

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة قسنطينة 1

كلية الحقوق

التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

فرع التنظيم الاقتصادي

تحت اشراف الأستاذ:

من إعداد الطالبة:

د/ عبد الحفيظ

منى بوختالة

طاشور

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة قسنطينة 1	أستاذ التعليم العالي	أ/د: بن سليمان علي
مشرفا ومقررا	جامعة قسنطينة 1	أستاذ التعليم العالي	أ/د: طاشور عبد الحفيظ
عضوا	جامعة قسنطينة 1	أستاذ التعليم العالي	أ/د: عياشي شعبان

2014/2013

شكر وتقدير

الشكر الأول إلى الذي أتممت بعونه وتوفيقه هذا العمل

إليك " ربي "

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى مثلي الأعلى الأستاذ

" طاشور عبد الحفيظ "

الذي كان لي نعم المؤطر، فهو لم يبخل علي بتوجيهاته

السديدة ونصائحه المفيدة لانجاز هذا العمل المتواضع

كما أتقدم بالشكر الجزيل للجنة المناقشة بكل أعضائها التي

كانت نعم المناقش، حيث نبهتني إلى الكثير من الأخطاء

التي كنت قد غفلت عنها بالاضافة إلى تقديمها لبعض

التوجيهات والانتقادات المفيدة لي والواجب علي مراعاتها

والأخذ بها في أعمالتي المقبلة إن شاء الله

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الذي كان عصارة فكر أبحر في محيط

الكلمات ليعود في آخر المطاف بأحلى الثمرات :

إلى أحب خلق بعد رسول الله، التي لا يكفيها كل الكلام

منبع الحب والحنان " أمي الحبيبة "

إلى الشخص الذي يذوب تعباً لأغدو نورا يضيء أركان الحياة

أعظم شخص تخرس أمام تضحياته الحروف " أبي العزيز "

حفظهما الله

إلى نور عيني وضيء قدوتي إخوتي وأخواتي وزوجتا أخوي

إلى حبيبة قلبي ولؤلؤة حياتي : أختي " آسيا "

إلى براعم المنزل وبهجته أبناء أخواتي و إبننا أخي التوأمين الحسن والحسين

إلى الذي لا طالما تمنى لي النجاح والتوفيق وكان خير معين

خالي " السعيد "

إلى جدي وجدتي رحمهما الله وكل أخوالي وأعمامي بدون استثناء

إلى جميع الصديقات في الدراسة

إلى جنود العلم والمعرفة من أساتذة ومعلمين



مقدمة

القاعدة العامة أو الأصل العام أن ولاية القضاء في الدولة يشمل جميع المنازعات وجميع الأشخاص الموجودين على إقليمها وطنيين كانوا أو أجانب، وفقاً لمبدأ سيادة الدولة على أراضيها وإقليمها. معنى هذا أن ينعقد الاختصاص بنظر منازعات المستثمر الأجنبي لمحاكم الدولة المضيفة لاستثماره، ويتأكد هذا الأصل بخصوص الفصل في المنازعات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي من باب أولى، حيث ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة بنظر النزاع، إلا في حالة تبني الدولة الأجنبية المطالبة بتفويض من رعاياها، ففي هذه الحالة يصبح النزاع دولياً ويكون حله بالطرق التي تسوى بها المنازعات الدولية، ونظراً لوجود عنصر أجنبي في النزاع فإنه يطلق عليها وصف المنازعات ذات الطابع الدولي، وفي هذا الصدد فإن لكل دولة أن تضع القواعد التي تحدد بمقتضاها نطاق اختصاص محاكمها بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي باعتبار أن هذا التحديد هو آخر مظاهر سيادتها.

وما دام الأمر كذلك فإن الدولة حرة في تحديد حالات اختصاص محاكمها، إلا أن هذه الحرية غير مطلقة إذ تتقيد عند وضع ضوابط الاختصاص للقضاء الدولي بما تكون قد أبرمته من معاهدات وما ترتبه قواعد العرف الدولي، بالإضافة إلى تقييدها بواجب مراعاة الفاعلية للأحكام أو قوة النفاذ لما يصدر عن محاكمها من أحكام، وإذا ما طبقت هذه القيود على منازعات المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة لمعرفة مدى خضوعه لاختصاص المحاكم الوطنية من عدمه فإنه يجب مراعاة ما يلي:

1- استبعاد قيد "القوة أو الفعالية للأحكام" باعتباره قيدياً يحد من الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية لأن الأحكام الصادرة عن محاكم الدولة لصالح المستثمر أو ضده سيتم تنفيذها على إقليم الدولة ولهذا تتوفر الفعالية أو قوة النفاذ لهذه الأحكام.

2- استبعاد قيد ما تلزمه القواعد الدولية فلا شك أن المستثمر ليس أحد المعنيين بها فهو لا يتمتع بحصانة من أي نوع كما أنه ليس من أشخاص القانون الدولي العام بحيث يكون في

مركز قانوني يتساوى فيه مع الدولة فتقبل مقاضاته لها دوليا وعليه فإن المستثمر من غير المعنيين بقواعد العرف الدولي الذي تسلبه ولاية المحاكم الوطنية نظر منازعاته.

3- استبعاد قيد ما تقضي به الاتفاقيات المقيدة لاختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي إذا لم تكن كل من الدولة التابع لها المستثمر بجنسيته والدولة المضيفة طرفين في اتفاقية تقضي بعدم اختصاص المحاكم الوطنية بفض منازعات الاستثمار

وعليه يمكن القول بأن منازعات الاستثمار سواء كانت الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي طرفا فيها أم كان النزاع بين المستثمر والغير فإن القضاء الوطني في الدولة المضيفة للاستثمار يختص بالفصل فيها.

وإذا ما سلمنا بأن منازعات الاستثمار تخضع لسلطة القضاء الوطني دون غيره وهذا هو الأصل فإن أية تسوية لتلك المنازعات لا تتم عن طريق محاكم الدولة تعتبر استثناء. هذا الاستثناء يعد امتيازاً يقصد من ورائه جلب وتسهيل الاستثمارات الأجنبية، وقد جاء تلبية لإرادة المستثمرين الأجانب لتجنب الوقوف أمام القاضي الوطني لكونهم يخشون الصعوبات المترتبة عن اختلاف المركز القانوني لطرفي النزاع عندما تكون الدولة المضيفة أحد الأطراف المتقاضين، كما أبدى بعض المستثمرين تخوفاتهم من نظم قانونية لا يعرفونها ويجهلون إجراءات التقاضي أمامها، بل ويخشون من تأثر القاضي الوطني بالإيديولوجية السائدة في الدولة المستقبلة للاستثمار وتحيزه لمصلحتها، كما يعتقد المستثمر الأجنبي أن قضاء الدولة المستقبلة غير كفاء للنظر في المسائل التقنية والقانونية الكثيرة التعقيد أو أن قانون الدولة المستقبلة للاستثمار متكلفاً لا يتلاءم مع متطلبات المعاملات الاستثمارية.

لكل هذه الأسباب ولغيرها يفضل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم الدولي كهيئة مستقلة لفض منازعاته مع الدولة المضيفة أو إحدى الهيئات الممثلة لها، وقد كان للمستثمر الأجنبي في الاتفاقيات الدولية بمختلف أنواعها وصيغها ودرجات نفاذها الوسيلة المثلى لإرساء التحكيم الدولي في مجال الاستثمارات الدولية حتى أصبحت القوانين الوطنية ومنها القانون الجزائري تنص عليه وتنظم ممارسته على المستويين الداخلي والخارجي.

ولقد تم اختيار هذا الموضوع: "التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار" نظراً للاهتمام الكبير الذي أصبح يحظى به هذا الأسلوب من أساليب تسوية منازعات

الاستثمار من جانب المستثمرين من جهة ومن الدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى حيث أضحى التحكيم التجاري رافعة أساسية لتشجيع الاستثمار والتبادل التجاري بين البلدان العربية، ولتقوية وتعزيز العمل العربي المشترك خاصة في مجال تحقيق التنمية الاقتصادية، هذا وإن التطورات الهامة التي سجلتها عولمة الأنشطة الاقتصادية جعلت من التحكيم التجاري سمة أساسية للدول المتقدمة بما يضمنه من تنشيط وتحفيز للاستثمار وكذا تذليل الصعوبات والمشاكل الناتجة عن النزاعات بين المتعاملين الاقتصاديين بالسرعة والنجاعة التي تتطلبها المعاملات التجارية وخاصة الاستثمار منها.

ولم يكن أمر تبني الجزائر لنظام التحكيم التجاري الدولي ممكنا منذ السنوات الأولى للاستقلال لأسباب مختلفة لذلك كان اللجوء المتزايد لهذا الإجراء من الناحية العملية والقانونية في إطار التفتح الاقتصادي الحالي الناتج عن تبني سياسة اقتصادية تعتمد على قواعد اقتصاد السوق.

حيث تم فهم النظام في البداية من طرف الدول حديثة العهد بالاستقلال ومنها الجزائر على أنه يمس بسيادة الدولة، لكونه يقوم أساسا على استبعاد محاكم الدولة فيما يخص الفصل في منازعات الاستثمار، وكذا التخوف الناتج من الأحكام القانونية التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية للتحكيم الدولي، والتي يرى فيها الكثير من الكتاب أنها تمس فعلا ببعض الجوانب السيادية للدول من خلال تنازل الدولة عن اختصاصها الحصري والمطلق في إقامة العدالة بنفسها، وذلك بقبولها للقيود التي تتخذ من هذه السيادة بموجب تنازلها عن جانب واحد من ممارسة حقوق السيادة، وكذا بموجب الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي توقع عليها، وتضاف إلى تلك الأسباب السياسية الماسة بسيادة الدولة التجارب السابقة لبعض الدول غير المشجعة في هذا الإطار، حيث جاءت أحكام التحكيم خالية من أي انتقاد لتماشى هذا النوع في الفصل في المنازعات (التحكيم) مع اهتمامات الدول الصناعية أكثر منه مع اهتمامات دول العالم الثالث، لذلك كان يمنع على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم.

هذا وقد لوحظ أن المشرع قد لين من موقفه حين فصل في تنظيم التحكيم بين شركات القطاع العام وسكت عن تنظيم إجراءات التحكيم الدولي، حيث أدى سكوته عن

تنظيم إجراءات التحكيم الدولي إلى عدم اللجوء إليه رغم تعدد بعض المحاولات المحتشمة في سنوات الثمانينات (80) قبل بداية إتباع سياسة الانفتاح الاقتصادي.

وقد استمر هذا الوضع القانوني لمنع التحكيم التجاري الدولي حتى صدور المرسوم التشريعي 93-09 الصادر في 1993/04/25، حيث بدأت معالم اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي تظهر في توقيع الجزائر لبعض الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف منها: اتفاقية الجزائر وفرنسا سنة 1983 والجزائر والوم أ سنة 1990، وكذا اتفاقية واشنطن الموقعة سنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وكذا اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة سنة 1958، ثم تأكد انفتاح الدولة بقوة على الاستثمار الأجنبي من خلال صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 فقد جاء هذا القانون ليكرس بصفة واضحة وجلية التحكيم التجاري الدولي خاصة وأن مسألة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب والذي هو موضوع رسالتي تثير العديد من الأسئلة لاسيما وأن هؤلاء المستثمرين لا يقبلوا بسهولة اللجوء إلى المحاكم الوطنية لدولة مضيفة مثل الدولة الجزائرية.

ويرجع سبب اختياري لهذا الموضوع إلى دوافع شخصية تتمثل في رغبتني الجامعة في البحث في هذا الموضوع ولإثراء رصيدي المعرفي، وكذا المكتبة العلمية ببعض المعلومات والقضايا المستجدة في هذا المجال، بالإضافة إلى عدم وجود دراسة معمقة بالنسبة للجزائر تناولت التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار ماعدا بعض الكتب والدروس، وإلى دوافع علمية تتمثل في الاهتمام المتزايد بموضوع التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، واتساع المشاكل المرتبطة بالاستثمارات بعد الانهيار التدريجي للحدود الاقتصادية بين الدول تحت تأثير العولمة، مما منح موضوع التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب بعدا آخر.

