في مجال التنمية الاقتصادية، بدون ناشر،ص113

المضيفة للاستثمار بما يسمح لهذه الأخيرة من تعديل الاحكام الواردة في تشريعات وعلى نحو يحقق مصلحتها.[1]

وإعمال هذا المنهج لا يتماشى ومصالح المشروعات الاقتصادية التابعة للدول المتقدمة، فكان الحل هو اعتماد أسلوب التدويل عقودها المبرمة مع الدول النامية وأجهزتها، وذلك باشتراط اخضاع النزاعات المتعلقة بها لقضاء التحكيم، بما ينتمي اليه في النهاية من تطبيق قواعد ليست لها صلة بقانون الدولة، وهذه قواعد تجعل العديد من التصرفات التي قد تقدم عليها الدولة الطرف في العقد تصرفات غير مشروعة تستوجب إقرار المسؤولية العقدية بشأنها، حتى وإن كان الدافع الى ذلك هو تحقيق الصالح العام.

ولخطورة النتائج المترتبة على خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية، يؤكد الاتجاه المناهض لهذه الفكرة على ضرورة الخضوع الكامل والمطلق للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

فهذا الأخير هو فقط الذي يحقق لها ما تسعى اليه من وراء إبرامها لهذا النوع من العقود، وهو موقف تبنته العديد من الأنظمة القانونية الوطنية.[2]

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مناهضة خضوع عقود الدولة للنظام القانوني عبر الدولي.

إذا كانت القاعدة العامة في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الاخذ بمبدأ قانون الإرادة، فإن عقود الدولة تخرج عن هذه القاعدة لدى الفقه المناهض لخضوع تلك العقود للقواعد عبر الدولية، خاصة عند عدم اتفاق الأطراف على قانون العقد[3].

ويتبنى بعض الفقه معيارا غائيا بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، وقوامه البحث عن القصد من وراء ابرام العقد، فمن غير الممكن إخضاع عقد أبرمته الدولة بقصد تحقيق وظيفة من وظائفها الى قانون أخر او قواعد أخرى، لان القانون الوحيد الذي يتماشى واعتبارات التنمية التي تسعى الدولة لتحقيقها هو قانونها.

---

[1] سامية راشد، المرجع السابق، ص30

[22] بن احمد الحاج، المرجع السابق، ص442

[3] محمد نادر إبراهيم، المرجع السابق، ص366.

ويمكن الاخذ بالمعيار الغائي لتحديد قانون عقد الدولة، كلما تعلق الامر بعقد كان الدافع الى ابرامه هو تحقيق وظيفة من وظائف الدولة، وذلك بغض النظر عما إذا كانت الدولة طرفا فيه بنفسها أو أحد الأشخاص الاعتباريين التابعيين لها.

ولقد كان من شأن تعارض المصالح وتباينها في عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع طرف اجنبي، ان أصدرت العديد من الدول النامية تشريعات هدفها الأساسي حماية اقتصادها القومي، وبالتالي فلا يجب إغفال المصلحة العامة للدول النامية، سواء كانت هي الطرف في العقد المبرم أو أحد الأشخاص المعنويين التابعين لها، إذ من غير الممكن تصور تنفيذ واحد من هذه العقود دون المساس باقتصاد الدولة، مما يعني في نظر بعض الفقه قيام قرينة لصالح إعمال قانون الدولة عند غياب الاختيار الصريح لقانون العقد، بحسبان أن مصلحة الدولة النامية هي المصلحة الاجدر بالحماية[1].

ويرى هذا الفقه بأن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي اكدت من خلالها على ضرورة توافق استراد راس المال أجنبي اللازم لتحقيق التنمية في الدول المتخلفة مع القواعد والشروط التي تراها هذه الأخيرة ملائمة لها، هي قرارات قدمت أساسا جديدا لتطبيق القانون الوطني للدولة الطرف من أجل زيادة التنمية الاقتصادية التي تسعى الدول النامية جاهدة لتحقيقها[2].

