وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال

من إعداد الطالب:

✓ جلولي بومدين.

تحت إشـــــراف:

د. خنفوسي عبد العزيز.

لجنة المناقشة

د.نابي عبد القادر، أستاذ محاضر أ .....(جامعة سعيدة).....رئيســــــــــا

د.خنفوسي عبد العزيز، أستاذ محاضر أ .....(جامعة سعيدة).....مشرفا ومقررا

د.سماح محمد عبد الفتاح، أستاذ محاضر أ .....(جامعة سعيدة).....عضوا مناقشـا

السنة الجامعية: 2020/2019.

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال

من إعداد الطالب:

✓ جلولي بومدين

تحت إشـــــراف:

د. خنفوسي عبد العزيز.

لجنة المناقشة

د.نابي عبد القادر، أستاذ محاضر أ .....(جامعة سعيدة).....رئيســــــــــا

د.خنفوسي عبد العزيز، أستاذ محاضر أ .....(جامعة سعيدة).....مشرفا ومقررا

د.سماح محمد عبد الفتاح، أستاذ محاضر أ .....(جامعة سعيدة).....عضوا مناقشـا

السنة الجامعية: 2020/2019.

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

إنني من بعد الله عز وجل، أتقدم بالشكر الجزيل لوالدي و قدوتي **الفرح جلولي** الذي كان دائم الحرص علي لإتمام هذا البحث بنجاح.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي **الدكتور عبد العزيز خنفوسي** الذي قبل مشكورا الإشراف على بحثي هذا، وكان صبورا وموجها لي في هذا البحث.

كما أتقدم بالشكر الجزيل **للسادة أعضاء لجنة المناقشة** الذين وافقوا على مناقشة هذا العمل المتواضع، والذي لن يكتمل، إلا بتوجيهاتم وملاحظاتهم القيمة.

و أخص بالشكر البروفيسور الحاج بن أحمد و الدكتور عبد الرحمان عثماني إذ كان فضلهما علي كبير جزاهما الله خير جزاء على كلما قدماه لي.

و في الأخير لا يسعني، إلا أن اشكر كل أساتذة الكلية وكل الموظفين الذين رافقوني في الدراسة من بدايتها إلى نهايتها، و جزيل الشكر إلى إبراهيم دلاس و أخوه إسماعيل اللذان قاما بطباعة هذا البحث، ولكل من فاتني شكرهم ورد الجميل والعفران لهم.....

الإهداء

إلى من سانتدني روحها وعقلها، إلى من غمرتني بحنانها ودعواتها، إلى من كانت و لازالت الظل الذي آوي إليه إنها **أمي** حفها الله.

إلى قدوتي ومبراسي، إلى الذي ينير دربي، إلى من علمني العلم، وكان يشتري لي القلم والكتاب، إلى من رفعت الرأس عاليا أفتخر به **أبي** الغالي حفظه الله.

إلى رفقاء دربي وأصدقائي عبد المومن، توفيق، مروان، تامي، جمال، عمار، أمين سفيان، بوعباية، محمد، عبد الفتاح.

إلى كل من قدم لي يد العون، ولا يمكن نسيان فضله علي.

ملخص

أصبح التحكيم ظاهرة من مظاهر العصر الحديث، وزاد اللجوء إليه كنظام لحسم المنازعات لما يوفره من مزايا لا يحققها قضاء الدول المثقل بالقضايا، وأيضا لما يوفره من مزايا للمتعاقدين من دول مختلفة، حيث يجنبهم مشكلة عدم العلم بالقواعد الموضوعية والإجرائية في القانون الأجنبي، ولقد أدى التطور الهائل الذي طرأ على التجارة والاستثمار إلى ذيوع التحكيم وانتشاره على الصعيد الخارجي، مما يضاعف من أهميته ويستوجب الإحاطة به.

بل وأضحى يتمتع بالقبول لدى أغلب الدول المختلفة في أنظمتها القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ولا ينصب هذا القبول على أن التحكيم الوسيلة المثلى والملائمة لفض المنازعات الناشئة في إطار العلاقات الداخلية والخارجية فقط، و إنما أيضا كحافز ضروري نتيجة هذه العلاقات وتطويرها، بما يحقق المزايا للدولة المنتجة والمستهلكة.

الكلمات المفتاحية: التحكيم ، النزاعات، العقود، الاستثمار، الاستقلالية.

مقدمة

- **الإطار العام للموضوع:**

التحكيم نظام قديم قدم التاريخ ؛ذاته فلقد عرفته البشرية منذ زمن طويل منذ المجتمعات البدائية ،ثم ظهرت له صور ازدادت تعقيدا بتعقد المجتمعات الحديثة. [1] وإزاء التحولات العميقة والمعطيات الجديدة التي تشهدها الحياة المعاصرة، اكتسب التحكيم أهمية كبرى تفوق أهميته عن ذي قبل، فصار الوسيلة الأكثر انتشار وفعالية لحسم جانب هام من المنازعات، خاصة تلك التي تتعلق بالاستثمارات الدولية. [2] فلقد شهد العالم في النصف الأخير من

القرن العشرين توجُّه معظم الشركات إلى عبور حدود الدول التي تعمل فيها لممارسة أنشطة غير دولية، فبدأت الحواجز الاقتصادية تسقط فيما بين الدول. كما أدت التطورات الحديثة في مجال التجارة الدولية إلى هروب أطراف العالقات ذات الطابع الدولي من القضاء الوطني في العديد من الدول ،وتحبيذ التحكيم لحل ما يثار بشأن علاقاتهم من منازعات، حيث وجد أن أفضل حل لمشكلات المعاملات

الدولية هو ذلك الذي يحقق العدالة ،ويطبق في ذات الوقت القواعد التي يتوقع الأطراف أن تحكم علاقاتهم وهو التحكيم، وهو في الأصل اختياري إلا أن المشرع قد يوجب في بعض الأحوال الالتجاء إليه لما يتميز به من سرعة في إجراءاته مقارنة بالإجراءات القضائية المعتادة، فضال عما يتسم به من سرية، وتحرر من هيمنة القواعد الوطنية التي تتلائم في غالب الأحيان مع طبيعة التجارة الدولية[3]

ومن ناحية أخرى تسعى الدول النامية إلى تنمية اقتصادها وتطوير منشآتها عن طريق الاستثمار الأجنبي، وفي المقابل يحتاج المستثمر الأجنبي إلى تحقيق نوع من التوازن وضمانات لتسهيل عمله وحفظ حقوقه

1- أنظر: إبراهيم العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1965، مطبوعة بدار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1973.

2 - أنظر: عبد العزيز سرحان، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 515.

3 - أنظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دروس على الآلة الكاتبة ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1973، ص 17 وما بعدها، وكذلك مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي – دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية-، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1995، ص 8 وما بعدها، وكذلك سامية راشد ، التحكيم في العالقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول – اتفاق التحكيم – ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 3.

في مواجهة دولة ذات سيادة بإمكانها أن تؤمم استثماره أو تعدل تشريعاتها الداخلية بما قد يضعف مركزه القانوني. وفي سبيل تحقيق هذا التوازن تلجأ الدول إلى خلق مناخ استثماري مشجع للاستثمار، عن طريق تحديث تشريعاتها، وعقد الاتفاقيات لتشجيع الاستثمار، من أجل ذلك كله سعت الدول إلى إيجاد حل يمكنها من جذب الاستثمارات عن طريق وسيلة بديلة محتملة لحل النزاعات التي قد تنشأ بصدد تلك الاستثمارات ،والتي تشكل ضمانا للمستثمرين،وهي عدم إحالة النزاعات التي قد تنشأ بصدد استثماره في هذه الدولة إلى قضائها الوطني، وانما إلى هيئة مستقلة من اختيار الأطراف،مما تمخض عنه عقد اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،مع الأخذ في الاعتبار أن التحكيم وان كان وسيلة أكثر ملائمة لحسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية ،إلا أنه ليس أداة لتقديم حلول خارج القانون بقدر ما هو نظام قانوني لتقديم العدالة في إطار يتسم بالمرونة.ومن ثم فإن حرية أطراف في اللجوء إليه ليست طليقة من أي قيد ؛فالضوابط القانونية التي أقرها المشرع تلقي بظلالها على هؤلاء، وعلى المحكمين على السواء.

– الإطار النظري للموضوع:

فالتحكيم كبناء قانوني مركب من عدة إرادات، إرادة المشرع التي تحدد نطاق التحكيم وكيفية ممارسته، وإرادة المحتكمين التي تحرك هذه الإرادة الساكنة في صورة الاتفاق على التحكيم شرطا كان أم مشارطة، وإرادة المحكمين التي تدور في فلك الإرادتين السابقتين وتجد مصدر سلطانها المباشر في إرادة المحتكمين بطريقة مباشرة، وبطريقة غير مباشرة في إرادة المشرع. كل ذلك يؤكد أنه ليس لكل من المحكمين، والمحتكمين سلطة مطلقة.

كل هذه العوامل وغيرها ساعدت على ازدهار التحكيم ،وتفضيل أطراف العالقات الخاصة الدولية الالتجاء إليه في كل منازعاتها بدال من القضاء؛ حيث قوبل التحكيم بالاهتمام البالغ على المستويين الداخلي والدولي، فتصدت تشريعات مختلف الدول لتنظيمه ووضع قواعد له، وتيسير تنظيم أحكامه[1]. وبسبب زيادة أهمية التحكيم الدولي ودوره الفعال في تسوية المنازعات الناجمة عن الاستثمارات أجنبية ،فقد حظي باهتمام مختلف دول العالم، فأبرمت في شأنه العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية، وأنشئت له الكثير من مراكز التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولي ولعل أهم هذه المراكز هو: "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" ،فقد أتى تشكيل هذا المركز معبرا عن مدى

الأهمية الكبيرة للتحكيم الدولي في مجال الاستثمار الأجنبي لدى المستثمرين. ومن هنا يمكن القول بأن التحكيم الدولي قد أصبح القضاء الوحيد للفصل في المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار الأجنبي الخاص بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة، ويدلل على ذلك العدد المتزايد من قضايا التحكيم المتعلقة بالاستثمار، هذا فضال عن أنه لم يعد هناك عقد في إطار الاستثمارات الدولية خالٍ من بندٍ تحكيمي. وهكذا يتضح أن دراستنا للتحكيم في عقود[1]

الاستثمار تهدف إلى إبراز الإيجابيات والسلبيات للتحكيم كأداة من أدوات التجارة الدولية، وتشارك . ولو بلبنة صغيرة تنمو وتزدهر على أيدي الباحثين . في تفعيل الإيجابيات والحد من السلبيات، وسوف يكون عمادنا في هذه الدراسة هو النصوص الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى جانب آراء لفقه وأحكام القضاء الصادرة في هذا المضمار.

وإذا كان مشرعو الدول في بعض الأحوال يوجبون الالتجاء إلى التحكيم، إلا أنه في الأصل اختياري. هذا ،وقد قامت معظم الدول بتنظيم التحكيم من خلال تشريعاتها الوطنية وذلك فيما يتعلق بشروط التحكيم ، وإجراءاته، وتنفيذ قراراته، كما تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية والتي تنظم التحكيم الدولي ،منها على سبيل المثال: "اتفاقية نيويورك" المبرمة في 10 يونيو 1958م، والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وقد دخلت حيز التنفيذ في 1959/6/7م، و"الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي" المنعقدة في جنيف بتاريخ 1961/4/21م، و"اتفاقية البنك الدولي الخاصة بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم بين الدول الاشتراكية" والمبرمة في 29 مايو سنة 1972م، و"اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية، ورعايا الدول العربية الأخرى" المبرمة في 10 يونيو 1974م، أما على مستوى المنظمات الدولية، فقد أنشئت لائحة قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالقرار 31 لعام1998،والذي اتخذته الجمعية العامة بتاريخ 15 ديسمبر سنة 1976م، ويطلق عليه .C.U.N.D.C.I .

1- أنظر: تنص المادة 55 من قانون التحكيم المصري على أنه "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي..." وهذا ما قرره المشرع الفرنسي في المادة 1467 من قانون الإجراءات المدنية الجديد بقوله "يتمتع الحكم التحكيمي منذ صدوره بحجية الشيء المقضي فيه بالنسبة لموضوع النزاع الذي فصل فيه"، وأيضا نص المادة 1059 من قانون التحكيم الهولندي والتي تقرر أنه "يتمتع الحكم التحكيمي الكامل أو الجزئي بحجية الأمر المقضي فور صدوره".

كذلك "القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة"، وقد اعتمدته اللجنة بتاريخ 21 يونيه 1985م، وبالرغم من ذلك ،فقد تم إنشاء العديد من هيئات التحكيم الدائمة للفصل في منازعات التجارة الدولية، ولكل منها نظامه المستقل، فمن ذلك: "نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس"، و"نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي"، و"نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم"، و"نظام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري"، هذا وقد كان الاهتمام بالتحكيم له أثره على العقود الدولية، ومن ذلك نجد أن العقود النموذجية تقضي صراحة في بنودها على حسم منازعاتها بطريقة التحكيم.

أما التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ،فإنه يوصف بالخصوصية، الذي يميزه عن سائر التحكيم في المنازعات الأخرى، وذلك لاختلاف نوعية المشكلات التي تواجه هيئات التحكيم ويجب عليها التصدي لها في منازعات الاستثمار الأجنبي، وهي في الأساس نابعة من كون أحد أطراف هذه العقود أجنبيا.

- **أهمية الموضوع:**

تعددت الوسائل التي من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود وهي تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة مهمة ومقبولة لحل المنازعات ويعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها ، حيث أن وجود الدولة في العقد يجعل المستمر في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته ، وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال ، وهذا ما يثير الأهمية القصوى الدراسة هذا الموضوع ، إذ أن التحكيم في منازعات الاستثمار يتسم بخصوصية كبيرة تميزه عن التحكيم في المنازعات الأخرى

- **الصعوبات التي واجهتني في الموضوع:**

من أهم الصعوبات التي واجهتنا في انجاز هذا البحث المتواضع هي الجائحة التي أصابت العالم عفانا الله و إياكم ، الأمر الذي أدى إلى غلق الجامعات والمكتبات مما زاد في صعوبة إنجاز الموضوع، وعدم قدرتنا على اقتناء المصادر والمراجع.

شساعة الموضوع و تشعبه مما صعب علينا إحاطته من كل الجوانب خصوصا الجانب القانوني الذي هو موضوع بحثنا و التداخل في بعض القوانين و المراسيم ، و هذا ما يفتح المجال لتعدد المواضيع المطروحة للدراسة مستقبلا .

- **دوافع اختيار الموضوع:**

الدوافع الذاتية: اثراء رصيدي المعلوماتي حول موضوع التحكيم.

الدوافع الموضوعية: بما ان التحكيم التجاري الدولي هو الوسيلة الامثل التي يلجأ اليها الاطراف المتعاقدة لحل النزاعات التي تثور بينهم أو من المحتمل ان تثور كما ان اللجوء الى التحكيم يزداد عندما تكون المنازعات ذات طابع الدولي

و موضوع التحكيم يبدو سهلا الا و ان صعوبته تظم خلال عملية البحث و جمع المعلومات عنه

- **الإشكالية الرئيسية للموضوع والتساؤولات الجزئية أو الفرعية:**

إن العلاقة التي تقوم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ، والخصوصية التي تتمتع كما عقود الاستثمار بكونها تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها وبين طرف أجنبي خاص ، وما يثور بينها من نزاعات تتعلق بالاستثمار كل من أجل حماية مصالحه ، تجعل الاستثمار الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لحماية استثماراته ، ومن هذه الضمانات قضاء التحكيم الذي من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال ، و هو ما يثير الإشكالية الأساسية التي تلازم هذه العقود ، ومن ثم وجب طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

مامدى كفاية وفعالية شرط التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي ؟

كما تثور تساؤلات أخرى كثيرة ومتنوعة أهمها :

ما مدى التوفيق بين الأهداف العامة للدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي في حال نشوء نزاع ؟ وماهو موقف الدول من القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار و أثر التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي ؟

– المنهج المتبع في الدراسة:

لدراسة هذا الموضوع اتبعنا المنهج التحليلي والوصفي.

– الخطة الرئيسية للموضوع:

يتمحور البحث حول دراسة دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، وبالتالي كان لابد من معالجة هذا الموضوع من عدة جوانب مختلفة ألزمتنا بتقسيمه على النحو التالي:

مبحث تمهيدي: مفاهيم عامة حول التحكيم وعقود الاستثمار.

المطلب الأول: الإطار النظري والقانوني للتحكيم.

المطلب الثاني: مفهوم العقود الدولية للاستثمار.

الفصل الأول: دور التحكيم في حماية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

المبحث الأول: مدى الأخذ باتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الثاني: الأطر العامة التي تحكم التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار.

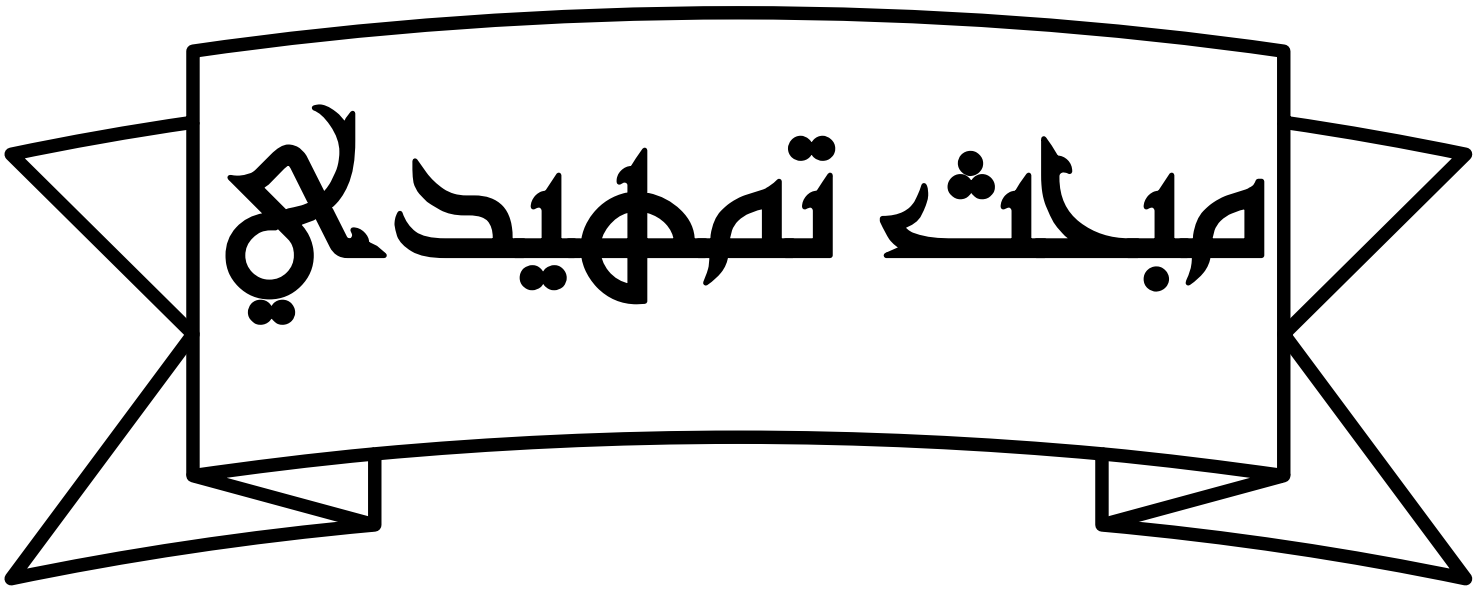
المبحث الثالث: قواعد التحكيم الخاصة بالمعاهدات الدولية للاستثمار.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الأول: استقلال الاتفاق الإجرائي عن التحكيم الموضوعي.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار.

المبحث الثالث: فعالية إرادة الأطراف في تحقيق الاستقلالية عن قضاء الدولة وقانونها الداخلي.


مباحث تمهیدی

مبحث تمهيدي: مفاهيم عامة حول التحكيم وعقود الاستثمار.

للوقوف على ماهية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي ،لابد من تقسيم التعريف إلى قسمين :اتفاق التحكيم، وعقد الاستثمار الدولي، لذا سوف نقسم هذا المبحث التمهيدي إلى مطلبين:

الأول في: التعريف بماهية اتفاق التحكيم ،والطبيعة القانونية للتحكيم ،وتقسيماته ،والفرق بينه وبين النظم المشابهة له، وفي الثاني :التعريف بعقد الاستثمار الدولي حتى نتعرف على ماهية عقد التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي.

المطلب الأول: الإطار النظري والقانوني للتحكيم.

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

سنتناول في هذا المبحث عدة مطالب وهي : تعريف التحكيم من الناحية اللغوية، ثم نتناول تحديده من الناحية الفقهية، والقضائية، والقانونية، وتقسيما ت التحكيم والفر ق بين التحكيم والقضاء والخبرة ثم نختم المبحث بإيجابيات التحكيم وسلبياته ،وذلك طبقا للتفصيل التالي:

المعنى اللغوي للتحكيم:

التحكيم في اللغة معناه :التفويض ،ومصدره ح ك م – بتشديد الكاف مع الفتح– ، ويقال حكمت فلانا في مالي تحكيما : إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم عل ى في ذلك، واستحكم فلان في مال فلان :إذ جاز فيه حكمه، وحكموه فيما بينهم :أمروه أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكما فيما بينهم[1]

1 - أنظر: مختار الصحاح، دار القلم، بيروت، 1999 م، ص 148 ، القاموس المحيط للفيروز أبادي، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978 م، ص 98 لسان العرب لابن منظور، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، الجزء 15 ، ص31 -32.

و يعتبر التحكيم أحد الوسائل البديلة عن القضاء لتسوية المنازعات التجارية، وشاع اللجوء إليه في العقود الدولية بشكل خاص، بحيث يندر أن نجد عقدا دوليا لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد .ونقصد بالتحكيم هنا: التحكيم الاختياري ،الذي يتفق فيه أطراف عقد تجاري على تسوية المنازعات التي نشأت أو ستنشأ فيما بينهم بالنسبة لذلك العقد باللجوء إلى التحكيم [1]

قال تعالى" :فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهْم(" سورة النساء:الآية) 65و(احتكم)الخصمان إلى الحاكم :رفعا خصومتهما إليه،و(تحاكما :)احتكما و(تحكم) في الأمر :احتكم، و(الحكم :)من أسماء الله تعالى، و(الحكم)الحاكم، قال تعالى" :أفغْيرا لله أبْت غيح كما(" سورة الأنعام :الآية) 114 ،و(الحكم)من ي ختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى " :و انْ خفْتْم شقاق بينهمفابْعثوا حكما منْ أْهله وحكما من أْهله ا(""سورة النساء:الآية35

تعريف التحكيم فقها:

التحكيم في اصطلاح فقهاء القانون" هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أف ا رد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها "[2].كما يعرف بأنه "اتفاق على طرح النازع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به "[3]، كما يعرف بأنه "اتفاق بين طرفين، أو أكثر على إخراج نازع، أو عدد

1 - أنظر: أبو العلا النمر من سلسلة محاضرات مركز الشرق الأوسط للتحكيم الدولي2007

2 - أنظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981م، ص19

3 - أنظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1978م، ص 15 وما بعدها.

من النازعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من م ح ك م أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم ". [1]

ويعرفه الأستاذ Robert " بأنه نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي وعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها [2]

فمن خلال التعريفات السابقة والتي قدمها معظم الفقهاء للتحكيم ،نخلص إلى أن التحكيم عبارة عن اتفاق، أي عقد يجب أن يتوفر فيه ما يتوفر في أي عقد من أركان وشروط، اويجاب وقبول ،وأهلية ومحل وسبب ،وفقا للقواعد العامة في العقود .والأصل أن كل نازع يجوز إحالته للقضاء يجوز إحالته للتحكيم بدلا من القضاء، ويطبق هذا بوجه عام على المنازعات الناجمة عن أي عقد.هذا ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نبين أن مفهوم اتفاق التحكيم يشمل الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما:

وهو الاتفاق الذي يبرمه الأطراف

أ-مشارطة التحكيم (Compromise):منفصلا ومستقلا عن العقد الأصلي بينهما والذي يقضي الأول باللجوء إلى التحكيم بصدد ن ا زع قائم بينهما.وهو الاتفاق الذي يرد

ب- شرط التحكيم:(Clause Compromissoire) ضمن أحد العقود والقاضي بإحالة نازع مستقبلي أو أي ن ا زع قد ينشأ عن هذا العقد إلى هيئة تحكيم أو محكم [3]

1 - أنظر: حسام مروان أبو حامدة ،التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وفقا للقانون الأردني وبعض الاتفاقيات المصادق عليها من قبل المملكة الأردنية الهاشمية

2 - أنظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997 م، ص13

3 - أنظر: حسام مروان أبوحامدة، المرجع نفسه، ص:45

يتضح من التعريف السابق أن الفكرة التي يقوم عليها التحكيم هي عدم إخضاع المنازعات لمحاكم الدولة، وذلك بناء على اتفاق تحكيم، وهذا الاتفاق قد يكون مدرج في بند في العقد المبرم بين الأطراف ويتم التوقيع عليه من قبل الأطراف عند التوقيع على العقد وهو ما يسمى(بشرط التحكيم)وقد يكون الاتفاق منفصلا عن العقد، وهو ما يسمى(بمشارطة التحكيم)[1] والواقع أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعا من الناحية العملية، لأنه يتم إبارمه في وقت يسوده الوئام والود فيما بين أطراف الخصومة، وذلك عكس المشارطة التي يتم إبارمها بعد حدوث النازع مما يؤدي إلى صعوبة إبارم اتفاق التحكيم [2] .والأساس القانوني في التحكيم هو أن أطارف الخصومة هم الذين يقومون باختيار قضائهم، والقانون الذي سوف يتم تطبيقه على العقد محل النازع، والمتمثل في الخروج عن دائرة قضاء الدولة، والعمل على تسوية المنازعات التي نشبت أو تنشب بواسطة محكم دولي، وهو الذي يقوم بتطبيق نظام قانوني فوق الوطني، فالتحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، أي يجب أن تكون لإرادة الخصوم شأن فيه .

أما إذا لم يؤخذ بهذه الإرادة وتم محوها، فلا نكون بصدد تحكيم وانما يعتبر قضاء دولة، ليس ذلك فحسب، بل لابد من إقارر المشرع لتلك الإرادة والمتمثلة في اتفاق الخصوم، أي أن يجيز المشرع للخصوم اللجوء إلى التحكيم، فإ ا ردة الخصوم، و اقرار المشرع لهذه الإاردة،

1 - أنظر: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، 2004 م، ص.347

2 - أنظر: مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، 2005 م، ص160

يمثلان الأساس القانوني والجوهري للعملية التحكيمة [1] واذا كان الأصل أن التحكيم (وقد يكون الاتفاق منفصل عن العقد، وهو ما يسمى)بمشارطة التحكيم[2].

والواقع أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعا من الناحية العملية، أنه يتم إبرامه في وقت يسوده الوئام والود فيما بين أطراف الخصومة، وذلك عكس المشارطة التي يتم إبرامها بعد حدوث النزاع مما يؤدي إلى صعوبة إبرام اتفاق التحكيم. [3] والأساس القانوني في التحكيم هو أن أطراف الخصومة هم الذين يقومون باختيار قضائهم، والقانون الذي سوف يتم تطبيقه على العقد محل النزاع، والمتمثل في الخروج عن دائرة قضاء الدولة، والعمل على تسوية المنازعات التي نشبت أو تنشب بواسطة محكم دولي، وهو الذي يقوم بتطبيق نظام قانوني فوق الوطني، فالتحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، أي يجب أن تكون لإرادة الخصوم شأن فيه. أما إذا لم يؤخذ بهذه الإرادة وتم محوها، فال نكون بصدد تحكيم وإنما يعتبر قضاء دولة، ليس ذلك فحسب، بل البد من إقرار المشرع لتلك الإرادة والمتمثلة في اتفاق الخصوم، أي أن يجيز المشرع للخصوم اللجوء إلى التحكيم، فإرادة الخصوم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة، يمثلان لأساس القانوني والجوهري للعملية التحكيمة. [4] وإذا كان الأصل أن التحكيم.

اختياري، إلا أن المشرع قد ينص في بعض الحالات على الإلتجاء إلى التحكيم[5]، فإن القانون يستبعد أحيانا اللجوء إلى القضاء، ويفرض على الخصوم اللجوء للتحكيم لحل

---

1 - أنظر: عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص22

2 - أنظر: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، 2004م، ص347.

3 - أنظر: مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، 2005م، ص 160.

4 - أنظر: عصمت عبد هلال الشيخ، المرجع نفسه، ص22.

5 - أنظر: المحكمة الإدارية العليا في جلسة 18 يناير سنة 1994م، في الطعن رقم

نزاعاتهم، فهو التحكيم الذي يجبر فيه الأشخاص – قانونا – على اللجوء للتحكيم، وبالتالي يستبعد لجوء الأشخاص إلى القضاء عند إثارة النزاع، إلا إذا أصبح هذا التحكيم اختياريا بموجب نص القانون. [1]

تعريف التحكيم قضاءً :

عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة، مجردا من التحايل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية" وعرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".[2] كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والتراضي على حكمهم"، وبأنه "طريق استثنائي لفصل الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية"[3]

لسنة)300(قضائية، وراجع أيضا: المحكمة الدستورية العليا في جلسة 17 ديسمبر سنة 1994م في القضية رقم)13(لسنة)15(قضائية دستورية، الجريدة الرسمية في 12 يناير سنة 1995م، العدد)2(، وفي جلسة 3 يوليو سنة 1999م، في القضية رقم)104(لسنة)20(قضائية دستورية الجريدة الرسمية في 15 يوليو سنة 1999م، العدد)18(، وفي جلسة 6 يناير 2001م، في القضية رقم)65(لسنة)18(قضائية دستورية الجريدة الرسمية في)18(يناير سنة 2001م، العدد)3(د. إبراهيم أحمد إبراهيم التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة،1997، ص14.

1 - أنظر: سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005م، ص 12 وما بعدها.

2 - أنظر: ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بدون ناشر، القاهرة، رسالة دكتوراه 2004.

3 - أنظر: خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002م، ص86.

تعريف التحكيم قانونا:

عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة العاشرة من القانون رقم لسنة 1994م، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية بأنه "اتفاق الطرفين على التجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة عالقة قانونية معينة ،عقدية كانت أو غير عقدية" ونصت المادة ذاتها على أنه "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع، سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين، كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية. [1]

يتضح من النص السابق أن القانون المصري قد عرف التحكيم في كلتيْ صورتيه)شرط التحكيم ومشارطة التحكيم(أما من الناحية الواقعية فإن شرط التحكيم يدرج كثيرا في العقد، أنه أصبح الركيزة والدعامة الأساسية في ميدان التجارة الدولية.

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية "التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين أخر حاكما برضاهما، لفصل خصوماتهما ودعواهما". ونصت المادة الثانية من القانون اليمني رقم)22(لسنة 1922م المعدل بالقانون رقم

لسنة 1997م، بشأن التحكيم: "التحكيم اختيار الطرفين برضاهما شخصا أخر أو أكثر للحكم بينهما، دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات".[2]

فمن خلال هذه التعريفات الفقهية والقضائية والقانونية يتبين لنا أن التحكيم يفترض وقوع نزاع معين أو خصومة معينة أو توقع حدوثها مستقبلا ،وبما أن الأصل هو القضاء الذي يتولى الفصل فيها، ولكن الأطراف في الخصومة أو النزاع، قد يرغبون في تسوية أو حل تلك

1 - أنظر: عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص85.

2 - أنظر: كتيب صادر عن المركز اليمني للتوثيق والتحكيم، بدون ناشر، صنعاء، الجمهورية اليمنية، الطبعة الثالثة، 2004م، ص 46.

الخصومة بعيدا عن ساحات القضاء، وذلك أجل عدم الخضوع الإجراءات القضاء والتي تتسم بالتطويل، أيضا من أجل توفير الجهد والوقت والمال، وحماية وضمان حقوق المستثمرين الأجانب في الدول المضيفة الاستثمار، فيلجئون إما لفرد أو أفراد يكونوا محل ثقتهم، أو لهيئة أو لمركز تحكيم،

وذلك للفصل في منازعاتهم، بحكم ملزم للأطراف، ولذلك يرى الباحث أن التحكيم يتطلب توافر أربعة عناصر حتى يعد تحكيما بالمعنى الفني:

1- وقوع خصومة أو نزاع[1]، أو احتمال حدوثها مستقبلا. [2]

2- اتجاه إرادة الأطراف[3]، باتفاق على حل الخصومة عن طريق التحكيم دون القضاء. [4]

3- محكم)فرد أو أفراد(أو مركز تحكيم[5]، يتولى سلطة الفصل في المنازعة بقرار ملزم. [6]

4- إقرار المشرع للجوء إلى التحكيم شرطا كان أم مشارطة. [7]

---

1 - أنظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص16.

2 - أنظر: محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري وأساس التفرقة بينهما، منشأة المعارف ب الإسكندرية، 2002م، ص39.

3 - أنظر: إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، ص11.

4 - أنظر: أحمد أبو الوفا ،التحكيم الاختياري و الاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1978م، ص 15.

5 - أنظر: محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999. ص5.

6 - أنظر: هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، بدون ناشر، القاهرة، رسالة دكتوراه 1997م، ص22.

7 - أنظر: عصمت عبد هلال الشيخ ،التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص21 وما بعدها.

الفرع الثاني: تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

لقد ثار الجدل في الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم، وتعددت النظريات في ذلك ،فمنهم من قال بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية إرادية، وآخرون قالوا: إن التحكيم ذو طبيعة قضائية ،ونجد فريقا ثالثا اتخذ موقف الأخذ من كل نظرية بطرف ،وهم القائلون بأن التحكيم يتسم بطبيعة مختلطة أو مزدوجة تتقابل فيها التأثيرات التعاقدية والقضائية، وفريق آخر ذهب إلى أن التحكيم له طابع خاص، أي ذاتية مستقلة. [1]

الطبيعة القانونية للتحكيم.

وسنقوم الآن بعرض هذه النظريات المختلفة بالقدر الضروري وبصورة موجزة لخدمة أغراض هذه الدراسة ،ثم ننتقل للحديث عن تقسيمات التحكيم.

أولا: النظرية التعاقدية.

على الرغم من كون اتفاق التحكيم الذي يربط الأطراف بالمحكم، يعد عقدا من عقود القانون الخاص يخضع للقواعد العامة لنظرية العقود المنصوص عليها في القانون المدني. [2] إلا أن جانبا من الفقه الايطالي، ذهب إلى أن اتفاق التحكيم كعقد ليس من عقود القانون الخاص، وإنما هو عقد ذو طابع إجرائي عام ،وذلك على أساس أن عقد التحكيم يؤثر تأثيرا مباشر في وجود خصومة التحكيم ؛بدليل أنه يمنع قضاء الدولة من نظر المنازعة التي اتفق على التحكيم بشأنها ويمنح المحكم سلطة قضائية. وينتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه مؤكدا على كون الاتفاق على التحكيم هو من عقود القانون الخاص تنطبق عليه القواعد العامة في القانون المدني، والدليل على صحة ذلك أن اتفاق التحكيم يعقد قبل بدء الخصومة ،ومن ثم فال يمكن

1- بصدد الجدل الفقهي بشأن الطبيعة القانونية للتحكيم، أنظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981م، ص 32 وما بعدها.

2- أنظر: محمود هاشم. "النظرية العامة للتحكيم" دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص89.

أن يكون من عناصرها المكونة لها ،وبالتالي فهو لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة الإجرائية. [1] ويرى أنصار هذه النظرية أن الأساس القانوني للتحكيم يرجع إلى اتفاق أطراف الخصومة باللجوء إلى التحكيم، سواء كان ذلك بواسطة اتفاق تحكيم أو مشارطة تحكيم، وأن قرار التحكيم يستمد حجيته التنفيذية من خلال هذا الاتفاق، كما يرى أنصار هذه النظرية، أن عدم قابلية قرارات التحكيم للطعن يرجع إلى توافق إرادة الأطراف للجوء للتحكيم. فاتفاق التحكيم وحكم المحكمين يمثلان كال لا يتجزأ، بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الأخر، فهما يمثلان هرما قاعدته اتفاق التحكيم ،وقمته حكم المحكمين. [2]

وسواء تم التحكيم داخل الدولة أو في نطاق دولة أجنبية، فالمحكمون ليسوا قضاة ،بل هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ،وحيث إن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فالأطراف بتعاقدهم هذا يتنازلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية والتي يحققها النظام القضائي، وذلك بغية تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية، وتحقيق سرعة الفصل في المنازعات التجارية ،وذلك بالتخلي عن الإجراءات المطولة التي تتبعها المحاكم الوطنية. لذا يوصف التحكيم التجاري الدولي بأنه أداة من أدوات تنفيذ عقود التجارة الدولية ،حيث يمكن من خلالها تحرير عقود الاستثمارات الدولية والمبادلات التجارية الدولية من أحكام المحاكم التي تصبغه بالصبغة الوطنية. [3]

1- أنظر: عزمي عبد الفتاح. "قانون التحكيم الكويتي" الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت"، 1990، ص 93.. محمود هاشم. "النظرية العامة للتحكيم" دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 31 وما بعدها.

2- أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني الاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005م، ص22.

3- أنظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1997ص38.

ثانيا: النظرية القضائية للتحكيم.

غلب البعض الأخر الطبيعة القضائية للتحكيم بناء على أساس النظر إلى طبيعة المهمة التي يقوم بها المحكم، حيث يقوم بالفصل في النزاع مثله مثل القاضي، ويحوز حكمة حجية الأمر المقضي فيه، كما أن حكم التحكيم غير قابل للطعن فيه في جل التشريعات والاتفاقيات الدولية، أما حكم القاضي فإنه يكون قابل للطعن أمام المحكمة الأعلى. فالمحكم يؤدي وظيفة القاضي ،فهو بمثابة قاضٍ خاص، يقابل قاضي الدولة، والأساس الذي يعتمد عليه المحكم حين يقوم بوظيفة القاضي هو قانون الدولة التي تنص على جواز اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التجارية يمكن للأفراد اللجوء إليها. ونتيجة لاعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية، فإنه يحق للدولة التدخل للقيام بدور المراقبة، والتدخل بقواعد آمرة تضمن سالمة إجراءات التحكيم، وسالمة الحكم، ويسمح بالطعن في الحكم أمام القضاء، ويقوم بتنظيم الإجراءات والقواعد اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم. [1]

ومن الجدير بالذكر أن أصحاب هذه النظرية لا يعممون الطبيعة القضائية على جميع مكونات التحكيم ، وإنما يقصرونها على الأعمال التي تصدر من المحكم دون غيرها، أما الأعمال الأخرى مثل العقد المبرم بين المحتكمين فتبقى له الطبيعة التعاقدية، وتخضع في أحكامها وآثارها للقواعد العامة في العقد. [2] ويرجع الفضل أصحاب هذه النظرية في بيان حقيقة الدور ذي الطبيعة القضائية الذي يقوم به المحكم، وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في كثير من أحكامها ؛حيث ذهبت إلى أن "أطراف الخصومة بالتجائهم إلى التحكيم إنما

1 - أنظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981م، ص27 وما بعدها أيضا راجع في ذلك المعنى د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999. ص7.

2 - أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني الاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005م، ص 24.

يعبرون عن إرادتهم في إعطاء الغير – المحكم –سلطة قضائية" وحكم المحكم يشبه الحكم القضائي ،وذلك عند اكتسابه الحجية منذ صدوره، ومما يؤكد ذلك إمكانية استئناف حم المحكم منذ صدوره ودون انتظار لإعطائه الصيغة التنفيذية. [1] وال يقدح في الطبيعة القضائية لحكم التحكيم انتفاء العمومية بالنسبة لنظام التحكيم، فال يلزم بالضرورة لذلك انتفاء الطبيعة القضائية لهذا النظام، وليس أدل على ذلك من كون الطبيعة القضائية لنظام التحكيم قد حظيت بتأييد واسع في أحكام القضاء في غالبية الدول الأوربية، منها على سبيل المثال فرنسا وبلجيكا. [2]

ثالثا: النظرية المختلطة للتحكيم.

يرى أنصار هذه النظرية أن كلْت ي النظريتين السابقتين أصابتا جزءا من الحقيقة ولم تصيبا كبد الحقيقة ؛حيث أن طبيعة نظام التحكيم تجمع بين الأخذ بكْل تي النظريتين معا، أما الأخذ بإحداهما دون الأخرى فيؤدي إلى الكثير من الصعاب من الناحية العملية، لذلك كان الأصح الجمع بينهما[3]

ويعيب أنصار هذه النظرية على النظريتين السابقتين أن كال منهما أرادت أن تصف نظام التحكيم في مجموعه وصفا واحدا، في حين أنه في الحقيقة نظام مختلط يبدأ اتفاقا وينتهي قضاء بقرار التحكيم. [4] وأصحاب هذه النظرية ينظرون إلى التحكيم على أنه نظام مزدوج، أنهم يجدون في ذلك تطبيقا وتوزيعا لقواعد العقد وقواعد الحكم، أما قرار التحكيم فيرون فيه

1 - أنظر: مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العالقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون ناشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1998ص43.

2 - أنظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981م، ص28 وما بعدها.

3 - أنظر: أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص35.

4 - أنظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 20.

"حكما ذا شكل تعاقدي" فالتحكيم يتعاقب عليه صفتان: الأولى الصفة التعاقدية، وتتجلى في إرادة الخصوم في اختيار قضاء التحكيم كوسيلة للفصل في منازعاتهم، وكذلك اختيار الخصوم للقانون الإجرائي والموضوعي الذي سوف يطبقه المحكمون عند الفصل في النزاع. ثم تتغير طبيعة التحكيم وتأخذ صبغة أخري وهي الصبغة القضائية، وذلك حين يمارس المحكم وظيفته في الفصل في النزاع المعروض عليه والوصول إلى قرار هو بمثابة حكم قضائي ،وتتأكد الطبيعة القضائية للتحكيم عندما تتدخل الدولة بسلطتها القضائية لإعطاء قرار التحكيم قوة الأمر المقضي فيه ،وتذيل قرار التحكيم بالصيغة التنفيذية إذ يتحول التحكيم بإعطائه هذه الصيغة إلى عمل قضائي بداية من إصدار الأمر ،وبأثر رجعي يتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي. فوفقا لهذه النظرية يبدأ نظام التحكيم في صورته العقدية، ثم بمجرد تذييله بالصيغة التنفيذية يكتسب الصبغة القضائية ،ويعتبر بمثابة الحكم القضائي ،ويعامل معاملة الأحكام القضائية الأجنبية. [1] ومن ثم يتمتع الحكم بطبيعة مزدوجة تبدأ تعاقدية وتنتهي قضائية، عند إصدار الأمر بتنفيذ الحكم. فالتحكيم لا يوصف بكونه اتفاقا محضا وال قضاء محضا، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة تلبس كل منها لباسا خاصا، وتتخذ طابعا مختلفا ،فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء ،وفي أخره حكم. [2]

رابعا: نظرية استقلال التحكيم.

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم نظام قديم ظهر قبل نشأة القضاء ،واستمر إلى جوار الأنظمة القضائية في الدولة وال يزال قائما ،فهو نظام منتشر في كل دول العالم ،وازداد انتشاره بعد ظهور هيئات وغرف ومراكز التحكيم، الأمر الذي جعله قضاء موازيا لقضاء

1- أنظر: نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1996ص55 وما بعدها.

2- أنظر: هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، بدون ناشر، القاهرة، رسالة دكتوراه 1997م، ص 35.

الدولة لكنه مستقل عنه، فالتحكيم أداة قانونية لحل النزاع تختلف عن العقد والقضاء، ويهدف إلى تحقيق العدالة بطرق تختلف عن القضاء. ويرفض أنصار هذه النظرية فكرة كون التحكيم عقدا ؛نظرا أن العقد ليس جوهر ولب العملية التحكيمية، بدليل عدم وجود فكرة العقد في التحكيم الإجباري، كما يرفض أنصار هذه النظرية كون التحكيم قضاء ،على سند من القول بأن القضاء سلطة من سلطات الدولة، يقوم القاضي بمباشرتها بهدف سيادة القانون والنظام، في حين أن التحكيم من وجهة نظرهم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة، وهي التعايش السلمي بين أطراف الخصومة في المستقبل، فضال عن تحقيق العدالة. [1]

فالتحكيم أداة مستقلة لحل المنازعات ،فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما، ونحن لسنا بحاجة للي عنق التحكيم حتى ندخله تحت مظلة النظرية التعاقدية أو القضائية أو المختلطة ،ما دام التحكيم خلق ا جديدا يتشابه مع الأنظمة السابقة في أمور ويختلف معها في أخرى، فلماذا لا نقر للتحكيم بطبيعته الخاصة والمستقلة ،والتي تختلف عن العقود، كما تختلف عن القضاء؟ فالتحكيم نظام قانوني، حيث يلجأ إليه الأطراف لحل منازعاتهم دون القضاء. [2]

الفرع الثالث: التقسيمات المختلفة للتحكيم وتمييزه عما يختلط به.

تتعدد تقسيمات التحكيم وفقا لإرادة الأطراف ؛حيث أن هذه الإرادة هي التي تحدد مساره وتهيمن عليه منذ بدايته بالاتفاق على التحكيم وحتى نهايته بصدور حكم فيه ملزم للأطراف، وهذه الإرادة هي التي تتولى اختيار المحكمين وتحديد عددهم ،والإجراءات التي يجب أن تتبع لحل النزاع، والقانون الواجب التطبيق. ونتيجة لتعدد المعاملات التجارية وتشعبها

1 - أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني الاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005م، ص 26.

2 - أنظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1997ص39.

أصبح التحكيم هو الوسيلة المثلى لحل المنازعات، ومن ثم يتنوع التحكيم إلى تحكيم وطني وأجنبي ودولي ،أو تحكيم اختياري وإجباري، أو تحكيم خاص ومؤسسي.

أولا : تحكيم وطني وأجنبي ودولي.

ينقسم التحكيم إلى تحكيم وطني وآخر أجنبي وثالث دولي. ويصعب وضع خطوط فاصلة بشكل واضح ما بين هذه الأنواع. وبدون الدخول في تفاصيل كثيرة يمكن أن نشير إلى بعض المعايير التي تبنتها قواعد قانونية دولية، أو حتى وطنية، بشأن التحكيم الأجنبي والدولي.

التحكيم الوطني: هو التحكيم الذي تكون كل مقوماته أو عناصره "من موضوع النزاع إلى جنسية ومحل إقامة طرفي النزاع، والمحكمين، والقانون الواجب التطبيق، ومكان انعقاد التحكيم منحصرة في دولة معينة".

وعندما يكون التحكيم أو عناصره لا تنتمي جميعها إلى دولة معينة، فالتحكيم هنا غير وطني أو بتعبير آخر أجنبي. [1] وإذا كان أطراف النزاع ينتمون بجنسيتهم لدولة واحدة أو لدول مختلفة، وكان نزاعهم يتعلق بمشروعات أو أموال موجودة في دولة أخرى، أو إذا تم التحكيم في مركز دولي للتحكيم نشأ وفقا الاتفاقية دولية، فذلك يعتبر تحكيما دوليا[2]، أما التحكيم الأجنبي فال يوصف بالدولي بمجرد وجود طرف أجنبي في النزاع، ولكن يعتد بمكان التحكيم دون الأخذ بجنسية الأطراف أو طبيعة النزاع، أما جريانه في الخارج فيؤدي إلى وصفه بالأجنبي وأنه غير وطني، وقد تبنت هذا المعيار اتفاقية نيويورك لوصف حكم التحكيم بالصفة الأجنبية ؛حيث نصت على سريان نصوصها على أحكام التحكيم التي تصدر في دولة غير الدولة المراد

1 - أنظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991م، ص100، وما بعدها.

2- أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني الاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005م، ص44.

تنفيذها فيها. [1] فبالنسبة للتحكيم الأجنبي، هناك اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية sdrawa eierof، التي أوجبت على الدول المنضمة لها أن تنفذ على أراضيها، كمبدأ عام، قرارات التحكيم الصادرة في دولة أخرى. فالمعيار هنا شكلي بحت، بمعنى أنه حيث يصدر قرار التحكيم في الدولة

(أ) مثال ،لينفذ في الدولة (ب) مثال ،فإنه يعتبر أجنبيا بالنسبة للأخيرة. ولكن أضافت الاتفاقية بوجوب تطبيق أحكامها على التحكيم الذي لا يعتبر محليا لدى الدولة المطلوب تنفيذ ذلك القرار فيها.[2]

ويرى الباحث ترجيح وجهة النظر هذه في الطبيعة الخاصة للتحكيم نظرا لسببين رئيسيين:

1- أنه يتفق مع الاعتبارات العملية التي تفرضها مظاهر عديدة للتحكيم على المستوى الدولي والإقليمي والمحلي.

2- تستجيب هذه النظرية لمتطلبات عولمة الاقتصاد والتجارة والتطور التكنولوجي الذي هو طابع الحياة التجارية في العصر الحالي الذي نعيشه.

ثانيا: التحكيم الحر والمؤسسي.

ومن جهة أخرى، ينقسم التحكيم إلى تحكيم طليق أو حر وتحكيم مؤسسي. وأساس هذه التفرقة هو اتفاق التحكيم ذاته. فحيث يشير الاتفاق إلى تسوية النزاع تحكيما عن طريق مؤسسة تحكيمية، نكون أمام تحكيم مؤسسي ، وإلا كان التحكيم حرا. فمعيار التفرقة إذا

1 - أنظر: محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999. ص 23.

2 - أنظر: المادة)1/7(من قانون أونسترال النموذجي للتحكيم)القانون النموذجي(؛ المادتان)2 و 1/10(من قانون التحكيم المصري)القانون المصري(؛ المادتان)2 و 1/10(من قانون التحكيم العماني رقم 97/47)القانون العماني(.

شكلي ،من حيث وجود مثل تلك الإشارة أو عدم وجودها في اتفاق التحكيم. ومثال ذلك، أن يتفق الطرفان على إحالة النزاع أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري، أو مركز البحرين، أو مركز دول الخليج العربية، أو غرفة التجارة الدولية. وتجدر الإشارة هنا إلى أن كل مركز من هذه المراكز أو غيرها المنتشرة بشكل واسع في العالم، يكون له قواعده التحكيمية الخاصة به، وهي عموما تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم ورد المحكمين وبعض القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم ونفقاته. فحيث يحيل الأطراف لقواعد هذا المركز أو ذاك، يكونوا قد ارتضوا بإرادتهم الخضوع لتلك القواعد، وكأنها أصبحت جزءا من اتفاقهم، بل هي تعتبر كذلك من الناحية القانونية. [1] أما حيث يكتفي الأطراف بالإحالة إلى التحكيم فحسب، يكون التحكيم حرا وليس مؤسسيا، وعندئذ يتم تشكيل هيئة التحكيم وإعداد إجراءاته إما بالاتفاق، وهذا هو الأصل، أو وفقا للقانون)الوطني(الواجب التطبيق على هذه الأمور. والتحكيم الحر أو التحكيم الذاتي[2]، والبعض يطلق عليه تحكيم الحالات الخاصة[3]، ونشير كمثال على اللجوء للتحكيم الخاص في اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار، وذلك إلى ما ورد في العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18م بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة من أجل تنفيذ ما يسمى الأوتوستراد العربي، أي أن حسم الخلافات الناشئة عن هذه الاتفاقية يكون خاضعا للتحكيم بموجب دفتر الشروط وملحقاته، كذلك مع تطبيق نظام أحكام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(أونسترال) وأن يكون التحكيم في

1- أنظر: مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005ص49.