ولقد جاءت هذه الدراسة لإلقاء الضوء على التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار من خلال الإجابة على السؤال المطروح بحدّة على فكر الفقهاء والمشرعين وعلى ساحات المحاكم والذي مضمونه خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار وما يطرحه هذا الإشكال من أسئلة فرعية أهمها:

- ما التحكيم بصفة عامة وما هي أنواعه وصوره وطبيعته القانونية وعلاقته بمختلف المفاهيم الأخرى المشابهة له وكذا المراحل التي يمر بها؟
- ماهي الأسباب التي جعلت من التحكيم الوسيلة المثلى لتسوية منازعات الاستثمار وما المشاكل التي تواجهه؟
- كيف يتم ضمان الفعالية للتحكيم في منازعات الاستثمار وما دور المركز الدولي للاستثمار في ذلك؟

ولما كانت هذه الدراسة تتطلب الدقة كغيرها من الدراسات المرتبطة بالتحكيم، كونها تجمع بين القواعد القانونية الداخلية والاتفاقية وبين الحلول القضائية والتحكيمية المتوصل إليها، فإنه ينبغي علينا عدم الاكتفاء بتناول الأحكام القانونية الجزائية بل يجب التطرق إلى موقف التشريعات المقارنة الممارسات العلمية القضائية والتحكيمية وكذا التعرض كلما تطلب الأمر للآراء الفقهية بشأن أية مسألة تدخل في نطاق دراستي.

ولذلك فإن المنهج المتبع في هذا البحث سوف يتنوع بين المنهج الوصفي في بعض المواطن من جهة، و بين المنهج الاستنباطي التحليلي والمنهج المقارن في نفس الوقت، من جهة أخرى، حيث سنقيم عروضاً ومقارنات عديدة بين التشريع الوطني وبعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي، فضلا عن بعض المقارنات مع أحكام الاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم، مع التطرق للموقف الفقهي من أية مسألة مثارة نرى ضرورة الرجوع إليه.

وبناء على ما تقدم فقد قسمت الدراسة إلى فصلين كالتالي:

فصل أول: نظام التحكيم

فصل ثاني: التحكيم في منازعات الاستثمار



الفصل الأول : نظام التحكم

الفصل الأول نظام التحكيم

يعد التحكيم إحدى وسائل حسم المنازعات وهو طريق استثنائي يقوم على إرادة الأطراف، حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون المحكمة المختصة. والتحكيم وسيلة قديمة وقد كان بشكله البدائي الوسيلة المعتمدة لحل المنازعات بين الخصوم إلا أن أهميته قد ازدادت حديثاً بعد إنشاء الأمم المتحدة عام 1945.

ولقد تأكدت أهمية التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار كوسيلة لحل ما ينشأ عن هذه العلاقات الدولية من منازعات، حيث أصبح القضاء الأصيل لحل هذه المنازعات وتزداد أهميته عند وجود الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً في هذه المنازعات.

وارتبط ازدهار التحكيم بتطور العلاقات الاقتصادية الدولية، حيث وجد فيه الأطراف مقصدهم بوصفه قضاء متخصصاً يقوم بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقود الدولية وذلك لما يتميز به من بساطة وسرعة في الإجراءات ومرونة وسرية.

وسنتناول بالحديث في هذا الفصل عن ماهية التحكيم بصفة عامة وما تشمله هذه الماهية من تعاريف فقهية وتشريعية له وتمييز بينه وبين مختلف المفاهيم المشابهة له كالخبرة والصلح وغيرهما بالإضافة إلى طبيعته القضائية ومختلف المراحل التي يمر بها تباعاً كالتالي:

المبحث الأول ماهية التحكيم

وسنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم التحكيم في التشريع الجزائري وفي التشريع الفرنسي وفي الفقه وتمييزه عن غيره من المفاهيم الأخرى المشابهة له كالخبرة والصلح وغيرهما كما سنتناول بالحديث أيضا عن الطبيعة القانونية للتحكيم ثم لأنواعه.

المطلب الأول مفهوم التحكيم وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة

لقد تعددت التعريفات حول ماهية التحكيم من حيث كونه إحدى الوسائل البديلة عن القضاء في الفصل في المنازعات بطريقة سلمية وذلك عن طريق اللجوء إلى شخص أو عدة أشخاص من ذوي الرأي يسمى الواحد منهم "محكما" أو "هيئة التحكيم" للفصل في النزاع الذي ينشأ بين الطرفين بعيدا عن القضاء العادي وذلك وفقا لاتفاق يبرم بين الأطراف. وسنتعرض في هذا المطلب إلى مفهوم التحكيم في التشريع الجزائري وغيره مع ضرورة تمييزه عن المفاهيم الأخرى المشابهة له كالصلح والخبرة وغيرهما.

الفرع الأول مفهوم التحكيم في التشريع الجزائري

التحكيم لغة: هو التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم أو أحكمه فاستحكم فصار محكما في ماله تحكيما، إذ جعل إليه الحكم فاحتكم عليه في ذلك. وحكم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه.

وحكموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا بمعنى أجزنا حكمه
بيننا.¹

أما اصطلاحاً: فهو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير
عقدية على أن يتم الفصل في منازعة ثارت بينهم بالفعل أو يحتمل أن تثور بينهم من
طرف أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد المحكمين أو يعهدون
لهيئة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفق قواعدها
الخاصة.

كما عرف بأنه النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائماً
بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا مهمة قضائية عهدت إليه من قبل الأطراف المتنازعة.

وهناك من عرفه بأنه تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل
اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر والذي يتولاه شخص أو أكثر - محكم أو محكمان -
يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه
المهمة.²

أما محمد بجاوي فقد عرفه بأنه: "...التحكيم هو تلك العدالة الخاصة
التي يسلب فيها الاختصاص من المحاكم الوطنية العادية للدولة ويجعله من اختصاص
أشخاص خواص يختارهم الأطراف المتنازعة"³

¹ المواجدة (مراد محمود) ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2010 ، ص

² DAVID (R), L'Arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982 , P 6

³ بجاوي (محمد) ، محاضرة ألقى بملتقى التحكيم التجاري الدولي المنعقد بالجزائر في شهر أكتوبر 1993 غير منشورة ص03

وهو حسب نص المادة 1004 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن ق ا م و الجزائر "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على عرض النزاعات التي تثار فيما بينهم للتحكيم مع مراعاة الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها."

وقد عرفه المشرع الفرنسي بأنه إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم.¹

ويعتبر التحكيم تقنية قانونية تهدف إلى إعطاء حل للمسألة أو النزاع من قبل هيئة (محكم أو محكمين) تتمتع بسلطة الحكم أو القضاء وذلك ليس تفويضا من دولة ولا من سلطة تشريعية بل تستمد ولايتها من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، هؤلاء المحكمين القضاة يمكن أن يكونوا مجرد أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتبارية خاصة ، هيئة أو مركز دائم للتحكيم يخول حق الفصل في النزاع الذي ينشأ بين الطرفين بعيدا عن اللجوء إلى القضاء العادي وفقا لاتفاق الأطراف.

وعليه يمكن القول بأن التحكيم نظام قضائي خاص ، يختار فيه الأطراف قضاةهم ويعهدون إليهم بموجب اتفاق مكتوب بين طرفين أو أكثر بمهمة الفصل في المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ مستقبلا عوضا من القضاء العادي بحكم أو قرار تحكيمي مماثل للحكم القضائي الملزم.

إذن التحكيم هو نظام قانوني يؤدي وظيفة الفصل في منازعة مختلف بشأنها أو ما يعرف بالخصومة التحكيمية ويقوم على أساسين :

1-الأساس الأول: إرادة الأطراف واتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم واختياره بديلا عن القضاء

1م من القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 بشأن التحكيم.

2-الأساس الثاني: إقرار المشرع لهذه الإرادة في التشريع الداخلي وتنظيمها في قانون الإجراءات المدنية ومساعدة الأطراف على تحقيق هذه الغاية فالتحكيم قضاء خاص لا يجوز إجبار شخص عليه أو حرمانه من هذا الحق.¹ وبالتالي فإرادة الأطراف وحدها لا تكفي لتأسيس سلطة محكمة التحكيم في الفصل في المنازعات المعروضة عليها بل لا بد أن يتم ذلك في حدود القواعد التي يضعها القانون سواء في المسائل الإجرائية أو الموضوعية والتي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم .

ويؤكد فكرة هذا النظام أن تدخل الأطراف بإرادتهم الحرة تنشئ تشكيلة هذا القضاء البديل ولكن يفلت منهم وتصبح إرادتهم مقيدة به لسببين :

1/ إذا تم الاتفاق على التحكيم تم ميلاد نظام التحكيم فلا يستطيع أحد طرفي الاتفاق التحلل منه بإرادته المنفردة.

2/ أن نتيجة هذا النظام القضائي البديل هو اختصاص التحكيم بالفصل في النزاع القائم بين الطرفين بحكم أو قرار ملزم لأطرافه بحيث محكمة التحكيم لا تخضع لهوى الأطراف بل تخضع للأحكام القانونية المتفق على تطبيقها سواء في الإجراءات أو في الموضوع إذ يكون الحكم أو القرار التحكيمي كالحكم القضائي الصادر عن محاكم الدولة ويكون ملزماً لمن صدر في مواجهته ويجبر على تنفيذه.

فلا يمكن التخلص منه إلا بالوسائل القانونية المتاحة كالطعن فيه أو بالاعتراض القانوني على تنفيذه حسب المادة 2/1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذا ويعتبر التحكيم أداة لتسوية نزاع بين طرفين أو أكثر نشأ بالفعل أو من المحتمل أن ينشأ في المستقبل فان انتفت فكرة المنازعة والحاجة إلى تسويتها انتفت أيضاً الحاجة إلى التحكيم وتتحصر مهمة محكمة التحكيم في الفصل في المنازعة

¹ الورفلي (أحمد) ، الاتجاهات التشريعية والقضائية في بلدان المغرب العربي في ميدان التحكيم ، المجلة التونسية للتحكيم ، العدد الثاني ، مطبعة علامات تونس ، 2000 ، ص72

المعروضة عليها فان كانت المهمة خلاف ذلك نكن بصدد تحكيم بالمعنى القانوني المنظم في الفقه الإجرائي بل نكون بصدد عمل قانوني آخر وما يؤكد هذا الرأي هو انه إذا اتفق الأطراف خلال إجراءات التحكيم على تسوية النزاع وديا فيما بينهم وجب على محكمة التحكيم أن تنهي الإجراءات وان تثبت التسوية الودية وعليها في هذه الحالة أن تصدر قرارا يتضمن شروط التسوية ويكون لهذا القرار ما لقرارات التحكيم من الحجية وقوة التنفيذ بعد تسوية قضائية تتم بعمل قضائي قوامه مجموعة من الإجراءات تماثل الإجراءات القضائية مثل عريضة الدعوى ، دفع الرسوم ، احترام حقوق الدفاع ، ومبدأ المساواة بين الأطراف ، مبدأ المواجهة فضلا عن إجراءات الحياد ، البيانات الشكلية والموضوعية التي يجب إتباعها في تحرير الحكم وصياغته وبالتالي فإنها تسوية نهائية ملزمة لان القرار أو حكم التحكيم يحوز حجية الشيء المقضي فيه وينهي اختصاص محكمة التحكيم وينفذ جبرا عند الضرورة والالزام في بلد التنفيذ طبقا لقانون هذا البلد (المادة 1037 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

بالفعل التحكيم هو تلك التقنية القانونية المختارة من الأطراف للقيام بالفصل في منازعة محددة وفقا لقواعد قانونية مختارة سواء كانت هذه الهيئة التحكيمية خاصة أو مؤسساتية وعليه يمكن الإجماع على أن التحكيم " هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج النزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وان يعهد بها إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم" وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1041 التي تنص على ما يلي : "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم".