وإذا المعيار الغائي هو سند بعض الفقه في إخضاع عقود الدولة لقانون الدولة المتعاقدة، فإن جانبا أخر لا يحتاج من أجل الوصول الى هذه النتيجة الاعتماد على نفس السند، بل يكفي إعمال قاعدة القانون الاوثق صلة بالعقد عند سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار القانون الواجب التطبيق حتى تتحقق ذات النتيجة[3].

وتجدر الإشارة أخيرا الى أن خضوع عقود الدولة لقانون الدولة المتعاقدة هو اتجاه كانت قد أيدته هيئة التحكيم في قضية أرامكو حيث قضت بأن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز، إذ أنه من المتفق عليه في القانون الدولي

---

[1] خليل الاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الولي الخاص، بدون ناشر، 1989، ص352

[2] احمد عشوش، القانون الذي يحكم الاتفاقيات البترولية، محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص، كية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1984، ص693

[3] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص542.

الخاص ان الدولة ذات السيادة، يفترض حتى إثبات العكس خضوع الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأخرى لقانونها الوطني.[1]

[1] في مضمون هذا القرار، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص418

الخاتمة

إن نمو التجارة الدولية وتشابك المصالح الاقتصادية وثورة الاتصالات التي جعلت العالم قرية واحدة، وسهولة انتقال رؤوس الأموال في شكل استثمارات ضخمة وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الانشاءات وعقود التجارة الدولية وعقود النقل الجوي والبحري والبري وعقود التامين والعقود المصرفية للبنوك كل ذلك أوجد الحاجة الماسة لتطوير ألية التحكيم التجاري الدولي ليكون الوسيلة الفعالة والمناسبة، بل والملاذ الامن للرجوع اليه في حسم أي خلافات تنشب بين الأطراف المتعاقدة، فلهذا أصبح واقع التحكيم يشكل عصبا مهما في مجال الاستثمار.

إن قبول الدول النامية اللجوء للتحكيم مبناه حاجتها الملحة واليائسة أحيانا للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لحقيق خططها التنموية وليس عن قناعة من جانبها بملائمة هذا الأسلوب القضائي الخاص لفض المنازعات.[1]

والواقع هو ان تقديم الحوافز للاستثمارات المباشرة على أهميتها التي لا تنكر في جذب هذه الاستثمارات الى البلد، لا يعتبر هو العامل الأهم في هذا الخصوص، فعوامل من قبيل تخفيف حدة البيروقراطية في الجهاز الإداري في البلد وما تسببه من إضاعة للوقت، والاضطرار الى دفع مبالغ نقدية في مقابل تسهيل الإجراءات الإدارية التي لا لزوم لأغلبها في كثير من الحالات، ووضوح كل ما يتعين على المستثمر الأجنبي أن يتحمله من أعباء، واستقرار اركان النظام الاقتصادي الذي يتبعه البلد، وكذلك تشريعات تشجيع الاستثمار الأجنبي التي يطبقها بحيث يامن المستثمر الأجنبي من حدوث التغيرات المفاجئة فيها في اتجاه او اخر، واحيانا إن لم يكن غالبا بدون سابق إنذار.

مثل هذه العوامل ستكون في كثير من الأحيان أكثر أهمية وأشد تأثير من مختلف الحوافز في جذب الاستثمارات المباشرة الى البلد الراغب فيها.

ويمكننا القول أخيرا انه مازالت الحاجة فقائمة لتطوير التحكيم في مجال منازعات الاستثمار وإيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين كثير من القواعد المادية الكفيلة بحماية رأس المال الأجنبي وإقامة عدالة متوازنة تتطلع اليها الدول النامية.

إلا أنه يجب تقرير حقيقة وهي أن هناك فجوة عميقة في نواحي مختلفة بين الدول المتقدمة والدول النامية، وأن الدول الأخيرة تحاول السعي إلى سد هذه الفجوة، وأمام هذا الاعتبار لجأت الدولة إلى التحكيم، وترتب على ذلك تضحية هذه الدول بأهم مظاهر سيادتها، حتى أنه في الحالات التي تكون

[1] عصام الدين القصبي، الخصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993، ص14

فيها قوانين هذه الدول هي الواجبة التطبيق فإن الطرف الخاص الأجنبي يسعى إلى تغير وإعاقة ذلك بطريقة أو بأخرى مستندا في ذلك إلى مفاهيم غير مؤسسة علميا وتفتقد الدقة القانونية، تعمل على مراعاة مصالحه، كفكرة المبادئ العامة للقانون أو قواعد القانون الدولي العام.