2- أنظر: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، 2004م، ص358.

3- أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني الاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005م، ص47.

بيروت باللغة الفرنسية، وأن يتم تطبيق القانون اللبناني في أساس الموضوع. [1] ويجوز للطرفين في أي وقت العدول عن التحكيم الحر واللجوء إلى التحكيم المؤسسي بدال منه أو العكس. [2]

تمييز التحكيم عما يختلط به إن التحكيم . كوسيلة لتسوية المنازعات – قد يتشابه مع غيره من النظم البديلة للفصل في منازعات الاستثمار وذلك كالصلح والخبرة، كما قد يتشابه مع القضاء، لذا يتوجب علينا توضيح الفروق الجوهرية بينه وبين هذه النظم على النحو التالي:

– الفرق بين التحكيم والقضاء.

يختلف التحكيم عن القضاء ،وبيان ذلك فيما يلي:

أن المحكم يشغل مركز القاضي وان كان لا يعد قاضيا بالمعنى الدقيق للكلمة ،إذ توجد اختلافات جوهرية بين المحكم والقاضي. إلا أن هذه الاختلافات لا تقدح في القول بأن المحكم يعد بمثابة قاضٍ ويتمتع بسلطة قضائية تخوله حسم النزاع في إطار من المشروعية. والدليل على ذلك:

1- أن المشرع يحيط اختيار المحكم بضمانات معينة ،ولم يترك للأطراف الحرية المطلقة في اختياره ، وإنما فرض العديد من القيود رعاية لهم ولحسن أداء العدالة.

2- "يجمع الفقه الإسلامي على أن التحكيم قضاء ولذا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي[3].

1- أنظر: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص359.

2- أنظر المادة)2/1(من اتفاقية نيويورك؛ المادة)2(من القانون النموذجي؛ المادة)1/4(من القانونين المصري والعماني.

3- أنظر: محمد نور عبد الهادي شحاتة، "النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين" دار النهضة العربية، 1993، ص10 وما بعدها.

3- أن المشرع استخدم في قانون التحكيم المصري الحالي مصطلح "حكم التحكيم" في الباب الخامس من هذا القانون لنعت القرار الصادر من المحكم. ووصف الحكم لا يكون إلا بالعمل القضائي.

4- أن طبيعة مهمة المحكم قضائية وتتشابه مع طبيعة عمل القاضي، إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في زوايا أخرى مرجعها إلى أصل السلطة المخولة لكل منهما.

5- إن الحكم الصادر من المحكم يخضع في تحريره وإصداره وتنفيذه لقواعد وإجراءات معينة ،نص عليها القانون لضمان احترام هذا الحكم والارتقاء به إلى مصاف الحكم القضائي.

6- أن المحكم يعد في حكم الموظف العمومي في صدد جريمة الرشوة. [1]

ومن الجدير بالذكر ونحن بصدد التفرقة بين المحكم والقاضي ،أن نذكر طريقة اختيار المحكم حتى تتبين أوجه الخلاف بين المحكم والقاضي، حيث يختار المحكم عادة من الخصوم ،أي من ذوي الشأن، وهذا الاختيار ينبع من اتفاق التحكيم ،أو من خلال ورقة عرفية عن هذا الاتفاق، الذي يتضمن بالضرورة طريقة اختياره على الأقل، أما القاضي فال يختار من الخصوم ،بل يعين من السلطة العامة في الدولة ممثلا عنها في الفصل في المنازعات التي تطرح عليه ،وبالتالي فال يتقاضى أتعابا من الخصوم بعكس التحكيم ، وانما يتقاضى مرتبا من الدولة أنه موظف عام، كما أن والية القاضي تكون عامة حيث إنه رجل قانون يشترط فيه مؤهل

1 - أنظر: تنص المادة 3/111 من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعد في حكم الموظفين في تطبيق نصوص هذا الفصل)الخاص بالرشوة(3-المحكمون والخبراء ووكلاء الديانة والمصفون والحراس القضائيون".

قانوني ،وال يمكن عزله إلا تأديبا ،على عكس والية المحكم فهي قاصرة فقط على النزاع المختار من أجله. [1]

كما أن المحكم غير ملزم بتطبيق قواعد قانون المرافعات على إجراءات الخصومة، ما لم يتفق على غير ذلك ،أو ما لم تتعلق القاعدة الإجرائية بالنظام العام كضمانات التقاضي الأساسية من حقوق الدفاع وغيرها ،بعكس القاضي الذي يكون ملزما بتطبيق قواعد المرافعات على الخصومة)فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الموضوعي والإجرائي على حد سواء(.

كما أن سلطة المحكم تكون مقيدة بما هو وارد في اتفاق التحكيم ،وبالتالي فال يملك إدخال شخص من الغير لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة ،إذا لم يسمح اتفاق التحكيم بذلك ،وهذا على عكس القاضي الذي يملك من تلقاء نفسه حق إدخال الغير في القضية لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة، كما يلزم المحكم بالمدة المحددة اتفاق ا أو قانونا لإصدار الحكم ، بعكس القاضي الذي لم يحدد له القانون مدة معينة لإصدار الحكم.

إن الإجراءات التي تتبع في القضية المطروحة على التحكيم العادي تتسم بأنها إجراءات بسيطة وسهلة وسريعة وقليلة التكاليف ،بعكس الإجراءات التي تتخذ أمام المحاكم حيث تتسم بالتعقيد والبطء وكثرة التكاليف، فعلى سبيل المثال: جلسات المحاكم تتسم كقاعدة بالعلانية بعكس جلسات التحكيم فهي كقاعدة سرية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك .[2]

1 - أنظر: مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العالقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون ناشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1998ص31.

2 - أنظر: نقابة مستشاري التحكيم الدولي وخبراء الملكية الفكرية بدمياط السيد المستشار / أحمد عيد شحاتة رئيس اللجنة التشريعية بالنقابة

http://www.facebook.com/ana.bokra

– الفرق بين التحكيم والصلح.

إن التحكيم والصلح يعتبران من طرق تسوية المنازعات بدال عن القضاء، وكالهما يعتبران من العقود الرضائية استنادا إلى إرادة أطراف النزاع، والمنازعات التي يتم فصلها بالتحكيم والصلح هي التي ترتب حقوقا مالية، وال تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإنها تقبل الصلح والتنازل. (1)

من ناحية أخرى ،فإن سلطات المحكم . نظرا لاختياره باتفاق الخصوم . قد تكون أوسع من سلطات القاضي بالنسبة لتطبيق القانون ،حيث أن المحكم قد يفوض بالصلح من الخصوم باتفاق صريح مع تحديد أسماء المحكمين ،وبالتالي يلزم بتطبيق قواعد العدالة ،وال يلزم بتطبيق قواعد القانون، بينما القاضي يكون ملزما بتطبيق قواعد القانون على وقائع النزاع ،وهكذا فإن المحكم قد يكون ملزما بتطبيق قواعد القانون)التحكيم بالقضاء(وقد يكون ملزما بتطبيق قواعد العدالة)التحكيم بالصلح(باستثناء القاعدة المتعلقة بالنظام العام ،فال يسري عليها اتفاق الخصوم ،بينما يكون القاضي ملزما بتطبيق القانون، كما أن المحكم لا يستطيع توقيع جزاءات على الشهود ،أو إلزام الغير بتقديم مستند ،أو الأمر بالانتدابات القضائية بعكس القاضي . (2)

فالتحكيم يختلف عن الصلح، أن الصلح عقد يتم فيما بين أطراف الخصومة أنفسهم أو بمن يمثلونهم، ويعملون بموجبه بالفصل في نزاعاتهم عن طريق نزول كل عن بعض ما يتمسك به، أما في التحكيم فالمحكم يقوم بمهمة القضاء. (3) أن المحكم هو الذي يفصل في النزاع ؛أن

---

1 - أنظر: ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بدون ناشر، القاهرة، رسالة دكتوراه 2004 ص99.

2 - أنظر: نقابة مستشاري التحكيم الدولي وخبراء الملكية الفكرية بدمياط السيد المستشار / أحمد عيد شحاتة رئيس اللجنة التشريعية بالنقابة http://www.facebook.com/ana.bokra

3 - أنظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1978م، ص30.

هذا النزاع يعتبر قضية تدور إجراءاتها أمام المحكم ،والذي يعتبر شخصا أخر غير أطراف النزاع يتم اختياره من قبلهم، وفي التحكيم لا يحدث تنازل متبادل من قبل الأطراف لحسم المنازعة أو الخصومة؛ فإنه قد يكسب أحد الأطراف في الخصومة كل القضية دون الطرف الأخر. [1]

ويشبه الصلح شكل شرط التحكيم)أي إذا كان سابقا للنزاع(ومشارطة التحكيم)إذا كان الحقا على نشوب النزاع(، والصلح مبني على التفاوض المباشر بين الأطراف، في حين يتوقف دورهم في التحكيم بتخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع بحكم، فالتحكيم ينتهي بقرار حاسم قابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية، وال تمتد سلطة قاضي التنفيذ إلى النظر في الموضوع، أما الصلح فال يكون قابلا للتنفيذ إلا بعد تصديق القضاء الذي يجعله قابلا لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية. [2]

– التحكيم والخبرة.

الخبير هو شخص فني يقوم بإعطاء رأيه الاستشاري فيما يتعلق بمسألة فنية تتطلبها قضية أو منازعة مطروحة على المحكمة ويصعب على المحكمة الإلمام بها فنيا – بناء على قرار ندبه تلبية لطلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة– وهذا الرأي لا يقيد الخصوم وال يقيد المحكمة. أما المحكم فهو يقوم بمباشرة مهنته دون وجود قضية أمام المحكمة ،ودون حكم بندبه منها أنه مختار من الخصوم. ويصدر المحكم قرار ملزما أطراف النزاع، دون أن يكون للقضاء سلطة تقديرية في ذلك. [3] وبما أن الخبير لا يفصل في النزاع وإنما يعين باستجلاء جانب معين منه. لذلك لا يعتبر الخبير محكما وخبيرا في الوقت نفسه، إذا طلب منه الخصوم

1- أنظر: عصمت عبد هلال الشيخ ،التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص25.

2 - أنظر: محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999. ص20 – 21.

3 - أنظر: سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005ص30.

أن يقوم بذلك ،حتى يتسنى له الفصل في النزاع وليستعينوا بخبرته، بشرط أن يتوافر فيه إلى جانب الخبرة أهليته للحكم، وأصبح هذا النوع من التحكيم ذائعا في التجارة الدولية. [1]

ونخلص إلى أن عقد التحكيم يمكن أن يعرف بأنه " اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر على سحب اختصاص القضاء في نظر المنازعات التي تحدد صراحة في اتفاق التحكيم ،ومنح هذا الاختصاص لشخص أو جهة)الهيئة(للفصل في هذا النزاع تسمى هيئة التحكيم."

الفرع الرابع: إيجابيات وسلبيات التحكيم.

– إيجابيات التحكيم.

إذا نظرنا إلى نظام التحكيم مقارنة بالقضاء والنظم الأخرى لحل المنازعات في مجال الاستثمار الدولي نرى أن له إيجابيات نذكر منها:

أولا:بساطة الإجراءات.

لم يشترط المشرع المصري أن يكون المحكم حاملا لليسانس الحقوق أو له خبرة معينة في موضوع النزاع ،ولو كانت المسألة المطروحة عليه قانونية، بل يجوز أن يكون المحكم جاهلا بلغة الخصوم فيحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه ،وبالطبع يتعين أن تكون مترجمة في مثل هذا الفرض[2] . ويمتاز التحكيم ببساطة الإجراءات ،حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها، وتقديم البيانات، والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك. وهي في كل هذه الأمور وغيرها تبتعد . ما أمكن . عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان أمام القضاء

1- أنظر: نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1996ص57.

2- أنظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الإجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف ب الإسكندرية، 1978، ص 145.

طويلة ومملة، وال فائدة منها سوى التقيد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات، وذلك على حساب موضوع وجوهر النزاع. والنتيجة الطبيعية لذلك، أن يصدر قرار التحكيم خلال وقت أقصر بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء.

ثانيا: اختيار هيئة التحكيم.

تذهب بعض النظم القانونية إلى اشتراط أن يكون المحكم وطنيا ،على اعتبار أن التحكيم نوع من القضاء ينبغي إلا يتولاه الأجانب كما هو الحال في قوانين كولومبيا والأكوادور، وقانون التحكيم السعودي الصادر في 27 مارس 1985م. ويذهب جانب من الفقه إلى أن منع الأجنبي من أن يكون محكما يمثل عائقا أمام تطور التحكيم الدولي. [1] والاتجاه الغالب في القانون المقارن، لا يفرق بين الوطني والأجنبي في تولي مهمة التحكيم ؛نظرا أن اختيار المحكم يعتمد على اعتبارات شخصية متروك أمر تقديرها للخصوم. [2]كما تعتبر طريقة اختيار هيئة التحكيم، ودور أطراف النزاع في ذلك من مميزات التحكيم. فالأطراف أو ممثلوهم تكون لهم الفرصة الأولى والأكبر في اختيار المحكمين ،سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. فإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، وهم عادة ثالثة محكمين، يتولى طالب التحكيم)المدعي(تعيين محكمه أو ترشيح هذا المحكم للتعيين، في حين يقوم بالشيء ذاته المطلوب التحكيم ضده)المدعى عليه(، بالنسبة للمحكم الثاني. أما المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم، فإما أن تعطى الفرصة لتعيينه لطرفي النزاع، أو للمحكمين اللذين اختارهما الطرفان عنهما وذلك حسب قواعد التحكيم المطبقة على النزاع.

1 - أنظر: فوزي محمد سامي. "التحكيم التجاري الدولي" المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان. 1997، ص155 وما بعدها.

2- Voir : PH. Fouchard, Gaillard, Goldman, "Traite de l'arbitrag commercial international, Dela Paris, 1996. 181

مثل هذا الأمر يعطي الأطراف نوعا من الأمان والراحة النفسية، حيث يساهم الشخص في اختيار قاضيه الذي سينظر النزاع، بل يساهم ولو بطريقة غير مباشرة في اختيار المحكم الثالث. وهذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني، حيث نجد المحكمة مكونة من قضاة رسميين في الدولة، لا دور للأطراف في تعيينهم أو تعيين أي منهم، وفي كثير من الأحيان، يكون الأطراف أو بعضهم غرباء عن ذلك النظام القضائي الوطني. وفي هذا المجال أيضا، فان بعض المحكمين . إن لم يكن كلهم . إنما يتم اختيارهم من ذوي الاختصاص والكفاءة بالنسبة للعقد موضوع النزاع، خاصة فيما يسمى بالتحكيم المؤسسي الذي أشرنا إليه فيما مضى. [1]

ثالثا: سرية الإجراءات.

من المميزات الرئيسية التي تشجع على اللجوء إلى طريق التحكيم، طابع السرية الذي يهيمن على أسلوب حل النزاع ،وهو الأمر الذي ينشده المتعاملون في مجال التجارة الدولية حفاظا على السمعة التجارية للشركات المتعاملة في الساحة الدولية من المساس بها. ولذلك يلتزم المحكم بالمحافظة على سرية المستندات ،وعدم إفشاء مضمونها للغير حتى بالنسبة لمساعديه أو القائمين على مؤسسات التحكيم التي يعمل في ظلها ،وكل ما يتعلق بالمعلومات والوقائع التي تصل إليه بمناسبة التحكيم. [2] ولم يرد النص على هذا الالتزام في قانون التحكيم المصري صراحة. وإنما أشار إليه المشرع بشكل غير مباشر في مجال نشر حكم التحكيم. [3] والأصل في إجراءات التحكيم أنها سرية إلا على أطراف النزاع وممثليهم، بحيث يمكن القول إن مثل هذه السرية تعتبر من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها، سواء في التحكيم الدولي أو

1 - أنظر: محمد تقي الدين ،تسوية النزاعات واتفاقيات الاستثمار ص155 وما بعدها.

2 -Voir : J.Robert L'arbitrage droit interne droit international prive ed. Dalloz, 1993.

3 - أنظر: تنص المادة 2/44 من قانون التحكيم المصري على أنه: "لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم"

الداخلي، حتى لو سكتت القواعد القانونية النافذة)التشريع الوطني مثال(عن النص على ذلك. وهذا بخلاف إجراءات التقاضي التي تكون، كمبدأ عام، علنية بحيث يستطيع أي شخص حضور هذه الجلسات. وتجدر الإشارة هنا إلى أمرين:

– **الأول:** أن التجار عموما يفضلون، في بعض الأحيان، سرية الإجراءات على علانيتها وذلك حفاظا على سرية الصفقات التجارية التي يبرمونها وتفصيلاتها المختلفة . ما أمكن . وأسماء الأشخاص الذين يتعاملون معهم. بل إن بعض هذه الصفقات قد تتطلب السرية التامة بحكم طبيعتها، أو بحكم انتماء أحد الأشخاص لجنسية دولة تحظر دخوله في هذه الصفقات. فإذا نشب نزاع بين طرفي العقد، فإنهما يفضلان تسويته بالطرق الودية أو في أحسن الظروف . عن طريق التحكيم. [1]

– **الثاني:** أن السرية في كثير من الأحيان ما تنقلب إلى عالنية، وخاصة عند تنفيذ قرار التحكيم. فالنتيجة الطبيعية لكل دعوى، سواء كانت قضائية أو تحكيمية، أن يكسب أحد طرفي الدعوى، ولو جزئيا، القضية في حين يخسرها الأخر ولو جزئيا. لذلك، فإن أحد الطرفين قد يرفض تنفيذ القرار وديا، مما قد يضطر الأخر للجوء للقضاء الوطني لتنفيذه جبرا. وعندئذ سيعرض القرار التحكيمي، وأسماء الأطراف، وممثليهم وكل ما يتعلق بالقضية، على القضاء لاتخاذ الحكم المناسب بشأن القرار التحكيمي من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه ولو جزئيا. ويترتب على ذلك، أن السرية التي حافظ عليها الأطراف وهيئة التحكيم إلى حين صدور القرار، انقلبت إلى علانية من حيث النتيجة عند العرض على القضاء.

---

1 - أنظر: حسام مروان أبوحامدة ،التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وفقا للقانون الاردني وبعض الاتفاقيات المصادق عليها من قبل المملكة الاردنية الهاشمية.

- PH. Fouchard, Gaillard, Goldman, "Traite de l’arbitrage commercial international, Delà Paris, 1996 P. 629, E

والمحكم يلتزم بمراعاة طابع السرية لجميع المعلومات والمستندات التي تم تبادلها أثناء سير خصومة التحكيم. [1] وهذا الالتزام يمتد إلى ما بعد صدور الحكم ،ويشمل كل ما يتعلق بالنزاع وأطرافه، ويمتد الالتزام بالسرية إلى كافة المكاتبات والمناقشات والمرافعات والحكم ،وأيضا كل ما يطالب الخصوم بالاحتفاظ بسريته ولو لم يكن كذلك بطبيعته. غير أن هذا الالتزام ليس مطلقا ، يتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز إعفاء المحكم منه، كما قد يرد الإعفاء في بعض الحالات بنص القانون. [2]

– سلبيات التحكيم.

ومن الناحية المقابلة ،فكما أن للتحكيم إيجابيات تميزه عن غيره من الوسائل الأخرى لتسوية منازعات الاستثمار الدولية ،فكذلك له عيوب نذكرها فيما يلي:

أولا: المصاريف.

في مقدمة الحقوق المالية للمحكم، حقه في الحصول على مكافأة أو مبلغ مالي في مقابل تأدية الخدمة المطلوب منه، وهو ما يطلق عليه الأتعابles honorariesوالسيما وأنه أصبح من النادر أن يقوم المحكم بهذا العمل على سبيل التبرع. ومن التشريعات التي عالجت هذه المسألة صراحة قانون الإجراءات المدنية الايطالي والتحكيم ،بحيث يكون لها أن تحكم بتحمل الطرف الخاسر وحده هذه الأتعاب. وقد تحكم بجعلها مناصفة ين الطرفين. [3] فقد نصت المادة 814 على أنه: "للمحكم الحق في استرداد ما أنفقه من مصاريف ومكافأة مقابل ما قام به من عمل. ويلتزم طرفا التحكيم بدفع هذا المبلغ بالتضامن. مع عدم الإخلال

1-voir : Gaillard "le principe de confidentialité de l’arbitrage commercial international" D. 1987, Chron., P. 153. 184

2 - أنظر: هدى محمد مجدي عبد الرحمن. دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية 1997م، 161.

3 -Voir : Fouchard, Gaillard, Goldman, "Traite de l’arbitrage commercial international, Delà Paris, 1996 P.639.

بحق أحدهما في الرجوع على الأخر في حالة التزام أحدهما فقط بدفع هذا المبلغ بموجب الاتفاق. وقد يتم تحديد من يتحمل عبء هذه الأتعاب في الحكم بمقتضى السلطة التقديرية للهيئة .وتقابل محاسن التحكيم أو ميزاته المشار إليها مثالب عدة لا يمكن التجاوز عنها، بحيث يمكن القول أن التحكيم . كأي نظام قانوني آخر. ليس كله محاسن وال كله مثالب. فمن الانتقادات التي يمكن أن توجه للتحكيم، كثرة مصاريفه مقارنة بالقضاء، وخاصة عندما يكون التحكيم دوليا. ففي هذه الحالة، قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم)الثالثة مثال(وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة، أو مقيمين في دولة مختلفة، مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين. هذا بالإضافة أتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حيث يكون التحكيم مؤسسيا. وعلى الأغلب، فان هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طرديا مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة. وفي حالة حدوث نزاع حول قيمة الأتعاب التي يستحقها المحكم وعدم التوصل إلى اتفاق ودي يتم تحديد هذه الأتعاب بواسطة القضاء. [1]

ثانيا:عدم الحيادية في تعيين المحكمين.

إذا تم تعيين المحكم وقبل القيام بمهمة التحكيم فإنه يلتزم بالقيام بهذه المهمة حتى إتمامها بإصدار الحكم وهو ما عبر عنه الأستاذ فوشار بقوله:

1 - أنظر: في تقدير الأتعاب بواسطة القضاء.

Reims, 16 decembre 1999, rev. arb. 2000, p. 316.

وراجع بصفة خاصة

Jean Pierre le Gall "les Honoraires d,arbitrages au regard du droit fiscal communautaire" rev. arb. 1998, p. 83. 186

Il est exige de l'arbiter qu'il mene sa mission jusqu'a son terme, c'est –a- dire jusqu'a pronounce de la sentence finale[1].

ومن جهة أخرى، فاختيار الأفراد لشخص معين يتولى حل النزاع يقوم على اعتبارات شخصية تتمثل في الثقة في هذا الشخص وعدالته ومن ثم تكون شخصية المحكم محل اعتبار، فالشخص الذي يعين محكمه قد يشعر في قراره نفسه بأنه يفترض في ذلك المحكم أن يدافع عن مصلحة من عينه، أو يمثل وجهة نظره ولو جزئيا. وربما ينطبق هذا القول أيضا على المحكم نفسه في علاقته بمن عينه أو رشحه للتعيين من جهة، وبأعضاء هيئة التحكيم الآخرين من جهة أخرى. وقد يكون مثل هذا الافتراض غير دقيق من الناحية العملية في كثير من الأحيان، ولكن يجب أن نسلم بأنه الواقع أحيانا. لذلك، ليس غريبا أن نجد رئيس هيئة التحكيم في العديد من القضايا)في الهيئة الثلاثية مثال(، يحاول أن يكون موفقا بين وجهتي نظر المحكمين الآخرين. والى الدرجة التي يصح فيها

هذا الافتراض، فان ذلك يؤثر على العملية التحكيمية من حيث وجوب حياد أعضاء هيئة التحكيم، ونزاهتهم، وعدم تحيزهم، أو الشعور بعدم تحيزهم لصالح طرف ضد طرف آخر من أطراف النزاع.

[1] **-Voir :** Fouchard, Gaillard, Goldman, "Traite de l'arbitrage commercial international, Delà Paris, 1996 P. 628, E. Gaillard "le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international" D. 1987, Chron., P. 759. 187

ثالثا: اختلاف النظم القانونية.

تتجه معظم تشريعات التحكيم إلى وضع بعض الشروط التي يجب توافرها فيمن يتولى مهمة التحكيم ،وذلك نظرا للطبيعة القضائية للمهمة التي يضطلع بها المحكم، وحتى لا يترك أمر ممارسة القضاء الخاص أي شخص، ويجب توافر هذه الشروط سواء كان المحكم من اختيار الأطراف أو بواسطة سلطة من الغير كمركز تحكيم أو بواسطة القضاء. [1] كما أن انتماء أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع وممثليهم، في كثير من الحالات أنظمة قانونية مختلفة، وأحيانا عدم معرفة الهيئة أحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع من جميع جوانبه بدقة، قد يؤثر سلبا على مجريات القضية التحكيمية بما في ذلك قرار التحكيم ذاته.

وهذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني حيث أن الجميع . أو على الأقل محامي الأطراف والقضاة . يتحدثون كقاعدة عامة بلغة قانونية مشتركة هي قانونهم الوطني ،سواء من حيث الإجراءات أو الموضوع. ويقودنا هذا القول إلى نتيجة أخرى، وهي أن وضعا كهذا، ربما يؤدي أحيانا إلى تعقيد إجراءات التقاضي وإطالتها، مما يفقد التحكيم إحدى مزاياه، التي أشرنا إليها سابقا.

وبجانب الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم في جميع حالأت التحكيم، نجد أن للأطراف حرية فرض شروط ومواصفات معينة فيمن يتولى القيام بمهمة التحكيم. وهذه الشروط قد تختلف من حالة إلى أخرى بحسب الملابسات الخاصة بكل تحكيم على حدة. [2]

---

1 - أنظر: من هذه الشروط علي سبيل المثال في القانون المصري ضرورة تمتع المحكم ب الأهلية المدنية.

- أنظر: ضرورة أن يتوافر في المحكم الحياد و الاستقلال. تنص المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري على أنه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما عن حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره".

2 - أنظر: من أمثلة الشروط الاتفاقية في المحكم ما ورد في نص المادة 3/17 من قانون التحكيم المصري على أنه "تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة..." والشروط التي يتطلبها

وفضلا عن الشروط القانونية والاتفاقية في المحكم، فهناك شروط أخرى يفترض توافرها في المحكم بدون حاجة إلى اشتراطها ،ومرجعها للطبيعة القضائية للتحكيم، وباعتبار أنها عامة معترف بها ومسلم بضرورة توافرها فيمن يلي عمال قضائيا. [1]

المطلب الثاني: مفهوم العقود الدولية للاستثمار.

في عدد من المناسبات في الماضي كان البنك الدولي(the World Bank) يقوم بدور في المساعدة في الوساطة والتوفيق في منازعات الاستثمار بين الحكومات والمستثمرين الأجانب.وقد كان إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (the Settlement of Investment(International Centre for Disputes (ICSID)في عام 1966 يهدف جزئيا إلى رفع عبء الأنخراط في هذه الأمور عن عاتق المسئولين بالبنك، ولكن الهدف الأكبر من جانب البنك كان الأقتناع بأن منظمة تشكل خصيصا لتيسير تسوية منازعات الاستثمار بين الحكومات والمستثمرين الأجانب يمكن أن تساعد على زيادة تدفقات الاستثمارات الدولية.

و"الأيكسيد" أنشئ بموجب" اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول والمواطنين من الدول الأخرى

("the Convention on theSettlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States

---

الأفراد قد تتعلق: 1- بجنسية المحكم. 2- خبرة المحكم. 3- جنس المحكم. 4- إجادة لغة معينة. 5- تمتع المحكم بديانة معينة.

[1] ـ أنظر: لم ينص المشرع المصري على هذه الشروط وغالبا لا يشير إليها الأطراف عند ترشيح المحكم لمهمة التحكيم، وبالرغم من ذلك فهي شروط جوهرية ولها أهمية بالغة وتقتضيها الطبيعة القضائية لمهمة التحكيم، وهذه الشروط تتركز حول: 1- ضرورة أن يكون المحكم شخصا طبيعيا. 2- انتفاء مصلحة المحكم في النزاع المعروض عليه.

وهي الاتفاقية التي دخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966. ويتكون "الأيكسيد" من مجلس إداري وأمانة عامة. والمجلس الإداري يرأسه رئيس البنك الدولي، وهذا المجلس يتكون من ممثل لكل دولة أقرت الاتفاقية. والاجتماعات السنوية للمجلس تعقد مقترنة بالاجتماعات السنوية المشتركة بين البنك والصندوق.

و"الأيكسيد" منظمة دولية مستقلة، وذلك رغم صالتها الوثيقة بالبنك الدولي. وجميع أعضاء "الأيكسيد" هم أعضاء في البنك الدولي. ونفقات أمانة الأيكسيد يتم تمويلها من ميزانية البنك الدولي، ومع ذلك فإن نفقات الإجراءات التحكيمية الخاصة يتحملها الأطراف ذوي الصلة.

ووفقا للاتفاقية، يقدم الأيكسيد تسهيلات من أجل التوفيق والتحكيم في المنازعات بين الدول الأعضاء والمستثمرين الذين يعتبرون مواطنين من دول أعضاء أخرى. واللجوء إلى التحكيم والتوفيق في الأيكسيد يعد اختياريا تماما. ومع ذلك، إذا ارتضى الأطراف اللجوء إلى التحكيم بموجب اتفاقية الأيكسيد ؛ فإنه ليس أيهم أن يسحب رضائه من طرف واحد. وعلاوة على ذلك، فإن جميع الدول المتعاهدة في اتفاقية الأيكسيد – سواء كانوا أطرافا في النزاع أم لم يكونوا أطرافا فيه – مطالبون بموجب الاتفاقية بأن يعترفوا ويعطوا النفاذية أحكام التحكيم الصادرة من الأيكسيد.

والى جانب تقديم التيسيرات للوساطة والتحكيم بموجب اتفاقية الأيكسيد، قام المركز منذ 1978 بوضع قواعد تيسير إضافية تخول أمانة الأيكسيد في أن تدير أنواعا معينة من الإجراءات بين الدول والمواطنين الأجانب الذين يقعون خارج نطاق الاتفاقية. وهذا يشمل إجراءات التوفيق والتحكيم عندما يكون أي من الدولة الطرف أو دولة المواطن الأجنبي ليستا عضوين في الأيكسيد. وقواعد التيسير الإضافية في التوفيق والتحكيم تكون متاحة أيضا في

الحالات التي لا يكون فيها النزاع من منازعات الاستثمار إذا كان متعلقا بمعاملة تتسم بسمات تميزها عن المعاملات التجارية العادية.

والنشاط الثالث لآيكسيد في مجال تسوية المنازعات: يتمثل في قيام الأمانة العامة لآيكسيد بقبول القيام بدور جهة تعيين المحكمين في التحكيم والمتشابكة)التحكيم غير المؤسسي(. وهذا يتم غالبا في سياق تدابير التحكيم بموجب قواعد لجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة بشأن التحكيم(الأنسيترال) ، التي أعدت خصيصا من أجل التحكيم الحر.

والنص على التحكيم بالأيكسيد يوجد عادة في عقود الاستثمار فيما بين حكومات الدول الأعضاء والمستثمرين من دول أعضاء أخرى. والقبول المسبق من الحكومات على إحالة منازعات الاستثمار إلى التحكيم في الأيكسيد يمكن أن يوجد أيضا في نحو عشرين قانونا من قوانين الاستثمار وفي أكثر من 900 اتفاق ثنائي الاستثمار. والتحكيم تحت رعاية الأيكسيد هو واحد من الآليات الرئيسية لتسوية منازعات الاستثمار بموجب أربعة معاهدات استثمار متعددة الأطراف(اتفاق شمال أمريكا للتجارة الحرة – النافتا- وأيضا اتفاقية ميثاق الطاقة).

وسوف نتكلم عن العقود الدولية للاستثمار في هذا المطلب من خلال أربعة فروع:

الفرع الأول: ماهية عقود الاستثمار.

الفرع الثاني: دولية عقود الاستثمار.

الفرع الثالث: خصائص العقود الدولية الاستثمار.

الفرع الرابع : الطبيعة القانونية للعقود الدولية للاستثمار

الفرع الأول : ماهية عقود الاستثمار

إن دراسة الاستثمار تتطلب بالضرورة فهم فحواه وعناصره وأبعاده، ففي عصر أصبح فيه العالم " قرية صغيرة " تسودها العالقات الدولية المختلطة والمتشابكة، فال بد من معرفة ما يحويه عقد الاستثمار من معان ومفاهيم.ولما كانت الدول الأخذة في النمو تفتقر إلى الاحتياجات الرأسمالية والفنية بدرجة كبيرة جدا؛حيث أصبحت في الوقت المعاصر غير قادرة على تدبيرها من الموارد المحلية[1]، فكان لا بد من طلب تلك الاحتياجات من مصادر أجنبية، ومن ثم ؛فإن الاستثمارات الأجنبية أصبحت هي الوسيلة الوحيدة للتمويل، التي تعمل وتساعد على تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تطمح إليها البلدان النامية. [2] لذا فإن شرط التحكيم الدولي، والذي يهدف إلى الحيلولة دون الخضوع لسلطة القضاء الرسمي، أجل تسوية المنازعات التي تنشب أو التي يمكن أن تنشب بصدد تنفيذ عقود الاستثمار أو تفسيرها، فشرط التحكيم يحتل المكان البارز والمهم في تلك الضمانات. [3] إن الاستثمار الدولي غالبا ما يتناول مواضيع ذات عالقة بحركة البضائع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود،مما يعني بالضرورة تعدد أشكاله وتنوعها وتطورها المستمر،

مما أدى إلى صعوبة وضع تعريف جامع مانع الاستثمار ،وذلك ما أدى إلى تباين التعريفات الفقهية والقانونية وتنوعها. وعليه سوف نقوم بدراسة تعريف الاستثمار ونستخلص من خلال ه تعريفا لعقود الاستثمار على النحو التالي:

---

[1] ـ أنظر: د. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص6.

[2] ـ أنظر: د. عبد العزيز سعد يحي النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص7.

[3] ـ أنظر: د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية القاهرة، 1993، ص1.

تعريف الاستثمار

حاولت بعض التشريعات وبعض الفقهاء التصدي لتعريف مفهوم الاستثمار فعرفه أحد الفقهاء مرتكزا على الأساس الاقتصادي الاستثمار[1] بأنه: " توجيه المدخرات لزيادة القاعدة الاقتصادية، ومن ثم رفع المستوى الاقتصادي العام "، وقد حاول المشرع الأردني أن يعطي وصفا الاستثمار من خلال تعريفه للمشروع محل الاستثمار بأنه " أي نشاط اقتصادي صناعي أو زراعي أو خدمي تنطبق عليه أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه". في حين عرفه أحدهم بقوله: "أنه عبارة عن عملية إنماء للذمة المالية لبلد ما من خلال حركة رؤوس الأموال المملوكة له عبر الحدود ودخولها في مشروعات اقتصادية تعمل على توفير احتياجات مختلفة وتحقيق أرباح مالية".[2] أما جمعية القانون الدولي فقد عرفته بأنه: "تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد دون تنظيم مباشر" كما عرفه معهد القانون الدولي بأنه: "توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي ويمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية".[3]

إلا أن المحاولات الفقهية والتشريعية الوطنية لتحديد مفهوم الاستثمار قد شابها بعض القصور مما حدا بالاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية بمحاولة تالفي هذا القصور .[4] فنصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية تعزيز وحماية الاستثمارات المتبادلة المعقودة بين الأردن

---

[1] ـ أنظر: راجع في هذا الصدد د. على حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1998م، ص58.

[2] ـ أنظر: د. حازم جمعه، المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1980م، ص157.

[3] ـ أنظر: د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004، ص15.

[4] ـ أنظر: راجع في هذا الصدد د. محمد عبد العزيز بكر، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2001م، ص6 وما بعدها.

وفرنسا بتاريخ 23\2\1978على تعريف مصطلح الاستثمار لغايات تلك الاتفاقية فنصت على أن: " اصطلاح(استثمار)يعني الأموال والحقوق والمصالح من أي طبيعة "، ثم عددت بعضا من هذه الأموال والحقوق والمصالح في الفقرات من أ–هـ على سبيل المثال وليس الحصر . [1] وعرفت اللجنة المشكلة من قبل اتحاد القانون الدولي الاستثمار على أنه: " تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر إلى البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر "، وقد انتقد البعض هذا التعريف واقترحوا تعريفا أخر وهو " تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر إلى البلد المستفيد بقصد إنشاء أو تنمية مشروع لإنتاج السلع والخدمات" . [2]

ويبدو أن الجهود مهما كانت مضنية للوقوف على تعريف جامع مانع الاستثمار ،إلا أنها تقف عاجزة أمام أشكال الاستثمار وصوره المتنوعة والمتطورة باستمرار، إلا أننا نجد أن التعريفات السابقة قد أجمعت على عناصر الاستثمار المتمثلة برأس مال يمكن تقويمه بالنقد يدخل دولة ما غير دولة جنسيته لإنشاء مشروع في تلك الدولة. وعلى ذلك ؛فإن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يمكن أن يعرف بأنه: " اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر، على سحب اختصاص القضاء في نظر المنازعات التي تنشأ عن عقد استثمار بينهما ومنح هذا الاختصاص لجهة)الهيئة(للفصل في هذا النزاع والتي تسمى هيئة التحكيم، على أن يكون أحد الأطراف دولة والطرف الأخر مستثمرا أجنبيا "[3].

---

[1] ـ أنظر: د. على حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1998م، ص58.

[2] ـ أنظر: د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004، ص15.

[3] ـ أنظر: د. على إبراهيم، العالقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص317.

من العرض السابق لتعريف ماهية الاستثمار نستطيع أن نختار تعريفا لعقد الاستثمار الذي أورده أحد الفقهاء بقوله: "عقود الاستثمار هي تلك العقود التي بمقتضاها يتم انتقال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر، وتستهدف في المقام الأول تسيير مرفقا عاما، وذلك بأن يقوم المستثمر الأجنبي مباشرة بإنشاء مشروع تجاري في الدول المضيفة إما بنفسه، أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني".[1]

وفي الواقع لا نستطيع أن نجزم بأن المشروعات الصناعية الكبرى في أي بلد من البلدان بأنها وطنية بجميع عناصرها وأشكالها وتفاصيلها، وفي الغالب لا بد من توافر عنصر أجنبي أو أكثر في مثل تلك المشروعات. [2]

الفرع الثاني: دولية عقود الاستثمار:

يستند فقه القانون التجاري الدولي الحديث عند تقرير دولية عقود الاستثمار إلى معيار واقعي مستمد من طبيعة العالقة محل النزاع. فعقد الاستثمار الدولي هو الذي يرتبط برابطة من الروابط الخاصة الدولية. [3] بيد أن الوقوف على دولية العالقة يتنازعه اعتباران أحدهما قانوني، والأخر اقتصادي سنعرض لهما، ثم نوضح مدى الارتباط بينهما.

---

[1] - أنظر: د. عصمت عبد هلال الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص112.

[2] - أنظر: د. إبراهيم شحاتة، المشروعات الاقتصادية الدولية المشتركة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1969م، ص6.

[3] - أنظر: د. أبو زيد رضوان، أسس التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي 1981، صص64. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1997ص48. د. محسن شفيق– التحكيم التجاري الدولي دروس على الالة الكاتبة ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق جامعة القاهرة 1973 – ص 12 وما بعدها.

1- دولية عقد الاستثمار في ضوء عناصره الأجنبية)المفهوم القانوني([1]

وفق هذا المعيار يكون عقد الاستثمار محل المنازعة ذا طابع دولي إذا ارتبط بأكثر من دولة عن طريق العناصر المكونة له. [2] أو بمعنى أكثر دقة :أن دولية عقد الاستثمار محل النزاع رهين بانطوائها على عنصر أجنبي يسمح باتصال العقد بأكثر من دولة بحيث يكون من الممكن استبعاد القانون الداخلي للدولة. [3]

ونقاط الاتقاء التي يمكن أن تتطرق إلى العقد محل النزاع عديدة[4]، منها جنسية الأطراف، وجنسية المحكمين، ومحال الإقامة، وموقع المال، ومكان إبرام العقد، ولغة إبرامه، ومكان التنفيذ، والقانون الواجب التطبيق على العالقة. هذه المؤشرات التي يمكن أن تكون دليلا على دولية عقد الاستثمار ليست كلها على درجة واحدة من التأثير. فالاتجاهات الحديثة في القانون التجاري الدولي لم تعد تعتد بمجرد وجود عنصر أجنبي في العقد لتقرير دوليته، وإنما يتعين وفقا لهذه الاتجاهات أن تلحق الصفة الأجنبية بعنصر مؤثر وفعال في العقد

---

[1] - أنظر: حول "دولية العقد" راجع في ذلك د. هشام صادق –تنازع القوانين- 1974- ص645، وأيضا لنفس المؤلف – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية-منشأة المعارف ب الإسكندرية 1995- ص 47 وما بعدها، د. فؤاد رياض – الوسيط في القانون الدولي الخاص- دار النهضة العربية بالقاهرة 1979- ص381، د. عز الدين عبدهلال – القانون الدولي الخاص- ط 1977 ص 457 وما بعدها. وراجع أيضا:

internationalaux, L.G- A. Kassis: Le nouveau droit europeen des contrats D.J. 1993, no. 13 et s, p. 19 et s.

[2] - أنظر: راجع في ذلك د. هشام صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف ب الإسكندرية 1995- ص 59 وما بعدها

[3] **- voir :** Ph. Fouchard: Quand un arbitrage est-il international? R -arb, 1970, p. 6059 et s,V. aussi Ph. Fouchard: "L'arbitrage international en France après le décret du 12 Mai 1981, JDI. 1979, p.16 et s.

[4] **Voir :** Ph. Fouchard, E. Gaillard, B.Goldman: "Traite de l'arbitrage - commercial international, Delà Paris, 1996 P.48. 198

وليس بمجرد عنصر محايد. [1] ومن هنا يظهر أهمية دور منهج التنازع، حيث يعطي لكل عنصر القيمة المناسبة التي يحتلها، ومدى تأثيره على اعتبار العقد دوليا. [2]

وترتيبا على ما تقدم ،يبدو ضروريا استبعاد بعض العناصر الأجنبية التي تلحق بالعقد محل النزاع لكونها محايدة أو غير فعالة مثل جنسية المحكمين، والمحتكمين، ومحل إقامتهم، وكذلك لغة العقد ومكان إبرامه. [3] وفي ضوء ذلك يمكن القول بأن دولية عقد الاستثمار يكون بالنظر إلى الآثار المترتبة عليه كلها أو بعضها، ومدى تعلق تنفيذ الالتزامات الناجمة

عنه بعناصر أجنبية تكون على رباط بأكثر من نظام قانوني[4]، بمعنى آخر إذا كان سيترتب على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد آثار تتجاوز حدود الدولة الواحدة، أو كان

---

[1] - أنظر: راجع في ذلك د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف ب الإسكندرية 1995- ص 39 وما بعدها، د. محسن شفيق– التحكيم التجاري الدولي دروس على الآلة الكاتبة ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق جامعة القاهرة 1973 – ص 2 وما بعدها. راجع أيضا:

Ph. Fouchard, E. Gaillard, B.Goldman: "Traite de l'arbitrage commercial international, Delà Paris, 1996 P.78.

[2] **-voir** B.Oppetit: Note sous Paris 30 Nove, 1972, clunet, 1973, p. 391

[3] - أنظر: راجع في ذلك د. هشام صادق – مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تسمية المحكمين في العالقات الخاصة الدولية – الفنية للطباعة والنشر - الإسكندرية 1987 و ص56 55-و محسن شفيق– التحكيم التجاري الدولي دروس على الالة الكاتبة ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق جامعة القاهرة 1973 – ص 12 - 13.

[4] - أنظر: راجع في ذلك د. هشام صادق – مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تسمية المحكمين في العالقات الخاصة الدولية – الفنية للطباعة والنشر - الإسكندرية 1987 و ص56 هامش 44.

من شأنها إثارة التنازع بين القوانين[1]، فإن هذا العقد يتصف بالطابع الدولي لكون العنصر الأجنبي الذي تخلله يتسم بالفاعلية. [2]

فالمعيار القانوني – وفق ما سبق – يعول في الوقوف على دولية العقد على قيمة العنصر الأجنبي ومدى قدرته في إسباغ هذا الوصف عليه، ومن ثم على التحكيم، بغض النظر عن ارتباط موضوع النزاع ذاته بالتجارة الدولية. بيد أن تعلق النزاع بالتجارة الدولية يثير في الأذهان مضمون المعيار الاقتصادي وهو ما سنعرض له.

2- دولية العالقة في ضوء مضمونها الاقتصادي.

يعد المعيار الاقتصادي كأساس لدولية العقد ومن ثم التحكيم من المعايير الثابتة والمستقرة والمتطورة والمعبرة عن حقيقة راسخة على ساحة الحياة التجارية الدولية. وطبقا لهذا المعيار يعد العقد دوليا متى كانت العالقة

محل النزاع تتصف بالطابع الدولي لاتصالها بمصالح التجارة الدولية. فدولية العقد وفق هذا المعيار تكون بالنظر إلى موضوعه[3]، فإذا كان هذا الأخير يتعلق بمصالح التجارة الدولية – أي يثير مصالح مرتبطة بأكثر من دولة – فإن العقد يعد دوليا دونما اعتداد بأي عنصر من

[1] ـ أنظر: راجع في ذلك د. هشام صادق – مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تسمية المحكمين في العالقات الخاصة الدولية – الفنية للطباعة والنشر - الإسكندرية 1987 و ص55 بند 36.

[2] ـ أنظر: قرب من ذلك د. مستشار – منير عبد المجيد – الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي – منشأة المعارف ب الإسكندرية 2000و ص34 وما بعدها.

[3] ـ أنظر: يذهب جانب من الفقه إلى أنه "إذا كان العنصر الاقتصادي أو موضوع تلك العقود يمثل مركز الثقل، الا أن هذا العنصر لا يكفي لإعطائه الصفة الدولية ما لم يتطرق العنصر الأجنبي إلى أحد عناصره" د. أحمد عبد الكريم سالمه – قانون العالقات الخاصة الدولية - دار النهضة العربية بالقاهرة، بدون سنة نشر ص330.

العناصر القانونية أيا كانت طبيعته، وأيا كان تأثيره على وصف العقد. [1]هذا ما أكدته محكمة استئناف باريس[2] بقولها: "إن الطابع الدولي للتحكيم يتحدد بصفة أساسية بالنظر إلى العملية الاقتصادية التي يرتبط بها ،ويكفي أن يترتب على هذه العملية حركة انتقال للبضائع والخدمات أو تسوية عبر الحدود، وذلك بصرف النظر عن مكان التحكيم أو القانون الذي يحكم إجراءاته أو جنسية الخصوم. فالمعيار الاقتصادي يعتمد بالدرجة الأولى على حركة المد والجزر وتبادل القيم عبر الحدود[3]، بغض النظر عن أي مقياس أو معيار آخر.

يتضح مما تقدم أن الوقوف على دولية العقد كأساس لدولية التحكيم يتحقق من خلال أحد منظورين، أحدهما :المنظور القانوني ،حيث يتم تكييف العقد في ضوء وزن العناصر الأجنبية المرتبطة به ،دون الاعتماد على موضوعه وحده ،والذي يمكن أن يكون مؤشرا قويا وفعالا في هذا التكييف، وثانيهما: هو المنظور الاقتصادي ،حيث يتم تكييف العقد في ضوء موضوعه الاقتصادي ومدى اتصاله بمصالح التجارة الدولية، وهذا المفهوم الأخير يفيد بطريق الحتم والإلزام انطواء العقد على عنصر أجنبي مؤثر وفعال، بما يتحقق معه المفهوم القانوني بمعناه الضيق أيضا. ويثور التساؤل عما إذا كان كل معيار مما تقدم ينفصل عن الأخر؟ أم أنه توجد نقاط التقاء بينهما؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي:

---

[1] - أنظر: راجع في ذلك د. حفيظة الحداد " الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية الخاصة" دار الفكر الجامعي ب الإسكندرية 1997، ص 66.

[2] **-Voir :**Ph. Fouchard: Spécificités de l'arbitrage international, la réforme de l'arbitrage international en France, Decret du 12 Mai 1981. Colloque organisé à Paris le 23 Septembre 1981 par le comitéFrançais de l'arbitrage, Rev-arb, 1984, p. 87, note Mayer.

[3] - أنظر: د. هشام صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف ب الإسكندرية 1995- ص 82 وما بعدها

3- دولية العقد في ضوء المفهومين القانوني والاقتصادي "المفهوم المزدوج"

قبل الوقوف على حقيقة هذا المفهوم المزدوج لدولية العقد ،علينا أن نقرر بداءة أننا نبحث مسألة الدولية في إطار عالقات القانون التجاري الدولي، وهذا ما يعني حتمية تطرق العنصر الأجنبي في العقد محل النزاع. فوجود هذا العنصر الأجنبي في العقد مسألة بديهية وال مفر منها في هذا الصدد.

ودولية العقد في ضوء المفهوم المزدوج تتحقق إذا كانت تتعلق بمسألة اقتصادية تتجاوز حدود الدولة الواحدة، وفي نفس الوقت تنطوي على عنصر أجنبي ،سواء تعلق الأمر بموطن الأطراف، أو بمكان التنفيذ. وبذلك يلتقي المفهوم الاقتصادي مع المفهوم المزدوج ،الأمر الذي يثير التساؤل عن جدوى هذا الأخير؟.والحقيقة أن الوقوف على جدوى هذا المعيار تحتاج إلى بعض التأمل؛ ذلك أن دولية العقد من خلال المنظور الاقتصادي ستؤدي بطريق التبعية واللزوم إلى انطوائها على عنصر قانوني مؤثر. فالمنظور الاقتصادي لا يجنب العقد عنصره الأجنبي الأمر الذي يتحقق معه مضمون المفهوم المزدوج[1]، بما يوحي بعد بجدواه. [2]

[1] ـ أنظر: في هذا الشأن يذهب د. هشام صادق إلى أن المعيار الاقتصادي لدولية العقد لا يتعارض بالقطع مع المعيار القانوني، ذلك أن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة إلى أخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية وهو ما يتحقق معه المعيار الاقتصادي لدوليتها هي رابطة تتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني في نفس الوقت. راجع في هذا الشأن د. هشام صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ـ منشأة المعارف ب الإسكندرية 1995- ص 84 بند 65 مكرر.

[2] ـ أنظر: يمكن أن نطلق على هذه الحالة الدولية المزدوجة، أو الدولية على مستويين، وفي هذا الشأن يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الطابع الدولي للتحكيم يمكن أن يظهر على مستويين: الأول من ناحية الموضوع فيكون التحكيم دوليا بالنظر إلى موضوعه، والثاني من ناحية الإجراءات ويكون التحكيم دوليا عند اختيار الإطراف قانونا أجنبيا لحكم العالقة أو اللجوء إلى مركز دائم للتحكيم وتطبق النحته الإجرائية على التحكيم.