ويقوم التحكيم في التشريع الجزائري على توافر العناصر التالية:

- إحالة النزاع على طرف ثالث من غير القضاء هو المحكم للفصل في النزاع بحكم أو بقرار حاسم وملزم للأطراف.

- وجود محكمة تحكيم تشكل لهذا الغرض من الأطراف أو بمعرفتهم حسب الاتفاق المبرم بينهم.

- محل التحكيم وهو الفصل في النزاع القائم أو المحتمل بين الخصوم بقرار نهائي ملزم.

بمعنى أن التحكيم يقوم أساسا على الإرادة الحرة للأطراف التي تحكم كافة جوانب اتفاق التحكيم لذلك فهو وسيلة رضائية اختيارية بديلة عن القضاء العادي لا ينعقد إلا برضاء كافة الأطراف على أسلوبه وإجراءاته وموضوعه والقانون الواجب التطبيق عليه.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من أساليب تسوية منازعات التجارة الدولية والاستثمار - التحكيم - لا يخلو من العيوب ونقاط الضعف، إذ مازالت جوانبه المختلفة وما تثيره من مشكلات قانونية تحظى بعناية كبيرة من طرف المختصين وتتناولها أحكام القضاء ومراكز التحكيم المتخصصة ولعل من أهم هذه المشكلات القانونية التي انجذبت إليها أقلام المختصين ومراكز التحكيم المتخصصة مشكلة إجراءات التحكيم ومقومات الحكم التحكيمي الصادر في نهايتها وطرق الطعن فيه وتنفيذه.

الفرع الثاني

تمييز التحكيم عن غيره من المفاهيم الأخرى المشابهة له

عند الحديث عن مفهوم التحكيم لابد أن نميز بينه وبين غيره من المفاهيم الأخرى المشابهة له كالخبرة والصلح والقضاء الوطني.

الفقرة الأولى

التحكيم والخبرة

لابد من التمييز بين المحكم والخبير فهذا الأخير - الخبير - هو شخص فني، طبيب، مهندس، خبير حسابات أو غيره يعبر عن الرأي أو وجهة نظر فحسب، أما المحكم فهو قاض خاص قراراته ملزمة للمعنيين به ولا يمكن اعتبار الخبير محكما لأن الخبير لا يعدو أن يكون مجرد شخص تقني يقوم بمعاينة الوقائع وإبداء ملاحظاته وما يراه قائما دون البت في النتائج التي تترتب عن هذه المعاينة التي يتضمنها تقرير الخبرة الذي يلحق في الغالب بالملف الأصلي للنزاع ليعرض على المحكمة للبت فيه، أما المحكم فهو يعاين ويفحص الوقائع والأدلة المقدمة إليه ويستعمل خبرته العلمية والعملية ليقرر في النهاية مثله مثل القاضي تماما إصدار حكم ملزم للأطراف والجهات القضائية المختلفة ما لم يكن مخالفا للنظام العام.

والخبير يلتزم بالمهمة المحددة في الحكم الذي انتدبه سواء من محكمة التحكيم أو من القضاء، وتقتصر سلطته على البحث التقني العلمي القانوني في المسألة المطلوب منه إبداء رأيه بشأنها بموجب المهمة المكلف بها¹.

وبالرغم من أن المحكم والخبير متماثلين في كونهما ليسوا أعضاء في جهاز القضاء، إذ كل منهما شخص فني يصدر رأيا في القضية المعروضة عليه ويخضع كل منهما لمبادئ الاستقلال والحياد والموضوعية إلا أن كل منهما يختلف عن الآخر في عدة نواحي نذكر أهمها:

- الخبير ينظر النزاع ويبدى رأيه في الوقائع دون القانون بعكس المحكم الذي يلزم بإبداء رأيه في الوقائع وفي القانون ويفصل في النزاع المعروض عليه في الأجل الممنوح له.

¹ بوضونة (خليل)، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه جامعة قسنطينة 1، 2007-2008 - ص 22

- رأي الخبير استشاري لمحكمة التحكيم وغير ملزم للأطراف والقضاء طبقا لنص المادة 144 من ق ا م و¹، بمعنى لهم أن يأخذوا به أو أن يرفضوه أما رأي المحكم فهو ملزم للأطراف والقضاء.

هذا وإن الالتزام بالخبرة يقتضي إصدار حكم أو قرار من القضاء أو من محكمة التحكيم باعتماد ما تضمنته الخبرة أو برفضها والفصل في النزاع بما يقتنع به المحكمون من الأدلة المقدمة للمناقشة فالخبرة تعد من أدلة الإثبات التي ينظمها في الغالب ق ا م وتلعب دورا هاما في مجال التحكيم التجاري الدولي.

التحكيم قضاء خاص لأنه يستولي على جزء من اختصاصات القضاء

الوطني وبالتالي لا بد من الاعتراف بالتمييز بينه وبين الخبرة والذي يظهر من خلال أمرين:

- التحكيم يحل نزاع ذو طابع قضائي أي أنه يضع حلا للنزاع بواسطة حكم يمكن أن يكون خاضعا للمحاكم أو غير خاضع لها فالمحكم عندما يبت في قضية قانونية يكون ملزما باحترام قواعد الإجراءات والنصوص القانونية المنظمة للموضوع المتفق عليه من الأطراف واحترام القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام. أما الخبرة فهي معاينة الشيء أو تثمينه أو تقدير حالته بناء على ما يتمتع به الخبير من قدرات علمية وبناء على ما يعاينه شخصا وما يقدم له من الخصوم من معلومات وبالتالي الخبرة تعد من أدلة الإثبات التي تساعد على حسم النزاع صلحا أو تحكيما.

- أن المحكم عندما يكون بصدد تفحص النزاع فإنه يكون ملزما بالبت فيه وفي أجل محدد بحكم أو بقرار ملزم هذا القرار له طابع قضائي يحوز على حجية الشيء المقضي فيه ويكون واجب النفاذ بعد حصوله على الصيغة التنفيذية من القضاء المختص، أما الخبير فرأيه استشاري مقتصر على ابداء الرأي دون الالتزام به من طرف من قدم إليهم فقد استقر القضاء على عدم الالتزام بتقرير الخبير أو الأخذ به. فالجهة التي عينته لها أن تأخذ بالخبرة التي قام بها وما توصل إليه من نتائج متى اقتنعت بصحة أسبابها، واطمأنت

¹ تنص م 2/144 من ق ا م و إ على: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسيب استبعاد نتائج الخبرة"

إلى كفاءة الخبير وسلامة الأسس التي بنى عليها تقريره كما لها أن ترفضها وتطرحها جانبا متى رأت أن هذه الخبرة قد بنيت على أسباب غير قانونية¹.

الفقرة الثانية التحكيم والصلح

يعرف الصلح بأنه ذلك العقد الذي يحسم به الأطراف نزاعا قائما أو محتملا بأن يتنازل كل واحد منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعاءاته وإيجاد حل ودي يقبل به الخصوم أنفسهم يسوى به النزاع القائم بينهما².

وهو حسب المشرع الجزائري يتم في أي مرحلة من مراحل الخصومة بسعي من الخصوم (م 971 وم 972 ق ا م وإ).

أما التحكيم فهو يتم بواسطة الغير وهو المحكم الذي لا يبحث عن الحل الذي يرضيه الأطراف وإنما عن الحل العادل وفقا للقانون المطبق.

إذن التحكيم هو عقد بين الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ينصب أساسا على اختيار شخص "المحكم" لكي يفصل في النزاع سواء أكان النزاع قائما أو محتمل الوقوع وذلك بقرار أو حكم ملزم للأطراف لذلك فهو يختلف عن الصلح باعتبار أن هذا الأخير يهدف إلى تحقيق الصلح بين الطرفين من خلال تقريب وجهات النظر وصولا إلى حل يرضيه الخصوم.

¹ لقد تم وضع لائحة "المركز الدولي للخبرة" من طرف غرفة التجارة الدولية بباريس والذي بدأ سريانه من 1993/01/01 وطبقا لنص م8 من هذه اللائحة "فإنه ما لم يتفق الأطراف في الخصومة على خلاف ذلك فإن تقرير الخبير ليس له أية قوة ملزمة للأطراف وهيئة التحكيم" نصوص هذه اللائحة منشورة في مجلة التحكيم الفرنسية لعام 1995 باللغة الفرنسية ص 351 وما بعدها.

² هاشم (محمود)، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية : اتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الجزء الأول ، 1990 ، ص 05

فالصلح عادة يكون سابقا على إجراءات التحكيم، وحسم النزاع في الصلح يتم بالتنازل المتبادل عن جزء من إدعاءات الطرفين لذلك فإن المصالح يلجأ في الغالب إلى تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة من أجل الحصول على حل ودي يرضي الطرفين، وفي حالة رفض أحد الأطراف التنازل عن جزء من ادعاءاته وبقي متمسكا بكل طلباته ففي هذه الحالة يبقى النزاع قائما لذلك يعرض هذا الأخير إما على القضاء أو التحكيم. وفي مجال الاستثمار أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري يختار الحلول الودية مثل الصلح أولا وفي حالة عدم تحقيق ذلك في مهلة محددة حق للأطراف اللجوء إلى التحكيم.

وبالرغم من التباين الموجود بين التحكيم والصلح فإنه عادة ما تقرر لوائح ونظم التصالح بمراكز وهيئات التحكيم الدولية والإقليمية على اعتبار ما توصل إليه المصالح أو الموفق دليلا من أدلة الإثبات¹.

ومع ذلك فإن أوجه الاختلاف بين الصلح والتحكيم مهمة جدا، فمن جهة نرى أن الذي يحسم النزاع بين الأطراف في التحكيم هو شخص من الغير وذلك بمقتضى ما خوله اتفاق التحكيم من سلطة قضائية، أما في الصلح فإن الذي يحسم الخلاف هم الأطراف أنفسهم، وأن مهمة المصالح في الواقع تقتصر على تقريب وجهات النظر بينهما فقط هذا من جهة أولى.

ومن جهة ثانية نرى أن طريقة حسم النزاع تختلف في التحكيم عنها في الصلح، ففي التحكيم يتم حسم النزاع بقرار تحكيمي يعتمد فيه المنهج المتبع في إصدار الأحكام القضائية وتطبق فيه القواعد القانونية مع تبني إدعاءات أحد الطرفين وطرح إدعاءات الآخر جانبا فيخسرهما. بمعنى آخر أن نتيجة التحكيم تكون مجهولة بالنسبة للأطراف إلى حين تاريخ صدور حكم أو قرار التحكيم فيكون لهذا الأخير أثر منشئ وملزم.

¹ م 11 من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC

أما في الصلح فإن حسم النزاع يتم بالتضحية المتبادلة Le Sacrifice réciproque للأطراف بالتنازل المقابل عن جزء من مطالبه فيكون للصلح بهذا أثر كاشف لما يتناوله من حقوق للأطراف.

حيث ومن جهة أخرى فإن وسيلة أو أداة الحسم في التحكيم هي القرار أو الحكم التحكيمي الذي له طابع قضائي ويحوز على حجية الشيء المقضي فيه ويكون واجب النفاذ بالقوة العمومية بعد حصوله على الصيغة التنفيذية من الجهة القضائية المختصة¹. أما في الصلح فإن النتيجة لا تتحقق إلا بتدخل القضاء بعمل ولائي وهو التصديق على عقد الصلح والاعتراف به وإصدار الأمر بتنفيذه (حسب نص المادة 973 من ق ا م و).

الفقرة الثالثة

التحكيم والقضاء الوطني

إذا كان في الأصل أن تقوم الجهات القضائية بالفصل في المنازعات فإن القانون يسمح للمتازعين باختيار عدالة جديدة بعرض قضاياهم على محكمين لتسويتها وفق إجراءات يرونها سهلة وبسيطة وسريعة في نفس الوقت هذه العدالة هي التحكيم.