يترتب على هذا الاتجاه تحول كبير في سيادة الدول من الإطلاق إلى النسبية، وهذا يتلاءم مع متطلبات العولمة، حيث أن التحكيم الدولي أداة من أداة من أدواتها ومن البديهي أن تطبع العولمة النظام القانوني والقضائي بطابعها الخاص وتجعله ينسجم مع توجهاتها.

وبما أن العولمة تسعى إلى تدويل بعض المظاهر، محيده ما يسمى بالخصوصية ومنظومة القيم التراكمية التي تكونت بفعل الأجيال المتعاقبة للدول، فإن التحكيم سيأخذ طابعها الخاص ويدور في فلكها فهي تحاول فرضه على الأخرين، حيث أن هناك إرادة أقوى من إرادة الدول النامية تريد ذلك، ولا تسمع بتكاتف جهود المجتمع الدولي في تحقيق ذلك بأن يشتركوا في صياغة مفهوم التحكيم وقواعده، وبالتالي أصبح هناك علاقة ارتباط شديدة الوثائق بين الأشخاص الخاصة الأجنبية وظاهرة العولمة والتحكيم الدولي بوصفه أحد أدواتها.

ولقد خلصنا من هذه الدراسة إلى عدة توصيات من أجل تحقيق فاعلية التحكيم وقرارته في عقود الدولة ذات الطابع الدولي نجملها بالاتي:

_يجب على الأطراف بذل العناية القصوى عند اختيار المحكمين ومراعاة أن يتمتع المحكم بالخبرة والتخصص والاستقامة والحياد، ويجب على الأطراف المتعاقدة الكف عن النظر إلى المحكم المختار على أنه محامي الدفاع عنهما، حيث أن وظيفة المحكم تختلف عن وظيفة المحامي، ولذا يجب التبصر بذلك، ويجب على الدولة والأشخاص المعنوية العامة استعمال كافة الحقوق المكفولة لها في تحديد تشكيل هيئة التحكيم، وأن تضع الشروط والضمانات التي تراها مناسبة من حيث الكفاءة والخبرة والجنسية مع تحييد الاعتبارات الشخصية والسياسية مع الاستفادة من خبرة وكفاءة المحكمين العرب الذين هم أهل لذلك.

_ يجب أن يتم تحديد مكان التحكيم نظرا لأهمية ذلك، حيث أن قانونه قد يكون هو الذي سيطبق على موضوع النزاع وعلى إجراءات التحكيم في حال سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختياره، مع ملاحظة تدخل المحاكم الوطنية في بعض المسائل لمساعدة التحكيم وكذلك النظر في دعاوى بطلان قرارات التحكيم بعد صدورها.

_ضرورة أن يتم تحديد عقود الدولة ذات الطابع الدولي التي يجوز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء بشأنها إلى التحكيم مع ضرورة استبعاد العقود ذات الأثر المباشر على الأمن القومي للدولة، والتي قد تمس المصلحة العليا لها، واقتصار هذه العقود على عقود التنمية الاقتصادية.

_ يجب على الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها التي تريد أن تبرم أحد عقودها أن تعمل على إشراك رجال القانون في المفاوضات قبل إبرام العقد لمراعاة الأشكال التي يوجب قانون الدولة اتخاذها عند الإبرام، ولما يتمتع به رجال من خبرة وتخصص في هذا المجال تجعل من العقد محكم الصياغة ويتجنب أي ثغرات قد تستغل ضدها.

_ لابد من المراجعة الدائمة والمستمرة لتشريعات الدول النامية حتى لا تترك مجالا للقول بأنها متخلفة أو لا تساير التطورات المستجدة، ولا يجب أن تبقى فترة زمنية طويلة دون تغيير تحديث، ولا شك أن ذلك يزيد من استقلالية التحكيم ويعمل على قيام المحكم بمهامه لتحقيق العدل المنشود.