المفاضلة بين المفهومين القانوني والاقتصادي في دولية العقد:

سبقت الإشارة إلى أن دولية العقد محل التحكيم يمكن النظر إليها من خلال المفهومين القانوني، والاقتصادي. فقد تتحقق الدولية وفق المفهوم القانوني ،وال تتحقق وفق المفهوم الاقتصادي[1]، والعكس غير صحيح، بمعنى أنه من المتصور أن يتصف العقد بالدولية في آنٍ واحد بالنظر إلى عناصره، وأيضا إلى موضوعه. وهنا تثور مسألة المفاضلة بين كل منهما. فهل ننحاز في التحقق من صفة الدولية إلى العناصر الأجنبية التي يتضمنها العقد أم نكتفي بالنظر إلى موضوعه؟.

ونحن في معرض المفاضلة بينهما ننحاز في الوقوف على دولية العقد ،ومن ثم دولية التحكيم للمعيار الاقتصادي[2]، والذي يتحقق معه بطريق اللزوم المعيار القانوني بمفهومه الضيق – لما يتسم به من مرونة ووضوح

ولا يحتاج إلى دراسة كل حالة على حده للوقوف على العناصر القانونية المؤثرة وغير المحايدة لتقرير دوليتها، الأمر الذي تتباين معه وجهات نظر مشرعي الدول. [1]

---

[1] - أنظر: يرى د. هشام صادق أن الرابطة العقدية تكتسب طابعها الدولي وفقا للمعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة ويحدث ذلك في كافة الفروض التي تطرق فيها الصفة الأجنبية إلى عنصر غير مؤثر في الرابطة العقدية، كما هو الشأن بالنسبة لعنصر الجنسية في عقود المعاملات المالية. راجع د. هشام

[2] - أنظر: صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف ب الإسكندرية 1995- ص 88.

يرى د. هشام صادق كفاية المعيار القانوني الضيق لإضفاء الطابع الدولي على العقد حيث يرى أن القيمة الحقيقة لأخذ بالمعيار الاقتصادي في مجال عقود التجارة المالية هي إضفاء الطابع المؤثر للعنصر أو العناصر الأجنبية التي تطرقت إلى العقد فجعلته على هذا النحو دوليا لارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد، راجع د. هشام صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف ب الإسكندرية 1995 ص94 بند 73.

فالمعيار الاقتصادي يعتمد في تقرير دولية العقد ومن ثم التحكيم على عناصر موضوعية مستمدة من الطبيعة الاقتصادية لموضوع العقد ذاته، وال يعتمد على عناصر خارجية قد تبدو مصطنعة أحيانا. فهو من هذه الزاوية يبدو معيار أكثر انضباطا وواقعية. بالإضافة إلى ما تقدم ،فإن هذا المعيار فضال عن سهولة إعماله يتجاوب مع تطورات الحياة الاقتصادية على الساحة الدولية ،حيث أصبحت المبادلات التجارية عبر الحدود أمر لا مفر منه. [2] ومن ناحية أخرى فإن الاعتماد على هذا المعيار في الوقوف على دولية العقد يعد خطوة عملية نحو توحيد قانون التجارة الدولية. [3]

الفرع الثالث: خصائص العقود الدولية للاستثمار:

إن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الأخر، سواء من جانب الدولة أو من جانب المستثمر الأجنبي التابع لدولة أخرى، وسواء كان المستثمر الأجنبي شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، لذا نجد هذه العقود تتميز بالخصائص الآتية:

1- يتم إبرام هذه العقود بين حكومة الدولة المضيفة الاستثمار من جهة ،وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية وفقا أحكام قانون دولته من جهة أخرى.

---

[1] - **voir :**Ph. Fouchard, E. Gaillard, B.Goldman: "Traite de l'arbitrage commercial international, Delà Paris, 1996 P.78
B.Oppetit: Note sous Paris 30 Nove, 1972, clunet, 1973, p. 391

[2] ـ أنظر: راجع في ذلك د. ثروت حبيب – دروس في قانون التجارة الدولية دار الفكر العربي بالقاهرة 1975 - ص 117.

[3] ـ أنظر: راجع في هذا الصدد د.بليغ حمدي محمود " الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية رسالة الدكتوراه في الحقوق جامعة طنطا ص 106 وما بعدها.

2- عادة ما تستغرق هذه العقود فترة طويلة من الزمن نظرا لكونها تشمل العديد من العمليات وليست عملية واحدة، أنها غالبا ما تتعلق باستغالل الموارد الطبيعية للدولة المضيفة

الاستثمار، وبالتالي خلال هذه المدة الطويلة يتم إنشاء منشآت وتجهيزات دائمة، تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال فترة إقامة المشروع في البلد المضيف الاستثمار.

3- تمنح هذه الاستثمارات للطرف الأجنبي حقوق ا لا تعطى إلا للمواطنين في الدولة المضيفة الاستثمار، مثال ذلك: حق الطرف الأجنبي في تملك أراضي من إقليم الدولة المضيفة الاستثمار، من أجل أقامة المشروع عليه، وكذلك ممارسة بعض السلطات في نطاق المنطقة المقام عليها المشروع في الدولة المضيفة الاستثمار.

4- يتمتع الطرف الأجنبي بحقوق يمكن تقريبها من الحقوق السياسية على أرض الدولة المضيفة الاستثمار، مثال ذلك: حرية الاستيراد والتصدير، والإعفاءات الضريبية سواء بشكل جزئي أو كلي.

5- جل هذه العقود تستبعد تطبيق قانون الدولة المضيفة الاستثمار أو حتى والية محاكمها. [1]

6- تحيل أي نزاع ينشأ بصدد تنفيذ هذه العقود على التحكيم التجاري الدولي، وذلك بتضمين شرط التحكيم في هذه العقود، وهذا يعد بمثابة ضمانة وحافز لتشجيع الاستثمار الأجنبي من وجهة نظر الطرف الأجنبي، كذلك استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة

[1] ـ أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1996، ص27.

الاستثمار يعد تحررا من سلطان القوانين الداخلية للدولة المضيفة الاستثمار، وإخضاع العقد لقواعد القانون الدولي العام ،وقواعد قانون التجارة الدولية. [1]

7- تخلق هذه العقود نوعا من التعاون طويل الأمد بين الطرف الأجنبي والدولة المضيفة الاستثمار.

8- تهدف هذه العقود إلى تحقيق الثبات التشريعي ،وذلك عن طريق تضمين هذه العقود نصوص ا تحررها من الخضوع للنظم الداخلية ،ولكن تخضعها لنظم خاصة، أو لقواعد القانون الدولي؛ أن ذلك يعد بمثابة سياج حماية للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة الاستثمار ،ويؤمنه ضد تعسف الدولة المضيفة الاستثمار باعتبارها شخص ا سياديا قادر على إصدار تشريعات وإنهاء العقد بإرادته المنفردة. [2]

الفرع الرابع : الطبيعة القانونية للعقود الدولية الاستثمار:

للتعرف على الطبيعة القانونية للعقود الدولية الاستثمار نجد أن فقهاء القانون لم يستقروا على رأي واحد بصدد الطبيعة القانونية لهذه العقود، بل تعددت الآراء، واليك بيان ذلك:

[1] ـ أنظر: د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص 68.

[2] ـ أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1996، ص33.

الرأي الأول: [1]

يرى أصحاب هذا الرأي أن عقود الاستثمار الدولي ذات النشاط الاقتصادي التي تبرمها الدولة المضيفة الاستثمار أو أحد الأشخاص العامة في الدولة هي من قبيل العقود الإدارية ،سواء كانت تتعلق بالنشاط الصناعي أو الزراعي أو التنقيب عن البترول، أو تتعلق بالتجارة أو بالأدوية ....الخ بناء على قوانين الاستثمار والتشريعات الوطنية ،وبموجب إشراف الهيئة العامة الاستثمار، سواء تم إبرام هذه العقود مع مستثمرين أفرادا كانوا أم شركات، وسواء كانوا وطنيين أو عرب ا أو أجانب، وبالرغم من أن هذه العقود تبدو من حيث الظاهر عقودا خاصة، تخضع لوالية القضاء الخاص أو لجهات التحكيم التي ينص عليها عقد الاستثمار، إلا أن ذلك لا يمنع من وصف هذه العقود الإدارية، وتطبيق قواعد القانون الإداري بشأنها.

واستند أصحاب ُها الرأي إلى الحجج الآتية:

1- أن أحد طرفي عقد الاستثمار هو من أشخاص القانون العام ،سواء أكانت الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها، والقائمة على نشاط اقتصادي معين.

2- أن الهدف من وراء إبرام هذا العقد تحقيق منفعة عامة، بغض النظر عن كون هذا العقد يهدف إلى تحقيق ربح من عدمه.

3- أن المزايا التي تمنحها عقود الاستثمار الدولي للطرف الأجنبي غير معتادة في مجال عقود القانون الخاص ،حيث لا تملك الأفراد الخاصة منح الطرف الأجنبي إعفاءات ضريبية أو جمركية، أو منحه أرض ا يقيم عليها المشروع الاستثماري. [2]

---

[1] ـ أنظر: د. عصمت عبد هلال الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص113.

[2] ـ أنظر: د. يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، في مجال القانون الدولي الخاص، لا يوجد دار نشر، 1989م، ص 307 وما بعدها.

الرأي الثاني:

يرى أصحاب هذا الرأي أن عقود الاستثمار الدولي التي تكون الدولة أو أحد الدول طرفا فيها هي بمثابة عقود خاصة ،تخضع من حيث إبرامها أو تنفيذها إلى قواعد القانون الخاص ،وال عالقة لقواعد القانون الإداري بها.

ويستند أصحاب ُها الرأي فيماُ هبوا إليه إلى ما يلي:

1- أن عقود الاستثمار التي تتدخل الدولة أو أحد أجهزتها كطرف في العقد ،تتصرف جهة الإدارة فيها بصفتها شخصا عاديا لا شخصا عاما.

2- أن الامتيازات التي تمنحها الدولة في عقود الاستثمار للطرف الأجنبي تكون في مواجهة الدولة وليس العكس، والقول بأن هذه الشروط غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص مما يجعل مثل هذه العقود تخضع أحكام القانون الإداري أنها منحة بصدد تسيير مرفق عام ،مردود عليه بأن هذه الامتيازات تمنح في الأصل لصالح جهة الإدارة وليس للمتعاقد معها، وبما أن الدولة تطبق القانون العام داخل إقليمها بما لها من سيادة ويشمل ذلك رعاياها، فال يمكن أن تلزم الطرف الأجنبي بذلك ،حيث أنها لا تتعامل مع الطرف الأجنبي بصفتها صاحبة سيادة، فسيادة الدولة محدودة في حدود نطاقها الإقليمي. وخارج النطاق الإقليمي تكون الدولة على قدم المساواة بالنسبة للطرف الأجنبي المتعاقد معها. [1]

وهذا الرأي لا يخص عقود الاستثمار فقط ،بل يشمل كل العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي.

[1] - أنظر: د. يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، في مجال القانون الدولي الخاص، لا يوجد دار نشر، 1989م، ص 307 وما بعدها.

مناقشة الآراء السابقة والترجيح بينها:

في محاولة لمناقشة الآراء السابق ذكرها ومحاولة للترجيح فيما بينها نجد البعض يقول: أنه بالنظر للتنمية الاقتصادية، ومتطلبات التجارة الدولية ،فإن الدولة تلتزم بأن تتنازل عن سيادتها في مجال عقود الاستثمار الدولية، وذلك عندما تكون العالقة تخص عالقة اقتصادية ،سواء كان التعاقد مع مستثمر وطني أم عربي أم أجنبي ،وتتصرف بوصفها شخص عادي ،وذلك من أجل تحقيق مصالحها الاقتصادية، ويرى أصحاب هذا الرأي أن ذلك أكثر توافقا مع ما تتطلبه التجارة الدولية، ولما يقتضيه التوجه الاقتصادي وتشجيع الاستثمارات. [1]

في حين يرى البعض الأخر أن عقود الاستثمار عقود إدارية: وأن الشروط الاستثنائية وغير المعتادة التي تمنح العقد الصفة الإدارية لا يشترط أن تكون جميعها مقررة لمصلحة الجهة الإدارية، فال يوجد مانع من أن تقرر مثل هذه الشروط لمصلحة الطرف الأخر المتعاقد مع الجهة الإدارية، سواء كان وطنيا أم عربيا أم أجنبيا، ما دام ذلك يصب في المصلحة العامة، حتى ولو كان ذلك مقررا في مواجهة الجهة الإدارية ذاتها. [2]

فإذا كان العقد يقرر بعض الامتيازات للطرف المتعاقد مع الجهة الإدارية ،وفي ذات الوقت يقرر امتيازات لمصلحة الجهة الإدارية تفوق الامتيازات الممنوحة للطرف الأخر المتعاقد مع الجهة الإدارية ،ففي هذه الحالة نكون بصدد عقد من العقود الإدارية، ما دامت الامتيازات الممنوحة للطرف الأخر المتعاقد مع الجهة الإدارية أو الامتيازات الممنوحة للإدارة تصب في المصلحة العامة، أو الغرض منها تسيير مرفق عام، ودون أن يخل ذلك بمركز الإدارة مع الطرف

[1] ـ أنظر: د. يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، في مجال القانون الدولي الخاص، لا يوجد دار نشر، 1989م، ص 308 وما بعدها.

[2] ـ أنظر: د. عصمت عبد هلال الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص116.

الأخر المتعاقد معها. والأصل أن العقود الاستثمارية تبرم من أجل تسيير المرافق العامة داخل الدولة وتنظيمها. [1] في حين ذهب فريق ثالث: إلى أن "عقود الاستثمار تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى طبيعة أطرافها وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، الأمر الذي يستوجب الاعتراف ببعض المبادئ العامة اللازمة لتحقيق الغرض المنشود من إبرامها، بصرف النظر عما إذا كان يتوافر في العقد عناصر العقد الإداري من عدمه، فالطبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع لكونها من عقود القانون العام أو الخاص، وإنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، حيث إن ما تهدف إليه هذه العقود بشكل أساسي هو الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، مما يكسبها بعدا عاما يتمثل في الارتباط في المجتمع، أي أن هذه العقود لم تعد في مصلحة الأطراف وحسب ، وإنما في مصلحة المجتمع أيضا، لذلك فإن إرادة الأطراف وقت توقيع العقد لم تعد العنصر الوحيد المهم، بل هناك المصلحة العامة أيضا. [2]

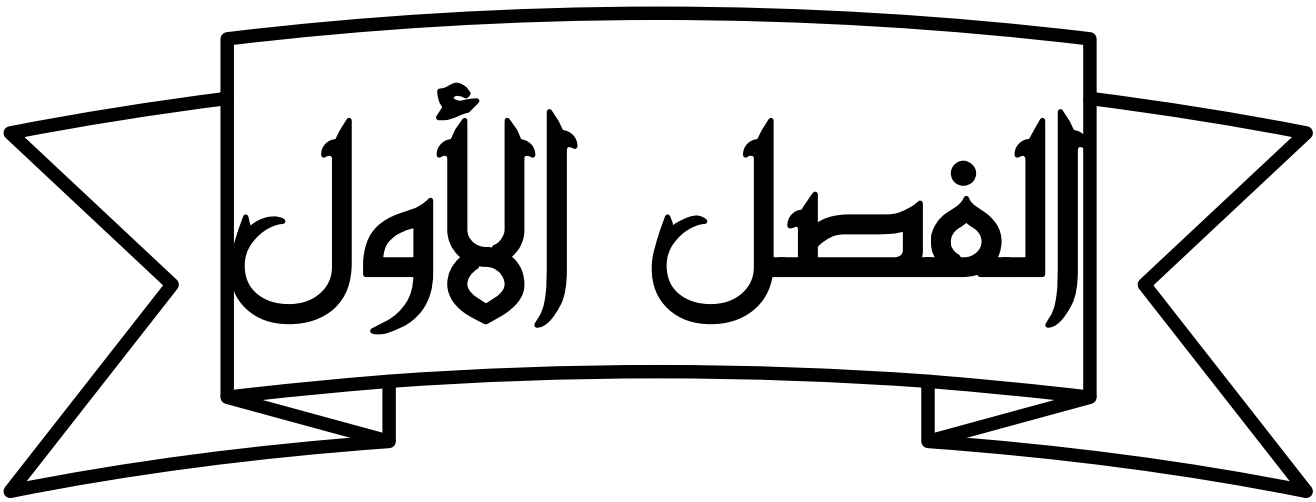
لذلك اتجه أغلب الفقهاء إلى القول بأن عقود الاستثمار والتنمية بصفة عامة هي من قبيل العقود ذات الطبيعة الخاصة؛ أنها تأخذ طبيعتها القانونية من متطلبات التجارة الدولية ،وترتبط بنظام قانوني له كيان خاص، يستمد هذه المكونات من المبادئ العامة، والعقد، وعادات التجارة الدولية وأعرافها. [3]

---

[1] ـ أنظر: د. عصمت عبد هلال الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص117.

[2] ـ أنظر: د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص75.

[3] ـ أنظر: د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف ب الإسكندرية، 1997م، ص 245.


الفصل الأول

الفصل الأول: دور التحكيم في حماية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

يتم اللجوء إلى التحكيم عادة للهروب من إجراءات القضاء العادي، والتي تتطل ب وقتا طويلا نسبيا من جهة ،وللاستفادة أحيانا من قواعد أخرى غير القواعد التي يقررها القانون الوطني الذي يحكم العقد من جهة أخرى. وفي العقود التجارية يقوم أطراف العقد بالاتفاق مقدما على إخضاع المنازعات التي تحدث فيما بينهم بشأن تفسير العقد أو تنفيذه في المستقبل للتحكيم ،وليس للقضاء العادي للدولة. [1]

لذلك أصبح من المرغوب فيه تحقيقا لجذب الاستثمارات الأجنبية، أن يثير تشريع الاستثمار مبدأ جواز عرض المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار على أجهزة التحكيم، بموجب ما يتم الاتفاق عليه مع المستثمر، أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العالقة. [2] وسنتعرض في هذا الفصل إلى خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار في مبحث أول، ثم نتناول المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار في مبحث ثان.

المبحث الأول : مدى الأخذ باتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

المطلب الأول: الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات الاستثمار.

التحكيم وسيلة أساسها الرضا، وقوامها اتفاق الأطراف على اللجوء للقضاء التحكيمي، واستبعاد اللجوء للقضاء الوطني. [3] وقد يثور التباس أو تساؤل عن الفرق بين

---

[1] ـ أنظر: حمد هلال محمد حمد هللا، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص5.

[2] ـ أنظر: د. أحمد شرف الدين، طرق إزالة المعوقات القانونية الاستثمار "تشخيص الحالة المصرية" بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، القاهرة، ص108.

[3] ـ أنظر: د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص7.

التحكيم الناشئ عن منازعات عقود الاستثمار ،وغيره من عقود التجارة الدولية ،لذلك تقتضي هذه الدراسة تسليط الضوء بإيجاز على أهم الفروق بينهما. فالتحكيم في منازعات الاستثمار يتمتع بخصوصية، تميزه عن غيره من سائر منازعات التحكيم الأخرى، باختلاف المشاكل ونوعيتها التي تواجه هيئة التحكيم، نتيجة كون أحد طرفي العقد شخصا عاما، والطرف الأخر شخصا خاصا، ولما تقوم به هذه العقود من دور في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول المضيفة، ونتيجة لوجود خلفية اقتصادية ودولية لهذه العقود، وما يترتب عليها من آثار بعيدة المدى تتعلق بحياة الماليين من البشر. [1]مما تقدم يتضح أن التحكيم في منازعات الاستثمار يتميز بالخصائص التالية:

1- حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم الذي يتناسب مع أطراف النزاع.

2- العوامل التي يؤخذ بها في اختيار المحكمين في منازعات وعقود الاستثمار.

3- اتسام التحكيم بالطابع السري في هذه العقود لتعلقها بمصالح الدولة.

الفرع الأول : حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم الذي يتناسب مع نزاعهم

إن من أهم ما يتميز به التحكيم في منازعات عقود الاستثمار هي خصوصية أطراف اتفاق التحكيم في هذه المنازعات، إذ يشترط أن يكون أطراف الاتفاق من طبيعة خاصة ،وهي أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من جهة،وأن يكون الطرف الأخر مستثمرا من أحد رعايا دولة أخرى متعاقدة في تلك الاتفاقية، أما عقود التجارة الدولية فإن أطرافها هم من أشخاص القانون الخاص لدول مختلفة،

[1] - أنظر: د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص257.

كأن يكون عقد التجارة الدولية متعلقا بشراء بضائع بين شركة مصرية وأخرى أمريكية على سبيل المثال.من ناحية أخرى، فإن الاختصاص بفصل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية لا يمكن أن يكون خاضعا لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID ؛ذلك أن التحكيم المتصل بهذه العقود يكون الاختصاص بفصله لجهات أخرى ،نظمت أحكامها اتفاقية منظمة التجارة الدولية ،واتفاقية العقود النموذجية. وهذا ما ستتم دراسته لاحقا في شروط خضوع التحكيم للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وبناء على ذلك فإن الدولة قد تخضع للتحكيم ضد شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص ،وهذا ما شكل قفزة نوعية في إطار القانون الدولي العام ومبدأ سيادة الدول، ولذلك إيذاء صداه في القانون الدولي العام، من حيث أن حق اللجوء- في منازعة مع دولة تتعلق بالاستثمار-أعطي لشخص من أشخاص القانون الخاص ،وأعطي له هذا الحق باللجوء مباشرة للتحكيم. لكن أطراف النزاع في هذا النوع من التحكيم إما أن يلجئوا إلى التحكيم الحر، وذلك في حالة ما إذا قام أطراف النزاع بتحديد المواعيد والمهل، وطريقة تعيين المحكمين أو عزلهم أو ردهم، كما يقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم، ويعدُّ التحكيم حرا لو تم الاتفاق بين أطراف النزاع على تطبيق قواعد وإجراءات منظمة، أو هيئة تحكيمية، طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة، ونشير كمثال للجوء للتحكيم الحر في اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار: إلى ما ورد في العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18م بين الحكومة اللبنانية، وبعض الشركات الفرنسية الخاصة، من أجل تنفيذ ما يسمى ب "الأتوستيراد العربي"، من أن الخلافات الناشئة عن هذه الاتفاقية يكون خاضعا للتحكيم، وفقا لدفتر الشروط وملاحقه ،مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون

التجاري الدولي، "يونسترال"، على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية، وعلى أن يطبق القانون اللبناني في أساس الموضوع. [1]

كذلك قد يقوم الأطراف باختيار التحكيم المؤسسي، فهنا يقوم الأطراف بإحالة النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى مؤسسات التحكيم، ويكون التحكيم مؤسسيا، بدءا من تعيين هيئة التحكيم، ومرورا بإجراءات التحكيم، وانتهاء بصدور حكم التحكيم، وتبليغه أطراف النزاع. [2] وهناك العديد من مؤسسات التحكيم الدائمة، نذكر منها، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRCICA، وقد نشأت بعض مؤسسات التحكيم الدائمة التي أنشئت للاختصاص بنوع معين من المنازعات دون غيرها نذكر منها على سبيل المثال: مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO، كذلك مركز الإسكندرية للتحكيم البحري الدولي[3]، والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكيAAA، محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريسICC، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID، من ناحية أخرى فإن التحكيم المتعلق بمنازعات الاستثمار يخضع إذا ما توافرت شروطه لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID.

ومثال الاتفاقات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار التي أحيلت إلى التحكيم المؤسسي ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة)21(من عقد امتياز البحث عن

[1] ـ أنظر: د. محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما الاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الأولى، 2003م، ص104.

[2] ـ أنظر: د. حمزة حداد، دور التحكيم في تسوية المنازعات، بحث منشور في مجلة التحكيم – الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم- العدد)5(يونيو 2000م، ص17.

[3] ـ أنظر: د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص 362-363.

البترول المبرم سنة 1987م بين الشركة الألمانية Deutsch-schactbau-und-Tiefbohrgesellschaft، وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول Rakoilv، من أن "جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها سيتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ،وذلك من قبل ثالثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد. [1]

أمام هذا التطور الكبير في الاستثمارات وعمليات التجارة الدولية، أصبح التحكيم المؤسسي هو الأكفأ لحسم المنازعات الكبيرة القيمة ذات الطبيعة الفنية والمعقدة وإدارتها تحكيميا، كما أنه الغالب في منازعات التجارة الدولية. [2]

الفرع الثاني :الشروط التي يتحدد على أساسها اختيار المحكمين في منازعات الاستثمار:

لم يشترط المشرع المصري أن يكون المحكم حاصلا على ليسانس الحقوق ،أو له خبرة معينة في موضوع النزاع ،ولو كانت المسألة المطروحة عليه قانونية، بل إنه يجوز أن يكون المحكم جاهلا بلغة الخصوم ،فيحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه ،وبالطبع يتعين أن تكون مترجمة في مثل هذا الفرض. [3] وإذا كان الأمر متروك ا لتقدير طرفي التحكيم، إلا أنه من الأوفق أن يختار الطرفان محكما من ذوي الخبرة في مجال النزاع ،أو من ذوي الخبرة القانونية على نحو يغني

---

[1]- **Voir :** Y.B. Com. Arb 221 Vol 14، 1989. P. 111.،

[2] - أنظر: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، بدون تاريخ نشر، ص24. أنظر كذلك د. أحمد شرف الدين، التحكيم في منازعات العقود الدولية، طرق إزالة المعوقات القانونية الاستثمار "تشخيص الحالة المصرية" بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، القاهرة، ص34. د. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1991، ص104 وما بعدها. د.

[3] - أنظر: د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص145.

عن اللجوء إلى الخبراء، ويؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع. أما أن يكون المحكم جاهلا بحكم القانون وعديم الخبرة بشأنه فهذا أمر غير مقبول عمليا.

وإذا كانت الخبرة لا ت عد شرطا جوهريا إلا في الحدود التي يقرها الخصوم ،فإن المشكلة تكمن في اختيار المحكم الملم بكافة القواعد والأعراف المؤثرة على الفصل في النزاع. إذ أن معرفة المحكم بهذه القواعد في غاية الأهمية ،لإمكان استيعاب الموضوع ،وحتى لا يكون المحكم في حاجة إلى الاستعانة بخبير لينير له الطريق في حسم النزاع. ويعتبر بعض الفقه أن شرط الخبرة يعد شرطا مفترضا بالرغم من عدم النص عليه ، وإلا فكيف يطالب المحكم بذكر أسباب حكمه إذا لم تتوافر له الخبرة القانونية. ويرتبط بالخبرة الكفاءة ،وفي الواقع أن اختيار المحكم لم يعد يعتمد على ثقة الخصوم في شخص المحكم ،بل أصبح يقتضي توافر كفاءة موضوعية ،وتخصص وعلم بقواعد وأصول مهنة التحكيم. [1]

وهناك جانب من الفقه يشترط ضرورة أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في النزاع المعروض عليه، فالمحكم . وان لم يكن ضرورة من رجال القانون . إلا أنه يجب على الأقل أن يكون متخصصا في المنازعات التي يفصل فيها ،أو تكون له فيها خبرة حتى تغنيه عن الاستعانة بالخبراء ،وهو ما يحقق مصلحة مؤكدة للأطراف. [2]

وبعض قوانين التحكيم تشترط صراحة الخبرة في المحكم، وتعتبر هذا الشرط وجوبا ،ومثال ذلك نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 وتاريخ 1403/7/12هجريا حيث تنص المادة 4 من هذا القانون على أنه: "يشترط في المحكم أن

[1] ـ أنظر: د. هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العالقات الخاصة الدولية، ص24 مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي العريش 1987.

[2] ـ أنظر: د. سامية راشد، "التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف، 1986، ص110.

يكون من ذوي الخبرة...". [1] كما يلاحظ أن بعض النظم القانونية في التحكيم تعد جداول خاصة بالمحكمين في مختلف التخصصات ،وذلك لتسهيل مهمة اختيار المحكم على الخصوم. وقد ورد النص على ذلك في المادة 2 من مواد الإصدار في قانون التحكيم المصري الحالي ،وهي تنص على أنه: "يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون. ويضع قوائم المحكمين الذين يجري الاختيار من بينهم وفقا لحكم المادة 17 من هذا القانون"

وتشترط بعض القوانين في المحكم خبرة معينة صراحة، ومثال ذلك القانون الأسباني رقم 36 لسنة 1988 الخاص بالتحكيم حيث يشترط أن يكون المحكم من بين المحامين في حالة حسم النزاع، طبقا أحكام القانون الأسباني الخاص بالتحكيم.

وهناك أنواع معينة من التحكيم بحكم طبيعته المتخصصة تفترض الخبرة في المحكم ،وقد ينص على ذلك صراحة ،ومثال ذلك التحكيم البحري. حيث يشترط في المحكم الذي يفصل في هذا النوع المتخصص من المنازعات أن يكون متخصصا في المجال البحري ،وخبيرا بأعماله ،وعلى دراية بعالقات التجارة البحرية ،من تأجير السفن وبيعها وشرائها، ومعرفة بأعمال النقل البحري ومشاكله الملاحية، ومعرفة كاملة بالتجارة البحرية ،وجغرافية الموانئ البحرية وأعرافها. ولذلك لم يكن غريبا أن تشترط بعض جمعيات التحكيم الخبرة على نحو متشدد، ومثال ذلك جمعية المحكمين البحريين بنيويورك ،وهذه الجمعية تشترط لكي يصبح الفرد عضو فيها ما يلي:

1- أن يقضي عشرة أعوام في مجال له صلة بالقانون البحري.

2- أن يحضر دورة تدريبية للمحكمين تعقدها الجمعية.

[1] - أنظر: د. أبو العال علي أبو العال النمر، "ميعاد التحكيم" الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1999، ص344.

3- أن يوافق على تخرجه مجلس إدارة الجمعية ولجنة شئون الأعضاء بها. [1]

وفي ضوء ما تقدم، فإن اختيار المحكمين، ووضع الشروط الواجب توافرها فيهم، يجب أن لا يتم قبل قيام المنازعة، بل يجب الأخذ بها بعد قيام المنازعة، وذلك حتى يتسنى اختيار المحكمين المناسبين للمنازعة، بما يتلاءم مع طبيعتها. [2]

الفرع الثالث : سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يرى جانب من الفقه أن المحكم يلتزم كقاعدة عامة بعدم إفشاء سرية المداولة، وأن هذا الالتزام في غير حاجة إلى نص عليه. وإنما هو مستمد من القاعدة العامة التي تقضي بالمحافظة على طابع السرية في خصومة التحكيم. [3] ويلاحظ أن المشرع المصري لم ينص على التزام المحكم بهذا الالتزام صراحة.

ومن الجدير بالملاحظة أن السرية التي تحاط بإجراءات التحكيم، على خالف ما هو معمول به في مجال القضاء ،الذي يشترط العلنية كأصل عام في جميع إجراءات التقاضي، بل وتعد العلانية مبدأ من مبادئ التقاضي وضمانة من ضمانات العدالة، إلا أنها تنقلب وبالا على التجار إذا كان من شأنها إفشاء أسرارٍ صناعية، أو اتفاقيات خاصة يحرص التجار على إلا تكشف وتظل سرا مكتوما. [4]

---

[1] - أنظر: د. عاطف الفقي، "التحكيم في المنازعات البحرية"، دار النهضة العربية 1997، ص308.

[2] - أنظر: د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص368.

[3] - Jean Robert, L'arbitrage droit interne droit international prive, 6ed, Dalloz 1993, p. 128 et s.

[4] - أنظر: د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999. ص10.

كما أن للسرية أمر بالغ الأهمية في مجال التجارة الدولية والاستثمار، وهذا يرجع إلى تعلق الأمر بأسرار اقتصادية أو مهنية، لما يترتب على إعلانها أو إفشائها من أضرار يصعب تداركها، أيضا قد يترتب على المحافظة على السرية: عدم تضخيم النزاع، وتسوية الأمر بشكل ودي بين أطراف النزاع، والأصل عدم نشر أحكام المحكمين ،وال يجوز نشر هذه الأحكام إلا بموافقة الأطراف. [1]

المطلب الثاني: المشاكل التي تعترض التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

يستهدف الالتجاء إلى التحكيم تحقيق السرعة في الفصل في المنازعات، وعدم خضوع منازعات الاستثمار والتنمية الاقتصادية للقضاء والقوانين الوطنية[2]، لذلك أعده البعض آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي[3]، كما توجد اعتبارات مؤثرة ،سواء في اختيار المحكمين، أو في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك نظرا لوجود الدول الرأسمالية، والشركات المتعددة الجنسيات كأطراف في منازعة التحكيم. [4] وفي المقابل فإن هناك العديد من المشكلات التي تواجه التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، نذكر منها على سبيل المثال: انعقاد التحكيم في

[1] - أنظر: د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004، ص278.

[2] - أنظر: **د.** محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999.ص11.

[3] - أنظر: د.حسام محمد عيسى، دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية "التحكيم التجاري الدولي" ونظرية نقدية، بدون ناشر، القاهرة، 1990.

[4] - أنظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2006، ص23.

بلد معين يبعد عن طرفي النزاع، وعدم المعرفة بالقوانين التي تطبق على منازعة التحكيم، وارتفاع تكاليف التحكيم، بسبب ارتفاع أجور المحكمين والخبراء والمترجمين. [1]

ومن المشاكل التي يواجهها التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار: عندما تكون الدولة أحد أطراف منازعة التحكيم، وتتمسك بحصاناتها سواء في مواجهة القضاء ،أو في مواجهة الحكم التحكيمي الصادر ضدها، مما يعطل العملية التحكيمية. [2] من خلال ما تقدم يتضح أن أهم المشاكل التي تواجه التحكيم في منازعات عقود الاستثمار تتمثل فيما يأتي:

الفرع الأول : تحجج الدولة بعد خضوعها للتحكيم نظرا لوجود حظر في تشريعات الداخلية

في حالة إذا ما تعللت الدولة بعدم جواز خضوعها للتحكيم نظرا لوجود حظر لذلك في تشريعاتها الداخلية ،فهذا الأمر مردود عليه:بأن الدولة تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وتمتعها بالشخصية الاعتبارية يعطيها حرية التعاقد والتصرف، وبما أنها أقدمت على التوقيع والموافقة بالرغم من وجود حظر لذلك بموجب تشريعاتها الداخلية، فإن إقدام الدولة على هذا التصرف لا يعد باطلا نظرا لسببين:

1- أن توقيع الدولة بإبرام اتفاق التحكيم، يعد تصرفا قانونيا، وال يعد هذا التصرف مخالفة للنظام العام الدولي، الذي هو المرجع الذي يستند إليه في مدى صحة أو بطلان التصرف.

[1] ـ أنظر: جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص9.

[2] ـ أنظر: د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص371.

2- أنه بالرغم من وجود الحظر في التشريع الداخلي للدولة وقيامها بإبرام اتفاق التحكيم، فإن ذلك يعد تنازلا من جانبها عما قرره قانونها الوطني لمصلحتها.

وهذا المبدأ أصبح معترفا به على الصعيد الدولي، وقد أقرته اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المبرمة في واشنطن عام 1965م المادة 25، وقد تم تطبيقه من قبل العديد من أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية. [1]

كما نص معهد القانون الدولي، في قراره الصادر في 13 سبتمبر 1988م، على أن الدولة أو أحد مشروعاتها، أو وحداتها لا تستطيع أن تحتج بعدم أهليتها في إبرام اتفاق التحكيم، ما دامت قد قبلته[2]، هذا وقد استخلص البعض قاعدة موضوعية عبر دولية – فيما يتعلق بتسوية منازعات الاستثمار بالتحكيم الدولي . مؤداها "أن الدولة أو أشخاصها العامة لها أهلية الالتجاء للتحكيم. [3]

الفرع الثاني: التشكيك في قابلية)محل النزاع– أو موضوعه(للتحكيم:

من العقبات التي قد تتعلل بها الدول للتنصل من أحكام التحكيم، التعلل بعدم قابلية موضوع النزاع الذي ينشب عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة التحكيم، على اعتبار أنها

[1] - أنظر: د. سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق، جامعة أسيوط، الناشر مركز الدراسات القانونية الجامعية، 2005، ص83.303.

[2] - أنظر: د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص

[3] - أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية الطبعة الثانية، القاهرة، 1997، ص121.

تخص سلطة عليا ذات سيادة. [1] فإذا كانت الأعمال والقرارات التي تصدر من الحكومة، بصفتها سلطة عليا ذات سيادة، لا تقبل الخضوع للتحكيم، فالآثار المالية المترتبة على هذه القرارات تقبل الفصل فيها عن طريق التحكيم؛ إذ لا توجد قاعدة آمرة في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار. [2] وبناء على ما تقدم فإن معيار الحق المالي هو المجال الخصب للمنازعات القابلة للتحكيم، على الرغم من أنه متولد عن عالقة قانونية لا تقبل – بحسب طبيعتها– تسوية النزاع الناشئ عنها بالتحكيم، وقد أقرت الاتفاقيات الدولية هذا المعيار ، وهذا ما قررته الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي والمعقودة في جينيف في 21 إبريل سنة 1961م، في المادة 1/أ حيث بينت أن نطاق تطبيقها يشمل اتفاقيات التحكيم المعقودة بهدف فض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ،وما بين أشخاص عاديين أو معنويين، على أن يكون لهم عند إنشاء الاتفاقية محل إقامة معتاد ،أو مركز عمل في دولة مختلفة مرتبطة تعاقديا بهذه الاتفاقية. كذلك اتفاقية واشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965م التي أنشأت البنك الدولي، وهي اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول، ومواطني الدول الأخرى في المادة الأولى في فقرتها الثانية، حيث قررت: أن تلك المنازعات يمكن تسويتها عن طريق التوفيق والتحكيم وفقا أحكام هذه الاتفاقية. [3]كما أنها أجازت بموجب المادة 25 استثناء يبيح للأشخاص المعنوية

[1] ـ أنظر: د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص382.

[2] ـ أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1996، ص 288.

[3] ـ أنظر: د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 42 وما بعدها.

في الخروج من الحظر المفروض عليها وفقا للنظام القانوني الداخلي وأن تتفق على اللجوء للتحكيم للفصل في المنازعات المتولدة عن عقود الاستثمار الدولية التي تكون طرفا فيها. [1]

ويرى الباحث من خلال ما تقدم أن الدولة لا يجوز لها . بعد إبرامها شرط التحكيم بإرادتها الحرة . أن تتنصل من ذلك ،بحجة الدفع بعدم أهليتها ،أو بحجة عدم قابلية محل النزاع للتحكيم ،ما دامت قد ارتضت ذلك بإرادتها الحرة. كما أن الأمر يأخذ شكلا آخر إذا كانت الدولة منضمة الاتفاقية دولية تنظم التحكيم؛ فإن دفعها ذلك يتعارض مع بنود الاتفاقية المنضمة إليها، ومع النظام العام الدولي، حيث أن التحكيم إذا كان محظورا في المنازعات الوطنية ،فال ينسحب ذلك بالضرورة على المنازعات الدولية. بناء عليه،أخذت معظم أحكام التحكيم، بالاتجاه المعمول به ،وهو الاعتراف للدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة ،بقدرتها في اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار الدولي ،لإضفاء الثقة في التحكيم الدولي كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

الفرع الثالث : مدى تمسك الدولة بحصانتها القضائية والحصانة ضد التنفيذُ

من المستقر عليه في فقه التحكيم التجاري الدولي في مجال منازعات عقود الاستثمار :التفرقة بين تصرفات الدولة بصفتها سلطة عامة صاحبة سيادة، وبين تصرفاتها بصفتها شخص عادي لا يتمتع بهذه السيادة. وبناء عليه فإن الدولة تتمتع بالحصانة القضائية في النوع الأول من التصرفات، وال تتمتع بالحصانة القضائية إزاء النوع الثاني من التصرفات. وأي ا كان المعيار الذي يقاس به مدى تمتع الدولة بالحصانة القضائية ،فإن ذلك يتوقف على ظروف كل

[1] ـ أنظر: د. مجدي عبد الحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دورة تدريبية نظمها المركز اليمني للتوفيق والتحكيم وتقنيات صياغة وتفسير العقود الإدارية، بدون ناشر، صنعاء في 24-27 يوليو 2004م، ص46.

دولة، لذلك فإن كل تصرفات الدولة الأجنبية لا تتمتع بالحصانة القضائية، ويقتصر تمتعها بالحصانة على الأعمال التي تقوم بها باعتبارها دولة ذات سيادة، ويخرج من ذلك الأنشطة التجارية والاقتصادية والمدنية ،إذا: فالعبرة بتحديد طبيعة العمل. [1]

في حين يقترح البعض الأخر فكرة التعايش المشترك بين الدول كأساس لتمتع الدولة بحصانتها القضائية، فالقاضي الوطني يمتنع عن الفصل في المنازعات التي تكون الدول الأجنبية طرفا فيها كلما كانت المنازعة وثيقة الصلة بهذه الدولة. [2] بناء على ما سبق، فإذا تمسكت الدولة بحصانتها القضائية في مواجهة هيئة التحكيم، فإن ذلك يعد إخلالا وعدم التزام بمبدأ حسن النية، المتطلب في تنفيذ الالتزامات التعاقدية. [3]

وهذا ما قضت به هيئة التحكيم في قضية هضبة الهرم في حكمها الصادر في 20 مايو 1992م، حيث قضت بأن تمسك الحكومة المصرية بالحصانة القضائية أمام المركز الدولي تسوية منازعات الاستثمار بعد قبول شرط التحكيم لا قيمة له، أن قبول شرط التحكيم من قبل الحكومة يعني تنازلها عن الحصانة القضائية أمام التحكيم الذي قبلت الخضوع له. [4]

[1] - أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، بدون ناشر، الكتاب الأول، القاهرة، 1996م، ص92.

[2] - أنظر: د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، بدون ناشر، الجزء الأول، القاهرة، 1971م، ص466، وما بعدها.

[3] - أنظر: د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص422، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية الطبعة الثانية، القاهرة، 1997، ص121.

[4] - أنظر تفاصيل هذا الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية هضبة الأهرام منشور في: .IL.M.Vol، 32، 933 .p 1993 كذلك أنظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية الطبعة الثانية، القاهرة، 1997، ص 126 وما بعدها.

الحصانة ضد التنفُي وقد تقوم الدولة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي، بالتمسك بالحصانة القضائية ضد إجراءات تنفيذ حكم المحكمين أجل عرقلة عملية التحكيم، وهنا يتم التساؤل هل مجرد إبرام الدولة الاتفاق التحكيم ،والذي تتنازل فيه عن حصانتها القضائية، يستتبع ذلك التنازل أيضا عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم؟

في إطار اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمنشئة للمركز الدولي لمنازعات الاستثمار، نصت المادة 54 من الاتفاقية "على أن الدول الأعضاء في الاتفاقية تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة عن هذا المركز، وتضمن على أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية الناشئة عن هذه الأحكام" ويستفاد من ذلك أن أحكام التحكيم الصادرة من هذا المركز يجب تنفيذها في أقاليم الدول الأطراف في الاتفاقية كما لو كانت أحكاما صادرة عن محاكمها القضائية، كما أنه بموجب نص المادة 53 من هذه الاتفاقية :فإن أحكام التحكيم الصادرة عن هذا المركز لا يجوز الطعن فيها، أمام أي محكمة من محاكم الدول المنضمة لهذه الاتفاقية ،وهذه الأحكام تكون نهائية. [1]

وهنا، إذا امتنعت الدولة عن احترام حكم التحكيم وتنفيذه، فإن ذلك يجردها من المصداقية المتطلبة واللازمة في نطاق المعاملات الدولية، ويعد ذلك بالنسبة للدولة خطرا، لا يمكن للدول أو أي منها أن تتجاهله. [2] وذلك الرأي هو الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 18 نوفمبر 1986، وقد قررت أن قبول الدولة الخضوع للتحكيم بشأن أحد عقودها المبرمة مع مستثمر أجنبي، يعد قبولا منها بالخضوع لقضاء المحكمين،

[1] ـ أنظر: د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي ألحكام التحكيم، دراسة تحليلية، لقواعد القانون الدولي الإتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية القاهرة، 1993، ص9.

[2] ـ أنظر: د. على حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998، ص353.

وكذلك فإنه يفيد في حد ذاته قبولها أن يكون حكم المحكمين، مشمولا بالأمر بالتنفيذ، وقد تم تأكيد المحكمة لذلك الاتجاه في حكمها الصادر في 11 يوليو 1991م في القضية المرفوعة من شركة SOABT ضد السنغال، وقد ذهبت إلى أن الدولة التي تقبل الخضوع لقضاء التحكيم، تقبل في الوقت نفسه أن يكون التحكيم مشمولا بالأمر بالتنفيذ، دونما حاجة لوجود نص واضح ينص على تلك المسألة. [1]

كما أقرت نفس المبدأ نص المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية، التي تنص على:

أ- تكون أحكام التحكيم نهائية.

ب- قبول الأطراف للتحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير.

نخلص مما تقدم :أن الفقه الحديث ذهب إلى أن اتفاق التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة يعد قبولا من هذه الدولة للخضوع لقواعد القانون المشترك للتجارة الدولية، وتكون كذلك قد تنازلت عن حصانتها القضائية ضد التنفيذ، وذلك يعد مشجعا للمستثمر الأجنبي في حماية حقوقه ،ودخول في اتفاقات استثمارية مع الدولة، ويكون لهذا أثر كبير في تطوير التحكيم الدولي الذي يكون أحد أطرافه دولة. [2]

المبحث الثاني : الأطر العامة التي تتحكم التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار

[1] - أنظر: د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص427.

[2] - أنظر: د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م، ص603 وما بعدها.

تمهيد:

هناك العديد من المبادئ التي يقوم عليها التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار، كما أنه من المتصور خضوع أحد أطراف العالقة الاستثمارية للجوء إليه دون اتفاق،ومن ناحية أخرى هناك العديد من المبادئ التي يقوم عليها التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، وسوف نناقش هذه الموضوعات من خلال مطالبين:

المطلب الأول: المبادئ الضرورية لتأكيد فاعلية التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الثاني: التحكيم الدولي بدون اتفاق في منازعات الاستثمار

المطلب الأول:المبادئ الضرورية لتأكد فعالية التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار.

نتيجة لوجود الدولة كطرف في عقود الاستثمار، يستلزم ذلك وجود مبادئ قانونية ضرورية للوصول لعملية تحكيم منظمة وفعالة. وهذه المبادئ تتمثل في الأتي:

1-استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

2-الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع.

3-تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة.

4-عدم تأثير التحكيم الدولي بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف.

5-استئثار هيئة التحكيم الدولي بتسوية النزاع.

وسوف نتحدث عن كل مبدأ من المبادئ السابقة بشيء من التفصيل ثم ننتقل للحديث التحكيم الدولي بدون اتفاق في منازعات الاستثمار في مطلب أول وقواعد التحكيم المتعلق بالمعاهدات الأوروبية الاستثمار في مطلب ثان.

الفرع الأول : استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي:

استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يعني أننا ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد، على أنه يعد عقدا قائما بذاته، رغم أنه ليس إلا جزءا من هذا العقد أو أحد بنوده. [1] وبناء على ذلك، فإن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته، أو بطلانه، أو فسخه، لا تؤثر على شرط التحكيم، سواء أكان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي، أم مستقلا عنه في صورة اتفاق؛ ذلك أن اتفاق التحكيم، أو شرط التحكيم، الذي يفصل في موضوع يختلف تماما عن موضوع العقد الأصلي، فاتفاق التحكيم يعد تصرفا قائما بذاته، يستقل تماما بكيانه عن العقد الأصلي. [2] ويترتب على استقلال اتفاق التحكيم، إقرار الاستقلال القانوني لشرط التحكيم، عن العقد الأصلي بحيث يمكن أن يطبق على كل منهما قانون مختلف عن القانون الذي يحكم الأخر، ويترتب على ذلك

[1] - أنظر: د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م، ص603 وما بعدها.
[2] - أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية الطبعة الثانية، القاهرة، 1997، ص-90.
89

أيضا إلا يؤثر بطلان أي منهما على الأخر. [1] واستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أصبح من القواعد المتعلقة بالنظام العام. [2] وقد بذلت الكثير من الجهود الدولية لدعم استقلال شرط التحكيم، تشجيعا لنظام التحكيم ككل[3]، فقد تبناه القانون النموذجي بالنص عليه في المادة 1/16 بقوله: "ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه ـ بحكم القانون ـ بطلان شرط التحكيم. [4]

الفرع الثاني : الاختصاص بالاختصاص أثناء النظر النزاع المطروح [5]

يقصد بهذا المبدأ أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يكون مختصا إلا بناء على اتفاق تحكيم صحيح[6]، فإذا قام أحد الأطراف بالطعن في اختصاص هيئة التحكيم، ودفع بعدم صحة اتفاق التحكيم، فإن لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها، دون اللجوء لعرض تلك المشكلات على القضاء الوطني المختص. [7] مع ملاحظة أن القوانين الوطنية لم تعط المحكم سلطة الفصل في اختصاصه بصفة نهائية، حيث إنها قد منحته ذلك بصفة مؤقتة، إذ يخضع الحكم الذي يصدره المحكم في مسألة اختصاصه للرقابة القضائية اللاحقة، وذلك من خلال رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، أو أثناء عملية سير إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم. [8] وأضحى مبدأ الاختصاص الاختصاص من المبادئ

---

[1] ـ أنظر: د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص142.

[2] ـ أنظر: د. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العالقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية القاهرة، ص40.

[3] ـ أنظر: د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، القاهرة، ص27.

[4] ـ أنظر: إن ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي يؤدي إلى رفع يد المحكم عن التحكيم، بمجرد أن يدعي أي طرف عدم صحة العقد الأساسي، وهنا يصبح المحكم ملزم بإعلان عدم صلاحيته، أما إذا أخذ باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، فإن ذلك يؤدي إلى عدم تأثر شرط التحكيم، بالعقد الأصلي، وهنا يعتبر التحكيم ملزما ويترتب عليه آثاره، من حيث عدم اختصاص قضاء الدولة، وبناء على ذلك فإن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في المعاملات الداخلية، والخارجية على السواء يحقق اقتصادا في الوقت والإجراءات معا. راجع في ذلك د. سامية راشد، التحكيم في العالقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 1984م، ص 78 وما بعدها.

[5] **- voir :** Alan Redfem the jurisdiction of an international commercial arbitrator, journal of international Arbitration, vol. 13. No. 1 march 1996. P. 28.

[6] ـ أنظر: د. عادل محمد خير، التحكيم والقانون، بدون ناشر، المجلد الثالث، القاهرة، 1997م، ص66 وما بعدها.

[7] ـ أنظر: د.هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وسلطاته، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه 1997ص59.

[8] ـ أنظر: د. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، 2000م، ص365.

التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، وهو ما أكدته معاهدات الاستثمار الثنائية. [1] وعليه فمبدأ الاختصاص الاختصاص له أثران :الأول إيجابي: وهو السماح للمحكم بالسير في إجراءات التحكيم ،والبت في الدُّفوع التي تنكر عليه اختصاصه[2]، وهذا الأثر محل إجماع من قبل المعاهدات الدولية، والتشريعات الوطنية للتحكيم. [3] أما الأثر السلبي: فيسمح للمحكمين في البت في اختصاصهم، وبالفصل فيها قبل قضاء الدولة أو أي جهة أخرى، فقضاء الدولة ملزم بأن لا يتصدى لها. [4] وهذا المبدأ أقرته العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية منها على سبيل المثال لا الحصر: اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، واتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي 1961. كذلك التشريع المصري بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 حيث نصت المادة 1/22 من هذا القانون على أن "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم، أو سقوطه أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع".