يسمح قانون الإجراءات المدنية الجزائري باللجوء إلى التحكيم وبالتعاون بين القضاء الوطني، لاسيما فيما يتعلق بتعيين المحكم أو المحكمين وفي الإجراءات التحفظية كأن تأمر بتدابير مؤقتة المادة 1046 من ق ا م و بحيث يحق لكل طرف أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية للمطالبة بتعيين المحكم من الجهة المختصة سواء كان التحكيم الدولي يجري بالجزائر أو بالخارج، وفي هذه الحالة يرفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة وفقا للمادة 1041 ق ا م و وهي المحكمة التي يجري التحكيم بدائرة اختصاصها.

¹ م 1031 من ق ا م و

ويختلف التحكيم عن القضاء الوطني من حيث التشكيل والإجراءات والآثار المترتبة عن الحكم وطرق الطعن:

- يختار المحكم أو المحكمين من الخصوم أو من الجهة المكلفة بتعيين المحكمين على أن يكون الاختيار نتيجة لاتفاق الأطراف على التحكيم - شرط أو مشاركة - هذا الاتفاق يتضمن بالضرورة إما تعيين "المحكم أو المحكمين" أو كيفية التعيين، م 1041 ق ا م وإما القاضي فلا يختار من الخصوم بل يعين من السلطة العامة في الدولة للفصل في المنازعات التي تطرح عليه فهو مفروض على المتقاضين كما أنه لا يتقاضى أتعابه من الخصوم كما في التحكيم.

- أن ولاية القاضي تكون عامة، بحيث أنه يكون مكلف بنظر جميع الخصومات التي تعرض عليه، فهو مؤهل قانونا بالفصل فيها طبقا لقانون التنظيم القضائي ما لم يتم عزله أو نقله ووفق الإجراءات القانونية السارية المفعول في النظام القضائي المطبق، بينما المحكم ولايته قاصرة فقط على موضوع النزاع المختار والمحال عليه، حيث أنه يعد شخصا فنيا يمكن عزله باتفاق الخصوم، هذا والمحكم غير ملزم بالتقيد بالنصوص الإجرائية، إذ يمكن أن يكون مفوضا بالصلح من الخصوم وبالتالي فهو غير ملزم بتطبيق القواعد القانونية ويمكنه القضاء بقواعد العدالة والإنصاف والأعراف التجارية التي يراها ملائمة¹. أما القاضي فيكون ملزما بتطبيق قواعد القانون أما القواعد المتعلقة بالنظام العام فإن المحكم غير ملزم بها كالقضاء تماما فالقواعد التحكيمية المخالفة لقواعد النظام العام معرضة للبطالان ويمكن عدم الإذن بتنفيذها من القضاء المختص وفقا لأحكام المادة 1056 ق ا م وإلا والمادة 05 من اتفاقية نيويورك 1958/06/10².

¹ المادة 1050 من ق ا م وإلا الصادر في 25 فيفري 2008 "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب

هذا الاتفاق تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"

² المادة 05 من اتفاقية نيويورك المبرمة في 1958/06/10 التي انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم رقم 133/88 في

1958/11/05 والتي تؤكد على ضرورة توافر مجموعة من الشروط وإلا وجب رفض منح الصيغة التنفيذية للحكم أو القرار التحكيمي

- المحكم يكون مقيدا بما هو وارد في اتفاق التحكيم من حيث الموضوع والأشخاص والمدة الزمنية التي يجب عليه الفصل خلالها في النزاع وبالتالي فإنه لا يملك حق إدخال الغير في الخصومة لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة بينما القاضي له الحق في ذلك طبقا للمادة 201 وما بعدها من ق ا م و، كما يلتزم المحكم بالمدة المحددة من الأطراف اتفاقا أو قانونا م 1018 ق ا م وإصدار الحكم بعكس القاضي الذي لم يحدد له القانون مدة معينة لإصدار الحكم حيث أبقى له المجال مفتوحا ولم يقيد بالوقت ولم يرتب على ذلك أي أثر قانوني

- الأحكام الصادرة من القاضي على مستوى المحاكم أحكام ابتدائية تقبل الاستئناف شكل عام أمام الدرجة الثانية من القضاء " المجالس القضائية" كما أنها تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه وباستنفاد ولاية القاضي لموضوع النزاع وهو نفس الشيء بالنسبة لقرارات المحكم الصادرة في مجال التحكيم التجاري الدولي لأن حجية الشيء المقضي فيه تتعلق بالنظام العام بالنسبة لحكم القاضي والمحكم على حد سواء لأن مصدرها في التشريع الجزائري هو القانون م 1035 من ق ا م وإما القرارات التحكيمية الداخلية قد تكون نهائية ما لم يتفق الأطراف على الاستئناف وبالتالي تكتسي الحجية القضائية ، لكنها تقبل الطعن غير العادي بالتماس إعادة النظر وفي التحكيم التجاري الدولي القرارات التحكيمية تصدر نهائية لا تقبل طرق الطعن نهائيا.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام القضائية تقبل التنفيذ الجبري بمجرد حصولها على الحجية بفوات آجال الطعن الممكنة، بحيث يحق لكاتب الضبط تسليم المحكوم لصالحه النسخة التنفيذية. بينما القرارات التحكيمية فلا تشكل في حد ذاتها سندا تنفيذيا بل لا بد أن يستصدر المحكوم لصالحه أمرا بالتنفيذ من رئيس المحكمة المختص بحيث يحق لرئيس المحكمة أن يجري رقابة قضائية على قرار التحكيم ويصدر أمره بمنح الصيغة التنفيذية إذا تبين له أن القرار التحكيمي صدر وفقا للقانون وغير مخالف للنظام العام م 1035 ق ا م ونصوص الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر خاصة اتفاقية نيويورك.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم

التحكيم هو البت في المنازعة من طرف أشخاص طبيعية مختارين من قبل أشخاص آخرين بموجب اتفاق على اللجوء إلى التحكيم، وقد انتهى الفقه إلى تعريفه كما يلي: "التحكيم هو النظام الذي بموجبه يسوي طرفا من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهمة قضائية عوهدت إليه من قبلهم"¹. أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفا للتحكيم بل اكتفى بالنص على أنه يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها وذلك حسب نص المادة 1006 من ق ا م و . وعليه فالتحكيم يتطلب وجود ثلاث 03 عناصر أساسية هي: خصومة تحكيمية - محكم مخول بسلطة الفصل فيها بقرار ملزم - اتفاق بين الخصوم على التحكيم "شرط أو اتفاق التحكيم".

وقد اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ، فهناك من يرى أنه ذو طبيعة تعاقدية بناء على اتفاقية الأطراف التي يستمد منها المحكم سلطاته، وهناك من يذهب إلى ترجيح الطابع القضائي للتحكيم باعتباره يحل محل القضاء والمنصوص عليه تشريعيا، وهناك من يرى في التحكيم نظاما مختلطا من قواعد العقد وقواعد التحكيم.

الفرع الأول

نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم

تقوم هذه النظرية على أساليب أساسها الدور الجوهري لإرادة الأطراف في التحكيم، فهم الذين يخولون هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع ، وهم الذين يتولون تشكيل المحكمة أو المشاركة في تشكيلها، ويتحملون نفقاتها وأتعابها، وهم الذين يحددون

¹ JAROSSON (Ch) : La Notion d'arbitrage, Préf. Opptit B L.G.D.J, Paris, 1987, p758

لهذه الهيئة الإجراءات التي يتعين عليها إتباعها وكذلك القانون الواجب التطبيق على هذه الإجراءات¹ وعليه فهم يؤكدون على أن أغلبية المشرعين في مختلف الدول في تنظيمها للتحكيم تشريعيا وكذا الحال في الاتفاقيات الدولية، لا تضع أحكاما آمرة إلا في أضيق الحدود ما لم يخدم تحقيق إرادة الأطراف في اللجوء الاختياري للتحكيم²

ويجمع أنصار هذا الاتجاه حسب ما جاء على لسان الأستاذ رضوان أبو زيد على اعتبار ما ينتهي إليه المحكم أو المحكمين من نتائج قرارا تحكيميا وليس حكما تحكيميا لأن القرار التحكيمي ذو طبيعة تعاقدية وأن التشابه بينه وبين الحكم القضائي لا يكون إلا من حيث إجراءات التقاضي³. ويترتب على ذلك فصل القرار التحكيمي عن البلد الذي صدر فيه وعدم الربط بينهما لأن القرار التحكيمي لا يشكل جزءا من النظام القضائي لتلك الدولة كما أنه لا يصدر باسمها، لذلك عند تنفيذه في دولة أخرى لا يتقيد قاضي التنفيذ بأحكام قاضي البلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي كما أن القوة الإلزامية لقرار التحكيم ناتجة عن اتفاق الأطراف خصوصا عدم قابليته للطعن بالاستئناف مثل ما هو الحال في التحكيم الداخلي في التشريع الجزائري باعتبار القانون خول للأطراف حرية الاتفاق على استبعاده وهو ما أخذت به معظم التشريعات الأخرى⁴، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة، فالأطراف أحرار في جعل الحكم قابلا للاستئناف من عدمه في التحكيم الداخلي أما في التحكيم التجاري الدولي فقد حسم المشرع ذلك بعدم

¹ KASSIS (A) : Théorie générale d'usage de commerce, LGDJ, paris, 1984, p580

SCHOLL (M) : Arbitrage et droit privé européen , Critique d'une incursion, Gazette du palais, Journal spécial des société française par actions ,Lextenso édition ,Paris, N 2007/2 Juillet 2007 , P18

- نادر (محمد ابراهيم)، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة 02، الاسكندرية 2002 ، ص29

² بربري (محمود مختار أحمد) ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة 03 ، القاهرة 2004 ، ص07

³ رضوان (أبو زيد) ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، 1993 ، ص 24

⁴ تنص المادة 39 من مجلة التحكيم التونسية على: " لا يجوز الطعن بالاستئناف:

1- في

2- في أحكام التحكيم ما لم تنص اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك صراحة، وفي هذه الصورة يجري الاستئناف طبقا للقواعد المقررة

للأحكام القضائية بمجلة المرافعات المدنية والتجارية" مأخوذة من الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33 منشور بتاريخ

1993/05/04

قابلية القرار الصادر في الجزائر للطعن بالاستئناف¹ وهي نتيجة تتلاءم مع اختيار الأطراف للتحكيم كما أن معظم أحكام التحكيم يتم تنفيذها طواعية ودون اللجوء إلى القضاء الوطني للحصول على الصيغة التنفيذية كما يترتب على الطبيعة التعاقدية.

وتجدر الإشارة إلى أن أنصار هذه النظرية انتهوا إلى القول بأن نظام التحكيم ككل نظام تعاقدية لإعلائه لمبدأ سلطان الإرادة، فالدولة لا تتدخل إلا في حالة المساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير عملية التحكيم أو في عملية التنفيذ الجبري لهذه الأحكام والقرارات بعد حصولها على الصيغة التنفيذية فالتحكيم في ذاته عقد مسمى يخضع للقواعد الخاصة بعقد التحكيم والنظرية العامة للعقد، غير أنه لم تعد لهذه تعد لهذه النظرية من أنصار واستغني عنها بالنظرية القضائية

الفرع الثاني

نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم

يعتمد أنصار هذه النظرية حسب ما جاء على لسان الأستاذ رضوان في أسانيدهم على الدور الجوهرية الذي تلعبه الوظيفة القضائية للمحكم فحسب هذا الاتجاه يتم التركيز على المهمة الممنوحة للمحكم، وهي في نظرهم وتصورهم مهمة قضائية ولا يؤخذ بعين الاعتبار ما إذا كان المحكم قاضيا أم لا، فالمهمة القضائية حسبهم تستمد من معيار موضوعي هو فكرة حسم النزاع وليس معيار شكلي يتمثل في أننا أمام قاضي وفقا لقانون دولة ما، إذ لا يجوز حصر الأعمال القضائية في قضاء الدولة فحسب، والحال أن التحكيم هو الشكل الأساسي لإقامة العدل قبل ظهور تنظيم السلطة القضائية في الدولة

¹ المادة 1058 ق ا م و: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"

الحديثة¹، غير أن أنصار هذه النظرية اختلفوا حول أساس الوظيفة القضائية للتحكيم وانقسموا إلى اتجاهين:

اتجاه أول: يقوم على أساس تفويض جزء من سيادة الدولة عن طريق التشريع المنظم للتحكيم وقد انتهى إلى القول بأن اختصاص التحكيم استثناء على محاكم الدولة.