اسأل الله التوفيق والحمد لله رب العالمين

قائمة المصادر و المراجع

أولا: قائمة المصادر

_القرآن الكريم.

_ معاهدة واشنطن 18 مارس 1965.

ثانيا: قائمة المراجع

_المراجع العامة:

_أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، مصر، 2005.

_ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين التشريع اصولا ومنهاجا، مكتبة الجلاء المنصورة، الطبعة الأولى، القاهرة، 1996.

_ مُحَمَّد محمود يعقوب، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2000.

_ منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.

_ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في قانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1991.

_ عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى،1984.

_ عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

_عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، دار هومه، الجزائر،2009.

_ علي طاهر البياني، التحكيم التجاري البحري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.

_المراجع المتخصصة:

1_المؤلفات الخاصة:

_ أبو زيد رضوان، الأسس العامة التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

_أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 1993، العدد251.

_ هشام خالد، جدوى اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي، منشاة المعارف، الاسكندرية،2007.

_حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول الاشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2003.

_حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومه، الجزائر، 2010.

_مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2010.

_ لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومه، طبعة2012، الجزائر.

_ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ النشر.

_ محمود مختار احمد بريبري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ،2007.

_ معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى،1997.

_ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

_ عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في المنازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

_فتح الله عوض بن خيال، التحكيم في عقود الدولة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2002.

_ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة الطبعة الأولى، عمان الأردن، 2014.

2 الرسائل و المذكرات:

_ إبراهيم احمد العناني، الابعاد الاقتصادية للعلاقات الدولية الاقتصادية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، السعودية، العدد الثاني ،1985.

_ بلقواس سناء "الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الإدارية " مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص

_ مُحَمَّد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة الدكتورة، جامعة حلوان، 2000.

قانون إداري وإدارة عامة، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، السنة الجامعية 2010-2009.

_ مُحَمَّد يوسف علوان، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية، مجلة نقابة المحامين، الاردن،1976، العدد 27.

الفهرس

المقدمة 01

المبحث التمهيدي: ماهية عقود الدولة.....05

المطلب الأول: تعريف عقود الدولة.....05

المطلب الثاني: خصائص عقود الدولة.....07

الفصل الأول: التحكيم التجاري الدولي كقضاء لحل منازعات عقود الدولة.....14

المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي.....16

المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي.....17

المطلب الثاني: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من وسائل تسوية المنازعات.....21

المطلب الثالث: مزايا التحكيم التجاري الدولي.....25

المبحث الثاني: طبيعة القانونية التحكيم التجاري الدولي.....27

المطلب الاول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم.....29

المطلب الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم.....33

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم.....38

المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم.....39

الفصل الثاني: آليات حل منازعات عقود الدولة امام قضاء التحكيم.....43

المبحث الأول: خضوع النزاع لقانون الدولة المتعاقدة.....45

المطلب الأول: استنادا الى وجود قرينة مفترضة لصالح قانون الدولة المتعاقدة.....46

المطلب الثاني: بناء على اعتبارات سياسية وقانونية.....48

المطلب الثالث: بناء على تكييفها كعقود إدارية.....49

المطلب الرابع: اعمالا لقواعد القانون الدولي الخاص.....51

المطلب الخامس: بناءا على اعمال المعاهدات الدولية.....53

المبحث الثاني: تدويل القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة.....56

المطلب الأول: تطبيق قانون الإرادة.....56

المطلب الثاني: تطبيق القانون الدولي العام.....59

المطلب الثالث: تطبيق المبادئ العامة للقانون.....61

المطلب الرابع: تطبيق قانون التجارة الدولية.....64

المبحث الثالث: مصالح الدول النامية في ظل التدويل.....67

المطلب الأول: مصالح الدول المتعاقدة تقتضي عدم تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.....68

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مناهضة خضوع عقود الدولة للنظام القانوني عبر الدولي.....72

الخاتمة 75

قائمة المصادر والمراجع.....78

الفهرس.....82_81