مما تقدم يتضح أن المحكمين ملزمون بداية بالفصل في اختصاصهم، وهذا يمنعهم من التصدي لموضوع النزاع وقبل البت باختصاصهم، وثبوت حق المحكم بالبت في مسألة اختصاصه، تمثل نتيجة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في العالقات الدولية الخاصة. [5]وهذا ما أكده معهد القانون الدولي في المادة 3/ب في قراره الصادر عام 1989م، بأن "يختص المحكم بتحديد اختصاصه. [6]

---

[1] ـ أنظر: د. على حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998، ص254.
وقد عبرت محكمة العدل الدولية عن هذا المعنى بقولها "أن من يملك سلطة قضيته له الحق في أن يفصل بنفسه، كمسألة أولية، في اختصاصه، راجع حكمها الصادر في 1928/9/28م، مشار إليه في مؤلف د. إبراهيم شحاتة، سلطة المحكمة الدولية في تحديد اختصاصها، 1965م، ص26، نقال عن د.هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وسلطاته، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه 1997 ص 65.

[2] ـ أنظر: د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، القاهرة، ص29.

[3] ـ أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص133.

[4] ـ أنظر: د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص151.

[5] ـ أنظر: د. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، 2000م، ص369.

[6] ـ أنظر: د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص403.

الفرع الثالث: نذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة:

يرتب اتفاق التحكيم مبدأ يلزم الموقعين عليه بضرورة تطبيقه وتنفيذه بحسن نية، ومخالفة هذا المبدأ تؤدي إلى تحمل الطرف المخالف للمسؤولية القانونية، إلا في الظروف الاستثنائية مثل القوة القاهرة، أو عندما يتفق الأطراف على قاعدة مخالفة، أو توصلهم إلى حسم النزاع وديا، وال يجوز أي طرف من الأطراف الحق في تعديل التعهد أو فسخه منفردا[1]، كما لا يجوز لهما الانسحاب من التحكيم معا.[2] ويستند كثير من فقهاء القانون التجاري في ذلك إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وأن من مظاهر الالتزام بهذا المبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية، فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية للإرادة، وال يجوز إلغاء الرابطة الملزمة، أو التغيير في محتواها أو تعديلها، إلا الإرادة التي أنشأتها، وهي إرادة أطراف العقد، فال يجوز أحد الأطراف أن يقوم بذلك بصورة منفردة، وأيضا لا يسمح بذلك للقانون وال للقاضي.[3]

ولضمان فاعلية نظام التحكيم كان من الضروري وضع قيود على إرادة أطراف التحكيم بخصوص الانسحاب من الاتفاق على التحكيم، بعد أن تتم الموافقة عليه، وفي هذا الإطار نصت المادة 25 من اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير، والمنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سنة 1965م، على عدم جواز إنهاء إجراءات التحكيم بالإرادة المنفردة، أي من أطراف النزاع، أيا كانت طبيعة الأشخاص الأطراف في العالقة.[4] فوفقا لقواعد المركز لا تنتهي إجراءات التحكيم إلا بأحد أمرين:

1- إما بصدور حكم يحسم النزاع وينهي الخصومة.

2- أو باتفاق جميع الأطراف، على إنهاء الإجراءات قبل صدور الحكم.[5]

---

[1] - أنظر: د. إبراهيم العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، ص121.

[2] - أنظر: د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، شركة مطابع الدناني، القاهرة، 1986، ص105.

[3] - أنظر: د. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، بدون ناشر، 2003م، ص 8 وما بعدها.

[4] - أنظر: تنص المادة 25/أ في آخر الفقرة على أنه: "وعندما يعطي الطرفان موافقتهما، لا يجوز ألحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة.

[5] - أنظر: د. صالح الدين جمال الدين، د. محمود مصيلحي، الفاعلية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دراسة في ضوء أهم وأحدث أحكام التحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م، ص8 وما بعدها.

مما تقدم يتضح أن اتفاق التحكيم ملزم للأطراف بشكل كاف، وال توجد هناك ضرورة لصياغة شرط آخر بشأن تنازل الدولة عن حقها في الحصانة السيادية، وأصبح الدفع بالحصانة القضائية من قبل الدولة غير معمول به حاليا من الناحية العملية. [1]

الفرع الرابع : الإجراءات التعطيلية المتخذة من احد أطراف النزاع لا تؤثر في التحكيم الدولي

قد يقوم أحد أطراف التحكيم الدولي باتخاذ إجراءات سلبية بغرض عرقلة عملية التحكيم، كأن يقوم بالامتناع عن تعيين المحكم والمكلف هو باختياره، أو يقوم بالامتناع عن حضور إجراءات التحكيم وسوف نتحدث عن هاتين النقطيين بشيء من التفصيل:

أ- الالتزام بتعيين المحكمين.

تجنبا لعدم مساهمة أحد طرفي النزاع في تشكيل هيئة التحكيم، وعدم تسمية محكمه، اتبعت كثير من العقود الدولية، إجراء منح جهة أجنبية تعيين أعضاء التحكيم . في مثل هذه الحالة . وهذه الجهة قد تكون محكمة دولة أجنبية، أو هيئة دولية، أو موظف دولي. [2] حيث ينص في العقود الدولية، لكل طرف من طرفي العقد على تعيين محكمه، ويتم تعيين المحكم الثالث بواسطة الطرفين الأصليين أو بواسطة حكمهما، أو بواسطة شخص ثالث. [3] وفي معاهدات الاستثمار الثنائية، فيما يتعلق بتكوين محكمة التحكيم، جرت الصياغة على أن يتم تكوين هذه المحكمة من ثالثة محكمين، يختار كل طرف محكما واحدا خلال فترة معينة، ثم يقوم المحكمان المختاران باختيار المحكم الثالث، كرئيس لمحكمة التحكيم. [4] وفي حالة تأخر أحد الأطراف عن تعيين محكمه خلال المدة الممنوحة يجوز تعيين أعضاء هيئة التحكيم بواسطة محكمة دولة أجنبية، أو بواسطة هيئة دولية، أو بواسطة موظف دولي.

[1] - أنظر: د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص410.

[2] - أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية الطبعة الثانية، القاهرة، 1997، ص149.

[3] - أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1978، ص52.

[4] - أنظر: د. على حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998، ص252.

ب- عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف.

قد يلجأ أحد الأطراف متعمدا إلى عدم حضور إجراءات التحكيم، ويهدف من ذلك إلى الحد من فاعلية التحكيم، عن طريق تعطيل الفصل في النزاع أطول فترة ممكنة. ولمواجهة ذلك اتجهت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ولوائح هيئات التحكيم، بضمان فاعلية التحكيم عن طريق الاعتراف والإقرار باستمرارية إجراءات التحكيم دون أن يكون للغياب المتعمد عن الحضور من الطرف أي أثر على ذلك. [1]

وتطبيقا لهذا المبدأ نص المشرع المصري في المادة 35 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاهزة، لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها. [2]

المطلب الثاني :التحكيم الدولي بدون اتفاق في منازعات الاستثمار

بما أن التحكيم وسيلة قضائية لها استقلاليتها، فال يجوز أي طرف من أطراف العالقة الاستثمارية اللجوء إليه دون اتفاق على هذا النوع من القضاء بين الأطراف محل المنازعة أي ا كانوا أفرادا، أو هيئاتٍ، أو دول. [3] وحيث أن التحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أصبح أكثر استخداما، من ضمن الخدمات التي يقدمها المركز. [4] وحيث أن الاتفاقية نصت على أن اختصاص المركز بنظر منازعات التحكيم اختياري يرجع إلى إرادة الدول، فللدول الحرية في تقرير موافقتها أو عدم موافقتها بإخضاع المنازعة الاستثمارية لاختصاص المركز من عدمه، إلا أنه لوحظ في السنوات الأخيرة، تغير وجهة نظر هيئات المركز في تفسير الطابع الاختياري التي نصت عليه المادة 1/25 من الاتفاقية، بحيث اكتفت تلك الهيئات لإقرار اختصاصها في نظر تلك القضايا بوجود نص يشير إلى تحكيم المركز، سواء كان ذلك النص في تشريع وطني الاستثمار في الدولة المضيفة، أو في اتفاقية الاستثمار ،سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف، وذلك حينما يلجأ المستثمر الأجنبي لطلب التحكيم أمام المركز. بمعنى أنه إذا نصت الدولة المضيفة الاستثمار في تشريعها الوطني أو في اتفاقية الاستثمار على إحالة

[1] - أنظر: د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص414.

[2] - انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، والمعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997م.

[3] - أنظر: د. ناصر إبراهيم المحيميد، الاتجاهات العامة في اتفاقيات الاستثمار العربية لحسم المنازعات بواسطة التحكيم، مجلة التحكيم، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 55 شهر سبتمبر 2004م، ص20.

[4] - أنظر: د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، القاهرة، جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه 2004، ص458.

نزاعها مع المستثمر الأجنبي إلى تحكيم المركز، فإنها بذلك قد أعطت موافقتها ورضاها مرة واحدة في قبول التحكيم، فعندما هذا القبول رغبة من المستثمر الأجنبي في عرض النزاع وإخضاعه لاختصاص مركز تحكيم واشنطن، ينعقد الاختصاص للمركز بنظر تلك المنازعة. [1]فكأن التراضي والقبول باختصاص المركز بنظر المنازعة تحقق من خلال قبول المستثمر للعرض الممنوح من قبل الدولة في تشريعها الوطني، أو توقيعها على اتفاقية بإخضاع المنازعات التي تتعلق بالاستثمار للتحكيم. وأطلق البعض على هذه الظاهرة التحكيم بدون اتفاق privity Arbitration without[2]، أو التحكيم الإلزامي الدولي. [3]وبناء على ما تقدم فإن التحكيم الدولي بدون اتفاق تحكيم في منازعات عقود الاستثمار، يتخذ أحد الصور الآتية:

1- التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على تشريعات الاستثمار الوطنية.

2- التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على اتفاقيات الاستثمار الثنائية.

3- التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على اتفاقيات الاستثمار متعددة الأطراف.

وسوف نتناول هذه النقاط بشيء من التفصيل:

الفرع الأول : ضرورة قيام التشريعات الوطنية بتضمين لخصومها قواعد خاصة بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار

قامت معظم التشريعات الوطنية بتضمين تشريعاتها نصوص ا قانونية خاصة بالتحكيم في عقود الإدارة الدولية، ومعظم هذه التشريعات قامت بدور محدود في منح الأشخاص المعنوية حق اللجوء إلى التحكيم، ونظرا للمكانة الهامة التي يحتلها التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، وما ترتب على ذلك من تحرير أشخاص القانون العام من الحظر الوارد على حريتها

[1] **- voir :** Delaume (G.R) ICSID arbitration: practical considerations J.I.A.,Vol., I,1984, p. 104.

[2] - أنظر في استخدام هذا المصطلح:

Paulsson (J): Arbitration without privity, ICSID Review - F.I.L.J., VOL, 10, N2, 1995, P . 232.

[3] - انظر في استخدام هذا المصطلح: د. عبد الحميد الأحدب، التحكيم اللأزامي الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، يناير 2002م، ص63.

في اللجوء إلى التحكيم.[1] نأخذ مثالا لذلك نص المادة 67 من تشريع التحكيم التونسي والتي تنص على أنه: "تختص المحاكم التونسية بالنظر في كل خالف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية إلا في حالة اتفاق ينص عليه شرط التحكيم أو يخول أحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة، أو تطبيقا للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات التالية:

- الاتفاقية الثنائية لحماية الاستثمار المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر.
- أو الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية الخلافات المتعلقة بالرصود المالية الناشئة بين الدولة وتابعي دول أخرى والمصادق عليها ...الخ.

وبناء عليه فقد أجاز القانون حرية اختيار طريق التحكيم سواء الداخلي أو الدولي دون أن يضع شروطا لذلك.

وقد أخذت محكمة العدل الدولية بمبدأ الرضائية، وأكدت على إمكانية إلزام الدولة بإحالة منازعاتها على التحكيم دون موافقتها أو رضاها، ويعتبر هذا المبدأ أحد المبادئ المستقرة في القانون الدولي، والقوة الإلزامية لحكم التحكيم تأتي من اتفاق الطرفين، وبصفة عامة، فإن لكل دولة كامل الحرية في تقديم منازعات الاستثمار إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، واستبعاد طوائف أخرى، وقد قامت معظم الدول العربية بعقد اتفاقيات ثنائية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية. .[2]

الفرع الثاني : نص اتفاقيات الاستثمار الثنائية على الأخذ بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار

أبرمت معظم الدول العربية العديد من الاتفاقيات التي تجيز التحكيم وتعتمده كوسيلة لتسوية المنازعات إلى جانب القضاء في العديد من القضايا ذات الطابع الدولي.[3] وهذه الاتفاقيات في معظمها تنص على اعتماد التحكيم كوسيلة لفض النزاع الاستثماري عند وقوعه، أن العقود الاستثمارية، يغلب عليها السمة التجارية المؤقتة، فإقامة أحد طرفي العقد إقامة طارئة في بلد العقد الغرض من بقاءه هو تنفيذ العقد الاستثماري، وبعدها يغادر هذا

[1] - د. حمدي على عمر، التحكيم في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 95.

[2] - أنظر: د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار" دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1990، ص21.

[3] - أنظر: د. سلطان راشد العاطفي، دور مؤسسات التحكيم العربية في حسم منازعات الاستثمار، بحث مقدم إلى المركز اليميني للتوفيق والتحكيم، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص4.

البلد، مما يستلزم إيجاد الضمانات التي تحافظ على حقه في هذا التعاقد. .[1] نذكر من هذه الاتفاقيات على سبيل المثال لا الحصر:

- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين جمهورية مصر العربية والجمهورية اليمنية والموقعة في القاهرة بتاريخ 1996/6/6م [2]
- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية مصر العربية وجمهورية الصين الشعبية، الموقعة في بكين بتاريخ 1994/4/21م [3]
- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين المملكة الأردنية الهاشمية والاتحاد الكونفدرالي السويسري. [4]

الفرع الثالث :نص اتفاقيات الاستثمار متعددة الأطراف على الأخذ بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار

تعد الدول العربية جزءا من النظام الاقتصادي الدولي، وترتبط بعالقات تجارية مع الدول الصناعية الكبرى، ويتطلب التعامل مع الدول المتقدمة إبرام عقود تبادل تجاري للسلع والخدمات، لاسيما فيما يتعلق باستغلال الموارد الطبيعية كالبترول وغيره من المواد الخام، وهذه العقود غالبا ما تتضمن شرطا يقضي بأن المنازعات الناشئة عن تنفيذ أي عقد تحل عن طريق التحكيم التجاري الدولي، سواء كان تحكيم مؤسسي أو تحكيم حر، وفق القواعد التي يتفق عليها أطراف النزاع. .[5] وسوف نشير إلى أهم الاتفاقيات الإقليمية على المستوى العربي:

- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات العربية عام 1970م.

النزاعات التي يمكن عرضها على التحكيم في ضوء هذه الاتفاقية:

---

[1] - أنظر: د. ناصر إبراهيم المحيميد، الاتجاهات العامة في اتفاقيات الاستثمار العربية لحسم المنازعات بواسطة التحكيم، مجلة التحكيم، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 55 شهر سبتمبر 2004م، ص2.

[2] - أنظر: جمهورية مصر العربية صادقت على هذه الاتفاقية، بموجب القرار الجمهوري رقم 60 لسنة 1998م، ونشرته بالجريدة الرسمية العدد 21 بتاريخ 21 مايو 1998م، وكذا صادقت على هذه الاتفاقية الجمهورية اليمنية بموجب القرار الجمهوري رقم 140 لسنة 1997م، ونشرت بالجريدة الرسمية العدد 9 الصادر بتاريخ 1998/5/15م.

[3] - أنظر: تم المصادقة على الاتفاقية بموجب قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم 320 لسنة 1995م، ونشرت الاتفاقية بالجريدة الرسمية العدد 49، بتاريخ 1995/9/12م.

[4] - أنظر: صدرت هذه الاتفاقية في عام 2001م انظر د. ناصر إبراهيم المحيميد، الاتجاهات العامة في اتفاقيات الاستثمار العربية لحسم المنازعات بواسطة التحكيم، مجلة التحكيم، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 55 شهر سبتمبر 2004م، ص6.

[5] - أنظر: د. محمود سمير الشرقاوي، الصور المختلفة للتحكيم في منازعات الاستثمار في العالم العربي، بحث مقدم للمركز اليمني للتوفيق والتحكيم، يوليو 2004م، ص3 وما بعدها.

أ-النزاعات المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية.

ب-المنازعات المتعلقة بالاستثمارات موضوع الضمان.

ت-المنازعات المتعلقة بعقود الضمان.

- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة الاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى 1974م. .[1]
- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980م. .[2]
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987م.

هذا ما ذكرناه على المستوى العربي الإقليمي على سبيل المثال وليس الحصر، لمجمل الاتفاقيات التي اهتمت بالتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار. كما تجدر الإشارة إلى الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف التي عنيت بالتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار

المبحث الثالث : قواعد التحكيم الخاصة بالمعاهدات الدولية للاستثمار

أقرت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ، ومنذ زمن طويل، الالتزام بإحالة المنازعات والتي تنص عليها في اتفاق التحكيم إلى المحكمين، نذكر منها على سبيل المثال الحصر: قواعد الأنسيترال للتحكيم، ونظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية، وهيئة التحكيم الأمريكية، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي.

المطلب الأول :قواعد الأونسيترال للتحكيم و نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولة

الفرع الأول :قواعد الأونسيترال للتحكيم:

توفر قواعد الأنسيترال للتحكيم، التي اعتمدها الأنسيترال في 28 أبريل 1976، مجموعة شاملة من القواعد الإجرائية التي يجوز للأطراف أن تتفق عليها لتسيير إجراءات التحكيم، سواء المخصصة أو الإدارية، الناشئة من علاقتها التجارية. وتستخدم القواعد على نطاق واسع في أنواع مختلفة للتحكيم، وتشمل جميع جوانب عملية التحكيم، فتقدم شرطا نموذجيا للتحكيم، وتحدد القواعد الإجرائية المتعلقة بتعيين المحكمين وتسيير إجراءات التحكيم، وتضع قواعد بشأن شكل القرار وأثره وتفسيره.

[1] - أنظر: د. يحي الجمل، الاتجاهات العامة في اتفاقية الاستثمار العربي لحسم المنازعات بواسطة التحكيم، بحث مقدم للمركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ص4.

[2] - انظر نصوص الاتفاقية، مطبوعات جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، إدارة الشئون القانونية، مجموعة المعاهدات والاتفاقيات لسنة 1985م، ص598، ص615.

الفرع الثاني : نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية

C.I.I المعدل والساري المفعول اعتبار من 1998/1/1م في البند أأول لهذا النظام حدد مهام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية من قبل إدارة

غرفة التجارة الدولية في حل النزاعات ذات الطابع الدولي في مجال الأعمال عن طريق التحكيم.

وبالحظ أن قرارات التحكيم الصادرة من هذه الهيئة بغرفة التجارة الدولية تتم مراجعتها بصورة مستقلة بواسطة المحكمة المشكلة في الغرفة التجارية الدولية التي لها أن تقضي بإدخال تعديلات على الحكم من حيث الشكل ولها – مع احترامها لحرية تقرير هيئة التحكيم –أن تنبه الهيئة إلى نقاط تتعلق بموضوع النزاع، وال يجوز أن تصدر حكم دون أن تقره المحكمة من حيث الشكل[1]

المطلب الثاني : هيئة التحكيم الأمريكية،ومحكمة لندن للتحكيم الدولي

الفرع الأول : هيئة التحكيم الأمريكية

A.A.A: أصبح حيز التنفيذ في 1992/5/1م هذه الهيئة تنظر في عدد كبير من الدعاوى ،وبالتأكيد ليست بنفس المظهر الدولي لمحكمة غرفة التجارة الدولية، وهذه الهيئة التطبق نظام مراجعة قرارات التحكيم الصادرة منها كما هو الحال في محكمة غرفة التجارة الدولية.

الفرع الثاني : محكمة لندن للتحكيم الدولي:

وهي على الأرجح أقدم هيئات التحكيم الدولي عمرا. وهذه المحكمة تدير خدمات التحكيم بموجب لوائحها الخاصة ،وكذلك لوائح التحكيم الخاصة بقانون لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك العمل بموجب أي نظام قانوني في أي مكان في العالم.

على المستوى الإقليمي قام مركز التحكيم التجاري الدولي إقراره تعاونا لدول الخليج العربي بالبحرين، والذي أقر قادة هذه الدول نظامه كمركز للتحكيم وذلك أثناء انعقاد مؤتمر القمة الرابعة عشرة في الرياض في ديسمبر عام 1993م. وتم العمل بهذا النظام بعد مضي ثالثة أشهر من تاريخ إقراره. ويتمتع المركز بالشخصية المعنوية المستقلة، ويختص بموجب المادة الثانية من نظامه بالنظر في المنازعات التجارية بين مواطني دول مجلس التعاون أو بينهم وبين الغير، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين ،ويختص بالنظر في المنازعات التجارية إذا أتفق الطرفان كتابة في

[1] - انظر القرار رقم 1763 لسنة 1970 م الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، مشار إليه لدى د. أبو زيد رضوان الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، القاهرة، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، مجلة قانونية، اليمن، صنعاء، 2004 ص 152.

العقد أو في أتفاق الحق على التحكيم في إطار هذا المركز. ويجري التحكيم فيه وفقا للائحة إجراءات المركز ما لم يرد نص مغاير في العقد المتعلق به النزاع. ويكون الحكم الصادر من هيئة التحكيم وفقا لهذه الإجراءات ملزما للطرفين ونهائيا .. إلخ.

المطلب الثالث : تنفيذُ القرارات التحكيمية بناءا على الاتفاقيات الدولة للاستثمار

الفرع الاول : اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاُها)اتفاقية نيويورك1958(

على الرغم من أن الأمم المتحدة أعدت هذه الاتفاقية، التي اعتمدها مؤتمر دبلوماسي في 10 يونيه 1958، قبل إنشاء الأونسيترال، فإن ترويج الاتفاقية يشكل جزءا ال يتجزأ من برنامج عمل اللجنة. وتحظى الاتفاقية بالاعتراف على نطاق واسع بوصفها صكا أساسيا يقوم عليه التحكيم الدولي، وهي تلزم المحاكم في الدول المتعاقدة بتنفيذ اتفاق التحكيم عند تلقيها دعوى بشأن مسألة يتناولها اتفاق تحكيم، وأيضا بالاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في دول أخرى وإنفاذها، رهنا باستثناءات محدودة معينة. [1] وقد دخلت الاتفاقية حيز النفاذ في 7 يونيه 1959[2]

الفرع الثاني : التحكيم وفقا الاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

يختص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فقط بالفصل في المنازعات الاستثمارية المقامة بين الدول المضيفة للاستثمار، وبين المستثمر أأجنبي. أنشئ المركز بموجب the convention on the settelment of investment disputes between states and nationals of other states أي اتفاقية تسوية المنازعات فيما بين الدول – أأطراف – والمواطنين من الدول – الأطراف – الأخرى. [3]وتعرف اختصار باتفاقية الآيكسيد the ICSIDConvention ومن الخطأ أن ينظر إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أنه أداة جبرية لتسوية منازعات الاستثمار، التي تثور بين الدول الأعضاء وبين المستثمرين من الدول الأعضاء في المركز، فاختصاص المركز ال ينعقد إلا بموافقة أطراف ورضاهم. [4]

[1] - أنظر: د. منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص50.

[2] - أنظر: د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001 ص 36.

[3] - أنظر: د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، القاهرة، 1996 ص261.

[4] - أنظر: د. منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص50.

والمقر الرئيسي للمركز سيكون في المكتب الرئيسي للبنك الدولي للتنمية وإعادة التعمير. ويجوز نقل المقر إلى مكان آخر بقرار من المجلس الاداري the administrative council بأغلبية ثلثي أعضائه و يتكون الايكسد من أربع أجهزة رئيسية هي الامانة secretariat و المجلس الاداري administrative council و هيئة الموفقين a panel of conciliators و هيئة المحكمين a panel of arbitrators و متى اتجهت إرادة الأطراف و الاختصاص المركز لتسوية النزاع عن طريق التحكيم، فال يمكن التراجع عن التقديم للتحكيم أمام المركز، حتى وان كان أحد الأطراف قد انسحب من الاتفاقية، فالرضا ال يتأثر بانسحاب الدولة المضيفة للاستثمار من الاتفاقية، وال انسحاب الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي بجنسيته. [1]

أمانة الآيكسيد: تتكون أمانة الآيكسيد من أمين عام a general – secretary و امين عام مساعد deputy general – secretaries واحد أو أكثر، وأيضا تتكون من عدد كاف من الموظفين. وأي من الأمين العام أو الأمين العام المساعد سيتم اختياره من جانب المجلس الإداري بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس المذكور ،وذلك على أن يتولوا مهامهم لمدة ستة سنوات يجوز بعد نهايتها إعادة اختيارهم بذات الأغلبية المشار إليها، وتتم تسمية المرشحين لشغل منصب الأمين العام والأمين العام المساعد من جانب رئيس المجلس الإداري بعد التشاور مع أعضاء المجلس.

ويجب أن يكون كل من منصب الأمين العام ومنصب الأمين العام المساعد غير ممتزج مع shall be incompatible with ممارسة أي وظيفة سياسية. وال يجوز لكل من الأمين العام أو الأمين العام المساعد أن يدخل في عالقة عمل كموظف أو أن يتولى أي منصب آخر إلا بموافقة المجلس الإداري except with the approval of the administrative council ونظرا أهمية المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار تتطلب هذه الدراسة بحثه بإيجاز لكونه الجهة الأهم دوليا في التحكيم المتعلق بمنازعات الاستثمار . [2]

نظمت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأحكام الناظمة للتحكيم الذي يختص به المركز، ونظرا الأتساع هذه الأحكام وشمولها يتسع البحث لذكرها وشرحها، فسنتطرق إلى أهم الأحكام التي تناولتها الاتفاقية، نتناول شروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID) ، كما نتناول

[1] - أنظر: د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001 ص 36.

[2]-**Voir** Delaum, (G) ICSID , Arbitration and courts, American Journal of international law vol 77.1983 p p 116-118

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وسنتناول أخيرا القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، في حالة الاتفاق على القانون واجب التطبيق وفي حالة عدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق.

المطلب الرابع : شروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID)

لكي يدخل النزاع في اختصاص المركز، لا بد أن يكون الطرفان قد وافقا على ذلك كتابة، إذ لا بد أن تكون المنازعة قانونية وناشئة مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة متعاقدة وبين أحد مواطني دولة متعاقدة أخرى. [1]

نصت المادة 25 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على: " يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة)أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها(وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز. وعندما يعطي الطرفان موافقتهما ال يجوز أحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة

وبناء عليه لا بد من توافر عنصرين لكي يدخل النزاع في اختصاص المركز العنصر أأول: أن تكون المنازعة قانونية، والثاني أن تنشأ مباشرة عن الاستثمار. [2]

الفرع الأول: أن تكون المنازعة قانونية:

فالمركز لا ينظر إلا في المنازعات القانونية، مما يدل على استبعاد المنازعات السياسية أو التجارية البحتة من نطاق اختصاص المركز. فالمنازعة التي تدخل في اختصاص المركز هي التي تتعلق بتطبيق بنود اتفاق الاستثمار بين أطرافه، أو بتفسيره أو الاعتداء على حق ما تقرره اتفاقية استثمارية ثنائية بين الدول المضيفة للاستثمار ودول المستثمر. [3]

الفرع الثاني : أن تكون المنازعة ناشئة عن مباشرة الاستثمار:

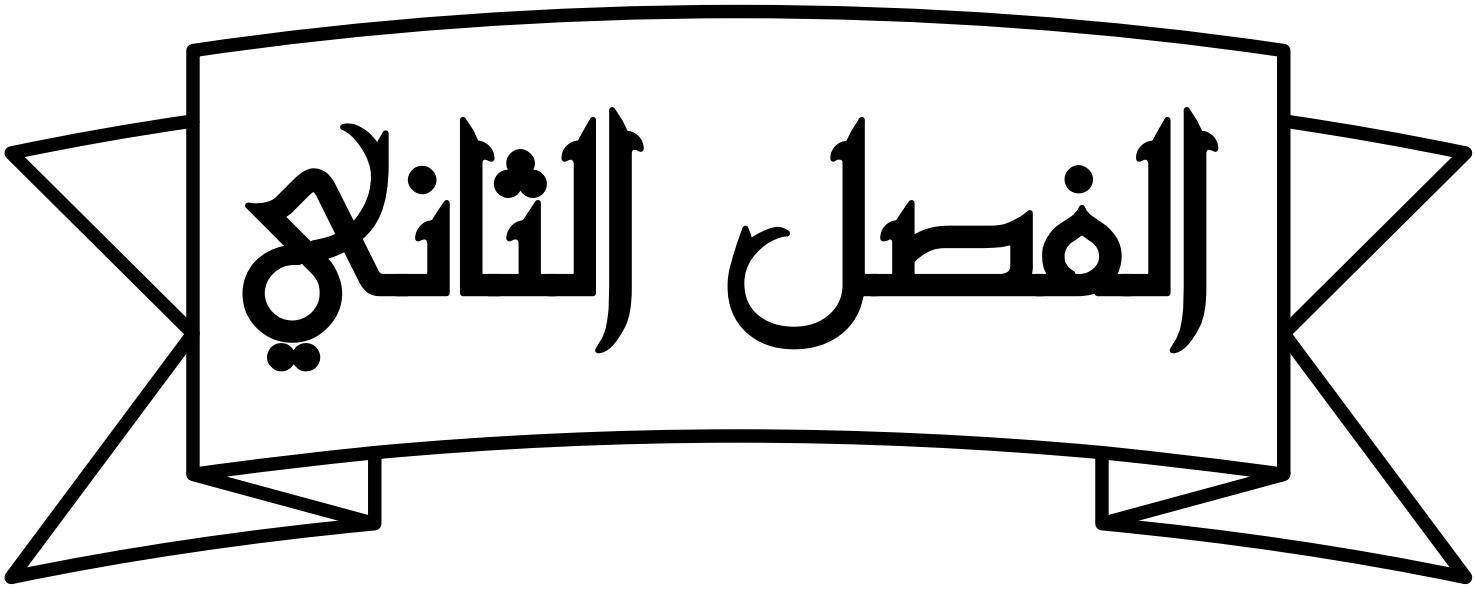
تتطلب الاتفاقية، الانعقاد اختصاص المركز أن يكون النزاع قانونيا [4]، ناشئا بطريقة مباشرة عن عقد الاستثمار، والاتفاقية لم تتضمن تعريفا واضحا للاستثمار، بل تركت للأطراف السلطة التقديرية الواسعة في تحديد فيما إذا كانت المعاملة، أو الصفقة ... وغيرها تعتبر استثمارا، وتحديد منازعاتهم التي يرغبون في عرضها على المركز

[1] ـ أنظر: د. جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق ، ص 44 و ما بعدها

[2] ـ أنظر: د. خالد محمد الجمعة، المركز الدولي كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية والعشرون، العدد الثالث، سبتمبر 1998، ص 268 وما بعدها

[3] ـ أنظر: د. جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق ، ص 242

[4] ـ أنظر: د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية. 1990، ص123.


الفصل الثاني

مما لاشك فيه أن الاتفاق التحكيم بعض الآثار الإجرائية ، التي تترتب على إبرام اتفاق التحكيم إذا كان صحيحا ومستوفيا لجميع الشروط الموضوعية والشكلية ، وعندما يخطر أحد طرف النزاع الطرف الأخر برغبته في اللجوء إلى التحكيم ، ويتم تشكيل الهيئة التحكيمية حسب النظام المتبع [1]" ، يكون الطرفان قد جسدا إجراءات التحكيم [2]، ومواصلة في إعمال إرادة الأطراف وفقا الاتفاق التحكيم المبرم بينهما ، تبدأ الهيئة التحكيمية أصلا في تحسيد إرادتها تطبيقا لهذا الاتفاق

تتفق أغلب القوانين الداخلية للدول على إخضاع التقاضي وإجراءاته أمام محاكمها الوطنية أكانت ذات طابع إجرائي أو موضوعي ، ولا يمكن للمتقاضيين مناقشتها أو تعديلها لأنها عبارة عن قواعد قانونية أمرة ، أما في خصومة التحكيم فإن خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف هو الأصل ، إذ يستوي أن يكون ذلك أمام التحكيم الإتفاقي أو التحكيم لدى الهيئات المتخصصة .

يعرف القانون الواجب التطبيق بأنه : مجموعة القواعد القانونية والتي يصل الحكم إلى أنها المناسبة للتطبيق على النزاع ، سواء أكان مصدرها قانونا وطنيا أم كانت مشتقة من مجموعة قواعد قانونية وطنية ، أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول [3]، مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية بأهمية كبيرة ، ذلك أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يجب إسناده إلى قانون معين حكم شروط انعقاده وصحته ونفاذه ، ويهيئ له السبل لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد . من التزامات

وأول ما تثور مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام المحكم ، وذلك عندما يدفع أحد الطرفين أمامه بعدم اختصاصه استنادا إلى عدم وجود اتفاق تحكيم ، أو بطلان هذا الاتفاق لوروده على مسألة غير قابلة للتحكيم أو لفقدانه أحد الأركان المطلوبة لانعقاده ، أو عدم شمول هذا الاتفاق للنزاع المطروح عليه ، ففي هذه الفروض يتعين على المحكم أن يحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم للفصل في مدى صحة الدفع المثار أمامه من عدمه .

كما تثور مسالة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني ، وذلك الفصل في النزاع بواسطة المحكمين ، أو بعد صدور حكم التحكيم ، فقبل الفصل في النزاع قد قبل أحد طرفي النزاع بعدم وجود اتفاق التحكيم أو يتمسك بصحته ، و قا ، تثور بعد ، همدور الحكم وذلك لغايات الاعتراف بالحكم أو

1 - أنظر: رشا على الدين ، مرجع سابق ، ص 33
2 - أنظر: محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 186
3 - أنظر: خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 219

تنفيذه من خلال دعوى البطلان التي رفعها الطرف الصادر ضده الحكم استنادا إلى أن هذا الحكم قد صدر دون اتفاق أو بناء على اتفاق تحكيم باطل مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم ، ففي هذه الفروض يتعين على القاضي تحديد القانون أو في الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم للتأكد من وجود صحة هذا الاتفاق ، حيث إن هيئة التحكيم لا تنتمي لدولة أو أخرى ولا تستمد ولايتها من هذه الدولة أو تلك [1]، وإنما هي مستقلة تستمد ولايتها من اتفاق طرفي النزاع وحده ، فيكون للقانون أو القواعد التي حددها هذا الاتفاق ما لقانون القاضي من سلطان ، وهو ما يؤدي إلى طرح التساؤل عن دور القانون الواجب التطبيق في تفعيل حل منازعات الاستثمار الأجنبي ؟ وهل حقق النتيجة المرجوة ؟ للإجابة عن هذا التساؤل ، نقوم بتحديد فعالية القانون الواجب التطبيق و علاقته بالآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم ومدى نجاعته في تفعيل الجانب الإجرائي من بداية تفعيل اتفاق التحكيم إلى غاية صدور القرار التحكيمي والذي يقتضي دراسة إمكانية التحرر من كل الجوانب الإجرائية لقانون الدولة المضيفة للاستثمار (مبحث أول) ، ولكن إمكانية التحرر وحدها لا تكفي بل لابد من تجسيد مبدأ سلطان الإرادة ، و لكن هذا الأخير يؤدي إلى طرح التساؤل حول سلطان الإرادة و علاقته بإرادة الأطراف ؟ للإجابة عن هذا التساؤل تتناول سعي المشرع إلى تحسيد فعالية استقلال الاتفاق الإجرائي عن التحكيم الموضوعي والتي تناولها في المبحث الثاني) مما يسمح للأطراف في تجسيد وتفعيل إرادة الأطراف عن قضاء الدولة ونظامها الإجرائي الداخلي .

1 - أنظر: خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 220

المبحث الأول : استقلال الاتفاق الإجرائي عن التحكيم الموضوعي

وعندما نتفق الأطراف على تسوية نزاعاتها عن طريق اللجوء إلى التحكيم ، فقيام الدراع بينها مما يؤدي إلى تداعي إجراءات التحكيم ، وتتم هذه الإجراءات طبقا لقواعد قانونية معينة . [1]

و لأن التحكيم يقوم على أساس اتفاقي الخصوم فلا يمكن إنكار دور إرادة الأطراف في تحديد اجراءاته ، والتي يترتب علها الخروج عن قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن طريق الشرح المانح الاختصاص الذي يتمكنهم من سلب الاختصاص من المحاكم المختصة ألا وإحالتهم النزاع إلى من اكه يختاروغا بأنفسهم والى هيئات يقومون بتشكيلها وفق اتفاقهم إما من حيث الإجراءات [2]، وهو ما يؤدي إلى طرح التساؤل حول دور إرادة الأطراف في حل النزاعات المترتبة وتحديد القانون الواجب التطبيق للإجابة عن هذا التساؤل فإنه بدراسة المستثمر الأجنبي الذي يحبذ استبعاد الجوانب حرالبية المرتبعلة بقانون الدولة المتعاقد معها ، كما أنه يفضل تعليمها بكل حرية بعيدا عن كل قيد

وقد كرست مختلف القوانين والاتفاقيات الدولية هذا المبدأ ونمت عليه في أحكامها المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي أي في خضوع إجراءات التحكيم القانون الإرادة (المطلب الأول) ، لكن قانون الإرادة وحده لا يكفي وهل حقق النتيجة المطلوبة في الوصول إلى حل معين ؟ لذا فإن الدراسية تستوجب التطرق إلى كما منح الأطراف حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات المطلب الثاني)

المطلب الأول دور الإرادة في تفعيل إجراءات التحكيم

يسود الفقه والقضاء والقانون والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز هيئات التحكيم الدائمة مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة [3]، إذ أنه لا خلاف في الوقت الحالي تعتبر إرادة الأطراف المرجع الأول في اختيار الهيئة التي تتولى الفصل في النزاع القائم [4]، ساد هذا المبدأ في العديد من الدول الغربية كإنجلترا وفرنسا وسويسرا والتي سعت على الاعتداد به كما تضمنت الكثير من التشريعات الوطنية بما فيهم التشريع الجزائري النص

1 - أنظر: خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 242

2 - أنظر: على عود حسن ، التحكيم الاحتياري والإداري في الازمات الفنية والمعمارية ، دار الفكر الجامعي الإسكنية ، مصر 2014 ص13

3 - أنظر: خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 244

4 - أنظر: ماهر محمد صالح عبد الفتاح ، اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة مصر ، 2004 ، ص 123 .

على الأخذ به [1]، فإذا اتفقوا على طريقة اختيار المحكمين ، وجب الالتزام بذلك واستبعاد كل الجهات الأخرى (الفرع الأول) كما يتمتع المتخاصمون حرية اختيار مكان ولغة وأحاله والتي نتناولها في الفرع الثاني) .

الفرع الأول : اختيار الهيئة التحكيمية عن طريق مبدأ سلطان الإرادة

رغم أن حكم التحكيم يعتبر عملا قضائيا ، فإنه يتميز بأن من يصدره ليس قاضيا معينا من طرف الدولة ضمن تنظيمها القضائي القائم دائما و الذي يعمل باضطراد و إنما يصدر من طرف شخص يتم اختياره بالنسبة لكل تحكيم على حدة يسمى بالمحكم ، و الذي عرفته محكمة النقض المصرية بأنه : " هو الشخص الذي يعهد إليه بفض نزاع بين طرفين أو أكثر و يكون له نظر النزاع و الاشتراك في المداولة بصوت معدود و في إصدار الحكم و في التوقيع عليه " . [2]

وإذا كان قضاة المحاكم يخضعون لنظام قضائي موحد يتعلق بتعيينهم و ترقيتهم و سائر شروحم ، فإن المحكمين يخضعون القواعد تختلف من هيئة تحكيم إلى سواء بالنسبة لكيفية تعينهم أو بالنسبة إلى سلطتهم ، والمبدأ الأساسي في تكوين هيئة التحكيم هو الرجوع إلى إرادة الأطراف فالأطراف في التحكيم هم الذين يشكلون هيئة التحكيم و ينظمون ما تخضع له من أحكام

وتبدو ارادة الطرفين واضحية بالنسبة للتحكيم الخاص (ad hoc) ، إذ يختار فيه الأطراف مباشرة و بواسطة شخص من الغير محكما أو أكثر النظر نزاع معين ، و لكن لإرادة الأطراف الدور الرئيسي و الأساسي في التحكيم المؤسسي إذ الأطراف عندما يختارون التحكيم وفقا لنظام المركز ، سواء نص النظام على أن يتم اختيار من الأطراف على نحو معين أو بواسطة المركز

مراعاة لمبدأ المساواة بين أطراف النزاع ، عمدت معظم القوانين والاتفاقيات الدولية ، إلى وضع قاعدة تكوين محكمة التحكيم من عدد فردي من المحكمين ، يكون في معظم الأحيان ثلاثة ، يختار كل طرف محكمة خلال فترة معينة [3]، ثم يختار المحكمان محكما ثالثا هو الرئيس وهو عادة يكون من جنسية دولة ثالثة لها علاقات دبلوماسية مع الدولتين المعنيتين بالنزاع [4] (دولة المستثمر والدولة المضيفة أما الصفات التي يجب أن تتوافر في المحكمين عند اختيارهم وتتعلق بالنزاهة والخبرة ومدى درايتهم بالتقاليد الثقافية والقانونية التجارية المحيطة بالدعوى ، ودرجة التخصص المطلوبة في الاستمار) ، موضوع النزاع .

1 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 51
2 - أنظر: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية علما و عملا ، مرجع سابق ،ص 248
3 - أنظر: محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 156 .
4 - أنظر: حسان نوفل ، مرجع سابق ، ص 33 .

تجدر الإشارة إلى أن تشكيل محكمة التحكيم من طرف الخصوم ليس بالأمر السهل ، حيث بلحا في كثير من الأحيان الطرف الذي لا يرغب في التحكيم ، إلى محاولة عرقلة العملية عن طريق التماطل في اختيار محكمه أو اللجوء إلى سحبه بعد تعيينه ، كما يمكن أن لا يتوصل المحكمان المختارات إلى اتفاق بشأن المحكم الثالث [1]، لذلك أجازت اتفاقيات الاستثمار الثنائية بصفة خاصة وغيرها من القوانين والأنظمة التحكيمية ، في سلطة الغير في تعيين محكمة التحكيم [2]، و إن اختلفت هذه الجهات المخولة من اتفاقية إلى أخرى .

لذا فإن حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم و طريقة اختيارها (أولا) ، لكن سير الخصومة التحكيمية قد يصطدم ببعض العوارض التي تؤثر فيها ، كرد المحكم واعتزاله أو تنحيه أو وفاته أو فقدانه أهليته (ثانيا) ، وهذه عوامل سلبية لها تأثيرها على فعالية التحكيم .

اولا : تشكيل هيئة التحكيم و طريقة اختيارها

من بين المزايا التي يوفرها التحكيم ، إعطاء الأطراف حرية اختبار المحكمين الذين سينولون أنصر في النزاع وقد يتولى هولاء القيام بهذا التعيين بطريقة مباشرة أو بواسطة تكليف طرف أحر للقيام المهمة بدلا عنهم ، ولا يعد اختيار الأطراف المحكمهم حاليا إلا بعد موافقة من تم اختيارهم على ذاك [3]، عادة تكون هيئة التحكيم من ثلاث محكمين ، إذ يقوم محكما الطرفين بتعيين الحكم الثالث الذي يطلق عليه أحيانا الوازع أو المرجح أو الفيصل [4]. قد تطرح بعض المشاكل في مرحلة تشكيل هيئة التحكيم ، خاصة في التحكيم الناتج عن شرط تحكيمي في عقد سابق للنزاع .

أما في الاتفاق اللاحق (مشارطه التحكيم) فتراضي الأطراف واتفاقهم على التحكيم يسري جنبا مع تسمية المحكمين ، فلا يعرقل أي منهما هذه التعيين ، كما أن تشكيل هيئة التحكيم يتم بطرق مختلفة حسب ما يتضمنه اتفاق التحكيم وحسب نوع التحكيم (الحر أو المؤسسي) .

1 - أنظر: محمد أبو الهيجاء ، الإجراءات أمام المحاكم الآلية للتحكيم التجاري ، بمحلة النادي العربي لتقنية المعلومات والإعلام بتاريخ 19/11/2003 ، منشورة على الموقع www.acamit.org : ، اطلع عليه بتاريخ : 16/12/2016 .

2 - أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب على الموضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية " دراسة فقهية قضائية مقارنة " ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الأزراطية الإسكندرية ، مصر 2003 ، ص 103 . 168

3 - أنظر: تنص المادة 1015 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري : لا يعد تشكيل محكمة التحكيم نحيحا ، إلا إذا قبل الحكم أو الكمون بالمهمة المسندة إليهم "

4 - خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 252

في التحكيم الحر (الخاص : Arbitrage ad hoc)

نصت معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها الجزائر ، على إمكانية حل المنازعات المحتمل تشوؤها بصدد استثمار مقام أحد الطرفين ، بواسطة التحكيم وبالأخص أنه يقوم بالوظيفة التي تقوم بها الدولة ، حيث تضمنت أحكامها طريقة تشكيل هيئة التحكيم وكيفية عملها[1]

أعدت بره موم الاتفاقيات الدولية العالية المتعلقة بالاستثمارات والقوانين الداعلية معظم الدول .جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، في 54 القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

كما نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية وهو ما اخذت به معظم الاتفاقيات الدولية الثنائية المتعلقة بالاستثمار و القوانين الداخلية لمعظم الدول

في التشريع الجزائري والتشريع المقارن

أعلى المشرع الجزائري الأولوية الحمرية الأطراف في تشكيل الهيئة التحكيمية ، لا يمكن لأي دون أن تتدخل في العملية إلا إذا تعذر على الأطراف الأنفاق على هذا التشكيل ، فقد جاء في المادة) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " يمكن للأطراف ، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي بين الحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم " في غياب التعيين ، وفي حالة معوية تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم،يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل اللجوء إلى القضاء الجزائري [2]

كما تبني القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد ،مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءاته ، بل أن المشرع الفرنسي قد ذهب إلى حد بعيد [3]، فيما يتعلق بالحرية الممنوحة الأطراف في عملية اختيار عدد المحكمين ، لدرجة دفعت البعض لأن يصف القانون الفرنسي في هذا الشأن بأنه متحررا إلى أقصى حد libéral au maximum

1 - أنظر: نذكر على سبيل المثال ما جاء في المادة 7 في من الاتفاق المبرم بين الجزائر ومصر حول التشجيع والحماية المتبادلة الاستمارات ، حيث نصت الفقرة ب على ما يلي : " يعين كل طرف في الخلاف محكما ويعين المحكمان سويا محكما ثالثا يكون من رعايا دولة ثالثة ليرأس هذه المحكمة "

2 - أنظر: تنص المادة 1041 فقرة 2 من ق ... م . ج علي : " ... في غياب التعيين ، وفي حالة و استدانم ، يجوز للمطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي : رفع الجزائر و احشار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول ما في الجرائر"

3 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 54

حدد المشرع المصري عدد المحكمين محكم واحد أو أكثر باتفاق الطرفين ، فإذا لم يتفقا كان العدد ثلاثة ، كما أعطى الحرية لطرفي التحكيم في اختيار المحكمين وكيفية ووقت اختيارهم فإذا لم اتفق الطرفان على الاختيار اتبعت القواعد التالية :

- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكمه ثم يتفق الحكمان على اختيار الحكم الثالث ، أما إذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما (30) التالية لتسلمه علما بذلك من الطرف الأخر ، وإذا لم يتفق الحكمان المعينان على اختيار الحكم الثالث خلال الثلاثين يوما (30) التالية التاريخ تعيين أحدهما ، تولت المحكمة اختياره بناء على وأحد الطرفين ويكون للمحكم الذي اختاره المكان المعينان أو الذي اختارته المحكمة برئاسة هيئة التحكيم و تسري ذات الأحكام في حالة تشكيل هيئة تحكيم من أكثر من ثلاث محكمين [1].

أما المشرع المغربي فقد تطرق في قانون المسطرة المدنية الجديدة على طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية بفتح المجال لأن يكون بشكل فردي أو زوجي طالما انفق الأطراف على ذاك [2]، وبالرجوع للمشرع التونسي فقد نص في القانون المتضمن " ملة التحكيم " المنظمة الإجراءات التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي [3] ، على طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية بشكل مفصل وحمس الباب الثالث للتحكيم الدولي بعد إقرار الدستور المغربي تنظيم التحكيم الدولي دستوريا[4] ، حيث تم القسم الثالث " تشكيل هيئة التحكيم " وجاء فيه ما يلي : " للأطراف حرية تحديد عابد افكمم يجب وأن يكون العدد وترا ، فإن لم يفعلوا يكون عدد الكمين ثلاثة " ، الأطراف حرية الاتفاق على الإجراءات الواجب إتباعها في تعيين المحكم أو المحكمين ، فإن لم يتفقوا على ذلك بيع الإجراء التالي

1 - أنظر: لزهر بن سعيد ، مرجع السابق ص 113

2 - أنظر: تنص المادة 309 فقرة 3 من قانون المسطرة المدنية المغربي الجديد الصادر بتاريخ 28 أيلول 1974 على : " إذا تعذر تعين اغكمين أو لم يعينوا مقدما ورفض أحد الأطراف عند قيام منازعة من جانبه أمكن للطرف الأخر أن يقدم مقالا إلى وليس الحكمة الذي يعطي لحكم المحكمين القوة التنفيذية لتعيين المحكمين بأمر غير قابل للطعن

3 - أنظر: قانون رقم 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أفريل 1993 ، والمتعلق بإحدار خلة التحكيم ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33 صادر بتاريخ 04 ماي 1993

4 - أنظر: لقد نظم المؤسس الدستوري المغربي مبدأ التحكيم متأخرا نوعا ما ، و كان ذلك وفقا لأحكام المادة 113 من دستور 2011 و التي تمت على : " فمن المملكة المغربية حق اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات الاستمارات على خلاف أنواعها ، ينتقم الظهير الشريف ذلك " ، إن الشيء الملاحظ هو رغبة المشرع المغربي في استقطاب رؤوس الأموال الأحية و توفير المناخ الملائم للمستثمرين الأجانب مع توفير شرط التحكيم

في حالة التحكيم بثلاثة حكمين بعين كل من الأطراف محكما ويقوم الكمان المعينان على هذا النحو بتعيين الحكم الثالث ، وإذا لم يقم أحد الأطراف بتعيين الحكم خلال ثلاثين يوما من تعيينها وجب أن يقوم بتعيينه بناء على طلب أحد الأطراف الرئيس الأول فحكمة الاستئناف بتونس بقرار استعجالي [1]

ولا يجوز له التخلي بعد القبول دون معر وإلا كان مسئولا بتعويض ما عسى أن يكون قد و فيه بذلك من الضرر الأطراف ، كما لم يحدد المشرع الجزائري طريقة إثبات قبول الحكم لمهمته بل اكتفي باعتبار هيئة التحكيم غير مشكلة تشكيلا صحيحا إذا لم يتحق هذا القبول .