واتجاه ثان: يقوم على أساس التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي أو الدولي وهو يرى أن التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية يكون شبيه بقضاء الدولة أما التحكيم الدولي فيرون بأنه مستقل تماما عن قضاء الدولة وأن أحكامه ذات طبيعة خاصة تعتمد كمصدر لقضاء المحكمين كما أنها تتمتع بحجية فيما تقضي به فور صدورها وهذه الحجية مسلم بها أنها لا تكون إلا للأعمال القضائية² بمعنى آخر أن أنصار هذا الاتجاه يعتبرون التحكيم موازيا لمحاكم الدولة وفي هذا المقام يقول الأستاذ أبو زيد رضوان: "لقد أصبح التحكيم التجاري الدولي نظاما قضائيا عالميا يسمو على النظم القضائية الوطنية"³

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المحكم في التحكيم يأخذ منزلة القاضي ويملك ولاية البت في اختصاصه وهو يمارس في ذلك وظيفة تعود في الأصل لقضاء الدولة⁴ فإذا كان التحكيم ينشأ في بداية الأمر بعمل إداري بموجب بند أو عقد تحكيم فإن هذا التصرف يعتبر مجرد بداية لوضع هذا النظام موضع حركة التي تهيمن عليها الطبيعة القضائية شأنه في ذلك شأن العمل الإداري للخصوم في اللجوء إلى قضاء الدولة، فهو يبدأ بإجراء بسيط هو تسجيل الدعوى القضائية بالمحكمة ثم تتلوها باقي الإجراءات وبالتالي جوهر النظامين واحد سواء من حيث الإجراءات المتبعة أو الموضوع وهو الفصل في النزاع⁵.

¹ رضوان (أبو زيد)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 28-29 و 33-34

² المادة 1031 من ق ا م و الصادر في 2008/02/25

³ رضوان (أبو زيد)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 7 و 8

⁴ رضوان (أبو زيد)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 19

⁵ نادر (محمد ابراهيم)، المرجع السابق، ص 34

إن الطبيعة القضائية للتحكيم تحظى بتأييد واسع في القضاء الفرنسي حسب ما جاء على لسان الأستاذ بوضنوبرة خليل في رسالته سيما في التحكيم التجاري الدولي وذلك بالنظر إلى عدد القضايا التي تعرض عليه في مجال الطعن في قرارات التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم التجارية الدولية بباريس.¹

فقد تم اعتبار التحكيم قضاء خاصا يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في النزاعات التي يطرحها عليه الخصوم كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 25 ماي 1962 أن أطراف الخصومة بلجوئهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم بإعطاء الغير "المحكم" سلطة قضائية وبالتالي تبدو الطبيعة القضائية للتحكيم جليا بمجرد صدور القرار التحكيمي وقبل تنفيذه أو منحه الصيغة التنفيذية.

وبالرغم من ذلك فإن الاعتراف للقرار التحكيمي بالطابع القضائي يجعله شبيها بالحكم العادي الذي يكتسب منذ صدوره على حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للمنازعة التي يفصل فيها مع إمكانية استئنافه في التحكيم الداخلي وجواز الطعن فيه بالبطلان في المجال الدولي منذ صدوره كالأحكام القضائية العادية ولكن هناك نظرية ثالثة تعتبر التحكيم ذو طبيعة مختلطة.

الفرع الثالث

نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم

ويرى أو يذهب أنصار هذه النظرية إلى اعتبار أن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة تعاقدية وقضائية "مختلطة" تستمد أساليبها من الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم بالإضافة إلى المهمة القضائية الممنوحة للمحكم سواء من قبل الأطراف في

¹ بوضنوبرة (خليل)، المرجع السابق، ص

اتفاق التحكيم أو من ناحية التشريع المنظم للتحكيم¹ فأصحاب هذه النظرية منقسمين إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنصاره أن التحكيم بناء مركب يجمع بين عدة عناصر منها ما هو ذو طبيعة تعاقدية كإرادة الأطراف في اختيار اللجوء إلى التحكيم عن طريق الشرط أو الاتفاق التحكيمي فالإرادة هي التي تحرك إجراءات التحكيم وتحدده المسار الطبيعي والقانوني للتحكيم وتجد مصدر سلطتها مباشرة في إرادة الخصوم وبطريقة غير مباشرة في إرادة المشرع الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم عوضاً عن القضاء الوطني.²

الاتجاه الثاني: ويذهب أنصاره إلى أنه إذا كان التحكيم ذو طبيعة مركبة بوصفه قضاء خاص مؤسس على إرادة الأطراف يستمد أساسه من اتفاق الأطراف أي أنه عمل قضائي لكنه ناتج عن تصرف تعاقدي.

هذا وإن أهم ما وصل إليه أنصار النظرية المختلطة باتجاهيها الأول والثاني هو أن الدول عندما تختار التحكيم لا تنطلق من مفهوم أحادي لطبيعة التحكيم وبالتالي من الطبيعي أن نجد آثار الطبيعة التعاقدية والقضائية متواجدة بنسب مختلفة في كل نظام قانوني وهو سبب اختلاف أصحاب النظرية المختلطة للتحكيم خاصة في مدى قبول التحكيم الإلزامي بشكل من أشكال التحكيم³ وتفرق بين مراحل التحكيم فهو يبدأ باتفاق على التحكيم ثم يصير إجراء لينتهي بقضاء وهو قرار أو حكم التحكيم.

ولا ريب في أن أهمية هذا الموقف تكون هامة لما يكون التحكيم تجاري دولي فالقانون الواجب التطبيق لن يكون بالضرورة واحد في كل المراحل بل قاعدة الإسناد تختلف من حالة لأخرى وقد انقسم أصحاب هذا الاتجاه في تحديد العلاقة بين التحكيم والقضاء،

جورج حزيون (حزيون)، عبيدات (رضوان)، الزامية قرارات التحكيم وقومها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي، مجلة الشريعة والقانون، العدد

¹ 26، كلية الحقوق، الأردن أبريل 2006، ص 479

² شحاتة (محمد نور)، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للتحكيم، دار النهضة العربية، 1993، القاهرة، ص 473

³ شحاتة (محمد نور)، المرجع السابق، ص 374

فالبعض يرى أن التحكيم استثناء من قضاء الدولة التي يجري التحكيم فيها، في حين يذهب الرأي الآخر للقول بأن التحكيم نظام قانوني مستقل يماثل قضاء الدولة ويعمل معه على سبيل التوازي.¹

غير أن الذين ركزوا على المهمة القضائية للتحكيم يرون أن التحكيم مستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية وهذا ما انتهى إليه الأستاذ هشام صادق حين قال: "الطبيعة الاتفاقية لوظيفة المحكم التي تستوجب احترامه للاختيار الإرادي للقانون العام وهو اختيار مادي يقوم على مبدأ حرية التعاقد وحماية توقعات المتعاقدين ولا يهدف إلى مجرد وضع حل لمشكلة تنازع القوانين وهذا ما يفسر الحرية الواسعة التي يملكها المتعاقدين في اختيار قانون العقد أمام المحكمين"²

إذن فوظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها لأن المحكم يقوم بالبحث والتحري في صحة أو شرعية إدعاءات الخصوم المعروضة أمامه، لكن يبقى مصدرها تعاقديا باعتبار التحكيم نابع أصلا من اتفاق إرادات الخصوم . فالتحكيم تتعاقب عليه إذن صفتان:

الصفة التعاقدية وتتمثل في اختيار الخصوم للتحكيم بديلا عن القضاء لحل منازعاتهم واختيارهم للمحكمين أو تحديد كيفية هذا الاختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الموضوع.

الصفة القضائية والتي تتمثل في ما يصدره المحكم أو محكمة التحكيم من أحكام وقرارات قضائية وتنفيذها طواعية وبلجوء الأطراف أو أحدهم للمطالبة بالصيغة التنفيذية للحكم أو القرار التحكيمي وفي حالة عدم التنفيذ الطوعي عندها يتحول الحكم إلى عمل قضائي

¹ JAROSSON.(Ch) : La Notion d'arbitrage, O, P. cit. ,p758

² هشام صادق (علي)، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، منشآت المعارف، 1995، ص ص 132-133

نهائي ملزم بحيث يمكن تنفيذه بالقوة العمومية مثل أي حكم أو قرار قضائي صادر عن الدولة المراد تنفيذه فيها¹ وبالتالي يصبح قرار التحكيم بمثابة الحكم القضائي الوطني.

المطلب الثالث أنواع التحكيم

يتخذ التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بصفة عامة عدة صور فهناك التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، وهناك التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي بالإضافة إلى التحكيم الداخلي والتحكيم، أما في التشريع الجزائري فهونوعان فقط تحكيم داخلي وتحكيم دولي منظم بالقانون 08/09 الصادر في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية الذي بدأ العمل به في سنة 2009 ضمن الباب الثاني من الكتاب الخامس تحت عنوان "في الطرق البديلة لحل النزاعات" من المادة 1006 إلى المادة 1061 وسنتناول في هذا المطلب مختلف هذه الأنواع كالتالي:

الفرع الأول التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح

ينقسم التحكيم من حيث مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى نوعين تحكيم بالقانون وهو الذي يفصل فيه المحكم في النزاع المطروح أمامه وفقا لأحكام القانون، وتحكيم مع التفويض بالصلح وهو الذي يتم بناء على تفويض أطراف النزاع المحكم بالفصل فيه وفقا لقواعد العدالة والانصاف وسنتطرق في هذا الفرع إلى كل من هذين النوعين تباعا في فقرتين على التوالي:

¹ م 1051 من ق ا م و

الفقرة الأولى

التحكيم بالقانون

التحكيم بالقانون هو ذلك التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم أو المحكم بالفصل في النزاع وفق قواعد القانون الوضعي أو الإجرائي الذي يتم تحديده من قبل الأطراف، أو من قبل محكمة التحكيم ذاتها عند سكوت الأطراف وعدم تحديد القانون الواجب التطبيق ويترتب على التزام المحكمة أو المحكم بذلك أنه يمكن الطعن في أحكامها بالاستئناف في النظم القانونية التي تسمح بذلك كالقانون الجزائري والقانون الفرنسي. فالمرشع الجزائري اعتبر التحكيم الداخلي كقاعدة أساسية أحكامه وقراراته تقبل الطعن فيها بالاستئناف ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك وبالتماس إعادة النظر إذا كان الحكم نهائياً.

بينما في التحكيم التجاري الدولي استبعد كل طرق الطعن واقتبس طريقاً وحيداً من القانون الفرنسي وهو الطعن بالبطلان كدعوة أصلية في القرار التحكيمي الصادر في الجزائر طبقاً للمادة 1056 ق 1 م¹.

الأصل أن التحكيم بالقانون يعني أن محكمة التحكيم أو المحكم ملزم ومقيد بأحكام القانون وبالتالي تكون المحكمة ملزمة بالبحث عن قواعد القانون التي يجب عليها تطبيقها في الإجراءات أو الموضوع.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن التزام المحكم أو محكمة التحكيم بقواعد القانون هو ضمانته للخصوم أنفسهم الذين اختاروا التحكيم بديلاً عن القضاء من جهة وللمحكم نفسه من جهة أخرى ومن ثم تطبيق القانون الموضوعي والإجرائي لازم لأداء وظيفة التحكيم وتحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها.

¹م 1056 من ق 1 م وإ التي تنص على: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ إلا في الحالات التالية:....."