إن قيام الخصوم الذين اتفقوا على التحكيم باختيار هيئة التحكيم سواء كانت مكونة من ميگم منفرد أم من محكمين متعددين يعتبر هو الأصل في هذا النطاق لأنه يستحبب إلى الهدف الذي نحوه هولاء الخصوم من عرض نزاعهم على هيئة التحكيم ويلاحظ أن هيئة التحكيم هي هيئة خاصة يتم اختيارها للفصل في نزاع معين وتنتهي مهمتها بهذا الفصل وهي بذلك تختلف عن فضاه الدولة كما هو معروف ، وهي بذلك تختلف عن قضاء الدولة كما هو معروف ويسيلر على اختيار امين بواسطة الخصوم مبدأ عام هو أن ذلك الحق أو رخصة لهم تقوم على الثقة الواجب توافرها في هذا الصدد وضرورة التشكيل السريع لهذه الهيئة[2]

تمكن هذه المرونة الأطراف من اختيار هيئة التحكيم حسب خصوصية كل نزاع [3]، كما أن تعيين المحكمين من قبل الأطراف مباشرة دون تدخل أي وسيط ، يتميز بعاملي السرعة ونقص التكاليف ، يضاف إلى ذلك عامل العلاقة الشخصية بين طرفي النزاع ، والحكم الذي يختاره والمؤسسة على الثقة التي تعتبر أكبر ضمان لهذه الأطراف.

في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار :

حتى يمكن أن تقوم إرادة الخصوم بوظيفتها في تحديد القواعد الإجرائية ، فإنه يتعين أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة [4]، فإذا كان نظام التحكيم يتأسس على مبدأ التراضي الذي يسمح الأطراف النزاع بالمساهمة في تشكيل هيئة التحكيم ، فان اتفاقيات استثمار تحيل في معظم الأحيان إلى القواعد الإجرائية الخاصة بعض هيئات

1 - ينظر إلى الفصل 55 من القانون نفسه . 171

2 - أنظر: نبيل إسماعيل عمر ، مرجع سابق ، ص 80

3 - أنظر: منحة الجيلالي ، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية في الجزائر ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية بي مگنول ، الجزائر ، 2005 ، ص 5

4 - أنظر: خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 245

التحكيم الدولية [1] في هذه الحالة تخضع محكمة التحكيم في تشكيلها وتنظيمها للقواعد القانونية التي تمت الإحالة إليها .

حالت معظم الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر على سبيل المثال في مجال الحماية المتبادلة الاستثمار ، على تحكيم المركز الدولي لتسوية حلاقات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى [2]

كما أحالت بعض الاتفاقيات المبرمة مع الدول العربية إلى التحكيم محكمة الاستثمار العربية ، بينما أشارت بعض الاتفاقيات إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس cci

غير أن معظم الاتفاقيات أعطت الأطراف حرية الاختيار بين اللجوء إلى أنظمة التحكيم خاصة ، في الحالة الأخيرة يتم تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة كمين يعين كل طرف محكما عنه ، ويقوم المحكمان المعينان بالاتفاق على تعيين الحكم الثالث الذي رأس الهيئة ويكون مواطنا من دولة ثالثة ذات علاقات دبلوماسية مع الدولة المضيفة للاستثمار[3] ودولة المستثمر .

تبدأ المدة التي ينبغي تعيين المحكم خلالها من تاريخ الإخطار الكتابي الذي يوجهه أحد الطرفين إلى الطرف الآخر[4] ، متضمنا موضوع النزاع ، ودعوته إلى عرضه على التحكيم المتفق عليه سواء في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم ، ومطالبته بتعيين محكمة ، كما تحدد الاتفاقيات الثنائية للاستثمار كحد أقصى لتلك المدة ، لا يتجاوز الشهرين في معظم الحالات من أجل تعيين المحكمين ، وتتراوح بين ثلاثة أشهر وأربعة أشهر من اجل تعيين المحكم الثالث [5]، بحيث يترتب عن انقضاء المدة دون قيام أحد الطرفين بتعيين محكمه ، إحالة الاختصاص إلى جهة أخرى [6]، قد تكون محكمة وطنية أو هيئة دولية أو غيرها الانتقاد الذي يمكن توجيهه إلى فكرة تخويل جهة أخرى مسألة تعيين الحكم هو احالة الاتفاقيات الاختصاص الى جهات محايدة

1 - أنظر: عيساوي محمد ، مرجع سابق ، ص 113

2 - أنظر: المادة 08 من الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة بين الجزائر والبرتغال ، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05 192 المؤرخ في 25 ماي 2005 ، العدد 37 صادرة بتاريخ 29 ماي 2005

3 - أنظر: أغلب الاتفاقيات الثنائية للاستثمار التي أبرمتها الجزائر والتي تضمنت تشكيل محكمة مؤقتة ، حددت عدد اشكمين بالانتر 3) وجعلت للمحكم الثالث مكانة هامة في هيئة التحكيم نظرا للدور الذي يلعبه في حسم النزاع

4 - أنظر: حددت معظم الاتفاقيات أبرمتها الجزائر في مجال حماية الاستثمارات ، مدة الشهرين (2) كحد أقصى ليعين كل طرف محكمه

5 - أنظر مثلا المادة 9 فقرة 3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا الاتحادية المتعلقة بالتشجيع والحماية المبادلة للاستثمارات الموقعة جرار ، ج ر العدد 58 التي تنمي على " تشكل هذه المحاكمة التحكيمية خصها ويعين كل طرف متعاقد عضوا بها وفق المهوال على اختبار موالين من دولة ثالثة كرليس ويتم تعيينه حكومتي الطرفين المتعاقدين ، يتم تعيين الأعضاء في مدة شهرين (2) بعد قيام أحد الطرفين في إحالة الخلاف على المحكمة التحكيمية

6 - أنظر: الملاحظ هو ان بعض الاتفاقات الثنائية المبرمة مع الدول العربية أحالت اختصاص التعيين الى الامين العام لجامعة الدول العربية مثل الاتفاق المبرم بين الجزائر وليبيا والاتفاق المبرم بين الجزائر واليمن

إن إحالة الاتفاقيات الدولية الاختصاص فيما يتعلق بتحديد جهة أخرى بعيدة كل البعد عن مجال الاستثمار ومنازعاتها وميدان التحكيم التجاري الدولي ، الأمين العام لجامعة الدول العربية الأمين العام للأمم المتحدة ، فإن الهدف الأساسي هو العمل على زيادة فعالية اتفاق التحكيم ودوره مختلف المنازعات المستعصية

في التحكيم بالمناسبة والتحكيم المؤسسي :

ودائما في مجال التعريف بالتحكيم نشير إلى أنه عادة ما دة ما يجري الحديث عن التحكيم الخصوصي أو بالمناسبة وعن تحكيم مؤسسي [1]، والتحكيم بالمناسبة تحكمه قواعد الإجراءات المتفق عليها هدف التحكيم ، فهناك العديد من الثوابت الإجرائية التي لا تتغير ولا تختلف سواء تم حسم النزاع من خلال القضاء أو عن طريق التحكيم[2]وذلك بعد نشوب النزاع وتلك القواعد الإجرائية قد تكون موضوعة من طرف منظمة دولية كتلك التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مثلا

لتفادي بعض الإشكالات ذات الطابع القانوني والمتعلقة بالتحكيم الخاص ، تعتبر هيئات التحكيم الدائمة الإطار المناسب لحل مختلف المنازعات لوجود إطار قانون تنظيمي وأجهزة مختصة .

إذ تتضمن قواعد التحكيم التي تتبعها تلك الهيئات نصوصا تمكن من بدء واستمرار التحكيم الي حالة ما إذا امتنع أحد الأطراف عن المشاركة فيه أو رفض تعيين المحكمين وبالإضافة إلى ذلك تضم الهيئات في معظمها خبراء ماهرين مدربين على إدارة إجراءات التحكيم ما يضمن سيرها دون معوقات[3] ، في إطار عملية تعيين الحكمين لتشكيل الحكمة التحكيمية لدى بعض الهيئات الدولية

إذ أنه في إطار المركز الدولي لتسوية خلافات الإستثمار بين الدول ورعاية الدول الأخرى (CIRDI يقدم الطرف الذي يرغب في الالتجاء إلى طريق التحكيم ، سواء الدولة المتعاقدة أو المستثمر الذي ينتمي إلى دولة متعاقدة أخرى طلبا كتابيا للسكرتير العام الذي يقوم بتسجيله إذا قدر أن النزاع بدخل في اختصاص المركز ويرسل نسخة منه إلى الطرف الآخر[4] " عقب هذا التسجيل ، يشرع في تشكيل الحكمة التحكيمية التي تتألف من

كما نستنتج أن بعض الاتفاقيات أعطت الاختصاص إلى رئيس محكمة العدل الدولية كالاتفاق المبرم بين الجزائر ودولة قطر الاتفاق المبرم بين الجزائر والنيجر ، كما أن بعض الاتفاقيات أحالت إلى ربي محكمة التحكيم الدولية يستوكهولم

1 - أنظر: قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، في 229

2 - محمود علي عبد السلام والي ، خصوصية إجراءات التحكيم دراسة تحليلية مقارنة " ، مجلة العلوم القانونية ،الاقتصادية و كلية الحقوق ، جامعة عين شمس القاهرة ، مقر ، العدد الأول ، سنة 2016 ص 8

3 - أنظر: عمر ، مرجع سابق ، ص158

4 - أنظر: تنص المادة 36 من اتفاقية نسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 : " يجب أن مشعل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة طرح المنازعات على التوفيق والتحكيم ، كما يتعين على السكرتير العام تسجيل الطلب ، إلا إذا قدر في ضوء البيانات الواردة بالطلب أن النزاع بعروج بشكل جلي عن اختصاص المركز

عدد فردي من المحكمين ، يعينون طبقا لاتفاق الأطراف إذا لم يتفق الأطراف بشأن عدد المحكمين أو طريقة تعيينهم ، تضم المحكمة وجوبا ثلاثة محكمين ، بين كل طرف شكا واحدا وأما الحكم الثالث فيعين بالاتفاق بين الطرفين ويكون رئيسا للمحكم[1]

إذا لم يتم تشكيل المحكمة خلال تسعين (90) يوما التالية للإخطار بتسجيل الطلب من طرف السكرتير العام أو خلال أي مدة يتفق عليها الطرفان ، يقوم الرئيس [2] بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل ، بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد بشرط أن يكونوا من دولة غير الدولتين المعنيتين النزاع [3] يجب أن يكون المحكمون الذين يعينهم المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار ، يقوم أساسا على إرادة الأطراف ، سواء تم التعيين مباشرة أو بطريقة غير مباشرة ، إذا ارتضوا الخضوع لهذه القواعد

ولاشك في الطابع العقدي للعلاقة بين المحكم والطرف الذي قام باختياره مباشرة أو بقبوله المحكم أو المحكمين الذين تولت إحدى الهيئات الدائمة اختيارهم بناء على اتفاق الأطراف [4]دون الخوض في تكييف هذه العقد نستخلص اعتماد مبدأ " سلطان الإرادة " في مسالة اختيار المحكمين ما يدعم فعالية التحكيم كضمان للاستثمار ، أما بالنسبة لنظام غرفة التجارة الدولية (lcc)

كان لغرفة التجارة الدولية في باريس السبق في إنشاء مركز دولي للتحكيم يتمتع بالسمعة العالمية في حل النزاعات الدولية ذات الطابع التجاري ، ومنذ إنشاء محكمة التحكيم التابعة للغرفة عام 1923 ، ظلت هذه المحكمة تعمل كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية وذات الجنسيات المختلفة في مجال العلاقات التجارية الدولية .

1 - أنظر: نسجل هنا اختلافا مع قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي يعين وفقها الرئيس من طرف المحكمين المختارين من طرف الخصوم

2 - أنظر: المقصود بالرئيس ، هو رئيس مجلس الإدارة المركز ، الذي يشغل أيضا منصب رئيس البنك الدولي للتعمير والتنمية ، وهذا ما همت عليه المادة 05 من اتفاقية واشنطن " يعنير رئيس البنك العالمي محكم وخليفته للمجلس الإداري ، المسمى فيما يلي بالرئيس غير أن يكون له حق التصويت وإذا كان هذا الرئيس غالبا أو مريضا أو كانت وظيفة رئيس البنك شاغرة ، فإن الشخص الذي يحل محله في البنك يقوم بوظيفة رئيس مجلس الادارة

3 - أنظر: تنص المادة 38 من اتفاقية واشنطنعلى "لا يجوز أن يكون المحكمون المعنيون بواسطة الرئيس طبقا لأحكام هذه المادة ، رعايا الدولة الطرف في النزاع او الدولة المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرف في النزاع "

4 - محمود مختار احمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، سنة 2007 ص 87

ونتج عن طول خبرة الغرفة في القضايا التحكيم أن أنشأت نظاما موحدا وقضايا محددة للتحكيم ترشد بما الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم عن طريق الغرفة ، كما وضعت القواعد والأحكام وشروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود الدولية وضعها في صياغة عقودهم وأهم هذه القواعد [1]

أوصت غرفة التجارة الدولية الأطراف الذين يرغبون باللجوء إليها للتحكيم في المنازعات التي تنشب في العقود الدولية التي تتضمن عقودهم الشرط النموذجي التالي : " جميع الخلافات التي تنشا عن هذا العقد يتم حسمها تحائيا وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو عدة حكام يتم تعيينهم وفقا لذلك النظام "

أن تشمل عقودهم شرط التحكيم النموذجي التالي : " يسوى أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو عن خرقه أو إنهائه أو بطلانه عن طريق التحكيم وفقا لنظام لجنة القانون التجاري التحكيم كما هو ساري حاليا ، تكون سلطة التعيين الغرفة التجارة الدولية التي تتصرف تبعا للإجراءات التي اعتمدها الغرفة " ، وحسب المادة الثامنة من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية

Cci فان للاطراف حرية في تحديد عدد المحكمين ، اذا لم يتفقوا تقوم الهيئة الدولية بتعيين محكم فرد ، اما في حالة تقديرها لضرورة تعيين ثلاث محكمين فانها تطلب من المدعي ان يعين محكما خلال خمسة عشر يوما اعتبارا من تاريخ تسلم الإخطار بقرار الهيئة ,

و يعين المدعي عليه مما محكما خمسة عشر يوما اعتبارا من تاريخ تسلم الإخطار الذهبي الذي قام به المدعي ، كما قام به المدعي كما يتعين أن يكون الحكم الفرد أو رئيس محكمة التحكم من جنسية مختلفة عن جنسيات الأطراف ، لكن يجوز إن اقتضت الضرورة أن يثار الحكم الفرد أو رأس الحكمة من اله أحد الأطراف

ثم أن الشيء الإيجابي هو أن هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية لا تتصدى للذراع نفسها وإنما تقوم محكمة التحكيم عندما يختارهم الأعراف أو تثبيت أعضائها [2]، وهو نفس الإجراء تقريبا التي سلكته الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGT بحيث أنه

بوجه الراغب في اللجوء إلى التحكيم (المدعي) اخطار إلى الطرف المدعي عليه يتضمن بيانا بطبيعة المنازعة والطلبات المراد الحكم ما واسم الحكم المعين من قبله ويجب على محكمة خلال 30 يوما.

1 - أنظر: حسان نوفل ، مرجع سابق ، ص 71 . 176
2 - أنظر: رشا علي الدين ، مرجع سابق ، ص 48

يختار الطرفان خلال ثلاثين يوما (30) من تعيين الحكم الثاني ، فكما مرجحا يترأس هيئة التحكيم ، إذا لم يتم تشكيل هيئة التحكيم خلال مسن يوما (60) يوما من تاريخ نقلتم الإخطار بطلب التحكيم يتم تعيين الحكم الذي لم يعينه الطرف المعني ، أو الرئيس الهيئة من طرف الرئيس المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى بناء على طلب مشترك من الطرفين ، إذا لم يتم التعيين خلال ثلاثين يوما (30) من تاريخ الطلب ، يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية الدائمة إجراء التعيين بقرار منه . [1]

إن مسالة الإحالة إلى وليس المركز الدولي ثم إلى رئيس محكمة العدل الدولية يؤدي إلى عرقلة المري الحسن التشكيل الهيئة التحكيمية وكذا إبعاد عنصر الحيادية وبالتالي فقدان الضمان في تحقيق فعالية اتفاق التحكيم و الهدف المنشود منه .

في جميع التشريعات وأمام معظم الهيئات الدولية للتحكيم التجاري ، يخضع اختيار المحكمين إلى إرادة الأطراف ، إلا أن هذا الاختبار يجب أن يبني على مجموعة من المواصفات والمؤهلات الواجب توافرها في الحكم ، أهمها ضرورة التزامه بالاستقلالية والحياد وأن يكون من ذوي الخبرة والجدارة في دائرة اختصاصه ، بالإضافة إلى شرط الأهلية والتمتع بالحقوق المدنية . [2]

أما مسألة جنسية المحكم ، فلم تعطها التشريعات والاتفاقيات أهمية قصوى ، واكتفت بالإشارة إلى ضرورة وجود اختلاف المحكمين ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في الواقع لا يعني اختلاف الجنسية ضمان الحياد والاستقلالية كما لا يعني اتخاذ جنسية الحكم من جنسية أحد أطراف النزاع انتقاء الاستقلالية

لقد وضعت الهيئات الدولية للتحكيم المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، وغيره نظاما متكاملا للتحكيم يمنح المستثمرين الأجانب في الدولة المضيفة الاستثمارهم أفضل ضمانات النزاهة والحياد ، بغض النظر عن طريقة تشكيل محكمة التحكيم ، و لعلى الضمان الأساسي والجوهري هو العمل على عدم تملص الدولة من تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر تحت سقف هذه الهيئات

1 - ينظر إلى المادة 4 من الإنسانية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGT) ، الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 05-95 المؤرخ في 21 جانفي سنة 1995 ، ج ر عدد 7 مبادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995 ، المصادق عليها مقتضى مرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ر ج عدد 66 المبادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995

2 - أنظر: تنص المادة 1014 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على : " لا تسند مهمة التحكيم الشخص طبيعي إلا إذا كان منمنعا بحقوقه المدنية ، إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا ، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم "

ثانيا : عوارض خصومة التحكيم

قد تعترض مهمة المحكمين بعض العوائق إلى التوقيف المؤقت لسير الخصومة التحتية أهمها : رد المحكمين (أ) ، وتناول عزلهم (ب) وتنحي المحكمين أو اعتزلهم أو وقائم أو فقدان أهليتهم ، مما يستوجب استبدالهم (ج)

رد المحكمين وعزلهم

نظرا لأهمية العقود التجارية الدولية ، فإن المصالح الاقتصادية التي يمكن أن تكون محل نزاع وتسوية عن طريق التحكيم قد تتعرض إلى الضياع [1]، وعدم الانضباط في الحقوق عندما يتعلق الأمر بمحكمين وقع الشك في استقلاليتهم أو نزاهتهم أو حيادهم أو لا تتوفر فيهم الشروط والصفات افق عليها في اتفاق التحكيم [2]، لذلك أعطى القانون الحق للأطراف في رد المحكمين المشكوك أي رفض المحكم النظر في نزاع معين لكن قد يكون الهدف من الرد هو التماطل وتعطيل الإجراءات

يحق لأي من طرفي النزاع في الخصومة التحكمية رد المحكم من شكوك جدية حول حياد أو عدم استقلالية المحكم المطلوب رده ، ففي القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[3]، جاء في الفقرة الثانية من المادة 12 : " لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله ، أو إذا لم يكن حائزا لمؤهلات اتفق عليها الطرفان ، ولا يجوز لأي من طري النتراع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا المحكم " .

إلى جانب القانون النموذجي ، تسمح معظم التشريعات الوطنية برد المحكم لأسباب لا تختلف معظمها عما ورد في النص المذكور أعلاه ، فوفقا لأحكام التشريع الجزائري [4]: " يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم في الحالات الآتية :

1. عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف .
2. عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف .
3. عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط

1 - أنظر: محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 181

2 -Voir : Rozes Simone , La Procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres , Paris , P114 أورده رشا على الدين ، مرجع سابق ، ص 49

3 - ينظر إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت عليه في عام 2006 ، و المعدل إلى غاية 15/08/2010 السالف الذكر "

4 - ينظر إلى المادة 1016 من قانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ،(السالف الذكر)

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا السبب علم به و التعيين " ، هذا وقد أكدت القوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم على ضرورة توفر سبب مقنع لرد المحكم وإن لم تحدد بعض القوانين كل أسباب الرد فإنها أشارت إلى ما يوحي شك في استقلاليته أو نزاهته أو حياده او عدم توفر الشروط أو الشروط المتفق عليها في اتفاق التحكيم وعله نصت المادة 1463 من ق . م ، ف على أنه

-un arbitre ne peut s abstenir être récusé que cause de récusation qui serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation

كما نصت المادة 18 فقرة 1 من القانون المصري الجديد على أنه [1]: " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته واستقلاله " إذا يظهر بأن اتخاذ إجراء الرد ضد أي معكم يخضع لشرط توفر سبب من أسباب الرد سواء المعقولة أو المنصوص عليها قانونا في اتفاق التحكيم "

وأضاف المشرع التونسي ، أنه لا يجوز التجريح في المحكم إلا إذا وجدت أسباب من شأنها أن تير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليته ، فالمقصود بالرد هو منع المحكم من مواصلة الفصل في النزاع [2]لظهور أسباب قد تثير قدرا من عدم الطمأنينة لدى الخصوم أو أحدهم فيما يتعلق حياد المحكم ، وبالتالي يكون لهم الحق في طلب تنحيته ومنعه من النظر في النزاع ، فيتعين على التحكم المختار يفصح للخصوم عن بعض الأمور ، ومثل هذا الأمر له طبيعة أن من أسباب طلب رد المحكم عدم إفصاحه عن عدم قدرته على القيام بالمهمة التحكيمية ، ولكن يشترط ألا يكون الخصم المعني عالما بالأمر السابق ، عندما قام بتعيين المحكم المعني أو أن يستمر في الخصومة التحكيمية ويعتبر نظام رد المحكم أو رد الهيئة القضائية من النظم الإجرائية وإحدى الضمانات التي يجب توفرها الخصوم ، وللمحكم لحمايته من نفسه وهو نظام يؤثر على عمل هيئة التحكيم وأدائها وظيفتها وبالتالي فإنه يترك أثار إجرائية على خصومة التحكيم لا يمكن تجاهلها . [3]

و بما ان رد المحكم ضمانة هامة للخصوم فلا يجوز أن تدفع الرغبة في تشجيع نظام التحكيم عند وجود صلة له بأحد الخصوم فتقرير إمكانية رد الحكم بعكس احترام مبدأ إجرائي اصلا هو حق الدفاع ، فمن حق كل طرف أن يمثل أمام قاض محايد هذا أمر طبيعي لا يكون إلا إذا كان اتفاق التحكيم صحيحا و قانونيا

1 - أنظر: أسامة أحمد شتات ، قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الكتب القانونية ، مصر 2003 ، ص 206 أو wwww.mts.gov/législations

2 - أنظر: محمد ناصر البجاد ، التحكيم في المملكة العربية السعودية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية السعودية ، السعودية ، 1999 ص 157 .

3 - أنظر: لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 33 .

ثم أنه لابد من التوضيح إلا أن رد المحكم يتم في أي مرحلة من مراحل إجراءات التحكيم ، إلا انه يوجد هناك اختلاف في مسألة استمرار أو وقف إجراءات التحكيم أثناء البيت في طلب الرد وكذلك في المهل الممنوحة للطرف الذي يرغب في تقديم هذا الطلب ، نظم المشرع المصري إجراءات الرد في المادة (19) من قانون التحكيم التي كانت تنص في فقرتها الأولى على : " إن طلب الرد يقدم إلى هيئة التحكيم التي تنظر النزاع سواء كان محكما واحدا أو تعدد المحكمون ، وهو بذلك كان يتطابق مع المادة 3 الفقرة 02 من القانون النموذجي التي تقضي بأن تفصل هيئة التحكيم بنفسها في طلب الرد المقدم إليها

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية هذا النص [1]، لذا اشترط المشرع المصري على أن يكون الطلب مكتوبا ، ومحتويا على اسم الحكم المطلوب رده ومتضمنا الأسباب التي يستند إليها طالب الرد ، وأن لا يكون طالب الرد قد سبق له تقدم طلب برد ذات المحكم في ذات القضية وتتلقى هيئة التحكيم طلب الرد من صاحبه دون أن تفصل فيه بقرار ، وإذا حكم برده من المحكمة عند نظر الطعن ، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم كأن لم تكن ويعود الخصوم إلى الحالة السابقة لخصومة التحكيم (م 19 فقرة 4) من قانون التحكيم المصري .

وفي حالة ما لم يتنحي المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الأخر على طلب الرد ، يجب على هيئة التحكيم أن تبت في هذا الطلب ، وفي حالة عدم قبول طلب الرد يجوز للطرف المعني أن يلتمس من المحكمة أو الجهة القضائية المختصة خلال (30) يوما من تاريخ تسلمه إشعارا بالرفض أن انت لي طلب الرد وقرارها يكون غير قابل لأي طعن ، وأعطى مهلة خمسة عشر (15) يوما للعلوف الراغب في رد الحكم من تاريخ تشكيل الحكمة أو من تاريخ العلم بالظروف التي بأسس عليها طلبه واذا يحى الحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوما (15) من تاريخ تقلع الطلب ، بمجال الى محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة أخرى في مصر " [2]

1 - أنظر: ليصبح نص المادة 19 المعدل بالقانون رقم 8 لسنة 2000 ينص على : " يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبرة للرد فإذا لم يتنحى الحكم المطلوب رده خلال 15 يوما من تاريخ طلب الرد مال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون للفصل فيه حكم غير قابل للطعن .

- لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد الحكم نفسه في ذات التحكيم .
- لا يترتب على تقديم الطلب الرد وقف إجراءات التحكيم وإذا حكم برد الحكم بترتب على ذلك اعتبار ما قد يكون قد تم من إجراءات بما في ذلك حكم المحكم كأن لم يكن " ، ينظر إلى : د احمد شئات ، مرجع سابق ، ص 207 .

2 - ينظر إلى المادة التاسعة من قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية لجمهورية مصر العربية ، مرجع سابق ، ص 108 .

أما في حالة قبول الهيئة التحكيمية طلب الرد ، أو في حالة قبول الطعن من طرف الجهة القضائية المختصة ، أعتبر ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم ، بما في ذلك حكم المحكمين كأن لم ليكن طبقا للمادة 19 فقرة 4 من القانون المصري السابق الذكر ، هذا وقد نصت الاتفاقيات الدولية على هذا الإجراء بنفس الكيفية التي سبق بيانها في القوانين الوطنية المقارنة فالمادة 10 فقرة 1 من نظام التحكيم لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي نصت على ضرورة الاستناد إلى سبب يكون قد كشفه بعد التعيين ونفس الحكم اعتمدته المادة 12 فقرة 2 من القانون النموذجي التجاري الدولي لسنة 1985 ، التي نصت على أنه " لا يجوز رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله أو إذا لم يكن حائزا لمؤهلات اتفق عليها الطرفان ، ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبيتها بعد أن تم تعيين المحكم " .

وقد أورد القانون النموذجي نصا يقضي بإعطاء الحرية للأطراف لتحديد إجراءات الرد المادة 3 الفقرة ! وفي غياب هذا الاتفاق حددت الفقرة الثانية والثالثة نفس الإجراءات التي أخذ بها القانون المصري ، من حيث المدة والطلب ومحتواه وكذا الطعن في الحكم التحكيمي الصادر في ذلك أمام الجهة القضائية التي قامت بالتعيينات حسب المادة 06 من القانون النموذجي

نلاحظ أن القانون النموذجي لسنة 1985 معمول به ومعتمد في القوانين الوطنية المقارنة بشكل كبير ، مما يجعلنا نقول بأن التحكيم في مجال الاستثمار والتجارة الدوليين هو نظام موحد في اغلب الدول [1]

لكن الملاحظ في الاتفاقيات الدولية أو القوانين الوطنية المقارنة هو العمل على إعطاء ملطة طلب الرد للهيئة التحكيمية التي يكون أحد أعضائها على هذا الطلب ، وهنا يصعب أداء اللهمة بكل ما تستلزمه من مصداقية وحياد بل يصعب الأمر أكثر عندما تكون الحكمة مشكلة من محكم ترد إذ كيف يمكن لهذا الحكم الفصل في مسألة رد نفسه ؟ لذلك كان الأفضل أو عهاء النظر في الاختصاص إلى جهة أخرى محايدة إلى القضاء الوطني مباشرة[2]

هذا وفي حالة شغور عضوية أحد المحكمين أو أكثر بسبب الرد ولأسباب أخرى كالوفاة أو حالة أداء المهمة أو العزل أو لأي ظرف أو سبب معقول ، يتم استبداله بنفس الإجراءات السالفة الذكر بصدد التعيين وهنا

1 - أنظر: عيساوي محمد ، مرجع سابق ، ص 106
2 - أنظر: محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 185 .

ينبغي على الأطراف تفادي بأكبر قدر ممكن عرقلة إجراء التحكيم تجنبا الإطالة الإجراءات أو تعطيل إجراء التحكيم ككل .

أما على مستوى التشريع الوطني الجزائري ، فإنه لابد من التأكيد أن المشرع الوطني الذي عدد أسباب الرد كما تطرقنا سابقا إلا أنه لم يتطرق إلى المهل الزمنية بل أنه حاول إحالة الأطراف إلى نظام التحكيم الذي اختاروه ، وإذا لم يتضمن هذا النظام كيفيات تسوية إجراءات الرد ولم يستطيعوا تحديد هذه الإجراءات بالاتفاق فيما بينهم ، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل ، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن [1]

إن مسألة رد المحكم يمكن النظر إليها من زاويتين مختلفتين ، فيما يتعلق بتأثيرها على فعالية التحكيم التجاري الدولي فمن جهة تعتبر دعما لهذه الفعالية ، على أساس أن كل طرف من طرفي النزاع يستطيع أن يتدخل لوضع حد لأي اختلال في تشكيلة هيئة التحكيم فلا يسمح بوجود محكم غير مستقل أو غير محايد .

لم يحدد المشرع الجزائري المهلة التي يجب فيها تقديم طلب الرد ولا المدة اللازمة للفصل في الطلب من طرف هيئة التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء

ب- عزل المحكمين

اما بالنسبة إلى العزل اجازته معظم القوانين بشرط تراضي الأطراف ، وسواء كان التعيين قد تم أصلا من قبل المحكمة أو من قبل الطرفين ، أو من قبل سلطة التعيين التي حددها مسبقا ولابد من الإشارة إلى أن العزل نوعان اتفاقي وقضائي :

فالعزل ألاتفاقي يعني أنه لا يجوز عزل المحكم إلا باتفاق جميع الأطراف بحسب نص المادة 20 من قانون التحكيم المصري[2]، إذن نستخلص أنه لا يستطيع أي طرف وحده بإرادته المنفردة عزل محكمه بعد اختياره ولو كان هذا المحكم قد تم تعيينه بواسطة هذا الطرف إعمالا لاتفاق التحكيم [3]، وبطبيعة الحال لا يكون هناك عزل إلا إذا كان قد سبقه قبوله لمهمته ، أما إذا كان الحكم قد اعتذر القبول ، واشترط أجلا لتحديد موقفه فلا يتصور ثمة عزل .

1 - ينظر في ذلك إلى المادة 1016 من القانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، السالف الذكر . 183

2 - أنظر: وهو ما أكده المشرع الجزائري أيضا وفقا لأحكام المادة 1018 فقرة 3 التي تنص على : " لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف " .

3 - فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، دار المعارف بالإسكندرية ، مصر 2006 ، ص 283

أما إذا كان قد أصدر حكمه فلا مجال للقول هنا بامكانية عزل المحكم ، ويكون للخصوم في هذه الحالة عدم الاعتداد بالحكم الصادر منه ، واعتباره كأن لم يصدر في مواجهة بعضهم البعض ، أما إذا لم يتفق الخصوم على عدم الاعتداد بالحكم فإن هذا الحكم يعتبر صحيحا وواجب النفاذ [1]

أما بالنسبة للعزل بواسطة القضاء فيرى الفقه أنه يختص بإصدار الأمر بالعزل رئيس الدائرة أو القاضي المختص بإصدار الأمر بالمحكمة المختصة وفقا للمادة 09 من قانون التحكيم المصري ، وللقاضي قبل إصدار أمر العزل أن يكلف الطالب بإعلانهم أو إعلان أحدهما لسماع أقواله قبل إصدار الأمر بالعزل ، وللمحكم المعزول أن يلجأ للقضاء للمطالبة بالتعويض إذا ما كان العزل مبنيا على أسباب غير صحيحة .

ج – استبدال المحكمين :

يستبدل المحكم عند قبول طلب الرد والحكم ، أو عند تنحيه أو عزله أو وفاته أو أي سبب أخر يستوجب تعيين محكم بديل عنه عندما يكون التحكيم لدى مراكز التحكيم الدولية وبموجب القواعد المعتمدة لديها ، فان الإجراء المتبع عادة عند تعيين محكم بديل ، يكون نفس الإجراء الذي أتبع عند تعيين الحكم الأصلي دون أن تثار مشاكل معقدة

لكن في حالات التحكيم الخاص ، تطرح العديد من الإشكالات عند تعين الحكم البديل ،حيث يتعين على أطراف النزاع إبرام اتفاق جديد لأنه في معظم الحالات لا يتضمن شرط التحكيم أو مشارطه التحكيم عالية مثل هذه الوضعيات ، مما يتطلب تدخلا من الأطراف والاتفاق الحكم البديل أو الطريقة التي يمكن من خلالها التعيين

في حالة عدم الاتفاق لابد من لجوء الأطراف إلى المحكمة المختصة لتتولى الأمر ، لقد أجمعت مختلف التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وأنظمة التحكيم للمؤسسات والمراكز الدولية والاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية ، على إتباع الإجراءات التي تمت عند اختيار المحكم[2] ،الذي انتهت[3] مهمته بالرغم من اختلافها في موضوع استمرار الإجراءات أثناء نظر طلب رد المحكم ، الذي وكذلك بعد صدور حكم الرد وهو ما يؤدي إلى التساؤل عن مصير الإجراءات التي تمت فالبعض قضي باستمرار الإجراءات بما في ذلك إصدار

1 - أنظر: لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 236 .

2 - أنظر: تنص المادة 15 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي : " عندما تنتهي ولاية أحد المحكمين وفقا للمادة 13 أو المادة 14 أو بسبب تنحيته عن وظيفته لأي سبب آخر ، أو بسبب إلغائه ولايته باتفاق الطرفين ، أو في أي حالة أخرى من حالات إنحاء الولاية ، يعين محكم وفقا للقواعد التي كانت واجبة التطبيق على تعيين الحكم الجاري تبديله ".

3 - أنظر: يعتبر المشرع الجزائري التحكيم منتهيا مجرد اتفاق الأطراف على استبدال الحكم ما لم يوجد شرط مخالف لذلك ، ينظر إلى أحكام المادة 1024 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، السالف الذكر

الحكم التحكيمي ، وبعضها قضت بوقف الإجراءات ، و البعض لم يتنازل عن هذه المسائل تماما ، إلا أن الاتجاه الأكثر وضوحا في تشريعات التحكيم عند الحكم برد المحكم هو اعتبار ما تم من إجراءات تحكيمية سابقة كأن لم تكن ، بما في ذلك حكم التحكيم إن كان قد صدر .

الفرع الثاني اختيار هيئة التحكيم الإجراءات التحكيم

الأصل في اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على مكان التحكيم ، و كذا حريهم في تحديد لغة التحكيم[1] ، ومن منطلق أن القاعدة العامة تقضي بإسناد مسريان قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات هاته الأخيرة تقتضي ضرورة منح هيئات التحكيم سطات واسعة في تدعيم سير العملية التحكيمية لذلك سوف نتناول موضوع التحكيم (أولا) ، ثم مهمي التحيم (ثانيا) ، وكذا لغة التحكيم (ثالثا)

أولا موضوع التحكيم

يميز القانونيون عموما بين المنازعات ذات الطابع القانوني ، والمنازعات ذات الطابع سياسي حيث أنه تعرض ذات الطابع القانوني منها فقط على التحكيم والتنمية التحكيم القانوني من السياسي في المنازعات التي تعرفها كالتالي : المعيار الموضوعي (أ) ، ولكن هذا لا يكفي فلابد من معيار شخشي (ب) ، وكذا معيار تعدد المنازعات (ج)

المعيار الموضوعي

ومفاد هذا المعيار أن المنازعات القانونية في تلك التي تعليق عليها قواعد القانون الدولي ، أما إذا لم توجد قواعد قانونية تطبق في حلها فهي ذات طابع سياسي ، ولا تعرف على التحكيم : القضاء الدولي ، وهذا المعيار كما نرى يعتمد على طبيعة القاعدة القانونية لا على شيعه را از يكون النتزاع قانونيا إذ كان بالإمكان الرجوع إلى قواعد القانون الدولي ڤله وهو سياسى دينت في حله قواعد أخرى تجدها المحكمة ، والقائلون بهذا المعيار يرون أن المنازعات السياسية هي تلك التي يكون القانون الدولي ناقصا أو غامضا ليطبق عليها ويحتاج إذن ليكمل أو ليدقق

ب المعيار الشخصي

يقول الأخذون بالمعيار الشخصي بوجوب الرجوع إلى إرادة الطرفين للتعرف على ما يعتبرانه في ساعات السياسية ، وتكون العيرة حسب هذا المعيار ، ليست بطبيعة النزاع بل بالتزام أو عدم التزام الطرف بغرضه على التحكيم او القضاء [2]

1 - أنظر: مصطفي ناطق صالح الناصري ، مرجع سابق ، ص 51
2 - أنظر: قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 275

فإذا قال الطرفان بأن النزاع قابل لأن يطبق عليه القانون فهو قانوني أما اذا برز الطرف مطالبته استنادا الى مصلحته بغض النظر عن القانون فيكون النزاع سياسيا كأن ينازع ذلك الطرف في حق الطرف الآخر ، غير أن انتقادا يوجه نظريا على الأقل ، إلى هذا المعيار باعتباره لا يضمن عدم شمل الدولة من التزاماتها إذا ما رأت ، بإرادها المتفردة أن النزاع سياسي

ج /معيار تعدد المنازعات

لتفادي الغموض الذي قد يؤدي إليه المعياران السابقان يضمن بعض الأطراف الاتفاقيات الدولية تعدادا للمنازعات القانونية التي يمكن عرضها على التحكيم أو القضاء الدولي ، ومن أمثلة ذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 13 من عصبة الأمم أو الفقرة الثانية من النظام الأساسي محكمة العدل الدولية ولقد جرى العمل في الاتفاقيات الدولية

التي تنص على التحكيم الإلزامي على ضرورة إعاد المنازعات السياسية عن العرض على التحكيم ، غير أننا هذه الطريقة تعود إلى الغموض الذي يمكن أن يحدث في التمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية ، مثلما حدث في المعيار الشخصي ، ثم أن هناك صعوبة في التمييز بين المنازعات القانونية والسياسية ، إذ غالبا ما تكون في المنازعة الواحدة عناصر قانونية وأخرى سياسية .

ثانيا : مقر التحكيم

قد يتفق الطرفان على تحديد مفر معين للتحكيم ، وقد يحيلان ذلك التحديد على هيئة التحكيم ، و الغالب في مسألة مقر التحكيم هو اختيار مقر تكون القرارات الصادرة فية قابلة للتنفيذ في البلدين الذين يكون فيهما مقرا أعمال الطرفين ، فاختيار مكان التحكيم يترتب عليه أثار إجرائية عديدة فالقضاء في الدولة التي يقام التحكيم فيها سلطات واسعة في تدعيم سير التحكيم أو إفساد فاعليته ، قانون مكان التحكيم يفرض رقابته على الإجراءات ، كما أنه قد يضع قيودا على اختيار المحكمين ، وبصفة خاصة ما يتعلق بمؤهلات المحكمين

وبالرجوع إلى أحكام القانون المصري فقد نصت المادة 28 من قانون التحكيم على أنه الطرق التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها ، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة الظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافه " وهذا النص مأخوذ من المادة 20 من القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي جاء ما " للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم " كما اعترف مضمونه قواعد البونسيترال

unicitral) العام 1976 (المادة 16 فقرة 01) فعلى هيئة التحكيم أن تراعي المكان الأكثر ملائمة بالنسبة لظروف الدعوى وأطرافها . هذا ومحاولة منا لتجسيد أكثر هذه الدراسة نشير إلى أن المادة 20 من القانون النموذجي تنص في هذا المجال على حرية اختيار مكان التحكيم من قبل أطراف النزاع ، وفي حالة غياب ذلك الاختبار فإن محكمة التحكيم هي تقوم به ، كما ذهبت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى حد قانون البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي ، أساسا لتحديد أهلية الأطراف وصحة اتفاق التحكيم ورتبت على ذلك رفض تنفيذ الحكم إذا لم يتوفر هذان الشرطان [1]

وقد امتد الاعتراف بحق الأطراف في تحديد مكان التحكيم إلى مؤسسات التحكيم رغم أن لها مقر دائم ، وبعضها ينص على تحديد مكان التحكيم مسبقا فإذا أرادت الأطراف تحديد مكان أخر فإن ذلك يكون مرهونا موافقة هيئة التحكيم كقواعد مركز التحكيم التجاري الدولي لدول المجلس التعاون الخليجي في مادها السادسة والتي تنص على أن مكان التحكيم كمبدأ عام هو دولة البحرين وفي حالة اتفاق الأطراف على غير ذلك فيجب أن توافق هيئة التحكيم على ذلك بعد التشاور مع الأمين العام للمركز "

أما نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي [2] فقد نص في المادة 16 فقرة 1 على أنه إذا لم يتفق الطرفان على مكان إجراء التحكيم تتولى هيئة التحكم عليها . تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم ، وإذا كان مكان التحكيم بهم الأطراف المحتكمة ، ومن ثم يقع على عاتقهم مهمة القيام بهذا التحديد إلا أنه بهم ، من باب أولى هيئة التحكيم فهو مقرها ومستودعها فيه تبدأ مهمتها وقيه يصدر حكم التحكيم [3]، فإن تقاعس الأطراف عن تحديده ، تولت هيئة التحكم ذلك

ثالثا : اللغة

إن ضرورة تسهيل عملية التحكيم قد تدفع الأطراف إلى أختبار لغة واحادة في كل مراحل التحكيم حتى صدور القرار ، وعادة ما تكون تلك اللغة هي التي حرر ما العقد موسوع النزاع

1 - أنظر: جاء في الفقرة الأولى (د) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك مايلي : " لا يجوز الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يمنج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم غالف لما اتفق عليه الأطراف او لقانون البلد الذي تم فيه لتحكيم في حالة عدم الاتفاق "

2 - أنظر: قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي القاهرة ، مفسر ، السارية المفعول ابتداء من تاريخ 01 مارس 2012 ، تنظر إلى الموقع www.law-egypt.com تاريخ الاطلاع 03/2018"

3 - أنظر: لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 262

والمقصود بالغة التحكيم ، لغة إجراءات التحكيم والمرافعات وتقات المستندات والوثائق والحكم ، وقد تكون لغة واحدة في كافة المراحل ، وقد تتعدد بتعدد لغات الأطراف ، ولا اللغة [1] في تحديد طبيعة الحكم ، أي لا يمكن اعتبار الحكم أجنبيا أو غير أجنبي بناء على اللغة التي كتب بها

هذا ونشير إلا أننا نجد على مستوى التطبيقات الدولية في مجال اللغة ، أن المادة 22 من القانون النموذجي تنص على حرية اختيار أطراف النزاع في اختيار اللغة التي يجب استعمالها في حل نزاعهم ويتم استعمال اللغة المختارة في تحرير البيانات والمذكرات والمرافعات وفي كل قرار تتخذه شكمة التحكيم أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ، إلا أنه يبق للأطراف إمكانية الاتفاق على استخدام لغة أخرى غير اللغة التي تم اختيارها من قبل في المرافعات مثلا .

كما لاحظنا عند الاطلاع على النسخ الأصلية لبعض الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار حكيم المركز الدولي التسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (ICSID) في الموقع الالكتروني للمركز باللغة التي اختارها الأطراف [2] ، وهي عادة لغة مستعملة في الدول المعنية

بالقضية ، أما إذا قدمت وثائق مكتوبة بغير اللغة المستخدمة في التحكيم فيكون للمحكمة الأمير رفاقها بترجمة إلى اللغة المستعملة في التحكيم ، ولي تعدد اللغات يكون المحكمة التحكيم ، أن تقتصر على لغة واحدة

المطلب الثاني نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

عندما يخطر أحد الأطراف النزاع الطرف الأخر برغبته في اللجوء إلى التحكيم ، ويتم تشكيل الهيئة التحكيمية حسب النظام المتبع ، يكون الطرفان قد بدأ إجراءات التحكيم [3] ، ومواصلة في إعمال إرادة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بينها ، تبدأ الهيئة التحكيمية أصلا في تحسيد إرادتها تطبيقا لهذا الاتفاق ، وذلك بإعمال الإجراءات المختلفة حتى صدور الحكم التحكيمي وتسوية النزاع .

ولأن التحكيم يقوم على أساس اتفاق الخصوم فلا يمكن إنكار دور إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته إلا أن إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته ، قد تختلف أو يشوها القصور لذلك من الضروري إيجاد ضوابط فنية أخرى

1 - أنظر: قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ج 263 .

2 - للاطلاع على نماذج من هذه القرارات ينظر إلى http : //isidl.worldbank.org

ثم البحث في خانة search online Decisions And Award : ، تاريخ الاطلاع : 13/12/2016 ،

3- أنظر: وإن كان تعبير " إجراءات التحكيم " قد اختلف بشأنه بعض الفقهاء إذ يعني عند البعض كل ما يتم من عملية التحكيم منذ التوقيع على اتفاق التحكيم إلى غاية تنفيذ الحكم إلا أن أغلب المؤلفين يرون أن مفهوم تعبير إجراءات التحكيم يشمل الفترة التي تبدأ بتشكيل الهيئة التحكيمية ، وتنتهي بصدور الحكم التحكيمي

، يتم الاستعانة بها في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، والمجال الحقيقي القانون الإرادة ينحصر في عقود التجارة الدولية نتيجة لتباين الكثير من قوانين اختيار القانون الأقرب إلى نواياهم . [1]

لقد تناولت أغلب التشريعات الوطنية ومختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع الاستثمار الفكرة القانونية المتعلقة بإعطاء إرادة الأطراف الدور الفعال في عملية اختيار القواعد الإجرائية التي تحكم سير مراحل الخصومة التحكيمية .

وبالرغم من اختلاف طرق الاختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على هذه الإجراءات (الفرع الأول انطلاقا من تكريس هذا المبدأ الذي يستبعد القاضي الوطني وهيئة التحكيم هذه القواعد إلا إذا وافق الأطراف على ذلك دون المساس ببعض المبادئ الأساسية كالمساواة بين الأطراف وضمان حق الدفاع وغيرها ، يمكن استخلاص مظاهر فعالية التحكيم في هذه المرحلة من مراحل الخصومة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول مختلف طرق اختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات من طرف الخصوم

في إطار السلطة التي حولها القانون للأطراف لأجل اختيار القانون الواجب التطبيق على مختلف الإجراءات عند توافق إرادتهم يستطيع الخصوم تنظيم سير النزاع أمام هيئة التحكيم وفقا القواعد إجرائية يضعها الأطراف (أولا) أو اختيار قانون دولة معينة (ثانيا) أو إعطاء سلطة الحكم في اختبار القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق (ثالثا) .

أولا : خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف " قانون الإرادة "

من المتصور خاصة في مجال عقود التجارة الدولية تنظيما خاصا وقواعد منتقاة [2]، تواجه ما قد ينشأ من منازعات هم الأقدر على تصورها [3]، فخضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف هو الأصل المعتمد في القوانين الوطنية للدول [4]، إذ يستوي أن يكون في ذلك في التحكيم الاتفاقي أو في التحكيم لدى الهيئات المتخصصة ، ومقتضى هذا الأصل أن تخضع إجراءات التحكيم للقانون الذي اختاره الأطراف في اتفاق التحكيم أو شرط

1 - أنظر: خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 242 . 190

2 - أنظر: منى حسب الرسول حسن ، نسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ، مجلة جامعية النبلين ، الخرطوم ، 2000 ، ص 1432

3 - أنظر: لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 314

4 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 50

التحكيم ، كأن نتحال على قانون معين بصريح النص مثل المادة 1494 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي [1] بحيث تعتبر

" La convention d'arbitrage peut directement ou préférence a un règlement d'arbitrage " régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale : elle peut aussi soumettre celle – ci à la loi de procédure qu'elle détermine "

يفهم من المادة السابقة التي تكرس مبدأ سلطان الإرادة ، أنها تعطي للأطراف ثلاثة خيارات وهي وضع قواعد الإجراءات مباشرة دون الاستناد إلى أي قانون وطني كان أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين ، حيث تم إعمال الإجراءات الموجودة فيه ، وأخيرا وفي حالة غياب الخيارين السابقين يمكن إخضاع الإجراءات القانون وطني [2] ، وهناك عدة إمكانيات متاحة أمام الخصوم عند اختيار إجراءات التحكيم على النحو التالي :

أن يضع الخصوم بأنفسهم تنظيم خاص بإجراءات التحكيم أي استخدام ما يسمى بإجراءات العائمة

أن يتفق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم تتولى بنفسها وضع إجراءات التحكيم نيابة عنهم ويكون القانون الإجرائي في هذا الفرض هو قانون إرادة الحكم .

كما قد يتفقون على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين[3]

وقد أعاب بعض الفقهاء الاختبار الأول وهو وضع إجراءات التحكيم مباشرة من طرف الأطراف أي وضع القواعد المادية للإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية خاصة في التحكيم الاتفاقي لأن هذه الطريقة قد تسبب عراقيل تحول دون إتمام الإجراءات بسبب قصورها ، وعدم إلمام الأطراف بكل الجوانب الإجرائية [4]، وبالتالي إعاقة الهيئة التحكيمية في مهامها ، ولذلك يمكن للأطراف دائما في إطار مبدأ سلطان الإرادة ، اختيار القواعد الإحرالية لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة فإذا اختار الأطراف نظام تحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية

1 - ينظر إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي إلى غاية أخر تعديل موجب اللائحة بقانون رقم 48 لسنة 2011 الصادر في 13 جانفي 2011 ينظر إلى www.journal-officiel gouv.fr/ : أو الموقع الأحر : www.Legifrance.gouv.fr . 191

2 - Georgs Vedel , Droit Administratif Spécial , presse universitaire de France , 1995 , P320

3 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 50 ، ولود الإشارة إلى أن من الأمثلة على ذلك أن معظم التشريعات الوطنية تعلق الدخل المحاكم الفعالية للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم على قانون دولة مقر التحكيم كما هو الحال في القانون السويسري الجديد بشأن التحكيم الدولي الخامس (المادة 76 انقرة 2) فيما بعلق البعض على القانون الواجب التعليق على إجراءات التحكيم كما هو الحال في القانون الفرنسي (المادة 43 انقرة 2) كما أن من التشريعات ما يعلق على جنسية الحكم وما إذا كان وطنيا أم أجنبيا

4 - أنظر: شوشو عاشور ، مرجع سابق ، ص 366

فإن القواعد الإجرائية لدى هذه الغرفة هي المطبقة وقد حكمت محكمة استئناف باريس بهذا الموقف جاء فيه أنه بالنسبة لشرط التحكيم الذي يمنح الاختصاص للغرفة التجارية الدولية ، فإن نظام هذه الهيئة هو بالضروري الساري وقت إجراءات التحكيم [1] ، كما أكدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ سلطان الارادة الأطراف في تحديد القانون الإجرائي في النزاع وهذا في قرارها الصادر[2] في 09/12/1955 .