الفقرة الثانية

التحكيم مع التفويض بالصلح

التحكيم مع التفويض بالصلح وهو ذلك النوع من قضاء التحكيم الذي يفصل فيه المحكمون في النزاع الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ وفقا لمبادئ العدل والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون وتجزيز هذا النوع من التحكيم مختلف التشريعات منها التشريع الفرنسي م 1474 ق ا م ف والتشريع الجزائري م 1050 من ق ا م و ج وهناك نصوص مماثلة في الاتفاقيات الدولية مثل الاتفاقية الأوروبية للتحكيم لسنة 1961، اتفاقية واشنطن 1965 ولوائح ومراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة.¹

وبالرجوع إلى هذه النصوص يتبين بأن الأصل في التحكيم هو التحكيم وفقا للقانون، بحيث إذا اختار الأطراف في اتفاق التحكيم "شرطا أو مشاركة" على إحالة النزاع على التحكيم دون تحديده للقانون يكون المراد هو التحكيم بالقانون أما اللجوء إلى التحكيم مع التفويض بالصلح فيجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بالضرورة من نيتهم الظاهرة.

والاختلاف بين التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح يكمن في السلطة المخولة لهيئة التحكيم² فالمحكم بالقانون يلتزم بأن يبت في النزاع وفقا لقواعد القانون الموضوعي والإجرائي المتفق عليه بينما المحكم المفوض بالصلح فيستطيع الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف والأعراف السائدة في أوساط معينة، وهذا يعني أن التحكيم مع التفويض بالصلح أكثر ليبرالية من التحكيم بالقانون لأنه لا يلتزم بالقوانين الوضعية، وبالتالي يفتح المجال لازدهار المبادلات التجارية بشكل أفضل فأصحاب العقود الدولية يمكنهم التحرر من تطبيق القانون.

¹ م 3/17 من لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس 1998

² LOQUIN (E) : L'Amiable composition en droit comparé et international, librairies techniques, 1980, p17

وقد ورد في إحدى العقود الدولية المبرمة بين مغربي وبائع أوروبي أنه " يجب على محكمة التحكيم؟ أن تقضي كمفوض بالصلاح وهي غير ملزمة بتطبيق تشريع البائع أو المشتري بل يمكنها تطبيق أي نص يتلاءم مع النزاع"¹

الفرع الثاني

التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

وينقسم التحكيم من حيث وجود منظمة تديره إلى نوعين تحكيم حر وهو الذي يقوم على اسناد أطراف النزاع لمهمة الفصل في النزاع الناشئ لشخص ثالث، وتحكيم مؤسسي وهو الذي يتم فيه اتفاق الأطراف على اختيار منظمة أو مركز دائم للتحكيم وسنتناول في هذا الفرع هذان الصنفان من التحكيم في فقرتين تباعا كالتالي:

الفقرة الأولى

التحكيم الحر

ويسمى بتحكيم الحالات الخاصة وهو ذلك التحكيم الذي تنعقد فيه المحكمة لحسم نزاع محدد أي حالات فردية ثم تنقضي بعدها، فبحسب طبيعته يتولى الأطراف تنظيم عملية التحكيم من بدايتها إلى صدور حكم التحكيم ، فهم الذين يتولون إبرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع وبعده ويختارون أعضاء هيئة التحكيم أو طريقة تعيينهم ويحددون زمان ومكان ولغة التحكيم والقواعد الإجرائية التي تنظم الخصومة التحكيمية والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإذا صدر حكم التحكيم انتهت مهمة التحكيم وانفض الأطراف والمحكمون إلى حال سبيلهم.

¹ LOQUIN (E) : O.P.cit, p319

وهذا التحكيم هو تحكيم سابق عن التحكيم المؤسسي بل إنه كان النوع الوحيد المعروف كقضاء للفصل في المنازعات الناشئة عن المعاملات بين الأفراد قبل ظهور الدولة الحديثة بمفهومها المعاصر أي أنه كان الأسبق من القضاء نفسه فالتحكيم الحر أو الخاص يمنح الحرية الكاملة للخصوم، خاصة في التحكيم التجاري الدولي في تحديد القواعد الإجرائية التي يتبعها المحكم أو المحكمة الذي يختار للفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية وفي المكان والزمان الذي يختارونه ما لم يتعارض مع القواعد الآمرة والنظام العام الدولي

الفقرة الثانية

التحكيم المؤسسي

ويعرف أيضا بالتحكيم المنظم وهو الأكثر شيوعا في مجال تحكيم المنازعات التي تنشأ عن العقود الدولية، فهذا النوع من التحكيم تشرف عليه مراكز وهيئات دائمة للتحكيم أنشئت خصيصا لتقديم خدمات استشارية وقضائية للمتعاملين في التجارة الدولية وللصناعيين ورجال الأعمال في مختلف القطاعات الإنتاجية والخدماتية سواء في المعاملات الوطنية أو الدولية.

قد تم الاعتراف بالتحكيم المؤسسي في التشريعات الوطنية والدولية بموجب اتفاقيات دولية وإقليمية من ذلك اتفاقية نيويورك 1958/06/10 الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، إذ نصت المادة 2/1 على أنه: " يقصد بقرار التحكيم ليس فقط القرارات الصادرة من محكمين معينين لحالة محددة بل أيضا القرارات التي تصدرها أجهزة التحكيم الدائمة التي يحتكم إليها الأطراف¹ وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1041 بالقول: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم"

¹ انضمت الجزائر إليها بموجب المرسوم رقم 233/88 وتحفظ وقد تم نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 48 ص 83-86

ويوجد العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدائمة والمتواجدة في بعض الدول المعروفة لدى المتعاملين الاقتصاديين ورجال الأعمال والمستثمرين نذكر منها:

- غرفة التجارة الدولية بباريس وهي الأكثر انتشارا بنشاطها المهني
- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة في 1965/03/18 الخاص بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى¹

هذا وغالبا ما تتضمن العقود المبرمة بين الدول والشركات الخاصة أو المستثمرين الأجانب شرط التحكيم عند حدوث منازعة ما فالمستثمرون يجدون صعوبة في تسوية منازعات الاستثمار وذلك بالنظر إلى عدم إمكانية مخاصمة الدولة أمام القضاء، وبالتالي يفضلون التحكيم الدولي باعتباره وسيلة فعالة للفصل في المنازعات لعدة أسباب:

- أن أطراف النزاع يطمئنون إلى أن منازعاتهم يتم الفصل فيها بواسطة أشخاص مختارين بمعرفتهم

- أن التحكيم يضمن السرية للحفاظ على مصالح الأطراف التجارية
- أن القرارات الصادرة عن المركز غير قابلة للاستئناف فهي قرارات نهائية كما لو أنها كانت قد صدرت عن محكمة ذات اختصاص في الدولة التي تم الاعتراف أو التنفيذ فيها
- أن الحكم أو القرار الصادر عن المركز يمكن تنفيذه تلقائيا بدون اللجوء إلى إجراءات أخرى فكل دولة ملزمة بالاعتراف بأن القرار الصادر عن المركز ملزما لها بمجرد إبراز نسخة منه مصدقا عليها من الأمين العام للمركز كما يجب على كل دولة متعاقدة تنفيذ الالتزامات المادية التي فرضها القرار التحكيمي على إقليمها كما لو أن هذا القرار صادرا عن إحدى محاكمها وبالتالي أمكن القول أن القرارات التحكيمية الصادرة عن المركز لا يمكن الاعتراض على الاعتراف بها أو على تنفيذها ولو تعلق الدفع بالنظام العام.

لقد فرضت الاتفاقية السالفة الذكر ضمانات لقرارات التحكيم تتمثل في الحماية الدبلوماسية واللجوء إلى محكمة العدل الدولية إذ عندما تقبل الدولة المضيفة بعرض المنازعة الناشئة مع المستثمر إلى المركز يتمتع المستثمر بالصفة الدولية فيحق

¹ محمد بن (جلال وفاء)، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001، ص 16

له أن يطلب من دولته تبني دعواه لعدم انصياع الدولة الطرف في المنازعة في تنفيذ القرار حق له في الحماية الدبلوماسية.

بينما المادة 64 تفرض على الأطراف بخصوص تفسير وتطبيق المعاهدة إحالة النزاع على محكمة العدل الدولية بناء على طلب احدهما مالم يتفق الطرفين على خلاف ذلك.

الفرع الثالث

التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي

وينقسم التحكيم من حيث أطرافه إلى نوعين تحكيم داخلي وهو التحكيم الذي يكون جميع أطراف النزاع فيه وطنيين، وتحكيم دولي وهو التحكيم الذي يكون فيه أحد أطراف النزاع عنصر أجنبي وسنتطرق في هذا الفرع إلى كلا من هذين النوعين من التحكيم كالتالي:

الفقرة الأولى

التحكيم الداخلي

التحكيم الداخلي هو ذلك النوع من التحكيم الذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها، وذلك بالنظر إلى موضوع النزاع، بالنظر إلى الخصوم أنفسهم والمحكمين والقانون الواجب التطبيق والمكان الذي يجري فيه التحكيم، فهو يجري إجباريا في التراب الوطني ويطبق قانون الإجراءات المدنية ولا تثار فيه أدنى مشكلة بالنسبة لقواعد تنازع القوانين، أو كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية مثل ما هو الحال في التحكيم

التجاري الدولي وفي هذه يرى الفقه الفرنسي حسب ما جاء على لسان الأستاذ خليل بوضنيرة:¹

« si tous ces points de contact (Nationalité des parties domicile de l'arbitre lieu ou se déroule l'arbitrage, siège de l'arbitrage ; la loi qui régit la procédure de l'arbitrage et le fond de litige etc. ...) conduisant à un seul pays, l'arbitrage en cause ne sera qu'un arbitrage national, soumis au droit interne de ce pays.

أما المشرع الجزائري فقد أفرد للتحكيم الداخلي نصوصا خاصة في الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المواد من 1006 إلى 1038 بحيث تم بموجبها تنظيم جميع الإجراءات الخاصة بالتحكيم ابتداء من الاتفاق على التحكيم إلى كيفية صدور الحكم وتنفيذه وطرق الطعن فيه.

هذا ولقد كانت المنازعات التي تنشأ عن تفسير أو تطبيق عقد الاشتراك بين المؤسسة الوطنية وشريكها الأجنبي تحل عن طريق المصالحة حسب الشروط المتفق عليها بين أطراف عقد الاشتراك وفي حالة فشل عملية الصلح يمكن لأطراف العقد عرض نزاعهم على التحكيم الدولي ويطبق القانون الجزائري لاسيما القانون 21/91 المعدل والمتمم للقانون 14/86 والنصوص المتخذة لتطبيقه لحل النزاعات.