كما أخذ المشرع المصري بقانون الإرادة كأصل عام ، لتحديد إجراءات التحكيم فتنص المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاصة بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية على هذا المبدأ قائلة : الطرق التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " .

وحتى يمكن أن تقوم إرادة الخصوم بوظيفتها في تحديد القواعد الإجرائية ، فإنه يتعين أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة ، وإن كان من الممكن في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين ، وعليه نلاحظ في البداية أن المشرع الجزائري أخذ الخيارات الثلاثة والتي تكرس إرادة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم وهو ما تحسد من خلال إمكانية وضع القواعد الإجرائية المباشرة حيث جاء في المادة 1043 من القانون 08-09 في فقرتها الأولى : " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم " ، وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال الاستثمارات ، نجد أن هذا اخبار مكرسا بصدد قانون الإرادة والإحالة إلى نظام تحكيمي لدى الهيئات المتخصصة [3]، وكذلك نظام التحكيم الجزائري – الفرنسي لسنة 1983 [4]، وكذلك العقود المبرمة في مجال استغلال المحروقات

في ظل النظام القديم ، التي كانت تحال على الأنظمة التحكيمية المتخصصة مثل الغرفة التجارية بباريس

1 - أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 362

2 - أنظر: عمد كولا ، مرجع سابق ، ص 188

3 - أنظر: إذ تجد بعض الاتفاقيات حبل إلى القواعد الإجرائية وفقا لنظام (CNUDI) مثل المادة 8/3 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ، والمادة 7 فقرة 2 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية ، والمادة 7 فقرة 3 من الاتفاقية الجزائرية القطرية وغيرها من الاتفاقيات ، كما تيل اتفاقيات أخرى إلى نظام التحكيم لدى (CIRDI) إذا لم يتم تشكيل هيئة تحكيمية خاصة مثل المادة 8 فقرة 2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والمادة 7 فقرة 2 من الاتفاقية الجزائرية القطرية وغيرها من الاتفاقيات

4- Voir : Terki Noureddine : L'arbitrage Commercial international en Algérie OP - Cit P - 95

و يجد مبدا سلطان الإرادة تطبيقا واسعا للاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم ، إذ تنص على هذا الأصل أي إعطاء الحرية الأطراف لاختيار القانون الذي يحكم الإجراءات مثل المادة 8 فقرة 1 من الماء القلع للغرفة التجارية الدولية التي تنص على أنه : " أن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات امام المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام وعند سكوته فيجب تطبيق القواعد التي يحددها الأطراف ، وعند انتقاء تحديد الأطراف يتولى الحكم تحديدها " .

كما كرست اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1985 الخاصة بالقانون النموذجي هذا المبدأ في المادة وافترة والتي نصت على : " يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم [1]" ، وكذا المادة 5 فقرة 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1985 .

أما بالنسية لقانون التحكيم الأردني رقم (1) لسنة 2001 ، فقد نصت المادة (24) منه على الطرق التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها ملائمة وذلك مراعاة أحكام هذا القانون " ، وبصفة عامة فإن أغلب الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم تجعل تحديد الإجراءات أساسها حرية الأطراف ، وفقا لاتفاق التحكيم أو شرط التحكيم المبرم .

ثانيا : تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع

إذا لم يتفق الأطراف على قواعد قانونية واجية التطبيق على موضوع النزاع قامت هيئة التحكيم باختيار القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها ، فالحكمون هم الذين يختارون القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها ، إذ أن الحكم يتمتع بسلطة واسعة في تحديد القانون الذي يحكم النزاع على القاضي الوطني ، باعتبار أنه لا يلتزم بالتقيد بشكليات معينة ولا بنصوص أو ترتيب معين . فالمحكمون هم الذين يختارون القانون الذي يطبقونه ، ويمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم ، أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع التزاع أو أية قواعد قانونية

نافذة في دولة أخرى[2] ، على أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الاختيار فقد ألزم المشرع هيئة التحكم باختبار القواعد الموضوعية للقانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع ، فإذا كان النزاع حول صحة

1 - أنظر: خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 246 . 194
2 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 67

العقد فإن القانون الأكثر اتصالا بالنزاع ، هو قانون الدولة التي تم فيها إبرام هذا العقد ، وإذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين في العقد فالقانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ هذا الالتزام أو التي اتفق الأطراف على تنفيذه فيها ، وهو ما أكده المشرع الفرنسي المادة 494 افقرة 2 من ق . إ.م. في تنص على أنه

: " Dans le silence de la convention d'arbitre règle la procédure autant qu'il est besoin soit directement soit par référence a une loi ou à un règlement d'arbitrage " .

و كذلك بالنسبة للمشرع المصري في المادة 25 من القانون الجديد لسنة 1994 التي نصت على أنه : " ... فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " ، فإذا كان هذان القانونان قد وفقا في تغطية الفراغ القانوني المحتمل عند عدم النص في اتفاق التحكيم على القانون واجب التطبيق ، بإعطاء نفس الحرية للمحكمين في تحديد هذا القانون الوطني لدولة أحد الأطراف ومن الغير

أما المشرع الجزائري فإنه لم يفرض على هيئة التحكيم تطبيق القانون الإجرائي لدولة المقر ، بل أنه أعطى الأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات[1] ، عكس المشرع السويسري الذي أشار في المادة 176 من قانون التحكيم الفيدرالي إلى تطبيق قانون الإجراءات الوطني على كل تحكيم يجري في سويسرا [2]، بينما أعطى المشرع الفرنسي الأولوية لإرادة الأطراف دون أن يلزمهم بتطبيق قانون محل تحكيم ، وفي حالة السكوت الأطراف تتولى هيئة التحكيم تنظيمالاجراءات

وبالرجوع إلى العقود الدولية في هذا المجال نجد ما يحدد القواعد الإجرائية طبقا لقانون الدولة ينعقد فيها التحكيم ، أما عند خلو العقود الدولية من القانون الواجب التطبيق على مسائل الاجراءات ينبغي أعمال الإجراءات المنصوص عليها في الدولة التي تعقد فيها الهيئة التحكيمية جلساتها[3]

1 - أنظر: المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، مرجع سابق

2 - voir : Article 176 Les disposition du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage , si le siège du tribunal se trouve en suisse ... " Redfran Alain et Henner Martin droit et pratique de l , arbitrage commercial international , édition , L.G.D.J.Paris , 1995 , P67 .

3 - أنظر: نبيل زيد مقابلة التحكم الالكترون ، محلة الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع www.arab-elaw.com ، أطلع عليه بتاريخ 19/12/2016

وبالنسبة إلى اتفاقية واشنطن لسنة 1965 نقد حولت أصلا للأطراف تحديد القواعد الأحرائية ، وفي حالة عدم الاتفاق تقوم المحكمة التحكيمية بذلك مستندة إلى قانون الدولة الطرف في النزاع بما فيها قواعد تنازع القوانين ، ومن القضايا التي طرحت على قضاء التحكيم التجاري الدولي بصدد القانون الإجرائي واجب التطبيق ، بحد الحكم التحكيمي الصادر في 10/10/1973 عن الحكم الفرد الذي اتخذ كوبنهاقن (الدانمارك) مقرا له في نزاع بين الحكومة الليبية وشركة بترولية إنجليزية حيث طبق الحكم قانون دولة مقر التحكيم أي القانون الدانماركي [1]

كما أنه في قضية " SAPPHIR " صدر حكم تحكيمي في لوزان باعتباره مكان إجراء التحكيم مطبقا قانون إجراءات المقاطعة –فود– السويسرية حيث جاء في الحكم التحكيمي الذي أصدره الحكم الفرد مبررا سبب الأخذ بقانون المقاطعة أنه

" SI même cette interprétions de la volonté des parties était rejetée « la règle est qu'à d'défaut d'accord des parties l'arbitrage est soumis à la souveraineté judicaire du siège de l'arbitrage

كما لم يستبعد قانون المسطرة المدنية المغربي [2]صراحة القانون الإجرائي لمقر التحكيم بل نص على إمكانية تحديد المسطرة الواجب إتباعها خلال سير التحكيم في اتفاق التحكيم مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي .

كما أن التحكيم الذي يجري تحت إدارة هيئات التحكيم الدولية الدائمة فإنه يخضع إلى لوائحها وأجهزتها ، أما قبول الأطراف بتطبيق هذه القواعد فهو مستمد من اتفاقهم اللجوء إلى تحكيم هذه المؤسسات الدولية

ثالثا: سلطة المحكم في اختيار وتحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق

مما لا شك فيه أن الهيئة التحكيم عندما تتولى مهمة تحديد إجراءات التحكيم لعدم اتفاق الأطراف بشأغا ، أو لاتفاقهم على تفويضها القيام بذلك [3]، ذات الحرية أو الإمكانيات التي كانت متاحة للخصوم في هذا الشان ومنها القيام بوضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع نفسها وعليه يتمتع المحكم يسلطة تقديرية واسعة في البحث عن هذا القانون حيث تأكدت هذه السلطة في القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم

1 - voir : Terki Noureddine : L'arbitrage Commercial international en Algérie .op - cit - p 99

2 - أنظر: قانون رقم 08-05 مؤرخ في 06 ديسمبر 2007 ، يقتضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية ، ج ر عدد 5584 للمملكة المغربية ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية العدد 7 لسنة 2008

3 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 92 .

التجاري الدولي ، وكذا الاتفاقيات الدولية بالإضافة إلى طرف الفقه والقضاء ، فبالنسبة لتأكيد القوانين دور الحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق نصت المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه

" .. à défaut d'un tel choix .conformément à celles qu'il estime appropriées til tient compte dons tous les cas des usages du commerce ..

فهذه الفقرة تعطي للهيئة التحكيمية سلطة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق في غياب اختيار الأطراف وهذا طبقا لقواعد القانون التي تراها مناسبة فتعبير " celle conformement a " تعني قواعد القانون ، لكن يبقى دور المحكمين عدد بالمقارنة بدور الأطراف وهذا يستشف من تعبير Approprites ، معنى يجب أن يبحث عن القانون الذي تكون له علاقة أو رابطة مع النزاع ، وتضيف في أخر المادة أن المحكمين في كل الأحوال ملزمين بالنظر في النزاع ، وتضيف في أخر المادة أن المحكمين في كل الأحوال ملزمين بالنظر في النزاع أخذين بعين الاعتبار العادات التجارية ، دون أن تكون هذه العادات سوى الصفة التكميلية ، وليس معناه أن تحل محل النصوص القانونية أي القانون الذي يخضع له النزاع [1] ، أخذ المشرع الفرنسي بالاتجاه الذي يقضي باستقلال إجراءات التحكيم وتحررها كلية من الخضوع إلى أي قانون وطني ، أما المشرع المصري فقد أكد على دور الهيئة التحكيمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع ، إذ تنص المادة 39 فقرة 3 لسنة 1997 على أنه " وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع تبقى الهيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع " ، أعطى المشرع المصري سلطة اختيار القانون للهيئة .

لكن مع مراعاة ملاءمته للدعوى وهذا ما با حمله به الفقه الحديث على اختلاف أن البعض إذهب إلى القول بالأخذ بقواعد التنازع ثم تعيل الهيئة التحكيمية إلى القانون الموضوعي الملاكم ، أما بعض الأحر فيذهب إلى الأسد مباشرة بالقانون الموضوعي مثل ما فعل المشرع المصري

أما المشرع الجزائري فقد اتبع نفس المسلك للمشرع الفرنسي وإن جاء متاخرا نوعا ما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث نصت المادة 1043 على : " إذا لم تتم الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام حكيم " .

1 - أنظر: محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 213

كما أن بعض الاتفاقيات قيدت سلطة الحكم في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، حيث ألزمت اتفاقية نيويورك لسنة 1985 المحكمين على تطبيق قانون دولة المقر في حالة غياب الأطراف[1] ، أما نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية فلم يعط المحكم أي سلعلة لوضع الإجراءات بل عليه تطبيق النصوص التي جاء بها النظام إلا في حالة عدم معالجة هذا النظام المسألة معينة ولم يتفق الأطراف في شافا على أية قواعد عندئذ تتولى هيئة التحكيم تحديدها بنفسها ، سواء أحيلت إلى قانون إجرائي وطني أولا [2].

مما سبق يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري على غرار المشرعين الفرنسي والمصري أعطى الحرية للمحكمين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد ، وهذا في غياب قانون إرادة الأطراف ومن ثم يمكن إعمال عدة خيارات من الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية ck " l'ex mercatoria [3]وكذا العادات والأعراف التجارية إلى الأخذ بأي قانون الدولة ما يراه أكثر ملائمة للنزاع[4] ، سواء قانون موضوعي مثل ما ذهب إليه المشرع المصري أو قواعد التنازع مثل ما بيناه بالنسبة للمشرع الفرنسي ، لأن تطبيق قواعد القانون ، تشمل كذلك قواعد تنازع القوانين لأي دولة . ولما كانت هذه العادات و الأعراف التجارية الدولية ، هي وليدة مجتمع التجار الدولي و أنها لا تشكل نظاما قانونيا ثابتا و موحدا و معلوما للجميع فإنها تكون معلومة فقط لأفراد ذلك المجتمع من أطراف أو حكمين و على الجانب الأخر فإما بالطبع ستكون مجهولة تماما بالنسبة لقضاة المحاكم الوطنية أو الداخلية للدول[5] مما يؤدي إلى القول أن دور المهم في أمانها ، القانون الإجرالي الوابخها و اهداف وهذا ما تقع عليه الاتفاقية الأورواية التحكيم المجاري الدولي لسنة 1961 في المادة القانون الواجب التطبيق على أجرا وانث التحكيم الفصل الثاني المليون على موضوع النزاع تأكيدا لدى الاتفاقيات الدولية فعندها .. معلي للمنكه وى اعتبار أوامان تنازع القوانون لف الود دولة متعاقدة ومنها ما يعتمد على الموادى العامة للقانون الدولي وكذا العادل 3 قرة ا ونظام التحكم لدى الغرفة التجارية الدولية (21))) في المادة 13 / فقرة 3 واتفاقية واشملن المدة 1964 ((IR51) في المادة 12 فقرة 3 وكذا نظام التحكيم) (CNUDIفي المادة 33 فقرة 12 ، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985

1 - ينظر إلى المادة 5 فقرة 1 التي أحازت رفض الأعراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا قدم الخصم الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفة لاتفاق الأطراف او لقانون البلد الذي تم فيه التحكم في حالة عدم الاتفاق "

2 - ينظر إلى المادة 15 فترة امن تعلام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (cci) مرجع سابق

3 - Paulson Jean La l'ex mercatoria dans l'arbitrage(CCI)Rev.Arb n ° 01 , 1990 , pp55-100

4 - أنظر: رشا على الدين ، مرجع سابق ، ص 52 .

5 - أنظر: احمد حسني سلوم ، تطبيق الحكم الدولي العادات و امراق التجارة الدولية ، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر 2017 ، ص 178

ومن الأمثلة على ذلك قضية[1] Congo Vienever ulti وهي أهم مسابقة نضالية أظهرت بين الجوانب الأحرائي للتحكيم وتنفيذه[2] ، وتنلس وقائع القضية في أنه كان قد تم الاتفاق بين حكومة دولة الكوخو وشركة BB الايطالية في 16 أفريل سنة 1976 على إنشاء شركة لتصنيع الزجاجات البلاستيكية واحتوى هذا الاتفاق على شرط تقديم المنازعات التي تنشأ بين الطرفين إلى محكمة تحكيم المركز عند حدوث أي منازعة بين الطرفين ، وعندما نشب الخلاف بينهما حول بنود اتفاق الاستثمار ، تقدمت الشركة الايطالية بطلب للتحكيم تحت مظلة المركز ، وإذ صدر حكم من محكمة حكم المركز لصالح الشركة الايطالية تقدمت هذه الشركة إلى محكمة باريس The tribunal of grandle instance de Paris وذلك للاعتراف بالحكم في فرنسا[3] ، وعندئذ أعلنت هذه المحكمة عن ضرورة الحصول على إذن خاص من أجل تنفيذ حكم المركز ، فتقدمت الشركة الايطالية بشكوى إلى محكمة باريس الاستئنافية على أساس أن هذا الإجراء غير لازم لتنفيذ حكم المركز بيد أن المحكمة الاستئنافية فرقت بين الاعتراف والنفاذ Recognition and enforcement و– Masures of execution

إذ أن الملاحظ في الحاسب الإجرائي لهذه القضية أن مقر التحكيم هو المركز الدولي لتسوية واردات الاستثمار ، بينما تنفيذه فهو خاضع لأحكام القانون الفرنسي ، كما أن القانون الواجب يعيق وهو القانون الإيطالي ، إلا أن المركز الدولي فصل بين الاعتراف بحكم المركز وبقوته الملزمة وبين اجراءات التنفيذ ، فمن ناحية لن يكون نظام التحكيم التجاري الدولي فعالا إلا إذا ضمن لحامل كه حمول حقه حتى أخر مرحلة دون الرجوع إلى إرادة المحكمين ، ومن ناحية أخرى لم نحرم اتفاقية اغاكم الوصية في الدول المتعاقدة من إجراءات التنفيذ ..

أن إجراءات المركز الدولي هي السارية المفعول كما استبعدت فكرة تقلبيق القانون الإجرائي الدولة تقر أو دولة التنفيذ أو مكان إبرام العقد الأصلي بل تحرر المحكمون بشكل مطلق من هذه القوانين

الفرع الثاني الإطار القانوني لفاعلية التحكيم وعلاقتها بالقانون الإجرائي

نظمت مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية المسألة المتعلقة بالقانون الإجرائي ، وإبراز أهميته وثورة في تفعيل مراحل الحكومة التحكيمية ، وبالأخص ما يتعلق بحرية الأطراف في تحسيد مبدأ بستان الإرادة في اختبار القانون الواجب التطبيق في المنازعات الاستثمار

1 - أنظر: جلال وفاء محمدين ، مرجع سابق ، ص 61

2 - voir : CIRDI NO : ARB / 99 / 7 Patrick Mitchell C / République démocratique du Congo in http Ik www.icsid.worldbank.org

3 - أنظر: جلال وفاء محمد بن ، مرجع سابق ، ص 83 ، 199

وما يستنبط أن المسألة المتعلقة باختيار القانون الواجب التطبيق مما أدى إلى تحرر شبه كلي قانون الإجراءات عن كل من هذين القانونين لذلك سوف نتناول انفصال القانون الواجب التطبيق عن القواعد الأصلية للعقد الأصلي (أولا) ثم نتناول في مرحلة أخرى التخلي عن مبدأ تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم (ثانيا)

أولا : انفصال وحيادية القانون واجب التطبيق على قانون العقد الأصلي .

لقد أدى ظهور مراكز متخصصة بلوائحها وأنظمتها التحكيمية ، إلى تحقيق مبدأ الانفصال القانوني والحيادي بين القانون الواجب التطبيق على قانون الإجراءات ، لوجود مجموعة من الاعتبارات فاختيار القانون المطبق على الموضوع تختلف كثيرا في تحديا ، توجه إرادة الأطراف ، كما أن أغلب مزايا التحكيمية لم يركز المحكمون على القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، وابتعدوا عن القانون الذي توجهت إليه نية الأطراف عند تصديهم لموضوع النزاع . [1]

ثم إن المبدا القانون المتعلق باختيار بين قانونين مختلفين أحدهما ينفلم الجانب الإجرائي والأحر بهه الموضوع يعتبر في حد ذاته تطور قانون فعال في حال حل الخصومة بأقل التكاليف وفي أقل مدة امنية حيث يتم مثلا اختبار القانون الإيطالي لأنه يقدم حلولا ناجعة ، واختيار مركز تسوية منازعات الاستثمار (iesid) لأنه يمتاز بالبساطة والسهولة في الإجراءات وبالأخص أن خصوصية المنازعة تكون بين أحد الدول ورعايا الدول الأخرى . [2]

ثانيا : التخلي عن مبدأ تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم

إن أغلب الدول قامت بالعمل على تحسيد استبعاد فكرة تطبيق قانون دولة المقر على الإجراءات بشكل إلزامي ، بل أنتما سعت في غياب اتفاق الأطراف بالعمل على وضع قواعد خاصة كما أو بالاستناد إلى أي قانون أو نظام أخر تراه مناسبا

كما أن اختيار دولة معينة لأجل أن تكون محكمة تحكيم لأي نزاع إلى العمل على تأطير عنصر الملائمة ذات الطابع القانوني البحت ، ثم إن فكرة التخلي عن مبدأ تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنا على السعي لأجل تطبيق قانون آخر ، ميزت معظم أنظمة التحكيم بين اختيار

1 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 34

2 - أنظر: تنص المادة 25 من الثقافية واشنطن لسنة 1965 : " عند اختصاص المركز إلى أي نزاع قانون بنثا مباشرة على أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة وبين أحد موالي دولة أخرى متعاقدة ، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرنيه على المركز "

دولة التحكيم واختيار القانون الواجب على الإجراءات ، فالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 أعطى الأطراف الحرية المطلقة في عملية اختبار قواعد الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم لدى السير في عملية التحكيم[1]

إذ نصت المادة 19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على مراعاة أحكام هذا القانون والذي يكون للعارفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدي السير في التحكيم ، ثم أنه في حالة ما لم يكن هناك اتفاق كان لهيئة التحكيم أن تعمل على السرير في التحكيم بالطريقة التي تراها مناسبة ، وتشمل هذه الأخيرة السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها ومدى جدواها.

المبحث الثاني :القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار.

تتمتع مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي بأهمية كبيرة، ذلك أن اتفاق التحكيم شأن سائر العقود يجب اسناده إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده وصحته ونفاذه.

ويعرف القانون الواجب التطبيق " :بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تصل المحكمة إلى أنها المناسبة للتطبيق على التراع، فإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد هي ضابط الاسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية وقانون الإرادة ليس بالضرورة أن يحكم جميع المسائل المتصلة بالعقد [2] ."وعلى الأطراف ألاّ تغفل على تحديد القانون الذي يحكم اتفاقهم لأن ذلك يثير خلافات كثيرة بينهم مستقبلا، ولمعالجة هذه المسائل قمنا بتوضيح القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق) المطلب الأول(وموقف القانون الوطني والمقارن من القانون الواجب التطبيق) المطلب الثاني (ونطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم) المطلب الثالث.(

المطلب الأول :موقف القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق.

هو قانون الإرادة المستقلة بحجة أنه لا يمكن أن تتصور وجود أي اتفاق أو عقد له إلزامية ذاتية، إذ لابد أن يرتبط بنظام قانوني يعطيه قوته الملزمة وينظم وجوده وصحته واتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة لا ينبغي أن يعامل في إطار القانون الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود، أما الاتجاه الثاني فيرمي تطبيق الدولة مقر

1 - أنظر: حسان نوفل ، مرجع سابق ، ص 164

2 - أنظر: د محمد براهيم موسى، التوثيق التجاري الدولي والنظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية ،دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2005 ، ص196

التحكيم مستندين على كون الإجراءات تخضع لقانون محل القاضي وأن مقر التحكيم ترتكز فيها العملية التحكيمية.

.الفرع الأول :حسب اتفاقية نيويورك لعام1958

تطرقت الاتفاقية في المادة 5/1 إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على أنه :يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحث عليه الحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على وجود احدى الحالات المذكورة[1]

يتضح من نص الاتفاقية أن قانون الواجب التطبيق هو قانون إرادة أي القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي، وبالتالي تكون قد حسمت الخلاف بين أنصار نظرية خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة وأنصار قانون مقر التحكيم وتبقى الثانية كمصدر احتياطي.

.الفرع الثاني:حسب اتفاقية جنيف في 21 أفريل1961

قد أخذت بالاتجاه السائد لدى الفقه وهو اختصار اتفاق التحكيم في قانون الإرادة وفي حالة تخلف الإرادة لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم غالبا ما يكون هو نفسه قانون الدولة التي يجرى على إقليمها التحكيم أي قانون مكان التحكيم.

إن هذا الحل قد تبناه القانون النموذجي الصادر في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري 1985 المادة 34 فقرة 2 فإن القانون النموذجي قد أخذ بقانون الإرادة أولا ثم أخذ بقانون الدولة التي صدر يها الحكم [2]

---

1 - أنظر: أ- أن أطراف الاتفاق المنصوص عليهم في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب -(أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج -(أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها ذا الطريق.

د - (أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

2 - أنظر: خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة في بعض الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014 ، ص 225 .

الفرع الثالث :حسب اتفاقية واشنطن لسنة1965

أخذت الاتفاقية في المقام الأول بمبدأ سلطان الإرادة وفي المقام الثاني اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين.

والنتيجة أن أغلب الاتفاقيات الدولية قد أخذت بالاتجاه السائد وهو الخضوع لسلطان الإرادة وفي مجال عدم الاتفاق على قانون الإرادة يتم الرجوع إلى قانون الدولة التي يتم فيها التحكيم على إقليمها [1]

المطلب الثاني :موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة.

يعرف القانون الواجب التطبيق بأنه مجموعة القواعد القانونية التي يختارها الأطراف للتطبيق على التراع عملا بمبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية ويرى الاتجاه الثاني تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم استنادا بمبدأ خضوع الإجراءات لمحل القاضي إلا أن هذا الرأي هجر استنادا إلى أن اتفاق التحكيم يبرم في مرحلة سابقة على تشكيل هيئة التحكيم ، وعلى تحديد مقر التحكيم وبالتالي فإنه يجب أن يعرف مقدما القانون الذي يحكم الاتفاق.

الفرع الأول :موقف المشرع الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 1050 من ق.إ.م.إ .في القانون 09-08 على أنه "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشرط الذي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف علي اختياره أو القانون المنظم لموضوع التراع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما [2]

والملاحظ أن المشرع الجزائري كرس مبدأ سلطان الإرادة أو القانون المنظم لموضوع التراع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما أي استبعد قانون البلد أي أن المشرع أعطى أكثر مرونة للتحكيم من أجل تحقيق غايته.

الفرع الثاني :موقف التشريعات المقارنة.

لقد أخذت معظم القوانين الوطنية بقاعدة خضوع موضوع التراع لقانون الإرادة فنجد أن المادة 1477 من قانون المرافعات الفرنسي تنص أنه يتولى المحكم حل التراع طبقا لقواعد القانون الذي اختارته الأطراف أو طبقا للقواعد التي يقدر ملاءمتها في حالة عدم اتفاقهم وفي جميع الأحوال بأخذ العادات التجارية في الحسبان ويطابق هذا النص حكم الفقرة الثالثة من المادة (13) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، وهو نفس الحكم الذي

1 - أنظر: خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 229- 224

2 - أنظر: تؤكد على جعل إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في المقام الأول المادة 1050 من القانون 09-08المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية) الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 2008والتي نصت على" :تفصل محكمة التحكيم في التراع عملا بقواعد القانون الذي اختاره04-23 – الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة. "

تقضي به الفقرة الثالثة من المادة (1054) من قانون المرافعات الهولندي مع ذلك فإن هناك بعض التشريعات تضع قيودا على حرية الأطراف كقانون التحكيم الاسباني الصادر لسنة 1988على أن" :يقضي المحكمون طبقا للقانون الذي عينته الأطراف صراحة ، بشرط أن تربطه صلة بالتعامل الأصلي أو بموضوع التراع وإلا طبقا للقانون واجب التطبيق على التعامل الذي أثار التراع وأخيرا تطبيق القانون الأكثر ملاءمة " [1]

وهناك فريق ثالث من هذه القوانين على سبيل المثال قانون التحكيم المصري رقم 27سنة 1994 المادة 39يعطي الأطراف الحرية الكاملة في اختيار أي قانون ليطبق على موضوع التراع دون تقييد لإرادتهما.

المبحث الثالث : فعالية إرادة الأطراف في تحقيق الاستقلالية عن قضاء الدولة وقانونها الداخلي

إن المستمر الأجنبي يسعى عادة إلى الدعوة إلى القواعد القانونية التي تخدم مصلحته الخير وكنا مر يهدف إلى تحقيق الربح[2] ، كما أن نوء الأطراف إلى مجموعة من الخيارات والحلول انبار بارة لحل نزاعا فهم لا مهما طريق التحكيم التجاري الدولي .

إلى العمل على تفعيل إرادة الأطراف في ضرورة تحقيق الاستقارية عن قضاء الدولة وقانونا الدالي من جهة أخرى ، ثم إن الحديث عن الجانب القضائي وهو أمر جد صعب بالنسبة للمستثمر الاحتي ، فتحديد مبدا سلطان إرادة الأطراف في اختيار النظام القضائي ومن في حده قانه مرجع قانوني آخر يسهل عمل المكمين ، وهو ما يطرح التساؤل حول فعالية إرادة الأطراف ودورها في عقيق الاستقلالية ؟ وهل هي مرتبطة بقانون الدولة الداخلي أم لا ؟ الإجابة عن هذا التساؤل تتناول موقف هيئة التحكم في تفعيل قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (المطلب الأول ، هذا الأخري بودي بطريقة أخرى إلى تحقيق مبدا أحر وهو جد مهم وهو المتمثل في تحقيق الاسلامية وفقا للتوجه الحديث بين القانون الواجب التطبيق وبين استقلالية الحكم عن القاضي الوضي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول موقف هيئة التحكيم في تفعيل قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

حاولت مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية على تحسيد سلطة إرادة الأمراء وحلولها محل تعليق القانون الموضوعي للدولة الطرف في الخصومة التحكيمية ذات الطابع التجاري و يتبع بالضرورة اللجوء إلى القانون الموضوعي[3] ، على عكس الجهاز القضائي إذ أن القضاة ليس لهم حرية وسليلة في اختيار القانون الواجب

1 - أنظر: خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 230- 231
2 - أنظر: حسين طالبي ، تسوية المنازعات في القانون الجزائري الاستمارات ، مرجع سابق ، ص 233
3 - أنظر: ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 14

التطبيق[1] ، وفي الواقع إن مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق لا تعد على هذا النحو نحسب وذلك من ناحيتين

الأولى : أن هذا القانون سيكون هو المرجع الذي يزود الأطراف والمحكمين بمجموعة القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل ذات الطابع الإجرائي والتي تثور أثناء خصومة التحكيم[2] ، كتبادل المذكرات والمواعيد وسماع الشهود

الثانية أن هناك اختلافات متعددة فيما بين الأنظمة القانونية فيما يتعلق بالعديد من المسائل الاجرائية وهو ما يثير التساؤل بين الإرادة الأطراف وبين القانون الموضوعي للبلد المضيف للاستثمار إن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها في هذا المقام ، أن العديد من المحاولات في سبيل توحيد القواعد القانونية بين حرية الأطراف وبين القانون الموضوعي ، لذا فإن التنازع بين القوانين لاشك أنه قائما في مجال الإجراءات التي يتعين إتباعها في نطاق التحكيم التجاري الدولي .

وباعتبار أن التحكيم التجاري الدولي جوهره على اتفاق الخصوم فلا يمكن بالتالي انكار دور الإرادة في تحديد إجراءاته ، تختار هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسبا ، ويجوز لها اتخاذ ما تراه مناسبا ، ولكون أن إرادة الأطراف قد تخلف أو يشوبها القصور ، لذا كان من الأجدر ضرورة البحث عن ضوابط فنية أخرى ، لذا لم يعد أي طرف مقيدا بالقانون الموضوعي . لذا فإنه بإمكان الأطراف اختبار قانون دولة معينة (الفرع الأول) ، أو تطبيق هيئة التحكيم القواعد العدالة والإنصاف الفرع الثاني) .

الفرع الأول اختيار قانون دولة معينة

إن الإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد والتي تعد كضابط إسناد أصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية[3] ، وقانون الإرادة ليس بالضرورة أن يحكم جميع المسائل المتصلة بالعقد ، فقد يحكم المسائل المتصلة بها ، لذا يتعين على الأطراف ألا تغفل تحديد القانون الذي يحكم اتفاقهم ، لذا سنتناول معايير اختيار قانون دولة معينة (أولا) ، لكن هذا الأخير قد يفرز ويثير خلافات كثيرة بين الأطراف لذا كان من الضروري على الفقه المعاصر التوجه نحو تأطير قانون التجار وتنظيمه حتى تثمي حركة الاستثمارات المتقاربة (ثانيا

1 - أنظر: زار الشادلي ، دراسة إشكالية الاستثمار في الجرائر من الجانب الشرعي والقانوني ، محلة البحوث والدراسات الشرعية ، حاسمة مشكاة بالقاهرة ، مصر ، العدد 28 ، سنة 2014 ، مصر 24

2 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 33

3 - أنظر: خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 220

أولا معايير اختيار قانون دولة معينة

إن عملية اختيار قانون معين لدولة معينة ليكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح قد يتم من طرف الخصوم (أ) أو من طرف هيئة التحكيم (ب)

أ / دور إرادة الخصوم في تفعيل القانون الواجب التطبيق .

مادام أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ، وإذا لم يعبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون معين يطبق على موضوع النزاع فما على المحكم إلا تطبيق القانون الذي حدده الأطراف [1]، حيث نجد الاتفاقيات الدولية والتنظيمات أو الأنظمة النموذجية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي تعترف بالحرية المخولة للطرفين لاختبار القانون المطبق على عقدهما فحسب الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 : " إن للطرفين الحرية في تحديد القانون الذي يطبقه المحكمون في النزاع " كما " أن المحكمة تفصل في الخصام طبقا لقواعد القانون المتبناة من قبل الطرفين " .

كما نصت عليه كذلك المادة 33 فقرة 1 من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، والمادة 13 فقرة 3 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية [2]، والمادة 28 من قانون النموذجي : محكمة التحكيم أن تحسم في الخلاف وفقا للقانون الذي يختاره طرفا النزاع [3]

وبذلك إذا حدد الأطراف القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه فما على المحكم إلا الأمثال هذه الإرادة[4] ، وقد ذهبت هيئة التحكيم في إحدى قضايا مركز القاهرة الإقليمي إلى أن هيئة التحكيم تلجأ في بحثها عن القانون الواجب التطبيق إلى قانون مكان التحكيم ، قانون مكان توقيع العقد الأصلي ، قانون محل إقامة أطراف العقد ، [5]قانون بلد تنفيذ العقد قانون لغة العقد على هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع مراعاة شروط العقد محل النزاع ، وهذا احتراما لقاعدة صرح اتفاقية واشنطن : على كما يجب العقد شريعة المتعاقدين " .

فالعقد هو الذي يحدد حقوق و التزامات الاطراف ، و يعتبر ما يتضمنه العقد مكملا لأحكام القانون الواجب التطبيق ما دام ليس مخالفا للنظام العام او الاداب العامة[6] ، و ان هذا الطرح القانون في موضوع اختيار

1 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 92

2 -Voir : Terki Noureddine , La protection conventionnelle de l'investissement étranger , op - cit , pl3

3 - أنظر: عبد العزيز قادري ، مرجع سابق ، ص 276

4 - أنظر: في المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاعتبار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "

5 - أنظر: القضية التحكيمية رقم 95 لسنة 1997 جلسة 12/03/1998 - مجلة التحكيم العربي العدد الأول ، ص 151

6 - أنظر: الزهر بن سعيد ، مرجع مالى ، ص 318

الاطراف للقانون الواجب التطبيق ، اصبح مبدأ في عقود الاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الاخرى و هذا و هذا ما اكده و سايره المشرع الجزائري [1]

نفس الفكرة أيدها قانون التحكيم السويسري الصادر سنة 1987 ، وقانون المرافعات والحكم المصري في الفقرة الأولى من المادة 39 ، إن اغلب التشريعات الوطنية تجمع على إلزامية تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ، غير أم هذا الأخير وحده لا يكفي لذا وجب البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف حسب ما تراه ملائما لحل النزاع .

ب/ دور إرادة المحكم في تجسيد القانون واجب التطبيق في حالة عدم تحديده من قبل الأطراف.

في المعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية أكثر ما يحدث أن تسكت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء بشكل صريح أو ضمني [2]، ثم إن أغلب التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية أعملت للمحكم دور في اختبار القانون المناسب للنزاع المطروح ، حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد [3] ، شريطة أن يختار القانون الأكثر ملائمة للنزاع . فبالرجوع القواعد غرفة التجارة الدولية وقواعد البونسترال نجدهما يحتويان على مضمونين متقاربين على أنه في حالة غياب تحديد من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق يطبق الحكم القانون المحدد من طرف قواعد التنازع التي يراها ملائمة ومناسبة للنزاع . [4]

أما بالنسبة للقانون الفرنسي وفي غياب تعيين طريقة من قبل الأطراف لا يفرض على كمين أية طريقة محددة ومعينة ، بل العكس يسمح لهم بالاختيار من بين الطرق المناسبة لتحديد قواعد القانون المطبقة على النزاع ، وفي جميع الحالات المطروحة يجب على المحكم أن يشير في قراره النهائي مجموع القواعد التي طبقها على موضوع النزاع حتى تتمكن الجهات القضائية المختصة في دولة التنفيذ من إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار .

1/السلطة هيئة التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية ونطاق القواعد الإجرائية

نظرا لعدم وجود قانون اختصاص بالنسبة للمحكم الدولي ، فإن كل القوانين الوطنية أو غير الوطنية بالنسبة له تكون على قدم المساواة [5] ، إذ أن هيئة التحكيم تملك كامل الحرية في عملية اختيار قانون وطني لدولة معينة

1 - أنظر: تنص المادة 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على الفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف "

2 - أنظر: وقد يرجع عدم الاتفاق بين الأطراف إلى الإهمال أو النسيان أو ترك هذه المسألة إلى هيئة التحكيم ، أو أن ذلك راجع من باحية أخرى لاختلاف الأطراف في وجهة النظر ، ينظر إلى جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 83

3 - أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 4

4 - أنظر: فريدة عياشى ، ململة الحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد الشحاري الدولي ، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال ، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر ، 2001 ، مس 40 . 206

5 - أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 156

لتطبيقه على موضوع النزاع ، وفيما يتعلق بالتحكيم في العلاقات الوطنية فلا يكون أمام هيئة التحكيم في هذه الحالة إلا بتطبيق القانون الوطني ولا يكون هناك مجال لإعمال قانون أجنبي عليها ، كما يتعين في هذه الحالة إعمال القواعد الموضوعية في القانون الوطني ، وفي هذا النطاق تختلف سلطة هيئة التحكيم عن سلطة الأطراف في دائرة العلاقات الوطنية الخالصة .

ثم إن فرص اختيار هيئة التحكيم لهذا القانون متعددة ، فقد تختار القواعد المعمول بما في التجارة الدولية ، كما يجوز لهيئة التحكيم أن تختار أحد القوانين الوطنية لتنازع حكم علاقة قانونية وذلك بتطبيق القواعد الموضوعية عليها [1]

ومعيار الاختيار الذي تعتمد عليه هيئة التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم النزاع قد يكون هو مركز ثقل في العلاقة محل النزاع فهذا المركز هو الذي يحدد أكثر القوانين المتنازعة اتصالا هذا المحل ، وقد تلجا هيئة التحكيم في سبيل تحديد هذا القانون إلى إجراء تركيز موضوعي للعلاقة محل النزاع وفقا لأحد معايير التركيز ، كما توجد طريقة أخرى تتمثل في التحديد المباشر للقواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع [2]، ويتم فيها استبعاد قوانين التنازع وهي الطريقة أو المنهج الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري

2/ضبط دور هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق :

بالنظر إلى أغلب الأحكام التحكيمية التي صدرت في المنازعات الدولية ذات الطابع الاستثماري ، تم حلها بالاعتماد على القوانين الوطنية التي عينتها لجان التحكيم ، أو التي ملف التشريعات والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف ، ومن بين أهم الحلول في ضبط مسألة القانون الواجب التطبيق التزام هيئة التحكيم بقانون العقد (أ) ، وكذلك التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة[3] (ب) .

أ- التزام هيئة التحكيم بقانون العقد

بغية العمل على تنفيذ الأحكام التحكيمية ، فإن أغلب التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية وأنت على ضرورة إلزام وتقييد الحكم عند قيامه باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مراعاة للنظام العام لبلد إبرام العقد أو محل التنفيذ حتى لا يتعرض للإبطال .

---

1 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 92

2 - أنظر: أعطى المشرع الجزائري في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لهيئة التحكيم حرية تطبيق قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ، وعليه يستطيع المحكم أن يقرر أن قانون دولة ما هو الأكثر ملائمة للنزاع ويعليق قواعده .

3 - أنظر: محمد بلاق ، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2011 ، م 51 .

إن الاتجاه الحديث للتحكيم التجاري الدولي إلى إعمال قانون إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ ، استنادا للإرادة الضمنية للأطراف . ثم إن الحكم على عكس قاضي الدولة يجهل مفهوم القانون المختص لحكم العقد (أي ليس له اختصاص) ، ونتيجة لذلك إذا لم يختر الأطراف قانون العقد ، فإن كل القوانين التي تطمح إلى التطبيق على العقد تكون على قدم المساواة

ففي حكم صدر عن محكمة التحكيم الغرفة التجارة الخارجية لجمهورية ألمانيا الديمقراطية أعطي مثال على ذلك [1]، الحكم الذي كان مطالبا بإبداء رأيه حول شرعية عقد ترخيص " Licence أبرم بين شركة من جمهورية ألمانيا الشرقية ، وشركة من جمهورية ألمانيا الغربية ، واتفق في العقد على تطبيق قانون ألمانيا الشرقية ، وقد تمسكت الشركة التابعة لجمهورية ألمانيا الغربية بقانون دولتها الذي يؤكد حرية المنافسة للانتهاء إلى أن العقد باطل وخالف لأحكام قانون المنافسة في دولتها وخالف أيضا لنص المادة 85 من معاهدة روما والتي تعد من قوانين التحكيم ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد ، وقد اعتمد الحكم على الحجة التالية :

يجب تقرير شرعية العقد طبقا لقانون جمهورية ألمانيا الشرقية المسمى أو المحدد في شرط التحكيم القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الفصل الثاني : سينانون واحب التطبيق على العقد وأن بطلان عقد الترخيص لا يمكن أن ينتج من نص المادة 20 من قانون الذي يخص الممارسات المقيدة للمنافسة والتجارة ، وإنما من نص المادة 306 من القانون المدني جمهورية ألمانيا الشرقية والتي جاء نصها على النحو التالي " إن العقد الذي يستحيل تنفيذه يعد باطلا في قضية أخرى ، تتعلق بعقد أبرم بين بنك باكستاني ، وشركة هندية التزم فيها البنك بضمان المدفوعات المستحقة للشركة في باكستان ، وقد امتنع البنك عن تنفيذ التزامه بالضمان ، وهذا الالتزام صحيحا وفقا للقانون الهندي الذي يحكم العقد وذلك استنادا إلى المراسيم الباكستانية التي حضرت الدفع لأي طرف هندي بسبب الخلافات السياسية بين الهند وباكستان في ذلك الوقت وهذه المراسيم تعد من قواعد البوليس التي تريد الانطباق على الرابطة العقدية المطروحة .

وقد تصدى المحكمون لهذه المشكلة البيان ما إذا كانت المراسيم الباكستانية التي حظرت الدفع لأي طرف هندي بسبب العداء بين الهند وباكستان والذي حدث فجأة بعد إصدار الضمان وصدر الحكم لصالح الطرف الهندي عملا بقانون العقد بما يتضمنه من قواعد ذات تطبيق مباشر .

توجد هناك العديد من التشريعات وأنظمة التحكيم المختلفة التي تنص صراحة على تطبيق القانون في الصلة بالعقد الأصلي ، وهو ما ذهب إليه المشرع السويسري إلى التأكيد على ضرورة تطبيق القواعد القانونية

1 - أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، في 127

الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع في المادة 187 من القانون الفيدرالي للقانون الدولي الخاص سيئة loi federale (sur le droit international prive1987)، دون أن تشير إلى تطبيق قواعد الأعراف والعادات المتعارف عليها في التعامل التجاري الدولي . [1]

ب– التزام هيئة التحكيم بقانون الدولة المتعاقدة

قد يلجا الحكم إلى العمل على تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع [2]، لوجود قرينة مفادها أن الطرف الأجنبي عندما يقدم على التعاقد مع دولة معينة ، خاصة في عقود الاستثمار فإنه يكون قد ارتشى ضمنيا بتطبيق قوانينها الخاصة بالجوانب المتعلقة بالعملية الاستثمارية [3].

وهو ما أكدته اتفاقية واشنطن لسنة 1965 وفقا لأحكام المادة 42 فقرة 1 ، لقد أشارت الى انه تفصل المحكمة في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من قبل الأطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين " ، إن الحكم لا يستطيع اختيار قانون وطني أخر غير قانون الدولة المتعاقدة وليس اختبارا حرا من طرف الحكمين ، كما حدث في قضية أمكو " Ameo " ضد الحكومة الإندونيسية سنة 1981 [4]، حيث قررت تطبيق القانون الاستثمار الاندونيسي ، إلا أن اللجنة تبين لها أنها أخطأت و تطبيق القانون الاندونيسي قاستندت هيئة التحكيم إلى نص المادة 42 فقرة 1 من اتفاقية واشنعلن السنة 1965 والتي تقضي بالرجوع إلى قواعد التنازع في الدولة المتعاقدة واختارت القانون الاندونيسي على أساس أن العقد تم تنفيذه في الجزء الاندونيسي من اندونيسيا الذي يوجد فيه أيضا المشروع انا للعقد .

وبالنظر إلى أن القانون الوطني ومهما كان تطوره لا يمكنه أن يتلاءم مع تطور التجارة الدولية لهذا كان لزاما أن يكمل بمبادئ القانون الدولي لسد الفراغات ، وما تجدر الإشارة إليه أن المادة 42 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن عالجت المسألة المختلف فيها حول المقصود من هذه المبادئ [5].

1 - أنظر: فوري محمد سامي ، مرجع سابق ص 195

2 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 96 .

3 - أنظر: مصطفى خالد النظامي ، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة ، دار الثقافة عمان ، الأردن 2001 ، ص 191

4 - أنظر: شركة Amnco هي شركة أمريكية ، قدمت طلبا للتحكيم لدى المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CIRDI) البقا للعقد المبرم بين الشركة الأمريكية والحكومة الإندونيسية ، والذي لم يتضمن القانون الواجب التطبيق صراحة ، ينظر إلى حلال وفاء حمدان ، مرجع سابق ، ص 63

5 - voir : Mohamed Mentalechta , l'arbitrage commercial en droit algérien (thèse pour le doctorat en droit faculté de droit de ben aknoun , université d'alger 1975 , p 338

أورده محمد گولا ، مرجع سابق ، ص 83 . 210

وبالتالي يبدوا أن التحكيم الدولي توصل إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي فيما يتعلق بهذه الحالة وكما سبق الذكر في دعوى أمكو " Amco " أين ثار فيها الخلاف حول التفسير الذي يقدم لنص المادة 42 والذي نتج عنه ثلاثة تفسيرات هي [1].: اتجاه فقهي مسيطر يستند إلى تقرير مدير ا المصاحب للاتفاقية ، اعتبر فيه أنه يدخل في مفهوم المبادئ العامة للقانون حسب نص المادة المبادئ العامة للقانون المطبقة من قبل المركز ، ومنها رأي فقهي رأى ضرورة توسعة محال هذه المبادئ إلى البنك الدولي الى المبادئ العامة المعترف بها في المجال الاقتصادي ، وهي القواعده التي كانت محل اتفاقيات أخرى كاتفاقية فيينا للبيوع الدولية واتفاقية جنيف التي تتعلق بالتحكيم .

ومنها أيضا من رأى بضرورة توسعة محال هذه المبادئ العامة المعترف بها في مجال الاقتصاد الدولي ، إضافة إلى ذلك فقد تم في دعوى أمكو Ameo التأكيد على أن الرجوع لمبادئ القانون الدولي يعني تلك المعمول بها في القانون الدولي الذي يعمل به في الخلافات بين الدول

بالإضافة إلى ماجاءت به اتفاقية واشنطن من تقيد لحرية المحكم في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هناك أيضا العديد من الاتفاقيات ، خاصة المتعلقة بالاستثمارات ألزمت بنية التحكيم بتطبيق القواعد التي حددتها ، فالاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار AMGI) [2] تنص في المادة الرابعة من الملحق الثاني منها المتعلق بتسوية المنازعات بين العضو والوكالة : " تطبيق الهيئة في أي منازعة مما يدخل في مجال الملحق نصوص هذه الاتفاقية " .

تنص المادة 7 فقرة 3 من الاتفاقية الجزائرية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات : "[3] الحل الخلاف يطبق القانون الوطني للطرف المتعاقد الذي يوجد الاستثمار محل النزاع على إقليمه وأحكام هذا الاتفاق ونصوص الالتزام الخاص الذي يمكن أن يكون هذا الاستثمار قد منح بموجبه " ، كما أعطت الاتفاقية الجزائرية مع الجمهورية البرتغالية [4] الأولوية للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار : " والتسوية الخلاف يؤخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي وأحكام هذا الاتفاق وأحكام الترتيب الخاص الذي

1 - أنظر: جلال وفاء ، محمدين ، مرجع سابق ، ص 66
2 - أنظر: المصادق عليها مقتنى مرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 اكتوبر سنة 1995 ، مرجع سابق
3 - أنظر: الانفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستمارات ، الموقعة بعمان تاريخ 01 أوت سنة 1996 ، (السالف الذكر)
4 - أنظر: الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بلشبونة يوم 15 سبتمبر سنة 2004 ، السالف الذكر)

يمكن أن يكون موقع بخصوص الاستثمار والقانون الوطني الطرف المتعاقد " ، إن الحكم الدولي لا يستطيع تطبيق القانون الوطني الذي يختاره إذا تعارض مع النصوص التي جاءت كا اتفاقيات الاستثمار .