وعليه فقد خضعت الجزائر لإصلاحات اقتصادية نتيجة الأزمة الاقتصادية ابتداء من 1986 وسوء التسيير للاقتصاد الجزائري عن طريق هدر المال العام من جهة والضغوط الدولية من جهة أخرى أدى بها إلى التنازل عن بعض المبادئ التي تشبثت بها منذ استرجاعها للسيادة الوطنية، حيث سجل عودة الشركات الأجنبية من جديد في مجال المحروقات - بحث وتنقيب واستغلال - إلى جانب الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/06/1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها في 1988 ثم جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ

¹ بوضنيرة (خليل)، المرجع السابق، ص 57

في 25/02/2008 الذي خصص الفصل السادس ضمن الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للتحكيم التجاري الدولي تحت عنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" يتضمن 23 مادة من المادة 1039 إلى المادة 1061

الفقرة الثانية

التحكيم التجاري الدولي

يخضع التحكيم التجاري الدولي في تنظيمه إلى قواعد قانونية خاصة من وضع المشرع الداخلي مثل القانون التونسي رقم 42 لسنة 1973 المعروف باسم "مجلة التحكيم" إذ خصص له الباب الثالث أما المشرع الجزائري فقد أفرد له فصل سادس من الباب الثاني في الكتاب الخامس تحت عنوان "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 من المادة 1039 إلى المادة 1061¹

بالإضافة إلى العديد من الاتفاقيات الدولية ثنائية كانت أو جماعية أو إقليمية أبرمت بشأن التحكيم التجاري الدولي نذكر منها: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في 1961، اتفاقية نيويورك حول الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها المبرمة في 10/06/1958 والتي انضمت إليها الجزائر في 1988 بموجب المرسوم رقم 88/233.²

وقد حاول المشرع تمهيد فكرة مبدأ سلطان إرادة الأطراف أثناء تنظيم قواعد عملية التحكيم بدءاً من تشكيل المحكمة، فإجراءات التحكيم إلى القانون الذي يحكم موضوع النزاع وكيفية الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها وطرق الطعن فيه. وهذه السلطة

¹ القانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008

² المرسوم رقم 88/233 المؤرخ في 1988/11/5 يتضمن الانضمام إلى الاتفاقية نيويورك بتحفظ المنشأة في 10/06/1958 تتضمن 16 مادة وهي مفتوحة لكل الدول انضمت إليها حوالي 120 دولة حالية وهذه الاتفاقية منشورة في الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1988

تضييق في مجال التحكيم الوطني الداخلي عنه في التحكيم التجاري الدولي، فالقواعد الموضوعية والإجرائية تحد من سلطات الأطراف، فأغلب الإجراءات تكون منظمة بالقانون الوطني "قانون الإجراءات المدنية والإدارية" وبالتالي السلطات المخولة للأطراف تكمن في الغالب في استبعاد القضاء واختيار التحكيم كقضاء بديل، واعتبار الأحكام الصادرة نهائية غير قابلة للاستئناف، وتحديد المدة الزمنية للمحكمن مع إمكانية إعفائهم من بعض الإجراءات غير الجوهرية التي لا تمس بالنظام العام في الدولة التي يجري بها التحكيم بخلاف التحكيم الدولي، إذ يمتد نطاق سلطان الإرادة فيه إلى أقصى حد ممكن، حيث حرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية واجبة التطبيق بالإضافة إلى اختيار نصوص خاصة للتحكيم تخص هيئات دائمة متخصصة في المصالحة والتحكيم ولها نظامها الداخلي ولوائح خاصة بها واجبة الإلتباع في حالة وقوع الاختيار عليها كهيئة تتكفل بالأطراف على عملية التحكيم، مع إمكانية تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، وعليه نجد التحكيم التجاري الدولي يختص بالأساس بالفصل في المنازعات التي تحتوي أو تتعلق التجارة الدولية والعلاقات ذات العنصر الأجنبي، فالمشعر الجزائري استند على معيارين للتفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي من خلال نص المادة 1039 حيث اعتبر التحكيم دوليا إذا توفر العنصرين التاليين:

- إذا تعلق النزاع المعروف على التحكيم بمصالح التجارة الدولية وقد أخذ المشعر الجزائري بهذا المعيار من الاجتهاد القضائي الفرنسي والتقنين الفرنسي الجديد.

- أن يكون النزاع قانوني بتكريسه أن لا يكون مقر كل الأطراف في الجزائر بحيث يكون مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل موجودا بالخارج. غير أن المشعر الجزائري لم يحدد فيه وقت وجود أو إثبات وجود العنصر الأجنبي عكس ما قام به القانون السويسري الذي حدده بوقت إبرام العقد¹

¹ عليوش قريوع (كمال)، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 32

ويختلف التحكيم الدولي عن التحكيم الداخلي من حيث كيفية معاملة الحكم التحكيمي الصادر في نهاية العملية التحكيمية كما يلي:

- أن عدم تسبب الحكم في التحكيم الداخلي يبطله ولا يسمح بتنفيذه إذ أغلب التشريعات تستلزم أن يكون الحكم مسببا بما فيه الكفاية ومن ذلك القانون الجزائري والتونسي¹ بينما التحكيم الدولي يمكن أن يكون غير مسبب إذا اتفق الأطراف على ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يشترط ذكر الأسباب وهذا ما يقره القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 وقواعد اليونسترال لسنة 1976²

- حكم التحكيم الداخلي يقبل فيه بالاستئناف مثل القانون الجزائري والفرنسي وقانون التحكيم التونسي ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك وبالتالي فالاستئناف له أثر ناقل ويخول جهة الاستئناف تعديل الحكم التحكيمي أو إلغائه والفصل في النزاع من جديد طبقا للمادة 455 ق ا م بينما الطعن بالاستئناف غير جائز ومستبعد في التحكيم التجاري الدولي ذلك أن الطعون غايتها إصلاح الحكم لمخالفته لقواعد القانون لكن في التحكيم التجاري الدولي، لم يسمح المشرع الجزائري إلا بطعن وحيد هو دعوى البطلان المقتبسة من التشريع الفرنسي وذلك من خلال نص المادة 1056

- أن تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية تخضع لنفس القواعد التي تخضع لها أحكام المحاكم الوطنية، أما تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية أو الدولية الصادرة في الجزائر فتخضع لقواعد الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية قبل 1993 وبعد تعديل قانون الإجراءات المدنية بموجب القانون 09/08 أصبح يخضع للأوامر على ذيل العرائض التي تصدر إما عن رئيس المحكمة التي صدر بدائرة اختصاصها القرار التحكيمي الدولي وإما عن رئيس المحكمة الذي يتم فيها تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي طبقا للمادة 2/1051 ق ا م وإِ فضلا عن

¹ م 2/1027 من ق ا م وإِ التي تنص على " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة"

² م 3/32 من قواعد اليونسترال 1976 تنص على أنه: " يجب أن تسبب هيئة التحكيم القرار ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم تسببيه"

خضوعها للقواعد التي أقرتها الاتفاقية الدولية الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها
خاصة اتفاقية نيويورك 195/06/10

المبحث الثاني

المراحل التي يمر بها نظام التحكيم

يمر نظام التحكيم بصفة عامة بعدة مراحل أساسية تبدأ بالاتفاق على التحكيم وتنتهي بإصدار قرار التحكيم وستعرض في هذا المبحث إلى مختلف هذه المراحل التي يمر بها

المطلب الأول

مرحلة الاتفاق على التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع

وستتناول في هذا المطلب بالحديث عن مرحلتي الاتفاق على التحكيم الذي قد يتخذ شكل شرط تحكيمي أو اتفاق تحكيم بالإضافة إلى مرحلة القانون الواجب التطبيق على النزاع والتي سنتناول فيها حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على النزاع وما القانون الذي سيطبق في هذه الحالة.

الفرع الأول

مرحلة الاتفاق على التحكيم

يقوم التحكيم أساساً على مبدأ الرضائية وهو أحد المبادئ القانونية الهامة وقد حرص واضعوا اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية 1965 على تضمين عقود هذا المبدأ، فنصت المادة 1525 منها على أنه: "يشمل اختصاص المركز المنازعات

ذات الصيغة القانونية التي تنشأ بين دولة متعاقدة أو أية مؤسسة عامة أو هيئة تابعين لها وتعينها هذه الدولة للمركز وبين رعايا دولة أخرى متعاقدة بشرط أن يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار وأن يقبل الأطراف.....".

هذا وقد أكدت محكمة العدل الدولية اعتناقها لهذا المبدأ حيث نصت في قضائها الصادر 1953/05/19 في قضية امباتيلوس أن مبدأ عدم إكزام الدولة بإحالة منازعاتها على التحكيم دون رضاها هو أحد المبادئ المستقرة تماما في القانون الدولي. وعلى ذلك يستمد الحكم الصادر من محكمة التحكيم قوته الإلزامية من اتفاق التحكيم، بينما تجد أحكام القضاء الداخلي أساسها الملزم في القانون.¹ وذلك لأنه وفقا للقانون الداخلي يجوز لكل ذي مصلحة أن يقيم دعواه أمام القضاء المختص دون حاجة لموافقة المدعى عليه، أما في ظل نظام التحكيم الذي يتأسس على مبدأ الرضائية فإن تخلف موافقة الأطراف تحول دون عرض النزاع على محكمة التحكيم.

وقد تم التمييز بين نوعين من التحكيم: تحكيم اختياري وهو الاتفاق على التحكيم اللاحق على نشوب الخلاف، وهو يتخذ صورة اتفاق تحكيم. وغالبا ما يتضمن كيفية تشكيل المحكمة وتنظيمها وإجراءات التحكيم، أما الثاني فيطلق عليه التحكيم الإلزامي وهو سابق على نشوب النزاع ويتخذ إما صورة شرط تحكيم في اتفاقية أو صورة معاهدة تحكيم.²

ويذهب الأستاذ أحمد عشوش إلى القول بأن اتفاق التحكيم أو شرط معاهدة التحكيم يخضع لإرادة الأطراف ويقوم على أساس مبدأ الرضائية وما الوسائل التي وضعت لتجنب تخلف أحد الأطراف في المساهمة في تحرير اتفاق التحكيم الخاص إلا وسائل لتنفيذ شرط أو معاهدة التحكيم المؤسسة على رضا الأطراف، أي أن كل تحكيم

¹ القطيفي (عبد الحسين)، دور التحكيم في فض المنازعات الدولية، كلية الحقوق، بغداد، 1969، ص ص 63-65

² عشوش (أحمد عبد الحميد)، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار: دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية،

اختياري يستمد مصدره من رضا الأطراف سواء كان سابقا أو لاحقا على نشوب النزاع وسواء اتخذ صورة شرط أو معاهدة تحكيم أو صورة اتفاق تحكيم وهذا الرضا هو مصدر القوة الإلزامية للتحكيم. وعلى ذلك فإن التحكيم وإن تعددت أشكاله سواء اتخذت شكل تحكيم أو معاهدة تحكيم دائمة أو اتفاق تحكيم خاص يخضع لاتفاق الأطراف في إنشائه وتنظيمه تأسيسا لمبدأ الرضائية.

الفقرة الأولى

شرط التحكيم

عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة 1007 من ق ا م ا بأنه: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم". أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 1442 من ق ا م الفرنسي بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود على خضوع نزاعهم الذي قد ينشأ مستقبلا عن ذلك العقد إلى التحكيم".

كما عرف بأنه ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على الأخذ بنظام التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات، وقد يتفق الأطراف في هذا الشرط على إحالة كافة المنازعات التي تثار بينهم على التحكيم وهو ما يعرف بشرط التحكيم العام. وقد ينص على اللجوء إلى التحكيم بشأن مسائل محددة ويطلق عليه في هذه الحالة شرط التحكيم الخاص.

الملاحظ مما سبق أن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه قبل حدوث النزاع وغالبا ما يرد كبند من بنود العقد غير أنه لا مانع من إبرامه مستقلا عنه، كأن يبرم العقد

خاليا من أي شرط تحكيم وبعد ذلك يتم اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم دون أن يكون ثمة نزاع قد نشأ بينهم ، أي أن الأساس هو بلحظة الاتفاق على التحكيم، فإذا جاءت قبل ميلاد النزاع اعتبر شرط تحكيم سواء ورد في صلب العقد أو مستقلا عنه¹

وقد يقتصر مضمون شرط التحكيم على اتجاه نية الأطراف إلى الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات دون أي تفصيل يؤدي إلى تطبيق هذا النص، كما لو نص على أن أي نزاع ينشأ بين الأطراف يحال إلى التحكيم ما لم يحسم بالمفاوضات، فمثل هذا النص لا يستفاد منه إلا قبول نظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات، ولا يمكن إعمال هذا النص إلا باتفاق لاحق يحدد موضوع النزاع وتشكيل المحكمة والإجراءات التي تتبع في ذلك، وقد يحدد القانون الواجب التطبيق لذا أطلق على مثل هذه الشروط شرط **التحكيم الفارغ**². ونجد مثالا له في شرط التحكيم الذي تضمنه الاتفاق بين فارس ودارسي 1901، وقد يمتد مضمون شرط التحكيم إلى تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة واختيار المحكمين والحكم الثالث ومعالجة إخفاق الأطراف في تعيين أي من المحكمين وجنسياتهم وشروط اختيارهم ومكان انعقاد جلسات التحكيم والإجراءات المتبعة والمواعيد وكيفية إصدار القرار التحكيمي في النزاع، وقد عمدت الكثير من العقود الدولية على تضمين شرط التحكيم هذه المسائل.