ثانيا : تطبق المحكم القانون التجار

يقول الأستاذ Goldman أنه في حالة غياب معيار حاسم لاختيار القانون الواجب التطبيق فإن الحل الذي يجب الأخذ به هو تطبيق قانون التجار [1]، وهو عبارة عن مجموعة المبادئ المؤسساتية والقواعد التي تكون مصادرها متعددة (وطنية ، متعددة الأوطان وتلقالية لقانون التجار يستمد قوته نظام قانون خاص وهو يقوم على رادة الأطراف وينقيد من ناحية أخرى بالعادات التجارية[2] والتي يراها البعض على أغا قواعد غير وطنية " Regle tinational "، كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع [3]

أما بالنسبة إلى منتقدي قانون التجار ، فإن هذا الأخير له مصدر غير موثوق فيه ، ولا يؤدي إلى احتساب مخاطر المذهب الشخصي ، إذ نجدهم يتساءلون ويقولون : هل ليس لكل حكم تصوره الخاص ؟ والهيئات القضائية الوطنية هي متفرقة حوله دون نتيجة ، ففي حين نجد اتجاه إيجابي حوله مجلس النقض الإيطالي وكذلك المحكمة العليا للسودان ، ومجلس النقض لباريس في قضية Gotivation خد هناك من أخذ موقف عدائي اتجاهه . [4]

أما قضاء التحكيم في بعض الأحيان نجده يستقبله بكل إيجاب ، فيقول البعض بأن تطبيق القواعد الذاتية المكونة للقانون الموضوعي للتجارة الدولية [5] la l'ex mercatoria ، يصبح واجبا بمجرد المتحدة إلى التحكيم الدولي ، وعلى نحو أكثر دقة مجرد تضمين العقد الدولي شرطا للتحكيم العقد حتما وبطريقة ضمنية في دائرة بعض المبادئ وبعض القواعد واجبة التطبيق تلقائيا وبنحو كامل على مثل هذا النوع من العلاقات القانونية ، إن قانون التجارة يعد من أهم السبل التحقيق النجاعة والفعالية الدولية للتحكيم التجاري الدولي[6] ، ونظرا

1 - voir : Goldman Berthold , commentaire de l'arrêt valenciana , journal du droit international N ° 1 Paris , 1992 , P178 .

أورده : محمد كولا : مرجع سابق ص 73

2 - أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 11

3 - أنظر: جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 143

4 - أنظر: محمد بواط ، مرجع سابق ، 131

5- voir : AKKACHE (A) , l'accords d'association avec l'union européenne et ses effets sur les relations du travail , revue Algérienne du travail alger N ° 43200 2.p23 .

6 - أنظر :عيساوي محمد ، مرجع سابق ، ص 162

لأهميته فقد أقره جانب من تمناء يوضع الفقه ، والذي يمكن أن يكون موضوع اختيار من الأطراف أو من هيئة التحكيم كقانون التطبيق على أصل النزاع[1]

يتشكل قانون التجار ويعتمد على وجود نظام قانوني مستقل يتم وضعه من طرف مجموع المؤسسات والهيئات الدولية ومحاكم التحكيم المختلفة ، وهي مستمدة من آليات التنظيم الذاتي التي جاءت بها التجمعات الدولية للتجارة ، واجتهادات تحكيم مؤسسات دولية معروفة كغرفة التجارة الدولية والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي نظم مسالة فصل هيئة التحكيم للنزاع في حالة ما إذا كان النزاع ذو طابع تجاري [2]كما اتجه جانب أخر من المفكرين ورجال القانون منهم الدكتور فتحي والي و الدكتور احمد ابراهيم عبد التواب ، وكذا الدكتور أحمد حسني سليم في كتابه المعنون بر تطبيق الحكم الدولي العادات وأعراف التجارة الدولية إلى إعتبار قانون التجار يشتمل على قلب المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية ، أخذا بعين الاعتبار أهم المبادئ المعروفة مثل : مبدأ حسن النية ، ومبدأ إلزامية العقود ، مبدأ الالتزامات المتبادلة . ..الخ ، لكن العمل على تطبيق قواعد قانون التجار يطرح العديد من الإشكالات والتساؤلات المتعلقة بمدى ملائمتها وقابليتها للتطبيق من طرف هيئات التحكيم كقواعد قانونية (Des Regles De Droit) ، أي هل يمكن تطبيق قواعدها بنفس المستوى الذي يطبق به القانون للوصول إلى تسوية معينة ؟ ويبدوا هذا التساؤل مقبولا إذا لاحظنا أن الأطراف في العقود الدولية يرغبون عادة في تخطي أو العلو على كل نظام قانوني محدد للدولة ، والعمل على تسوية ما يتولد بينهم من نزاعات بواسطة محكم دولي حقيقي ، يطبق مباشرة نظام قانوني فوق وفي يستمد من عادات [3]وأعراف التجارة الدولية . [4]

يملك قانون التجار القدرة على خلق قواعد موضوعية تدفع إلى حل النزاعات بشكل مباشر ودون الرجوع إلى قوانين أخرى ، ولا شك أن تلك القواعد التي يضعها التجار ورجال الأعمال في عقودهم تعطيهم أكثر شعور بالأمن القانوني [5] ، كما يستطيع المحكم أن يطبق قواعد قانون التجار ماديا Application mattrielle

1 - أنظر: محمد بلاق ، مرجع سابق ، ص 59 .

2 - أنظر :تنص المادة 28 فقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي منة 1985 : " في جميع الأحوال ، تفعل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد ، وتأخذ في الاعتبار العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المعلقة على المعاملة

3 - أنظر: جابر فهمي عمران ، المنافسة في منظمة التجارة العالمية ، تنقليمها حمايتها ، دراسة مقارنة القانون الأمريكي ، الاتحاد الأوروبية الأول المشري ، دار الجامعة الجديدة ، الجمهورية المصرية ، 2003 ، من 121

4 - أنظر: محمد بلاق ، مرجع سابق ، ص 60 .

5 - أنظر: عبد المجيد أونيس ، متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسلة في الدول العربية ، مداخلة ضمن الملتقى الدولي الأول ، جامعة كمية بن بوعلي ، منير العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا ، الشلف الجزائر ، 2006، ص4.

(، على النزع التحكيمي دون اللجوء إلى قواعد التنازع ، وهنا من عقوبات التحكيم التجارية ، التي جسدته معظم التشريعات وأنظمة التحكيم بحق الإشارات ، كوجود بند في العقد يتضمن منع عرض النزاع على أي نظام قانوني لأي دولة أو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .

كما يمكن أن يتم تطبيقها تنازعيا ، عندما تتوافق إرادتا الطرفين صراحة أو ضمنا ، من خلال الأطفال للإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على أصل النزاع والذي أصبح يفسر على أنه اتجاه إلى اعتبار قانون التجار " أو ما يسمى" [1] . " La Tek mercatoria ولعلى نتيجة تطبيق هذا القانون ، كم عمر سلام فقد تعرض إلى نقد كبير بسبب عدم وجود سلسلة قمعية دولية متحدة جاء فيها النظام انتحاري مصدره وكذلك عدم وجود سلطة قمعية دولية مستقلة عن الأنظمة القانونية المقارنة ، وعدم قدرة قواعد قانون التجار على إيجاد الحلول لكل جوانب أي نزاع دولي ، كما أنه لا يمكن تصور قواعد موضوعية ذاتية التطبيق ، لأن تلك القواعد لا يمكن للقاضي الوطني التعامل معها ، لأنها في الحقيقة لا تشكل جزءا من قانون دولته [2]، فهو بالتالي لا يستطيع تطبيقها دون الحاجة للوسيلة الفنية وفي نفس السياق يرى الفقيه M. BEGUIN تدعيما للاعتراضات السابقة أنه في مجال الفقه القانوني لا يملك قانون التجارة الدولية الانسجام المطلق الذي يسمح بإعطائه صيغة النظام القانوني[3].

يرى الفقه الحديث ومنهم الأستاذ الدكتور فتحي والي عميد كلية الحقوق بالقاهرة أنه من المستحيل تجاهل أو إنكار قدرات هذه القواعد وصلاحيتها للتطبيق على النزاعات الدولية كقواعد قانونية تحكيمية ، لأن قواعد التجار أصبحت في الحقيقة عملا قانونيا مجسدا على المستوى العالمي خاصة في التحكيم التجاري الدولي أين تجمع كل الأطراف على أهميته ولعلى المشرع الجزائري الذي كان تأثره بهذا الاتجاه مما أدى به إلى النص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله : " ... وفي و الاختبار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة " على أنه يلاحظ أن ما بيع تشي تشريعي واجب التطبيق أو مع قاعدة قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها على موضع النزاع ، وإلى هيئة التحكيم لا تلقي أي اعتبار لما يجري عليه العرف ، فتطبيق الأعراف يكون تطبيقا تكميليا ويظهر هذا جليا من نص المادة (39) من قانون التحكيم المصري التي لم توجب على هيئة

1 - voir : Robert et Moro , L'arbitrage droit interne , droit international édition Dalloz , paris , 1983 , N ° 327 .

2 - أنظر : أورده محمد كولا، مرجع سابق ، ص 04

3 - أنظر : عبد الكريم نعوض خليفة ، القانون الدولي الانتقادي ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2012 ، ص 152

التحكيم الأعراف الجارية وإنما أوجبت عليها فقط أن تراعي الأعراف الجارية [1]، إن هدف قانون التجار هو العمل على إعادة التوازن الاقتصادي في العقود الدولية ، وكذلك بعض المبادئ التي استقر عليها فضاء التحكيم .

وفي تقديرنا فإنه يجب على المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أن يحتاطوا إلى مثل هذا المصدر نساء صياغة عقودهم في مجال التجارة الدولية والاستثمار ، لأن نظرة المشرع الجزائري الواسعة حاليا تذهب نحو تدويل العقود التجارية ، التي تبرم مع الأجانب وعدم الاكتفاء بالقانون الوطني ، وإعطاء الأولوية للطرف الأجنبي المتعاقد لاختيار القانون الأنسب له ، مما يمكن أن يفتح المجال الإعمال العادات والأعراف التجارية الدولية والتي مازالت غريبة عن المتعامل الجزائري كالمؤسسات العمومية الاقتصادية بسبب الانغلاق الاقتصادي الذي عاشت فيه أو بالنسبة لشخص طبيعي صاحب رؤوس أموال [2]، والتي كانت مبادراته في الحركة الاقتصادية محدودة ومشروطة ومقيدة .

ومن التطبيقات للعادات والأعراف التجارية في مجال التحكيم التجاري الدولي ، نجد القضية المعروضة على محكمة النقض الفرنسية في قضية[3]. تدعى فالوتسيانا " VALENCIANA " حيث تم تطبيق ما يسمى بقانون التجار " Loi Des Marchands " ، حيث تتمثل وقائع هذه القضية في أن شركة مسماة " Americaine primary Coal "، التزمت بتوريد لمدة 3 سنوات لشركة اسبانية espagnol " valeteiana de ceiversity prime "، كمية من الفحم حيث نصت المادة 07 من العقد على تسوية النزاع وفي النظام التحكيم (CCI) في مسائل الإجراءات ، أما القانون الواجب التطبيق على الموضوع لم يحدد من طرف الأطراف وعليه أصدر الحكم حكما جزئيا يقضي بخضوع النزاع العادات التجارة الدولية وحدها والمسماة (L'ex Intercatoria) ، باعتبارها القانون الأكثر ملائمة للنزاع ، دفعت الشركة ميدانية ببطلان الحكم الأخذ بالعادات التجارية في حين كان من المفروض تطبيق قواعد تنازع قوانين في حالة غياب الإرادة الصريحة لكن رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الدفع ، وتم صدور القرار في الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 22 أكتوبر 1991 لصالح الطرف الفرنسي [4].

1 - أنظر : لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص320.

2 - أنظر : طاهر هارون ، أفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل اتفاق الشراكة الأورومتوسطية ، مقال منشور في الملتقى الدولي حول أثار وانعكاسات اتفاق الشراكة على الاقتصاد الجزائري وعلى منظومة المؤسسات الصغيرة والمتوسملة ، جامعة فرحات عباس كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير من 13 إلى 14 نوفمبر 2006، ص 34

3 - voir : cass . Civ.22octobre 1991 companiavalenciana de onestos portland S.A / CPrimary cool INC.Chro.RTD.COM/Janvier-mars 1992 « pp95-104 . 215

4 - أنظر : محمد گولا ، المرجع السابق ، ص 227 .

الفرع الثاني : الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف

أجازت العديد من التشريعات المقارنة جواز أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف ، إذا ما اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح [1]، إلا أنه يلاحظ أن هذه التشريعات تتحدث عن حالة تفويض الحكم بالصلح [2]، ولا يتسنى لهيئة التحكيم اللجوء إلى هذه القواعد إلا إذا تحققت الإرادة الصريحة في اختيار هذا النوع من التحكيم ، بحيث أنه إذا ثار الشك حول تحقق الإرادة الصريحة في اختيار التحكيم بالصلح يجب هيئة التحكيم الفصل في النزاع مفتي القانون . لذا فالحكم بالعدالة أو المحكم المفوض بالصلح ، هو الحكم الذي يفصل في النزاع دون أن يلتزم بتطبيق قانون معين على هذا النزاع ، فله أن إلى قواعد العدالة والإنصاف ويطرح جانبا نصوص القانون واجب التطبيق على العقد ، تنص الفقرة الرابعة من المادة (39) من قانون التحكيم المصري على أنه : " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون أن تتقيد بأحكام القانون " .

ويقابل هذا النص الفقرة الثالثة من المادة (28) من القانون النموذجي للقانون التجاري الدولي التي تنص على أن : " تحي محكمة التحكيم تسوية وفقا للعدالة والإنصاف أو بصفتها منشئة لملائمة رواية قط ، إذا أذن لها الأطراف في ذلك صراحة " ، ويلاحظ أن تخويل الحكم إجراء تسوية النزاع يحرره من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية أيا كان مصدرها ، ليوجد الحكم نوعا من التسوية في خلاف لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه تماما كموقف القاضي الجنائي الذي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدته طالما أنه حقق مبدأ المساواة وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم[3] ، ونظرا لخطورة ما يملكه الحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعة الحال لعابير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم ، وشخصيته وثقافته ، استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلانا صريبا لا لبس فيه عن قصده تخويله هذه السلطة.

يعرف الفقه المعاصر قواعد العدالة والإنصاف بأنها " أنها تمثل سلطة المحكم بعدم التمسك تطبيق قواعد القانون ، مما يسمح له بتجاهلها كلية [4]، أو الابتعاد عنها في الحدود التي يسمح ما شعورهم بالعدالة " ، إن هذا

1 - أنظر : رشا على الدين ، مرجع سابق ، ص 38 .

2 - أنظر : كما هو الحال في الفترة " د " من المادة 39 من قانون التحكيم الأردني حيث نصت المادة على أنه : " لا يجوز لهيئة التحكيم را افق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون " . 216

3 - أنظر : لزهر سعيد ، مرجع سابق ، ص321.

4 - voir : L'amiable composition est le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application des règles de droit ce qui permet aussi bien de les ignorer complètement que s'en écarter en

التعريف وإن دل على أن معظم القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تعطي للأطراف الحق في استبعاد القانون وتطبيق قواعد العدالة والإنصاف التي يتوحي منها الحكم على تطبيق مصلحة الأطراف دون التقييد بالقاعدة القانونية العامة .

ومن ناحية أخرى قد تستلهم تلك القواعد الروح الوطنية البحتة ، وهي تطبق على العلاقات والروابط الخاصة والدولية على السواء وتبدوا الحاجة إليها مع زيادة تدخل الدولة [1]، ثم إن الروح الوطنية في إطارها العام تكون مرتبطة بمجموع الاعتبارات الأخلاقية والعاطفية وبما يمليه عليه ضميره وما يحقق تطلعات أطراف الخصومة ، ولم يقيد المشرع المصري ولا المشرع السعودي تخويل المحكم هذه السلطة بأي قيد و هو مبدأ دستوري في إطاره العام [2]،كضرورة أن يسمح القانون المطبق على وكانت كذا النوع من التحكيم وهو ما تستلزمه قواعد اليونسترال[3]، وموقف المشرع المصري يتسق وتبنيه مبدأ سلطان الإرادة وترك الأمر كله ما فيه تنظيم إجراءات التحكيم [4]نفسها لاتفاق التحكيم ،وتجدر الإشارة إلى أن إطلاق سلطات الحكم على النحو السابق لا يصل إلى حد السماح له بإهدار النادي الأساسية للتقاضي والتي تعد من الأبجديات والمقدمات للوصول إلى هذه العدالة .

نصت أغلب التشريعات وأنظمة التحكيم على التحكيم بالصلح[5] ، ولكنها قيدته بالاتفاق الفريد الأطراف ومنها ما أضافت قيودا أخرى ، فقانون المرافعات الفرنسي نص في المادة 1497 على التعويض بالصلح إذا أسندت له اتفاقية التحكيم هذه المهمة [6]، ونص قانون التحكيم السويسري في المادة 182 فقره على " يجوز

---

tant que leur sentiment de l'équité l'exige " Par ; Fauchard , gaillard , Traité de L'arbitrage commercial international , edition , LITEC Paris , 1997 , P849 . 217

1 - أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى ، مرجع سابق ، ص78.

2 - أنظر : بالرجوع لعموم الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر من سنة 1971 و الذي عدل في 22 ماي 1980 كما عدل عام 2005 و عام 2007 ثم عام 2014 م عام 2019 ، نجد أن الموسم الدستوري نمي في الفقرة الأول من المادة 59 من الدستور : تمارس الأعمال المتعلقة بالاستثمارات بحرية ، شرط أن لا تتعارض مع القانون ، و أحكام المحكمين في إطارها العام بموافقة الطرفين.

كما ذهب المشرع المصري في المادة 14 من قانون 94-27 المتضمن قانون التحكيم المصري إلى أنه : " للمحكم في ممارسة أنيابة التحكيمية باستعمال جميع الوسائل المشروعية مع مراعاة العرف التجاري الساري.

3 - أنظر : المادة 33 فقرة 2 من قانون التحكيم المصري والتي تمت على أنه محكمة التحكيم لا تحري تسوية بصفتها منتشلة لموائمة ودية إلا إذا رخص لها الأطراف في ذلك صراحة ، وإذا كان القانون المعلق على إجراءات التحكيم

4 - أنظر : لزهر بن سعيد ، مرجع سابق، ص 321 .

5 - أنظر : عيساوي محمد ، مرجع سابق ، ص 171.

6 - أنظر : تنص المادة 1497 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

L'Arbitre statue comme aimable compositeur si la convention des parties lui a confere cette mission . " www.Droit.org:s ! 218

للأطراف أن يقوضوا محكمة التحكيم بالبت في النزاع وفقا لقواعد الإنصاف[1] ، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهو يحاول مسايرة مختلف القوانين والاتفاقيات الدولية وهو ما تتجه في الفصل الخاص بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحد أن المشرع نص في المادة 1050 : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وإلى غياب هذا الاختبار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة " ، وهو ما يتفق مع أحكام الفصل 73 فقرة 3 من قانون التحكيم التونسي التي نصت على : " يجوز لهيئة التحكيم البت في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون [2]، إن تطبيق الدولية بذكر ما جاء في المادة 42 فقرة 3 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بمحل الخلافات المائدة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، حيث نصت على عدم جواز رفض المحكمة الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية وأكدت على سلطة المحكمة [3]في الحكم موجب مبادئ العدل والإنصاف إذا اتفق الطرفان على ذلك .

لقد نحسد تطبيق مبادئ العدل والإنصاف وإمكانية التخلص من كل القوانين المقارنة في يدك التجاري الدولي إذا انتهت الإرادة الصريحة للأطراف على ذلك. وهذا يدعم تحرر أطراف القوة التحكيمية من قانون الدول المتعاقدة ، كما يجب على المحكم الالتزام بالقواعد الأمرة المتعلقة النظام العام الداخلي ، حيث لا يمكنه التحرر منها ولو كان مفوضا بإجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة .

ولعلى الجانب التطبيقي لإيضاح المسألة أكثر نتناول قضية أرامكو " Aramco ، وهي من القضايا المشهورة في قضاء التحكيم التجاري الدولي وأقدمها ، حيث تحصلت الشركة الأمريكية على عقد امتياز من طرف السعودية سنة 1933 ، لكن لجأت الدولة السعودية إلى إبرام عقد أخر مع شركة la saoudiarabian " maritime السعودية العربية البحرية ، والتي تعطي حق الأولوية لهذه الأخيرة النقل البترول لمدة 30 سنة (منذ 1954) وبالتالي وقع الخلاف على أساس أن شركة أرامكو Aramneo " تدعي حقها المطلق في نقل البترول وفقا لاتفاق 1933 ، طرح النزاع على الهيئة التحكيمية في جنيف حيث تطرقت الهيئة إلى القانون الواجب التطبيق وتوصلت في البداية إلى أنه : " مادام النزاع قائم بين دولة وشركة أمريكية خاصة فلا تعتقد الهيئة التحكيمية بأن قانون مكان إجراء التحكيم هو الواجب.

1 - أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى ، مرجع سابق ، ص 15
2 - أنظر : قانون التحكيم التونسي لسنة 1993 ، مرجع سايق
3 - بنظر إلى المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، مرجع سابق

ومن ثمة استبعدت الهيئة القانون السويسري[1] ثم استطردت قائلة [2]: " نظرا لحصانة الجهاز القضائي للدول الأجنبية المعترف بها دوليا والمستمد من مبدأ السيادة فإن قانون جنيف لا يمكن تطبيقه احتراما لسيادة الدولة الطرف ، وعليه فلا يمكن إخضاع التحكيم سوى للقانون الدولي ومادام منزلك ولا يمكن تطبيق القانون السويسري على موضوع النزاع نظرا لاستقلال هذا القانون عن القانون الموضوعي ، وعليه توصلت الهيئة التحكيمية على استبعاد القانون الوطني وإخضاع النزاع إجرائيا و موضوعيا للقانون الدولي و الالتزام بتطبيق قواعد العدالة و الإنصاف.

المطلب الثاني : بين القانون الواجب التطبيق وبين استقلالية المحكم عن القاضي الوطني

إن السعي المستبيت لأجل تحقيق فعالية أكبر نحو جذب المستثمرين الأجانب وتوفير أكبر الضمانات القانونية والقضائية بتجسيد مبدأ تحقيق الاستقلالية شبه المطلقة في تحديد القانون الواجب تطبيق وما يدعمه من حجج وبراهين فقهية وقضائية ، وهو ما يطرح التساؤل حول طبيعة هذه الآلية ؟ وفعاليتها في تجسيد القانون الواجب التطبيق ؟ وهو ما ينطبق بتفعيل انفصال القانون الواجب التطبيق عن طريق معايير فقهية وقضائية (الفرع الأول) ، لكن هذا الانفصال لا يمكن أن يكون دون التطرق إلى ضبط استقلالية من نوع جديد في تفعيل استقلال وانفصال الحكم في مراحل الفشل في النزاع عن قضاء الدولة المضيفة للاستثمار ، ولكن ما يثير الانتباه و الملاحظة حول جدية مختلف التشريعات الدولية و الاتفاقيات في تدويل المسالة المتعلقة بانفصال الحكم عن القاضي الوطني ومدى قدرته على وضع الموازنة الثنائية بين المحكم و بين القاضي الوطني ؟ للإجابة عن هذا الطرح القانوني ، فانه لابد من تحديد بصورة مطلقة قوة الاستقلالية التي تؤدي إلى فعالية أكبر للتحكيم التجاري الدولي وهذا ما يلاحظ في أغلب الاتفاقيات الدولية [3] الفرع الثاني) .

1 - أنظر : القانون السويسري منشور في الموقع الالكتروني، www.f-low.net تاريخ الاطلاع عليه: 2016/11/12.
2 - أنظر : محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 222
3 - أنظر : ومن بين الاتفاقيات المتعددة الأطرافنجد
- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 09/07/1899 .
- اتفاقية لاهاي المفرحة في 18/10/1907 الخاصة بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية
- بروتوكول حنيف المؤرخ في 24/09/1923 الخاص بشرط التحكيم
- اتفاقية جنييف المؤرخة في 26/09/1927 الختامية بتنقية . الأحكام التحكيمية الأجنبية
- قرار التحكيم العام المؤرخ في 26/09/1929.
- اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/06/1958 الجامعية بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية.
- الاتفاقية الأوربية حول التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في 21/04/1961 .

الفرع الأول تجسيد انفصال القانون الواجب التطبيق عن طريق معايير فقهية وقضائية

تتمتع مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية بأهمية كبيرة وذلك أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يجب إسناده إلى قانون معين وصحته ونفاذه ، ويهيئ له السبل لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد عنه من الحكم حيث تناوله الفقه و بر الحجج التي يعتمد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار (أولا) ، ولكن حتى هذه الآليات القانونية التي اعتمد عليها الفقه حاول القضاء أيضا بتبرير موقفه من القانون الواجب التطبيق (ثانيا) .

أولا : موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبية

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه ومنهم الأستاذ الدكتور فتحي ولي إلى الأخذ بقانون الإرادة المستقلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه لابد الكل اتفاق في أية علاقة تعاقدية من قانون تحكيمي يحدد شروطها [1] ، فلا يتصور وجود أي اتفاق أو عقد له قوة إلزام ذاتية ، إذ لابد أن يرتبط الاتفاق بنظام قانوني معين يمده بقوته الملزمة وينظم وجوده وصحته وأثاره ومصيره ، واتفاق التحكيم أيا كانت صورته شرط أو مشارطة التحكيم ، هو عبارة عن عقد لا ينبغي أن يعامل في إطار القانون الدولي الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود الأخرى ، لذا سنتناول موقف الفقه بالاستناد إلى قواعد القانون الدولي الخاص (أ) ، وهناك من الفقه من يستند إلى قانون الدولة مقر التحكيم (ب) .

أ / موقف الفقه بالاستناد إلى قواعد القانون الدولي الخاص :

ومن ثم فإن قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم العقود بصفة عامة هي التي تطبق على اتفاق التحكيم ، وبالتطبيق لهذه القواعد فإن القانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار هو ذلك القانون المختار من قبل الأطراف أنفسهم أي قانون الإرادة المستقلة ، حيث تخضع العقود ذات الطابع الدولي في تشريعات مختلف الدول قاعدة سلطان الإرادة والتي مازالت قاعدة مستقرة في القانون الدولي الخاص ويقوم عليها نظام التحكيم ككل وليس اتفاق التحكيم بحسب وقد عرفت هذه الفكرة مبدأ سلطان الإرادة .

وعلى أساسها بنيت قاعدة خضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين وقد استقرت هذه القاعدة صحت قاعدة تقليدية في الوقت الحاضر حيث تبناها الفقه منذ القرن التاسع عشر ، وكذلك أخذت بها التشريعات المختلفة

1 - أنظر : خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 218

وتبناها القضاء في معظم دول العالم ، وذلك في مجال العقود الدولية الذي يحكم عقدهم ، وقد دعا هذا المفهوم الواسع البعض إلى القول بأن مبدأ سلطان الإرادة قد تحول من ميدأ لحل مشكلة تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية غير المحدود الأطراف في الحالات التجارية والاقتصادية الدولية.

وهكذا كقاعدة عامة لا يختلف اتفاق التحكيم ذو الطابع الدولي في هذا الأمر عن غيره من العقود ذات الطابع الدولي ، بحيث يخضع هذا الاتفاق للقانون الذي تختاره الأطراف عملا بمبدأ قانون المبادئ الإرادة في العقود الدولية عموما ، لذا عنيت مختلف النظم القانونية بوضع نظام للتحكيم يراعي السائدة لفكرة العدالة مع الأخذ في الاعتبار المسائل اللصيقة باتفاق التحكيم[1] .

ب/موقف الفقه بالاستناد إلى تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم :

أما الاتجاه الثاني فيري تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم ، حيث يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الدولة مقر التحكيم وذلك أخذا مبدأ خضوع الإجراءات القانون محل القاضي.

فمن الواضح أن هذا الاتجاه بري في التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي تتجرد تماما من أصلها التعاقدي ، ومن ثم يرى في اتفاق التحكيم بمجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم ، وإذا كانت الإجراءات تخضع لقانون محل القاضي فان اتفاق التحكيم يخضع بدوره لقانون مقر التحكيم.

واستند في ذلك إلى عدة أمس منها أن نظام التحكيم نظام طليق لا يرتبط بدولة معينة وهو ما قد يعرقل فعاليته ، ولابد من تلافي ذلك من ربطه بنظام أساسي ينطلق منه ، وهذا النظام يجب أن كود السائد في دولة مقر التحكيم أي المكان الذي تدور فيه عملية التحكيم[2] .

ومن ناحية ثانية نظرا لاختلاف طبيعة نظام التحكيم عن نظام العقود الدولية فإنه يصعب إخضاع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة الاختلاف كل منهما فالتحكيم وإن كان جوهره اتفاق إلا أنه يمر بإجراء وينتهي بقضاء ، فهو نظام مختلط من عناصر تعاقدية وقضائية .

ومن جانب أخر وحسب النظرية الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق عموما ، فإن دولة مقر التحكيم هي الدولة التي تتركز فيها عملية التحكيم ويرتبط بها نظام التحكيم أكثر من غيرها ، وقد وجد هذا الرأي صدى في التجمعات القانونية الدولية ، فقد تبناه مجمع القانون الدولي في أحد أدوار انعقاده عام 1959

1 - أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، مرجع سابق ، ص 2 .
2 - أنظر : نبيل اسماعيل عمر ، مرجع نفسه ، ص 04

وضمنه في المادة الخامسة منه التي نصت على أنه : " يحكم صحة اتفاق التحكيم قانون مقر التحكيم " ، إلا أن هذا الرأي قد هجر استنادا إلى أن اتفاق التحكيم يبرم في مرحلة سابقة على تشكيل هيئة التحكيم ، وعلى تحديد مقر التحكيم ، وبالتالي فإنه يجب أن يعرف مقدما القانون الذي يحكم الاتفاق ولا يتم ذلك إلا بتطبيق مبدأ قانون الإرادة وتحديد الأطراف لذلك القانون ، كما أن الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تختار وفقا المحرك العادي للأمور قانونا واحدا يطبق على اتفاق التحكيم وعلى موضوع النزاع بل وعلى إجراءات التحكيم ولن تترك الأمر مفتوحا حتى يطبق قانون مقر التحكيم لأنه قد لا يكون ملائما في العديد من الحالات ، حيث إنه يضع في تحديده لاعتبارات الصدفة البحتة ، وبعضها ملائمات مناخية وجغرافية أو مزاجية نفسية للأطراف أو هيئة التحكيم.

وبالتالي فان القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة ، فالأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم وعلى المحكم أو هيئة التحكيم أو القاضي في حالة رقابته على حكم التحكيم إذا ما طعن عليه أمامه ، أو أثناء النظر في الاستئناف على القرار الذي أصدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أن يحترم هذا الاختيار[1] .

وبالنتيجة نحن نرى أن الاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار يدخل في مسائل العقود و يطبق في شأنه قانون الإرادة ، وذلك لأن الاتفاق على التحكيم يعتبر سابق على الخصومة ومن ثم وأنه لا يدخل ضمن عناصر الخصومة ومن ثمة فإنه لا يدخل ضمن عناصر الخصومة وإجراءاتها ، وإنما بعد غذائية عقد منشىء للالتزامات شأنه في ذلك شأن أي عقد أخر.

ثانيا : موقف القضاء من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبية

ذهب اتجاه من الفقه ومنهم الأستاذ الدكتور احمد السيد صاوي في كتابه " التحكيم طبقا القانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الأخرى " إلى أن التحكيم بمجرد صورة من صور التقاضي ويتجرد تماما من أصله التعاقدي ومن ثمة يرى في اتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم وإذا كانت الإجراءات تخضع لقانون محل التقاضي فإن اتفاق التحكيم خضع بدوره لقانون مقر التحكيم.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في حكمها الصادر في 13 جوان 1983 حيث قضت بأنه : " لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص أنه يحال أي نزاع ينشأ عن هذا البند

1 - أنظر : علي عوض حسن ، مرجع سابق ، 217

إلى ثلاثة محكمين في مرسيليا بدولة فرنسا ، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراءات التحكيم في الخارج ، ولم يرى في ذلك ما يمس النظام العام ، فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب أثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراءات التحكيم فيه طبقا لما تقضي به المادة 22 من القانون المدني بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام.

وقد تأثر هذا الاتجاه بمجمع القانون الدولي وذلك في التوصية التي أصدرها في دورة انعقاده بأمستردام عام 1957 ، حيث نصت المادة الخامسة من هذه التوصية على أن صحة اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ في الدولة مقر التحكيم[1].

ولقد تعرض هذا الاتجاه للنقد فمن ناحية وطبقا لنظرية قانون مقر التحكيم يتعذر تحديد القانون الواجب التطبيق حتى لحظة صدور حكم التحكيم ، فطبقا لأي قانون يحسم المحكمون مسألة صحة اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكان التحكيم معروفا ومؤكدا منذ البداية ، لأنه غالبا ما يكون ا الاختلاف حول اتفاق التحكيم سابقا للتحكيم ذاته ، وعندها كيف يتوقف تحديد هذا القانون على حدث لاحق وغير مؤكد لا يتم تطبيقها لهذا الاتفاق الذي يجب افتراض صحته منذ البداية ، ومن ناحية أخرى فإن الاعتماد على إرادة المحكمين في تحديد مكان التحكيم قد يؤدي إلى التعسف من جانب المحكمين ، بالإضافة إلى ما قد يكون في هذا الاختيار من نوع الصدفة المحضة ، وقد يؤثر عليه أحيانا المزاج السياسي للمحكمين [2].

ومن ناحية ثالثة يمكن أن يثور التساؤل حول مكان التحكيم ، هل هو المكان الذي تعقد فيه هيئة التحكيم أولى جلساتها ؟ أم هو المكان الذي تصدر فيه حكم التحكيم مع ملاحظة أنه قد يختلف المكان في الحالتين .

ومن ناحية أخرى إن تطبيق قانون مقر التحكيم قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة تتمثل في اختلاف القانون الواجب التطبيق أمام القاضي ، بحسب ما إذا أثيرت المسألة أمامه بمناسبة دفع بسبب الاتفاق على التحكيم أو بمناسبة طلب تنفيذ حكم تحكيم أجنبي ، إذ أنه في الحالة الأولى يطبق القاضي قانونه ، بينما في الحالة الثانية سوف يطبق قانون البلد الأجنبي الذي يتم فيه التحكيم ومما تقدم يمكن القول بأن القضاء قد تأثر بالفقه حيث أخضع الاتفاق على التحكيم لقانون الإرادة وفي حالة غياب الاتفاق يخضع الاتفاق القانون الدولة مقر التحكيم.

1 - أنظر : عواشرية رقية ، القانون الواجب التعليق في التحكيم التجاري الدولي ، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي الذي نظمته جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، يومي 14 و 15 جوان 2006 ، ص ص 163-166 ، ينظر إلى www.univ-Bejaia-droit.com، تاريخ الاطلاع : 13/11/2017

2 - أنظر : خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 237

الفرع الثاني تجسيد انفصال المحكم عن القاضي الوطني

سعت أغلب التشريعات الدولية وكذا مختلف الاتفاقيات إلى العمل على تأطير النظام القانوني لأي دولة مما يجسد هذا الأخير فكرة ديمومة الدولة ، وبالتالي فإن أغلب التوجهات القانونية الحديثة سعت إلى ضرورة فصل القضاء عن التحكيم ، إن هذا التوجه الجديد منبعه رغبة رجال المال والأعمال والمستثمرين في البحث عن اتجاه أخر بعيد عن القضاء لإيجاد حلول سريعة وتكون أقل تكلفة

يحافظ المستثمر الأجنبي على رأسماله ، لذا فقد أضحى من المسلمات البديهية هو الاختلاف في الطابع الإجرائي لكل من القضاء والتحكيم للغرض الذي أنشئه المشرع لكل منهما .

ويظهر انفصال الحكم على القاضي عندما تكون الخصومة التحكيمية مجسدة وقبل إحالتها على المداولة في توفر أمر جوهري وهو " الاعتراض بوجود اتفاق التحكيم وصحة واختصاصه ، بحيث أن المحكم ينظر في مدى جدية اختصاصه من عدمها (أولا) وإذا جسد له ينتقل إلى مدى أصل الحكم عن القاضي في عملية التحكيم (ثانيا).

أولا : الاعتراض بوجود اتفاق التحكيم وصحنه واختصاصه .

إن المسالة المتعلقة بالاعتراضات المرتبطة بوجود اتفاق التحكيم وصحته ، موضوع يتطرق إليه هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بالاختصاص وتمتد إلى تناول الدفع بعدم صحة العقد الأصلي .

ولعل من أهم القوانين التي تناولت الاعتراضات المرتبطة بوجود اتفاق التحكيم وصحته ومدى تطبيق سلطة وجود الاختصاص من عدمه هو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي [1] ، إذ أن هذا التوسع في إعطاء الصلاحية مدى قدرة المحكمة على تحديد الاختصاص ، ناقشت وتناولت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري موضوع الاعتراضات المرتبطة بوجود اتفاق التحكيم والاختصاص (أ) ، وتناولتها كذلك مجموع الاتفاقيات الدولية سواء أكانت الثنائية أو المتعددة الأطراف وكذا المؤسسات الدولية المختلفة كالمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار (ب) .

1 - أنظر : تنص المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي : " ..يتوخي القانون النموذجي تدخل المحاكم في الحالات لها . والمجموعة الأولى من هذه الحالات تشتمل على مسائل تعيين المحكم وطلب رده وإنهاء ولايته المواد (1 او 13 و 14 اختصاص هيئة التحكيم (المادة 16).

أ/الاعتراضات المرتبطة بوجود اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص.

تطرقت العديد من التشريعات لهذه المسألة نذكر منها المادة 22 من قانون المرافعات والتحكيم المصري[1] والتي جاءت مطابقة للمادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 61 من قانون التحكيم التونسي[2] ، كما تجاهلته بعض التشريعات مثل ما فعل المشرع القطري[3] الذي لم يتطرف بتاتا لهذا المبدأ في قانون التحكيم الصادر سنة 1985 .

تناول المشرع الجزائري في مدى قدرة وصلاحية محكمة التحكيم على الفصل في مسألة و الاختصاص بنصه على[4] : " ... تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع ... " ، كما تطرق المشرع الفرنسي على مبدأ الاعتراض بوجود اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص في المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الجديد بقوله يجب البت في المسألة في حالة وجود منازعة أحد الأطراف في اختصاص المحكم سواء من " حيث المبدأ أو من حيث المدى " ، إن العمل على إقرار الصيغة القضائية لمهمة المحكم ونتيجة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم نجم عنها بصورة آلية مبدأ الاعتراض المرتبط بوجود اتفاق التحكيم وكذا الاختصاص ، فقد كان توجه الفقه الحديث على اعتبار أن المحكم الدولي تسري عليه مبدأ الاختصاص كل جهة قضائية والفصل في اختصاصها .

ب /الاتفاقيات الدولية ومختلف أنظمة التحكيم وعلاقتها بمبدأ الاختصاص

نصت المادة 41 من اتفاقية واشنطن [5]: " أن المحكمة محكومة باختصاصها ، إذا ما أثير دفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز ... ، وحسب دراسة تحليلية لهذه المادة نستنتج أن المحكمة محكومة باختصاصها بصورة مطلقة ، دون أي دفع بعدم الاختصاص يجب العمل على فحصه وتحديد ما إذا كان يجب وأن يعامل باعتباره مسألة شكلية وأن فحصه يجب أن يلحق بفحص الجانب الموضوعي للخصومة .

1 - أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، مرجع سابق ، ص 75 .
2 - أنظر : قانون التحكيم التونسي لسنة 1993 ، مرجع سابق ، ص 10
3 - أنظر : قانون 39 لسنة 1985 والمتضمن قانون المرافعات التجاري والمهني القطري ، ينظر إلى :
WWWITIOultanay katar press.com، تاريخ الاطلاع عليه : 01/01/2018
4 - أنظر : المادة 1044 من قانون رقم 08-09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، السالف الذكر
5 - أنظر : المادة 41 من اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة بواشنطن سنة 1965 مرجع سابق.

أيضا بالاطلاع على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي سنة 1985 والذي تضمن النشر على مبدأ الاختصاص وفقا لأحكام المادة 16 ، كما تضمن نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCT) النافذ منذ 01 جانفي 1998 في المادة السابعة فقرة 2 إشارة صريحة إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص[1] .

لقد أقرته وتناوله العديد من الاتفاقيات القتالية ، كالاتفاق المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة الاستثمارات بين الجزائر والمجلس الفدرالي السويسري "[2] حيث نصت في المادة 8 فقرة 3 على : " تفصل به الحكيم في المسائل المتعلقة باختصاصها ، واتفاقية سيول المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[3] (AMG1) حيث جاء في المادة 4وفقرة 9 من الملحق الثاني : " نفصل الهيئة في جميع المسائل المتعلقة باختصاصها " ، بحيث أنه في حالة ما إذا أثير أي دفع حول الاختصاص ، يرفع الاعتراض إلى على الإدارة أو مجلس المحافظين أو الهيئة المدعى باختصاصها وتوقف إجراءات التحكيم إلى حين صدور قرار في هذا الشأن ، ويكون هذا القرار ملزما لهيئة التحكيم .

وتطبيقا للنصوص السابقة ، أكد الحكم في قضية ليامكو " Liamco بتاريخ 12 أفريل 1977 على سبيل المثال إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد التي تضمنها مشروع اتفاقية الأمم المتحدة الذي وافقت عليه لجنة القانون الدولي عام 1955 وذلك بعد أن قررت أنه من المبادئ المستقر [4]عليها أن : " اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعتبر مبدأ رئيسيا في مجال التحكيم التجاري الدولي إن المسألة المتعلقة بموضوع الاختصاص المحكم وإن كان جد مهم ، إلا أن الفعالية المتعلقة باتفاق التحكيم تستوجب ضرورة ممارسة التحكم لهذه الصلاحية بكل حرية .

1 - أنظر : نص المادة 7 فقرة 2 من نظام التحكيم الغرفة التجارة الدولية على : " .. إذا أثار أحد الأطراف دفعا أو أكثر حول وجود أو صحة أو مضمون اننا في التحكيم يجوز للهيئة إذا اقتنعت من مظاهر الأوراى بوجود اتفاق للتحكيم حسب هذا النظام ، أن تقرر
الاستمرار في التحكيم دون الإخلال بتقدير مدى قبول ما أثير أمامها أو مدى سلامة حجته وفي هذه الحالة يكون محكمة التحكيم أمر البت في مساله اختصاصها ... " ، ينظر إلى www . iccwbo.org ، تاريخ الاطلاع : 13/01/2018
2 - أنظر : الانفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية والعلم الفدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستمارات ، ج ر ، العدد 45 ، الصادرة بتاريخ 29 جوان 2005 .
3 - بنظر إلى الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI) ، مرجع سابق .
4 - أنظر : جمال محمود الكردي ، المرجع السابق ، ص 68 .

ثانيا : انفصال المحكم عن القاضي في عملية الخصومة.

نص المشرع الجزائري على مبدأ تطبيق نفس الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية [1]، كما أن معاملة أطراف الخصومة تكون بالمساواة ، وإعطاء كل طرف مجموعة من الضمانات القانونية التقليم دفاعهم ، وإعطاء الوقت اللازم للمدعى عليه لأجل تقدم إجراءات الرد في الوقت الملائم [2].

و تمت الاشارة إلى انفصال المحكم عن القاضي في عملية الخصومة في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 23 فقرة 2 بقولها : " ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، يجوز لكل منهما أن يعدل ادعائه أو دفاعه أو أن يكملهما خلال سير الإجراءات ، إلا إذا رأت هيئة الحراري بالعمل على السير في نفس الاتجاه الذي توخاه المشرع الدولي بنصه في المادة 1043 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية على : " إذا لم تنص الاتفاقية على خلاف ذلك ، تتولى محكمة التحكيم أنه من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقت تقدمه " ، وحسنا فعل المشرع من الإجراءات " ، نسير الحكم بناء على طلب الذي اتفق عليه الأطراف وبالطريقة التي يرونها مناسبة فحسب الأستاذ[3] " Gaillard Emmanuel " ، أن العديد من القوانين الداخلية للدول تضع مجموعة من العوائق لسير العملية التحكيمية من خلال و تصور معين لصحة أو بطلان اتفاقية التحكيم [4].

ويتم إتباع مبدأ المواجهة المأخوذ به في القضاء العادي ، بتقدم نسخ من الوثائق لكل الأطراف بطريقة مباشرة أو عن طريق مراكز التحكيم ، أما نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI) لسنة 1998 ، فقد اشترط في المادة 18 على ضرورة تحديد كل المسائل الإجرائية في وثيقة التحكيم التي يجب أن يوقع عليها الأطراف والمحكمون .

أ/الإجراءات الاستثنائية لهيئة التحكيم الهيئة التحكيم

بعض السلطات الاستثنائية لاتخاذ مجموع القرارات والإجراءات أثناء الخصومة التحكيمية ، بغرض البحث عن مجموع الأدلة الجديدة ، أو العمل لأجل الحفاظ على بعض الأوضاع التي تساهم وتسمح بالتطبيق الفعلي للحكم التحكيمي .

1 - أنظر : تنص المادة 119 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " تعليق على الحكومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقبرة أمام الجهات القتالية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " .

2 - أنظر : نبيل اسماعيل عمر ، مرجع سابق ، ص 165

3 - voir : Gaillard Emmanuel , chronique des sentences arbitrales centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) J.D.I.nº01.1986 .

4 -Voir : Gaillard Emmanuel il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti - suit injonction dans l'arbitrage commercial international rev.arb2004 .p 47 .

ب/ السلطات الاستثنائية التي خولها القانون للمحكم :

إن أغلب التشريعات الرائدة في مجال التحكيم التجاري الدولي تشترك في قاعدة أساسية الوظيفة وسلطة المحكم التجاري ألا وهي مهمة البحث والسعي نحو الوصول إلى الأدلة التي يمكن أن تساهم في حل الخصومة التجارية [1]، وبالتالي لها مجموعة من الصلاحيات فلها أن تطلب الوثائق والمستندات التي تسمح لها بإتمام عناصر ملف القضية ، وفي إطار القرارات التي تتخذها الهيئة التحكيمية أوكل لها المشرع بعض الصلاحيات والسلطات ذات الطابع القضائي منها أنه يمكن أن تطلب من القضاء المختص بمعاقبة الشاهد الذي يرفض الإدلاء بشهادته ، ولعلى المشرع المصري هو الذي كان سباقا إلى ذلك بالنص في أحكام المادة 37 من قانون المرافعات والتحكيم على " يختص المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بالحكم على تخلف عن الحضور أو أن يمتنع عن الإجابة " ، كما يحق لها أن تعمل على تعيين خبيرا ، وبعد تقديم أن يتم عقد جلسة ومناقشتها [2].

أما بالنسبة إلى الجلسات فإنه يمكن أن تعفي الهيئة الأطراف من حضورها إذا قدرت أن المذكرات المقدمة كافية لإصدار الحكم ، أما بالنسبة إلى مسألة سرية الجلسات والمداولات فقد تناولتها بعض التشريعات القانون الجزائري[3]، وأغفلتها البعض الأخرى كالقانون المصري ، أما إذا طعن أحد الأطراف بالتزوير في المحررات التي يقدمها الطرف الأخر ، فإن هيئة التحكيم توقف مجموع الإجراءات إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي في الطعن من طرف الجهات المختصة إلا إذا تبين للهيئة أن المحرر غير منتج في الدعوى[4] .

---

1 -Voir : le consentement à la convention d'arbitrage réside dans la volonté commune des parties de soumettre le règlement des litiges les opposant ou susceptibles de les opposer à un plusieurs juges privés . Voir Philippe fauchard / Berthold Goldman de l'arbitrage commercial edition litec paris , 1996 , p 217 .

2 - أنظر : نفس المادة 26 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقرة 1 : " مالم يتفق الطرفان على خلاف مايلي ، يجوز لهيئة التحكيم أن تعين خبيرا أو أكثر من خبير لتقديم تقريره الكتابي أو الشفوي،يشترك ، إذا طلب ذلك أحد الطرفين أو رأت هيئة التحكيم فرورة ذلك،في جلسة مرافعة تتاح فيها للطرفين فرصة توجيه أسئلة إليه وتقاسم شهود من الخبراء أن يدلوا بشهادهم في المسائل موضوع التراع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

3 - أنظر : نص المادة 1025 من القانون رقم 08-09 : المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " تكون مداولات المحكمين سرية " .

4 - أنظر : في المادة 1021 من القانون رقم 08-09 ، القانون نفسه " إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة ، أو إذا حمل عارض جنائي جميل اشكمون الأطراف إلى الجهة الفضائية المختفية ويستأنف مران أحل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة .

وعلى عكس أغلب المشرعين فقد انفرد المشرع الفرنسي بإعطاء المحكمين سلطة التحقيق في الأدلة الكتابية إذا تعلق الأمر محررات عرفية وفي حالة ما إذا كانت المحررات رسمية وجب إحالتها.

على القضاء المختص[1] ، أما فيما يتعلق بإغلاق باب المرافعة فإن القانون الفرنسي خول لهيئة التحكيم قرار بذلك وهذا ما نلمحه في نص المادة 1468 باستعماله لمصطلح fixe [2]وكذلك فعلت غرفة التجارة الدولية في نظامها للتحكيم[3] أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى هذه المسألة.

2/ الحفاظ على بعض الأوضاع التي تساهم وتسمح بالتطبيق الفعلي للحكم

إن اعتبار أن التحكيم قد أصبح ندا حقيقيا لقضاء الدولة ، فبلوغه مرحلة كبيرة من الانفصال والاستقلال عن القضاء الداخلي للدولة أصبح أمر محسدا على أرض الواقع ، كما أنه من بين المسائل التي يمكن أن تثار أثناء سير إجراءات الخصومة مسألة مجموع الإجراءات المؤقتة والتحفظية ، وهي في بإطارها العام تسعى للحفاظ أو العمل على إنشاء حالة واقعية أو قانونية تسمح بضمان تطبيق القرار التحكيمي .

كما نصت بعض التشريعات والاتفاقيات على إعطاء الاختصاص الحصري للهيئة التحكيمية لأجل العمل على اتخاذ إجراءات مؤقتة وهذا ما نلمحه بالرجوع إلى المادة 17 فقرة 1 من القانون النموذجي التحكيم التجاري الدولي : " يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب أحد الطرفين ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك " ، في حين يرى البعض من الباحثين منهم الدكتور احمد ابراهيم عبد التواب أن إمكانية المحكمين محدودة ويشوبها العديد من العراقيل يستدعي تجاوزها طلب مساعدة القاضي الوطني ، إذ أن القرارات التحكيمية يشوبها النقص دون الاعتماد على القضاء الوطني ، ولتأكيد التكامل بين الهيئتين أضحي هناك نوعا من التكامل سعى المشرع إلى العمل على تداركه[4] إلا أنه في إطار تحكيم (CIRDI) ، طرح إشكال يتعلق بالمادة 26 من اتفاقية واشنطن التي جاء فيها : " موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية تخليا

1 - أنظر : تنص المادة 1467 من قانون الإجراءات المهنية الفرنسية الجديد على
contraire l'arbitreà le pouvoir de trancher l'incident de convention " sauf vérificationd'ecriture ou de faux conformément aux disposition des articles 287 a 294 et de l'articles 299 . En cas d'inscription de faux incidents l'article 323 est applicable devant l'arbitre le délai de l'arbitrage continue à courir du jour ou il été statué sur l'incident "

2 -voir : L'article 1468 " : L'arbitrage fixe la date a laquelle l'affier sera mise en délibère après cette date aucune demande ne peut être formée ni moyen soulevé

3 - ينظر إلى المادة 22 من نظام التحكيم الغرفة التجارة الدولية الساري منذ 01/01/1998 .

4 - أنظر : مثال ذلك ما نصت عليه المادة 23 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية لسنة 1998 " : (Ice) يجوز لمحكمة التحكيم الذي ارسالها الملف إليها ، ما لم ينفق الأطراف على غير ذلك وبناء على طلب أحد الأطراف العمل على اتخاذ أي تدبير محفلي " .

عن مباشرة أي طريق أخر للتسوية ... " ، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 18 نوفمبر1986 أن تدخل القضاء في اتخاذ مجموع الإجراءات التحفظية لا يتعارض مع نص المادة 26 من اتفاقية واشنطن ...

مدى انفصال واستقلال المحكم عن القاضي في مرحلة صدور الحكم التحكيمي إذا كانت الهيئة التحكيمية تصدر قرار يعد بمثابة حكم تحكيمي ، لحل النزاع المطروح ، فقد لهتم الفقه الفرنسي ببعض تطبيقات هذا المبدأ وبالأخص مبدأ استقلال الحكم خصوصا بعدما نظم الدستور الفرنسي[1] ذلك استجابة للدمج ضمن الاتحاد الأوروبي من جهة ، ومن ناحية أخرى تكريس مبدأ سلطان اتفاق التحكيم [2] ، لذا عالج المشرع الفرنسي الحكم التحكيمي في الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الرابع لقانون الإجراءات المدنية الجديد[3] ، واحتوى الفصل على عدة مواد المادة 1469 إلى المادة 1480 ، وتناول المشرع المصري الذي أفرد للتحكيم قانونا خاصا رقم 21 لسنة 1994 ، وقد عالج الحكم التحكيمي تحت الباب الخامس بعنوان : " حكم التحكيم وانتهاء الإجراءات ، أما المشرع الجزائري سواء في قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم ، أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد[4] " ، فلا وجود لأي إشارة إلى تعريف الحكم التحكيمي فباستقراء المواد من 1025 إلى 1031 جميعها غضت النظر عن تعريف الحكم التحكيمي ولم تشر إليه ، ثم إن المعاهدات الدولية لم تعرف حكم التحكيم ما عدا اتفاقية نيويورك ، فقد جاء في المادة الأولى الفقرة 2 منها على مايلي : " ويقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محدودة ، بل أيضا الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف " ، هذه الإشارة لا تعد تعريفا للحكم التحكيمي ، لكن يمكن القول أنه تعريف جزئي [5] ، فهو إما أنه يمكن أن يتعلق بالاختصاص أو أنه قرار متعلق بالقانون ، أو أنه نهائي فاصلا في النزاع أو مثبتا لاتفاق صلح بين الطرفين يناط بالهيئة التحكيمية وضرورة إتباع حمل الإجراءات والمراحل التي تؤدي إلى إصدار الحكم وذلك نابع من سلطة المحكم في اعداد الحكم التحكيمي .

1 - أنظر : الدستور الفرنسي لسنة 1958 ، و المعدل سنة 2008 .
2 - أنظر : أحمد محمد حشيش مرجع سابق ، ص 215.
3 - أنظر : سليم بشير ، مرجع سابق ، ص 40
4 - أنظر : قانون رقم 08- 09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد ، السالف الذكر .
5 - أنظر : محمد بدران ، مذكرات فيحكم التحكيم، دار النهضة العربية، مصر 1999، ص06.

1/سلطة المحكم في إعداد الحكم التحكيمي :

مفهوم المداولة في الفضاء الرسمي في إجراء بأي بعد غلق باب المرافعات ، الهدف منه هو تمكين الكمية من وضع نهاية للخصومة المطروحة عليها ، فبواسطة المداولة يصل قضاة الحكمة إلى كون الرأي القانون الواجب التطبيق على الواقعة المطروحة علهم ، ولإعطاء مفهوم أدق للمداولة هي أيضا مجموع المشاورات بين قضاة المحكمة إلى تكوين الرأي القانون الواجب التطبيق على الواقعة المطروحة عليهم ، ذلك هو مفهوم المداولة بالنسبة للأحكام القضائية والحال لا يختلف عنه كثيرا بالنسبة لأحكام التحكيم ، مفهوم المداولة في التحكيم هو نفسه في القضاء ، فلابد من تعدد المحكمين والتشاور والنقاش فيما بينهم حول ما قدم من طلبات ودفوع وأسباب الحكم التحكيمي[1].

بعد مداولة سرية [2] ، وهو أمر ضروري لا خلاف بين السرية في المداولة القضائية والسرية في المداولة في أحكام التحكيم ، وقد تفطن المشرع الجزائري إلى هذه النقطة وتدارك السهو الذي كان في قانون الإجراءات المدنية القديم في باب التحكيم فنص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وبالضبط في المادة 1025 على ما يلي : " تكون مداولات المحكمين سرية " ، مع الملاحظة أن هذه المادة نقلت حرفيا عن المادة 1469 ق . – م . ف والتي جاء فيها ما يلي Les deliberation des arbitres sont sources : ، مهما يكن فالمشرع الجزائري سلك نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع الفرنسي ونص صراحة على ضرورة السرية في مداولات المحكمين عكس ما هو عليه المشرع المصري الذي سكت ولم ينص عليها في قانون التحكيم المصري رقم 94/27.

إلا أن القضاء المصري اجتهد وأبدى موقفه من ذلك . حيث قضت محكمة استئناف القاهرة في ظل قانون التحكيم المصري الجديد بأنه من المقرر أن التحكيم وإن كان قضاء خاص يتميز عن القضاء العادي ، إلا أن المحكمين يخضعون فيه لما يخضع له القاضي من قيود تتعلق بأن تتم المداولة شأن القضاة سرا ، لقد عالج المشرع الجزائري المداولة في التحكيم الداخلي ، لكن لم يتطرق إلى التحكيم الدولي هل معنى ذلك أن المداولة في الأحكام التحكيمية الدولية غير ملزمة ؟

رغم أن المشرع الفرنسي هو الأخر لم يتطرق إلى المداولة ونص عليها في التحكيم الداخلي فقط الا أن الفقيه الفرنسي فوشارد " rnuclhurd " ، يرى أنه ليس هناك أية إشكاليات خاصة مداولة المحكمين فهي

1 - أنظر : سليم بشير ، مرجع سابق ، ص 115 .
2 - أنظر : المادة 1025 من قانون 08-09 ، السالف الذكر .

تستمد كليا من اتفاق الأطراف ومن قواعد التحكيم ، على أن تحترم قواعد النظام العام الدولي والتي تفرض مبدأ المداولة ، وعليه فإن عدم النص على المداولة من قبل المشرع الجزائري في التحكيم الدول لا يعني انا غير ملزمة بل بالعكس فهي تعد من النظام العام الدولي وان أي حكم فهي تحكيم دولي يخلو من المداولة يكون معرضا للأمر برفض طلب الاعتراف والتنفيذ وهذا ما نصت عليه ردة 1056 الفقرة 6 التي أكدت على عدم جواز استئناف الأمر بالاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيم الدولي إلا في حالات ومن بينها أن يكون مخالفا للنظام العام الدولي[1].

بإمكان هيئة التحكيم إصدار أحكام في الموضوع وأحكام قبل الفصل في الموضوع ، وقد تكون أحكاما مقررة أو منشئة أو إلزامية ، وأحكام المحكم المقررة تقتصر على تقرير إيجابي أو سلبي لوجود أو عدم وجود الرابطة القانونية أو الحق كتقرير قيام المسؤولية لأحد الأطراف مثلا ، أما أحكام التحكيم الإلزامية فهي تصدر بصيغة الإلزام الموجهة لطرف من الأطراف للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، ومع وضع الدعوى للحكم يغلق باب المرافعات فتنقطع الصلة بين هيئة التحكيم والخصوم ولا يكون هذا الاتصال إلا بعد موافقتها .

وفي هذا الاتجاه نصت المادة 32 من القانون النموذجي للتحكيم على : " حكم التحكيم النهائي هو الذي ينهي الإجراءات التحكيمية " ، كما أنه لا يوجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ما يفيد تعريف أو توضيح لمصطلح النهائي حيث جاء في المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ ....

يجب أن يصدر القرار مسببا وأن يتضمن أسماء المحكمين أو أغلبيتهم ، وتاريخ القرار ومكان صدوره وعرضا لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم والرد عليها ، والطرف الذي يتحمل المصاريف والأتعاب [2] ، كما يجب أن يكون الحكم التحكيمي مسببا ويعرض فيه مختلف إدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ، كما يجب أن يكون الحكم التحكيمي ، وفقا لأحكام المواد 165 ، 16333 ، 1029من ق.إ.م.إ الجزائري الجديد الذي يتوجب عرض ادعاءات الاطراف و أوجه دفعاتهم ، ومجموع البيانات التي تتعلق باسم ولقب المحكم أو المحكمين ، وتاريخ صدور الحكم التحكيمي[3].

1 - أنظر : بشير سليم ، مرجع سابق ، ص 117

2 - أنظر : كما تنص المادة 1027 من قي . م . ج على : " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفعاتهم.

3 - ينظر في هذا العدد إلى المادة 1027 من القانون 08-09 ، السالف الذكر.

- المادتين 1471 , 1472 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد ، السالف الذكر

- المادة 25 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية ، السالف الذكر

ولكن لابد قبل التطرق لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ، ينبغي التعريج على موضوع وقائع بنك التحكيمي ، حيث أن كل عمل له طابع قضائي ، لابد وأن يعتمد على موجز من الوقائع وهي المعلومات التي يجب على الحكم وهو بصدد تحرير حكمه سردها بكيفية منتظمة ، مفادها تحديد جهة النزاع المعروض ، وتطور أحداثه ومكان هذه الأحداث ، وزمانها مع تبيان أسماء الأطراف وصفاتهم ، وعرض ادعائهم وطلباتهم وكذلك أوجه دفاعهم وردودهم مع تحديد شخصية المحكمين وصفاتهم ، كما يجب أن يصدر الحكم في الآجال المتفق عليها أو المنصوص عليها في القانون الذي عدد الأطراف [1] ، أو نظام التحكيم الذي أحالوا إليه نزاعهم [2].

وفي بعض أنظمة التحكيم ، يشترط المشرع ضرورة تقديم مشروع الحكم خاصة للاطلاع عليه وإبداء ملاحظاتهم ، ثم إعادته إلى الهيئة التحكيمية لإصداره [3] ، هذه المراقبة التي اعتبرتها أحكام القضاء الفرنسي مجرد رقابة إدارية غير قابلة للطعن ، ولابد أن يكون الحكم التحكيمي مسببا[4] ، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التسبيب هو ضمانة لحقوق الأطراف ومادام أن المشرع اشترط التسبيب في الأحكام التحكيمية يعني أنه بيان جوهري[5] : نشير كذلك إلى أن المشرع : الفرنسي أكد على ضرورة التسبيب[6] ، في المادة 472 افقرة 2 من فيهم ، أما المشرع المصري فقد أحاد بوقت نظام التحكيم (CNUDC) في المادة 32 فقرة 3 إذ أن الأصل هو تسبيب الأحكام إلا إذا من الأطراف على غير ذلك إذ تنص المادة 43 فقرة 2 على أنه " يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا وما إلا إذا أتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التعليق على إجراءات القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم " .

1 - أنظر : يحدد القانون مدة 04 أشهر لاتمام مهمة المحكمين:
ينظر المادة 1018 من القانون 08-09 ، كما يحدد القانون الفرنسي مدة 06 أشهر حسب المادة 1456 نقرة امن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر سنة 2011 الجديد

2 - أنظر : تنص المادة 24 من نظام غرفة التجارة الدولية : " تصدر محكمة التحكيم الحكم النهائي خلال ستة أشهر " .

3 - أنظر : نصت على هذا المبدأ المادة 22 فقرة 5 من قواعد التوفيق والتحكيم والخبرة لنظام التحكيم للغرفة التجارية الفرنسية العربية " تحتم على محكمة التحكيم أن تعرض مشروع القرار التحكيمي بعد صياغته وقبل التوقيع عليه ، على مجلس التحكيم ويمكن فعلى التحكيم أن يلفت انتباه محكمة التحكيم على بعض المسائل التي تطرح نفسها في الشكل والمضمون التي يراها مناسبة .

4 - أنظر : محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 242 .

5 - أنظر : نص المادة 1027 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على : " يجب أن تكون أحكام التحكيم

6 - voir : Mahio Ahmed.L'arbitrage en Algérie , R.A.S.J.E.P.N ° 04 , O.P.U , Alger 1989 , P33

بعد إصدار الحكم التحكيمي يبلغ إلى الأطراف وتنتهي مهمة المحكمين ، ولكن وتكريسا لمبدأ نحرر الحكم التجاري الدولي من قيود القضاء الداخلي أسندت التشريعات الداخلية وأنظمة التحكيم المختلفة اختصاص أو إتمام الحكم لهيئات التحكيم .

حيازة الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه المقصود بالحجية عموما في الفقه ، أن الحكم بعد صدوره هو عبارة عن عنوان للحقيقة لما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى ، الأمر الذي يمتنع معه المساس بتلك الحجية و يحظر الاقتراب منها أو تعديلها [1] ومن ناحية أخرى فلا يجوز طرح نفس النزاع من قبل الأطراف على أي جهة سواء الجهة نفسها التي فصلت في النزاع أو جهة أخرى ، والهدف من الدفع بالحجية هو تفاديا لعرض المسألة المفصول فيها للحكم من جديد ، اعتمد المشرع الفرنسي على التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي إلا أنه انتهج طريقا أخر بالنسبة لحجية حكم التحكيم إذ أحال الأمر في نصه على وذلك في نظام التحكيم الدولي إلى التحكيم الداخلي ، وبالضبط المادة 1476 من ق .إ. م .إ. في التي تعطي الحجية منذ لحظة صدوره:

" La sentence arbitrale à des quelles est rendu l'autorité de la chose jugée relativement à la constatation qu'elle tranche . "

ويفهم من ذلك أن القانون الفرنسي يسر في فلك الليبرالية المطلقة فيما يخص أحكام التحكيم الدولي فتوسع الحجية وسط هذه الأحكام أيا كان القانون المطبل وأيا كان المكان الذي ربه الحكم ، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي ركز في المادة السالفة الذكر على موضوع النزاع ، أي أن المدة لا تتعدى الموضوع الذي قال فيه للحكم "[2] ، أما المشرع المصري فقام انبثقت ألحجية أماما المادة 101 من قانون الإثبات التي نصت على : " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به تكون الحجية فيما فصلت من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك أحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم " ، إن الهدف اساسي هو إعطاء الأحكام سواء أكانت قضائية أو تحكيمية الحجية الكاملة فيما قضت به من حقوق ونفس الأطراف ، ويبرر فقه الإجراءات المدنية في مصر تعلق الحجية بالنظام العام إلى تمتع الأحكام القضائية بالحجية لكونها مرتبطة بوظيفة القضاء ولم يقررها القانون لصالح الخصوم وإنما قررها للصالح العام.

1 - أنظر : محمد شعبان محمد صالح ، حجية الأمر المقضي الأحكام التحكيم ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة و عشر ، 2016 ، في 188 .

2 - أنظر : بشير سليم ، مرجع سابق ، ص ص 360-396

أما المشرع الجزائري فقد ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي فجعل حكم الأول قابلا الاستئناف مما يؤدي إلى وقف تنفيذه وجعل حكم الثاني غير قابل لأي طريق من طرق الطعن ، إلا الطعن بالبطلان [1] ، أما اتفاقية واشنطن فقد جعلت القرار التحكيمي ملزما لكل الدول المتعاقدة [2] ، كما جعلته غاليا غير قابل للاستئناف ، مجسدة لمبدأ عدم خضوع الحكم التحكيمي لأي رقابة داخليا أو خارجيا[3].

كما نصت المادة 35 فقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على إلزامية قرار التحكيم بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه [4] ، وجاء في المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958[5] تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المهمة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ طبقا للشروط المنصوص عليها " وأكدت المادة 24 من نظام لغرفة التجارة الدولية (ICC) على نهاية حكم التحكيم ، ونصت على ضرورة إلزام الأطراف بتنفيذ الحكم و التنازل عن كافة طرق الطعن التي يجوز لهم التنازل عنها قانونا[6] .

كما لابد من التذكير أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي أخذ بنظام ازدواجية الحكيم أي التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على خلاف المشرع المصري الذي لم يفرق بينهما فيما قانونا واحدا [7] ، ورغم التقاء المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي في نقطة الازدواجية إلا أن الاختلاف يتجلى في موضوع الحجية حيث أحال المشرع الفرنسي في التحكيم الدولي وبالضبط المادة 1507 موضوع الحجية إلى التحكيم الداخلي المنظم بالمادة 1476 ق.إ.م. إف . الجديد وأصبحت حجية التحكيم الدولي هي نفسها حجية التحكيم

1 - أنظر : تنص المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة الطعن بالنقض لنا للأحكام الملهوي عليها في هذا القانون " .

2 - أنظر : نص الفقرة الأولى من المادة 54 من الاتفاقية : " يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف باي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذا للالتزامات المالية التي يفرضها الحكم على نحو ما يتبع بالنسبة الأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة ...

3 - أنظر : تنص المادة 53 من الاتفاقية : " كون الحكم ملزما بالنسبة لأطرافه ، ولا يجوز أن يكون ممالا لأي طريق من طرق الطعن حلاها لما ورد في هذه الاتفاقية ، ويتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم حسب منطوقه ، إلا إذا كان تنفيذه موقوفا بمقتضى الأحكام المناسبة في هذه الاتفاقية " .

لكن الاتفاقية فتحت طريق التماس إعادة النظر في الحكم التحكيمي (المادة 51 وإمكانية طلب إلغاء الحكم (المادة 52) ، يتم هذان الإجراء ان على مستوى المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) وليس على مستوى شحاكم الدول المتعاقدة

4 - بنظر إلى المادة 35 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 ، السالف الذكر .

5 - أنظر : اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي أقرها موثر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 ، السالفة الذكر

6 - ينظر إلى المادة 24 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (Icc) الساري المفعول منذ 01 جانفي 1998 ، و المعدلة في أول جانفي .2012 السالف الذكر

7 - أنظر : د سمير شعبان محمد صالح ، مرجع سابق ، ص 189 .

الداخلي ، بينما المشرع الجزائري سكت البتة عن حكم التحكيم الدولي ولم ينص على حجيته أصلا واكتفى بالنص على حجية التحكيم الداخلي لا غير ، كما أنه لابد من التذكير أن الحجية ليست مطلقة بل نسبية من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص الذين كانوا أطرافا في النزاع ، ويتجلى ذلك في كون مبدأ الحجية يستمد من المنطوق والأسباب بحيث أن كل ما لم يتطرق له ولم يناقش أثناء الدعوى من الممكن طرحه من جديد أمام هيئة القضاء ، ولا يجوز التمسك بحجية الشيء المقضي فيه ، ويمكن القول أن نطاق حجية حكم التحكيم يقتصر على المسألة المفصول فيها ، وهي المسألة التي طرحت على التحكيم والتي كانت محل منازعة من الطرفين ومحل المناقشة من قبل هيئة التحكيم ، فهي المسالة وحدها التي تحوز الحجبة دون تلك التي تم طرحها أمام التحكيم ، ولكن لم تكن محل نزاع بالنسبة للأطراف أو كانت فعلا موضوع نزاع ولكن لم تطرح أمام هيئة التحكيم ، وبالتالي لم تفصل فيها.

كما تبرز أهمية تحديد الطرف في اتفاق التحكيم فبالضرورة هو مفهوم الخصم في دعوى حكيم الذي كان طرفا فعليا في اتفاق التحكيم ، وساهم في تشكيل هيئة التحكيم ومارس الإجراءات بكيفية وجاهية، و احتراما للمبادئ القانونية الثابتة في هذا المجال فحق الطعن في الحكيم قاصرا على أطراف الخصوم ليس إلا ، وليس للغير أن يمارس هذا الحق ومن ثمة فرغم توافر منة الطرق في الاتفاق للشخص وتخلفها عنه في الخصومة لن يستطيع ممارسة الطعن في الحكم ولو كان فيه ما يمس مصالحه ، ويثير الواقع العملي عدة صعوبات في هذا الشأن وخاصة في المعاملات التجارية الدولية كنظام التجمعات التجارية الدولية العملاقة التي تتولى تنفيذ المشاريع الكبرى فهل يعتبر التجمع دون الأعضاء الشركات الذي يشملها هو الطرف الذي يكون له الحق في الالتجاء إلى التحكيم عند وجود اتفاق التحكيم بين هذا التجمع وبين من ينفذ العمل الصالحة ؟

والجواب على ذلك هو أنه بالنسبة لتجمع الشركات فالعبرة ما إذا كان هذا التجمع يتمتع بالشخصية المعنوية وذمة مالية مستقلة عن الأعضاء أم لا ؟ ، أما بالنسبة للشركة الأم وفروعها المسلم به أن الشركة الأم تمثل فروعها فتعتبر طرفا في عقد التحكيم الذي تبرمه مع الغير فتنصرف إليه أثاره وترتب عليه نتائجه في مواجهتها ، والمتفق عليه هو أن حجية حكم التحكيم تعد نسبية تقتصر على الأطراف الذين صدر الحكم في مواجهتهم دون غيرهم ، وتجدر الإشارة إلى أنه من غير المتصور أن تقوم إجراءات التحكيم دون اتفاق التحكيم مسبقا ، ولكن في نفس الوقت يجب التفرقة بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وحجية حكم التحكيم الذي يصدر بناء على هذا الاتفاق . إن اتفاق التحكيم قد يتعدد أطرافه ، فتمتد قوته إلى الجميع ، فإذا حضر الجميع في خصومة التحكيم

وانتهت إلى صدور حكم التحكيم ، فإن لهذا الأخير حجية الشيء المقضي به بالنسبة لجميع أطراف الاتفاق وأطراف النزاع [1] .

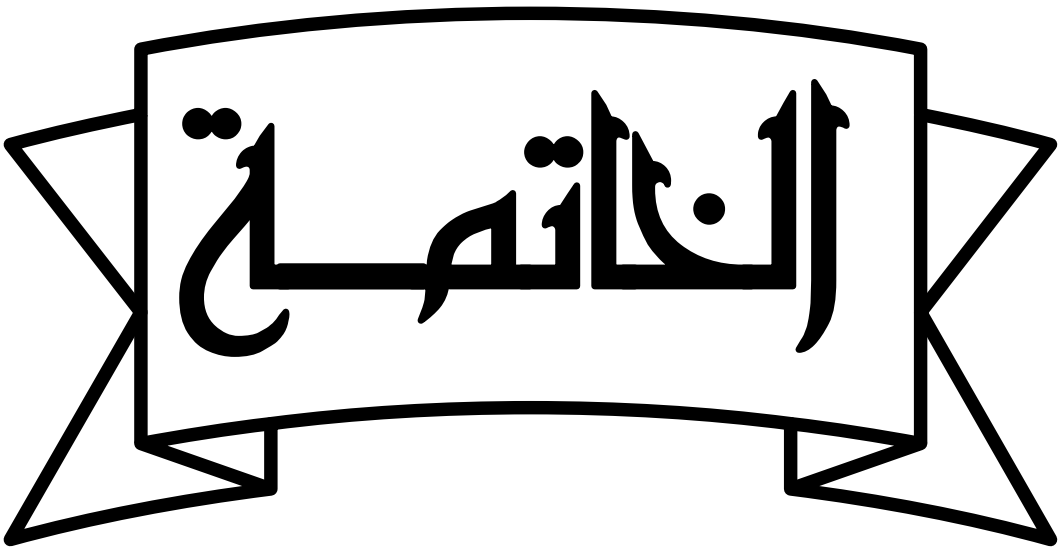
إن حجية حكم التحكيم مضمونة في القانون الجزائري وهي لا تتعلق بالنظام العام والهيئة الموقع عليها نفس الموضوع بنفس الأطراف ليس لها أن تقضي بعدم القبول لسبق الفصل تلقائيا ، ثم السعي الدائم للمشرعين وواضعي الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تهدف إلى إعطاء فعالية لحكم التحكيم التجاري الدولي ، ولكن الشيء الجديد الذي يختلف عن القانون المصري هو أن الحجية بالنسبة للحكم القضائي في القانون المدني الجزائري لا تتعلق بالنظام العام حسب نص الفقرة الثانية من المادة 338 قانون مدني والتي تنص على : " ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ هذه القرينة تلقائيا " أي أنه ولدفع القضاء إلى التعلق بعدم قبول الدعوى الجديدة لسبق الفصل فيها لابد من إدارة الدفع بالحجية من قبل الأطراف ، على خلاف القانون المصري فالمحكمة تحكم بذلك تلقائيا ولا تنتظر الدفع بذلك هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي أخذ بنظام ازدواجية التحكيم أي التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على خلاف المشرع المصري الذي لا يفرق بينهما وسن لهما قانونا موحدا [2].

ورغم التقاء المشرع الجزائري والفرنسي في نقطة الازدواجية إلا أن الاختلاف يتجلى في موضوع الحجية ، حيث أحال المشرع الفرنسي في التحكيم الدولي وبالضبط في المادة 1507 موضوع الحجية إلى التحكيم الداخلي المنظم بالمادة 1476 ق .إ. م .إ. الفرنسي الجديد وأصبحت حجية حكم التحكيم الدولي هي نفسها حجية حكم التحكيم الداخلي ، بينما المشرع الجزائري سكت البتة عن حكم التحكيم الدولي ولم ينص على حجيته أصلا ، واكتفى بالنص على حجية حكم التحكيم الداخلي لا غير ، حين نص في المادة 1031 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي عالجت الحجية واعتبرت حكم التحكيم جائز لحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره ولكن اشترطت أن يكون الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل يتعلق بنفس النزاع ونفس الخصومة .

وحيازة حكم التحكيم لقوة الأمر الشيء المقضي فيه هي أنه قابل للتنفيذ بمجرد صدوره ، ولم يبقى له سوى الإجراءات الخاصة بالتنفيذ ، بمعنى أنه في حالة صدور حكم التحكيم فلا يجوز لأي طرف إعادة طرحه من جديد سواء أمام هيئة التحكيم التي فصلت فيه أو أمام هيئة التحكيم التي فصلت فيه أو أمام هيئة تحكيم أخرى أو أمام جهة قضائية فالحجية المنصوص عليها هي التي تهدف إلى حماية حكم التحكيم والحفاظ على المصالح

1 - أنظر : بشير سليم ،مرجع سابق، ص210.
2 - أنظر : بشير سليم ، مرجع سابق ، ص 211.

الخاصة للأفراد ، وحكم التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا فهو يجوز على الحجية منذ صدوره ، ورغم أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الحجية بالنسبة إلى و التحكم الدولية إلا أنه يستشف من التقسيم والتبويب الذي أخص به نظام التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه في المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت به عنوان " الأحكام المشتركة " الواردة في القسم الثالث ، ولهذا فجميع المواد المنطوية تحت عنوان الدواء المشاركة " تخص التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ، لذا أمكن القول أن حجية حكم مضمونة في القانون الجزائري وهي لا تتعلق بالنظام العام والهيئة المطروح عليها نفس الموضوع القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الأطراف ليس لها أن تقضي بعدم القبول لسبق الفصل تلقائيا وإنما تحكم بذلك بناء على النوع الذي يقدمه الأطراف.


الخاتمة

الخاتمة.

إن نبضة التنمية الاقتصادية سواء بالنسبة لدول النامية أو الصناعية يتمثل الاستثمارات و بالأخص منها: الاستثمارات الأجنبية بحيث تشكل هذه الأخيرة الركيزة الأساسية للتطورات الاقتصادية ، فالدول النامية تحتاج إلى تنمية و تطوير قدراتها الاقتصادية ، و الدول الصناعية تحتاج إلى استثمار رؤوس الأموال و مضاعفتها، فكلا الدولتين الدول النامية و الدول الصناعية مكملة لحاجات رغبات الأخرى، لتلبية كل رغبات حاجيات الدول الأخرى لابد من اتفاق الدول فيما بينها و اتحادها ، و ذلك من خلال التعاقد فيما بينهم.

ويطلق على العقود التي تبرم بين الدول النامية المستثمر الأجنبي بعقود الاستثمار، و كما أنه من المسلم به أن هذه العقود من العقود طويلة المدة ، فبالرغم من اتفاق الأطراف المتعاقدة قبل التعاقد على توضيح بعض الأمور التي تبدو للمتعاقد الأخر صعبة إلا أنه و بما أن عقود الاستثمار من العقود طويلة المدة فلابد أن هناك تغييرات قد تطرأ مع مرور الأيام و هذه التغيرات قد تكون لغير صالح أحد الأطراف المتعاقدة، مما قد ينتج عن ذلك حدوث مشاكل بين الطرفين.

و غالبا ما يلجأ الأطراف إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تثور بينهم كما أن التحكيم هو الوسيلة الأمثل لحسم المنازعات ، و خاصة المنازعات التي يكون أحد أطرافها أجنبي.

فالتحكيم هو الطريق السهل و الأقصر لحسم المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف المتعاقدة.

و دون إطالة و إعادة لما قد تم عرضه خلال عملية العرض سأذكر ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات ضرورية.

– النتائج.

1– هناك علاقة طردية ما بين التحكيم التجاري و تشجيع الاستثمارات الوطنية ة الأجنبية فكلما ازدهرت و تطورت الاستثمارات الأجنبية .

2– إن أهم خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفا في هذه المنازعات مما يضفي على هذا التحكيم

طابعا خاصا ، هذا الطابع يستمد أساسه في بعض الحالات من واقعة عدم توافر القدرة لدى الشخص الاعتباري العام على الدخول طرفا في اتفاق تحكيمي ، أو نظرا إلى اعتبارات السيادة التي قد تحيط ببعض التصرفات التي يجريها هذا الشخص الاعتباري

3- يمكن القول عقود الاستثمار ، هي تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري ، و يلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاها بنقل اقتصاده إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مستودعات على أرضها و التي تتعدد نماذجها حسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية

4- إن القانون الواجب التطبيق على التحكيم أو الاجراءات هو قانون الإدارة و في حال غياب قانون الإرادة يطبق مقر التحكيم.

- المقترحات.

1- وجوب توضيح سلطات المتحكمين بصورة جلية و ذلك قبل قيام النزاع، و أن يتم توضيحها بصورة جد دقيقة، حتى لا تواجه المحكم أي صعوبات أثناء سير العملية التحكيمية بالإضافة إلى تحديد مكان التحكيم لما له من أهمية في التنفيذ.

2- إن التحكيم هو علم قائم بذاته، و بالتالي يجب أن يدرس في الجامعات العربية كمادة فرضتها ضرورة العصر كما يجب تشجيع المؤسسات و الشركات الكبرى على ضرورة اللجوء إلى التحكيم و تعميمه و التعريف به و جعله في متناول الجميع.

3- من الضروري النص في اتفاق التحكيم على القانون واجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار، بعبارات واضحة و دقيقة سواء كان القانون المختار قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو أي قانون آخر، و ذلك بدلا من ترك المسألة للتعسف أو للتحكم فيها من قبل المحكمين.

4- من المهم على الدول العربية وضع تشريعات و اتفاقيات لحماية الاستثمار و جلبه و المحافظة عليه، و تشجيع اللجوء إلى التحكيم كوسيلة مثلى من أجل حماية عقود الاستثمار.

5- يجب على الدولة بعد موافقتها على التحكيم ألا تتنصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم أو أن التحكيم يمس بسيادتها.

المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع.

– باللغة العربية.

أولا– النصوص القانونية.

1– الدستور

- الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر من سنة 1971، والذي عدل في 22 ماي 1980، كما عدل عام 2005 و عام 2007 ثم عام 2014 ثم عام 2019.
- الدستور الفرنسي لسنة 1958، و المعدل سنة 2008.
- الدستوري المغربي لسنة 2011.

2– الاتفاقيات الدولية

- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بلشبونة يوم 15 سبتمبر سنة 2004.
- الاتفاقية الأوربية حول التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في 1961/04/21.
- اتفاقية جنييف المؤرخة في 1927/09/26 الختامية الخاصة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية.
- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 1907/10/18 الخاصة بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية.
- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 1899/07/09.
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي أقرها موثر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958
- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، الاتفاقية الجزائرية الرومانية، الاتفاقية الجزائرية القطرية التي تحيل إلى نظام التحكيم لدى (CIRDI) .
- الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وألمانيا الاتحادية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر، الجريدة الرسمية، العدد 58.
- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية والاتحاد الفدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستمارات ، الجريدة الرسمية ، العدد 45 ، الصادرة بتاريخ 29 جوان 2005.

- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية، وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستمارات، والموقعة بعمان بتاريخ 01 أوت سنة 1996.
- اتفاقية واشنطن لسنة 1965
- اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965.
- الاتفاقية التي صادقت عليها جمهورية مصر العربية بموجب القرار الجمهوري رقم 60 لسنة 1998م، ونشرته بالجريدة الرسمية، العدد 21، بتاريخ 21 مايو 1998م، وكذا صادقت على هذه الاتفاقية الجمهورية اليمنية بموجب القرار الجمهوري رقم 140 لسنة 1997م، ونشرت بالجريدة الرسمية، العدد 9 الصادر بتاريخ 1998/5/15م.
- الاتفاقية الخاصة بالترقية والحماية المتبادلة المبرمة بين الجزائر والبرتغال، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05 192 المؤرخ في 25 ماي 2005، العدد 37، الصادرة بتاريخ 29 ماي 2005.
- الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستمارات.
- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة سنة 1985.
- نظام غرفة التجارة الدولية.
- قرار التحكيم العام المؤرخ في 1929/09/26.
- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية لسنة 1998.
- نظام التحكيم للغرفة التجارية الفرنسية العربية.

3- القوانين العادية

- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، والمعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر بتاريخ: 2008/04/23.
- قانون الإجراءات المهنية الفرنسية الجديد.
- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 2011.
- قانون العقوبات المصري.
- قانون المسطرة المدنية المغربي المعدل والمتمم.
- قانون 39 لسنة 1985 والمتضمن قانون المرافعات التجاري والمهني القطري.

- قانون رقم 08-05 مؤرخ في 06 ديسمبر 2007 ، يقتضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية ، ج ر، العدد 5584 للمملكة المغربية ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية العدد 7 لسنة 2008.
- القانون رقم 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993، والمتعلق بإصدار حكم التحكيم، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 33 ، الصادر بتاريخ 04 ماي 1993.
- قانون التحكيم الأردني.
- إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGT) ، الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 05-95 المؤرخ في 21 جانفي سنة 1995 ، ج ر عدد 7 مبادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995 ، المصادق عليها مقتضى مرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ر ج عدد 66 المبادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

4- الاجتهاد القضائي.

- القضية التحكيمية رقم 95 لسنة 1997، جلسة 03/12/ 1998، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول.

ثانيا- الكتب.

- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1978.
- أحمد حسني سلوم ، تطبيق الحكم الدولي العادات و امراق التجارة الدولية ، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر 2017.
- أحمد هلال محمد، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- أسامة أحمد شتات، قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الكتب القانونية ، مصر 2003 ، ص 206 أو أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب على الموضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية " دراسة فقهية قضائية مقارنة " ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الأزراطية، الإسكندرية ، مصر، 2003.
- ثروت حبيب ، دروس في قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1975

- حفيظة الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997.
- أبو العلا النمر ، سلسلة محاضرات مركز الشرق الأوسط للتحكيم الدولي،2007
- حسام مروان أبوحامدة، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وفقا للقانون الأردني وبعض الاتفاقيات المصادق عليها من قبل المملكة الأردنية الهاشمية.
- محمد عبد العزيز بكر، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2001.
- جابر فهمي عمران ، المنافسة في منظمة التجارة العالمية ، تنقليمها حمايتها ، دراسة مقارنة القانون الأمريكي ، الاتحاد الأوروبية الأول المشري ، دار الجامعة الجديدة ، الجمهورية المصرية، 2003.
- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- هشام صادق، تنازع القوانين،1974، وأيضا لنفس المؤلف، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979 .
- عز الدين عبد هلال، القانون الدولي الخاص، ط 1977.
- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة في بعض الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.
- محمد براهيم موسى، التوثيق التجاري الدولي والنظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية ،دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2005.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، بدون ناشر، الكتاب الأول، القاهرة، 1996.
- إبراهيم العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر.
- إبراهيم شحاتة، المشروعات الاقتصادية الدولية المشتركة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1969م
- أبو العال علي أبو العال النمر، "ميعاد التحكيم" الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1999

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999.
- أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م
- أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م
- أحمد شرف الدين، طرق إزالة المعوقات القانونية الاستثمار "تشخيص الحالة المصرية" بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، القاهرة، مصر.
- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار" دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1990.
- أحمد عبد الكريم سالمة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص، وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقاديه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العالقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999
- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1996
- حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002.
- سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف، 1986.
- سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
- صالح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، الفاعلية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دراسة في ضوء أهم وأحدث أحكام التحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
- عادل محمد خير، التحكيم والقانون، بدون ناشر، المجلد الثالث، القاهرة، مصر، 1997.
- عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
- عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني الاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005.
- عبد العزيز سعد يحي النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2006.
- عبد المجيد دراز، السياسة المالية، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، 2000.
- عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي ألحكام التحكيم، دراسة تحليلية، لقواعد القانون الدولي الإتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1993.
- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.
- عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972.
- عصمت عبد هلال الشيخ ،التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

- على إبراهيم، العالقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، القاهرة، مصر.
- فؤاد رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، بدون ناشر، الجزء الأول، القاهرة، مصر، 1971.
- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1991.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
- محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري وأساس التفرقة بينهما، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1990،
- محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، شركة مطابع الدناني، القاهرة، مصر، 1986.
- محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما الاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الأولى، 2003.
- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العالقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون ناشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، مصر، 1998.
- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995.
- مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005.

- نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
- هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.
- هشام صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تسمية المحكمين في المنازعات الخاصة الدولية الفنية، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 1987.
- يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، في مجال القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، 1989.
- حسام محمد عيسى، دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية "التحكيم التجاري الدولي" – دراسة نظرية ونقدية–، بدون ناشر، القاهرة، نصر، 1990.
- عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1990.
- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1990.
- عبد الكريم عوض خليفة، القانون الدولي الاقتصادي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.
- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- علي عود حسن، التحكيم الاختياري والإداري في الأزمات الفنية والمعمارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.
- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995
- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
- محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

- محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2007.
- مختار الصحاح، دار القلم، بيروت،1999.
- القاموس المحيط للفيروز أبادي، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978.
- لسان العرب لابن منظور، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، الجزء 15.
- مصطفى خالد النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار الثقافة عمان، الأردن، 2001.
- أحمد عبد الكريم سالمه، قانون العالقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.

ثالثا– رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير.

- هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وسلطاته، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه 1997.
- على حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1998.
- بليغ حمدي محمود ، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، رسالة الدكتوراه في الحقوق، جامعة طنطا، مصر.
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، 2004.
- حازم جمعه، المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1980.
- غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2004.
- ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بدون ناشر، القاهرة، رسالة دكتوراه في الحقوق، 2004.

- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه في الحقوق، 2005.
- نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، بدون ناشر، 2003.
- محمد شعبان محمد صالح، حجية الأمر المقضي الأحكام التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2016.
- عجة الجيلالي، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- محمد ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية السعودية، السعودية، 1999.
- محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.
- فريدة عياشي، مسألة االتحكيم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي ، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال ،كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2001.
- ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة مصر، 2004.
- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

رابعا– المحاضرات.

- سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق، جامعة أسيوط، الناشر مركز الدراسات القانونية الجامعية، 2005.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دروس على الآلة الكاتبة ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1973.

خامسا– المقالات.

- زار الشادلي، دراسة إشكالية الاستثمار في الجزائر من الجانب الشرعي والقانوني، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، جامعة مشكاة بالقاهرة، مصر، العدد 28، سنة 2014.
- حمزة حداد، دور التحكيم في تسوية المنازعات، بحث منشور في مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم– العدد)5(يونيو 2000.
- ناصر إبراهيم المحيميد، الاتجاهات العامة في اتفاقيات الاستثمار العربية لحسم المنازعات بواسطة التحكيم، مجلة التحكيم، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 55 شهر سبتمبر 2004.
- محمود علي عبد السلام والي، خصوصية إجراءات التحكيم "دراسة تحليلية مقارنة "، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد الأول، سنة 2016.
- منى حسب الرسول حسن، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مجلة جامعية النيلين، الخرطوم، 2000.
- محمود سمير الشرقاوي، الصور المختلفة للتحكيم في منازعات الاستثمار في العالم العربي، بحث مقدم للمركز اليمني للتوفيق والتحكيم، يوليو 2004.
- سلطان راشد العاطفي، دور مؤسسات التحكيم العربية في حسم منازعات الاستثمار، بحث مقدم إلى المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- يحي الجمل، الاتجاهات العامة في اتفاقية الاستثمار العربي لحسم المنازعات بواسطة التحكيم، بحث مقدم للمركز اليمني للتوفيق والتحكيم.

سادسا– المؤتمرات والملتقيات الدولية.

- هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العالقات الخاصة الدولية، مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش، 1987.
- طاهر هارون، أفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل اتفاق الشراكة الأورومتوسطية، مداخلة تم المشاركة بها في الملتقى الدولي حول أثار وانعكاسات اتفاق الشراكة على الاقتصاد الجزائري، وعلى منظومة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، جامعة فرحات عباس،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، وهذا خلال الفترة من 13 إلى 14 نوفمبر 2006.

- عبد المجيد أونيس، متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسلة في الدول العربية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي الأول، جامعة حسيبة بن بوعلي، مخبر العولمة وإقتصاديات شمال إفريقيا، الشلف، الجزائر، 2006.
- عواشرية رقية، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي الذي نظمته جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 14 و15 جوان 2006، تاريخ الإطلاع: 2017/11/13.

سابعا– دورات تدريبية.

- مجدي عبد الحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دورة تدريبية نظمها المركز اليمني للتوفيق والتحكيم وتقنيات صياغة وتفسير العقود الإدارية، بدون ناشر، صنعاء في 24-27 يوليو 2004.

– باللغة الأجنبية.

1– Textes Juridiques:

-CIRDI NO: ARB / 99 / 7 Patrick Mitchell C / République démocratique du Congo in http Ik www.icsid.worldbank.org

2– jurisprudence:

-cass . Civ.22octobre 1991 companiavalenciana de onestos portland S.A / CPrimary cool INC.Chro.RTD.COM/Janvier-mars 1992.

3– Les Ouvrages:

-Kassis: Le nouveau droit europeen des contrats internationalaux, L.G-D.J1993 no et s.

-B.Oppetit: Note sous Paris 30 Nove, 1972, clunet, 1973

-E. Gaillard "le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international" D. 1987, Chron Fouchard, Gaillard, Goldman, "Traite de l'arbitrage commercial international, Delà Paris, 1996

-J.Robert L'arbitrage droit interne droit international prive ed. Dalloz, 1993.

-Jean Pierre le Gall "les Honoraires d,arbitrages au regard du droit fiscal communautaire" rev. arb. 1998.

-Paulsson (J): Arbitration without privity, ICSID Review - F.I.L.J., VOL, 10, N2, 1995, P . 232.

-Ph. Fouchard, E. Gaillard, B.Goldman: "Traite de l'arbitrage - commercial international, Delà Paris, 1996

-Ph. Fouchard: Quand un arbitrage est-il international? R -arb, 1970, et s,V. aussi Ph. Fouchard: "L'arbitrage international en France après le décret du 12 Mai 1981, JDI. 1979.

-Delaume (G.R) ICSID arbitration: practical considerations J.I.A.,Vol., I,1984

-Jean Robert, L'arbitrage droit interne droit international prive, 6ed, Dalloz 1993

-Mahio Ahmed.L'arbitrage en Algérie , R.A.S.J.E.P.N ° 04 , O.P.U , Alger 1989

-Redfran Alain et Henner Martin droit et pratique de l , arbitrage commercial international , édition , L.G.D.J.Paris , 1995

-Gaillard Emmanuel , chronique des sentences arbitrales centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) J.D.I.n°01.1986 .

-Gaillard Emmanuel il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti - suit injonction dans l'arbitrage commercial international rev.arb2004 .

-Georgs Vedel , Droit Administratif Spécial , presse universitaire de France , 1995

-Fauchard , gaillard , Traité de L'arbitrage commercial international , edition , LITEC Paris , 1997

-Philippe fauchard / Berthold Goldman de l'arbitrage commercial edition litec paris , 1996

-aulson Jean La l'ex mercatoria dans l'arbitrage(CCI)Rev.Arb n ° 01 , 1990

-Robert et Moro , L'arbitrage droit interne , droit international édition Dalloz , paris , 1983 , N ° 327 .

-Rozes Simone , La Procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres , Paris , P114

-Terki Noureddine , La protection conventionnelle de l'investissement étranger .

4- Thèses et Mémoires:

-Mohamed Mentalechta, I'arbitrage commercial en droit algérien (thèse pour le doctorat en droit faculté de droit de ben aknoun, université d'alger 1975

5- Articles:

-Alan Redfem the jurisdiction of an international commercial arbitrator, journal of international Arbitration, vol. 13. No. 1 march 1996.

-Goldman Berthold , commentaire de l'arrêt valenciana , journal du droit international N ° 1 Paris , 1992

-AKKACHE (A) , l'accords d'association avec l'union européenne et ses effets sur les relations du travail , revue Algérienne du travail alger N ° 43200 2

6– Sites Internet:

- www.f-low.net
- wwww.mts.gov/législations
- WWW.ITIOultanay katar press.com
- http : //isidl.worldbank.org
- www.Legifrance.gouv.fr
- www.journal-officiel gouv.fr
- www.arab-elaw.com
- www.acamit.org
- www.univ-Bejaia-droit.com
- http://www.facebook.com/ana.bokra
- www . iccwbo.org
- http://www.facebook.com/ana.bokra
- www.law-egypt.com
- www.Droit.org

- INC.Chro.RTD.COM/Janvier-mars

- www.icsid.worldbank.org

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة..... 1

مبحث تمهيدي: مفاهيم عامة حول التحكيم وعقود الاستثمار 8

المطلب الأول: الإطار النظري والقانوني للتحكيم 8

الفرع الأول: تعريف التحكيم 8

الفرع الثاني: تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.....16

الفرع الثالث: التقسيمات المختلفة للتحكيم وتمييزه عما يختلط به 21

الفرع الرابع: إيجابيات وسلبيات التحكيم.....30

المطلب الثاني: مفهوم العقود الدولية للاستثمار.....38

الفرع الأول: ماهية عقود الاستثمار. 41

الفرع الثاني: دولية عقود الاستثمار. 44

الفرع الثالث: خصائص العقود الدولية الاستثمار. 51

الفرع الرابع : الطبيعة القانونية للعقود الدولية للاستثمار 53

الفصل الأول: دور التحكيم في حماية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....59

المبحث الأول : مدى الأخذ باتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.....59

المطلب الأول: الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات الاستثمار. 59

الفرع الاول : حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم الذي يتناسب مع نزاعهم.....60

الفرع الثاني :الشروط التي يتحدد على أساسها اختيار المحكمين في منازعات الاستثمار: 63

الفرع الثالث : سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار 66

المطلب الثاني: المشاكل التي تعترض التحكيم في منازعات عقود الاستثمار. 67

الفرع الأول : تحجج الدولة بعد خضوعها للتحكيم نظرا لوجود حظر في تشريعات الداخلية 68

الفرع الثاني: التشكيك في قابلية)محل النزاع- أو موضوعه(للتحكيم: 70

الفرع الثالث : مدى تمسك الدولة بحصانتها القضائيةوالحصانة ضد التنفيُذ.....71

المبحث الثاني : الاطر العامة التي تتحكم التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار.....75

المطلب الأول: المبادئ الضرورية لتأكيد فاعلية التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار. 76

الفرع الأول : استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي: 76

الفرع الثاني : الاختصاص بالاختصاص أثناء النظر النزاع المطروح 77

الفرع الثالث:تعُذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة: 79

الفرع الرابع : الإجراءات التعطيلية المتخذة من احد أطراف النزاع لا تؤثر في التحكيم الدولي 80

المطلب الثاني :التحكيم الدولي بدون اتفاق في منازعات الاستثمار.....81

الفرع الأول : ضرورة قيام التشريعات الوطنية بتضمين لخصومها قواعد خاصة بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار.82

الفرع الثاني : نص اتفاقيات الاستثمار الثنائية على الأخذ بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار 83

الفرع الثالث :نص اتفاقيات الاستثمار متعددة الأطراف على الأخذ بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار.84

المبحث الثالث : قواعد التحكيم الخاصة بالمعاهدات الدولية للاستثمار.....85

المطلب الأول :قواعد الأونسيترال للتحكيم و نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولة.....85

الفرع الأول :قواعد الأونسيترال للتحكيم:.....85

الفرع الثاني : نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية.....86

المطلب الثاني : هيئة التحكيم الأمريكية،ومحكمة لندن للتحكيم الدولي 86

الفرع الأول : هيئة التحكيم الأمريكية.....86

الفرع الثاني : محكمة لندن للتحكيم الدولي:.....86

المطلب الثالث : تنفيذُ القرارات التحكيمية بناءا على الاتفاقيات الدولة للاستثمار 87

الفرع الاول : اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاُها)اتفاقية نيويورك**1958**(.....87

الفرع الثاني : التحكيم وفقا الاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:.....87
المطلب الرابع : شروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(**ICSID**).....89
الفرع الأول: أن تكون المنازعة قانونية:.....89
الفرع الثاني : أن تكون المنازعة ناشئة عن مباشرة الاستثمار:.....89
الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.....91
المبحث الأول : استقلال الاتفاق الإجرائي عن التحكيم الموضوعي.....93
المطلب الأول دور الإرادة في تفعيل إجراءات التحكيم.....93
الفرع الأول : اختيار الهيئة التحكيمية عن طريق مبدأ سلطان الإرادة 94
الفرع الثاني اختيار هيئة التحكيم الإجراءات التحكيم.....110
المطلب الثاني نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم 113
الفرع الأول مختلف طرق اختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات من طرف الخصوم 114
الفرع الثاني الإطار القانوني لفاعلية التحكيم وعلاقتها بالقانون الإجرائي.....122
المبحث الثاني :القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار. 124
المطلب الأول :موقف القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق. 124
.الفرع الأول :حسب اتفاقية نيويورك لعام1958 125
.الفرع الثاني:حسب اتفاقية جنيف في 21 أفريل1961 125
الفرع الثالث :حسب اتفاقية واشنطن لسنة1965 126
المطلب الثاني :موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة. 126
الفرع الأول :موقف المشرع الجزائري. 126
الفرع الثاني :موقف التشريعات المقارنة. 126

المبحث الثالث : فعالية إرادة الأطراف في تحقيق الاستقلالية عن قضاء الدولة وقانونها الداخلي.....127

المطلب الأول موقف هيئة التحكيم في تفعيل قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع 127

الفرع الأول اختيار قانون دولة معينة 128

الفرع الثاني : الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف.....139

المطلب الثاني : بين القانون الواجب التطبيق وبين استقلالية المحكم عن القاضي الوطني.....142

الفرع الأول تجسيد انفصال القانون الواجب التطبيق عن طريق معايير فقهية وقضائية 143

الفرع الثاني تجسيد انفصال المحكم عن القاضي الوطني.....147

الخاتمة.. 163

المصادر والمراجع 167

فهورس المحتويات..... 183