والأطراف عندما يضمنون اتفاقيتهم شرطا يقضي بالأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، لا يجوز لأي منهم نقض هذا الاتفاق أو مخالفته بإجراء انفرادي، وقد أوضحت اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية 1965 هذا المعنى في المادة 1/25 منها التي نصت على أنه: "حينما يكون الأطراف قد أبدوا رغبتهم الرضائية في عرض ما قد يثور بينهم من منازعات على التحكيم فلا يستطيع أحد منهم أن يعدل عن هذا الرضا بإرادته المنفردة".

¹ مخلوف (أحمد) ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 33

² عشوش (أحمد عبد الحميد) ، المرجع السابق ، ص23.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا وعلى الخصوص الغرفة التجارية والبحرية على إلزام الأطراف بإفراغ شرط التحكيم في آجال معقولة قبل اللجوء إلى القضاء.

لم يعد لشرط التحكيم عند ظهوره نفس القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، فاعتبر في بداية الأمر ذو مرتبة دنيا من اتفاق التحكيم، فقد ذهب رأي في الفقه إلى أن شرط التحكيم باعتباره ذلك الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوء النزاع هو نوع من الالتزام المعلق على شرط واقف وهو حصول النزاع، وهذا النزاع قد يحصل أو لا يحصل¹، ولهذا لا يمكن أن ينفرد أي طرف في الاتفاق بنقضه بل يجب توافر إرادة الطرفين.²

في حين تم اعتبار شرط التحكيم مرحلة أولية لإبرام اتفاق التحكيم فهو لم يكن سوى مجرد وعد باللجوء إلى التحكيم، بحيث إذا ما ثار نزاع بين الأطراف فإنه يتعين عليهم رغم وجود هذا الشرط إبرام اتفاق تحكيم.³

الملاحظ أن النظم القانونية اللاتينية وعلى رأسها القانون الفرنسي كانت تأخذ بالتفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم من حيث الطبيعة القانونية ومدى قوته الملزمة، كما ظل القضاء الفرنسي يرفض لفترة طويلة الاعتراف بصحة شرط التحكيم تماشياً مع المبدأ الذي قرره محكمة النقض الفرنسية في حكمها الذي أصدرته في 1843/07/01، الذي أجاز فقط الاتفاق الذي يبرمه الأطراف بعد نشوء النزاع للجوء إلى التحكيم⁴. وقد ظهرت فيما بعد بخصوص المعاملات ذات الطبيعة الدولية الحاجة إلى مساواة شرط التحكيم باتفاق التحكيم، عن طريق إخراج هذا الشرط من ذلك المركز القانوني الضعيف، وهو ما أكدته الجهود الدولية المبذولة⁵، ولم يبق هذا الوضع الخاص

¹ مخلوف (أحمد)، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 33

² عبد الفتاح (عبد الباقي)، أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1991، ص 76

³ راشد (سامية)، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 58

⁴ C. CASS., 1^{er} juillet 1843, D. 1843, P. 343

⁵ انظر م 1 من بروتوكول جنيف الصادر في 24 /09/ 1923 وكذا م 2 من اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

بشرط التحكيم محصورا سوى في التحكيم الداخلي في فرنسا، غير أن صدور مرسوم 14 ماي 1980 الخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلي بفرنسا أخرج شرط التحكيم من هذا الوضع الضعيف وجعله على قدم المساواة اتفاق التحكيم من حيث الأثر القانوني بعدما كان مجرد وعد بإبرام اتفاق تحكيم، بحيث يلتزم أطراف شرط التحكيم باللجوء المباشر لإجراءات التحكيم.

أما على الصعيد الدولي فقد استطاعت الاتفاقيات الدولية أن تجعل شرط التحكيم بنفس المركز القانوني لاتفاق التحكيم حتى أصبح الصورة الغالبة في عقود الاستثمار عند اللجوء إلى التحكيم.¹

الفقرة الثانية

اتفاق أو مشاركة التحكيم

قد لا يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم في العقد الأصلي ولكن عند قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقا خاصا لعرض هذا النزاع على محكمة أو أكثر. وسمي هذا الاتفاق باتفاق التحكيم Le compromis d'arbitrage

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1011 من ق ا م ا بأنه: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 1447 من ق ا م باعباره ذلك الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بالفعل بينهم بعرضه على التحكيم للفصل فيه بواسطة شخص أو أكثر من اختيارهم.

¹ مخلوف (أحمد)، المرجع السابق، ص 34

واتفاق التحكيم هو تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل اتفاق مكتوب يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم، وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون أو القانون الواجب التطبيق وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوب الخلاف.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التمييز بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم يساعد على معرفة الطبيعة القانونية لكل من اتفاق التحكيم وشرط التحكيم فاتفاق التحكيم هو دائما اتفاق أو عقد يبرمه الطرفان أما شرط التحكيم فطبيعته القانونية هي ذات طبيعة العلاقات الأصلية التي هو شرط فيها ومن ثم فقد لا يكون ذا طبيعة تعاقدية في بعض الأشكال والصور.

وعلى هذا الأساس يترتب على هذا التكييف أن ما يدخل في دائرة التحكيم هو النصوص التعاقدية من عقود الاستثمار أما ما يتعلق برخص الاستثمار فلا يجوز عرضه على التحكيم وعلى ذلك فإن كل ما يمس الحق في الاستثمار في ذاته ليس من الموضوعات التي يعالجها شرط التحكيم ولا يجوز التذرع بشرط التحكيم للقول بأن الخلاف عليها هو من الموضوعات التي يجب عرضها على التحكيم فإذا ما سحبت الدولة رخصة الاستثمار عن طريق التأميم مثلا فإن هذا الإجراء يمس حق الاستثمار في أصله في أصله والخلاف عليه ليس خلافا على الشرط التعاقدية من عقد الاستثمار وإنما خلاف على رخصة الاستثمار وتبعاً لذلك فهو يخرج من نطاق المنازعات التي ينطبق عليها شرط التحكيم وليس للمستثمر أن يدعي بأن مثل هذا الموضوع يجب عرضه على التحكيم ويبقى له في مثل هذه الحالة اللجوء للإجراءات التي يسمح بها القانون الوطني في مثل تلك الظروف.¹

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 17

الفقرة الثالثة

اتفاق التحكيم الخاص

إن اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني مستقل بمقتضاه يحدد الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان التحكيم وإجراءاته كما قد يحددان القانون الواجب التطبيق من طرف المحكمة وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوب النزاع.

فإذا تضمنت علاقة تعاقدية النص على حسم ما قد يثور بين أطرافها من منازعات بطريق التحكيم دون تنظيم لجوانب التحكيم فينبغي في هذه الحالة إعمالا لهذا النص بعد نشوب النزاع إبرام اتفاق تحكيم خاص لتحديد موضوع النزاع وكافة التنظيمات التي تكفل تسويته . أي أن تنفيذ شرط التحكيم في هذه الحالة يستوجب إجراء اتفاق تحكيم خاص¹. أما إذا كان شرط التحكيم متضمنا مسبقا كافة التنظيمات المناسبة لإجراء التحكيم والمواعيد والمنازعات التي تعرض على التحكيم والقانون الواجب التطبيق فلا تثار في هذه الحالة ضرورة تحرير اتفاق تحكيم خاص ويطبق نفس الحكم إذا أحال النص على الاتفاقيات الخاصة بتسوية المنازعات مثل الإحالة على اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية 1965.

ويمكن القول بوجه عام أن لا يمكن الاستغناء عن اتفاق التحكيم الخاص إلا إذا كان الاتفاق العام على التحكيم يعالج كافة المسائل التي يثيرها الاتفاق الخاص للتحكيم أو وجد تنظيم دائم ومتكامل لمحكمة تحكيم يكفي لمباشرة أي دعوى أمامها إرادة أحد الطرفين.

¹ -UNAT, (I) : Exes de pouvoir du juge arbitrale. 1951. p59

وقد نصت المادة 2 من نموذج القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم الذي وضعتة لجنة القانون الدولي المنبثقة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة 1958 على عناصر اتفاق التحكيم الخاص.

1/ إذا لم توجد نصوص سابقة وكافية في التعهد بالتحكيم ذاته يوقع الأطراف الذين يلجؤون إلى التحكيم اتفاق تحكيم خاص يجب أن يعين فيه كحد أدنى :

أ- التعهد بالتحكيم الذي وفقا له سيعرض الخلاف على المحكمين.

ب- موضوع الخلاف.

ج- طريقة تشكيل المحكمة وعدد المحكمين.

2/ تبين كل النصوص الأخرى التي يرى الأطراف أنه من الأحسن إظهارها في اتفاق التحكيم وخاصة:

أ- قواعد القانون والمبادئ التي يجب على المحكمة تطبيقها وإذا اقتضى الأمر الحق المخول لها بالفصل وفقا لقواعد الإنصاف والمساواة كما لو كانت مشرعا في الموضوع.

ب- الإجراءات المتبعة من طرف المحكمة على أن تبقى لها بعد تشكيلها سلطة استبعاد نصوص اتفاق التحكيم التي قد تؤدي إلى إعاقتها عن إصدار الحكم.

ج- عدد النصاب الذي يشكل النصاب القانوني للجلسات.

د- الأغلبية المتطلبة لإصدار الحكم.

هـ- المواعيد التي يجب أن يصدر الحكم خلالها.

و- اللغات التي تستعمل في المرافعات.

الفرع الثاني

مرحلة القانون الواجب التطبيق على النزاع

يقصد بالقانون الواجب التطبيق مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها مناسبة للتطبيق على النزاع سواء أكان مصدرها قانونا وطنيا أم كانت

مشتقة من مجموعة قوانين وطنية أم أنها قوانين متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.¹

في القانون الدولي العرفي لا يوجد ما يلزم أي دولة بقبول عرض منازعاتها مع المستثمرين الأجانب على تحكيم يتم خارج إقليمها وبرئاسة محكم أجنبي بل إن لجوء المستثمرين الأجانب وأشخاص القانون الداخلي إلى التحكيم أو القضاء الدولي ما هو إلا أمرا استثنائيا في القانون الدولي المعاصر، فهو لا يتم إلا بموجب قبول صريح من الدولة التي تكون طرفا في المنازعة مع هذا المستثمر² ولا تحول القوانين الداخلية في الدول العربية دون قبول هذه الدول اللجوء إلى محكمة دولية لتسوية منازعة لها مع أحد المستثمرين الأجانب سواء ارتضت ذلك في عقد تبرمه معه أو في معاهدة مع دولته.

وإذا كانت اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الدول العربية المضيفة مع الشركات المستثمرة قد عمدت في الكثير من الحالات على قبول تسوية المنازعات بين الأطراف عن طريق محاكم تحكيم تعقد في الخارج وتشكل وفقا لقواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية فإن هذه الإجراءات تبقى صحيحة في ظل هذه القوانين.³

وبما أن التحكيم أمر استثنائي يتأسس على مبدأ الرضائية فإنه من الطبيعي عند البحث عن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم أن نرجع إلى إرادة الأطراف الذين لهم حرية اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم، فلهم أن يخضعوا اتفاق التحكيم للقانون الوطني للدولة المضيفة⁴ أو لقانون الدولة الأجنبية أو أن يختاروا تطبيق القانون الدولي إلا

¹ المواجدة (مراد محمود) ، المرجع السابق ، ص 177

² شحاتة (ابراهيم)، معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، 1972، ص 116

³ شحاتة (ابراهيم)، المرجع السابق ، ص ص 116-117

⁴ ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 10/04/1957 إلى أن " اشترك الدولة الفرنسية كطرف في تحكيم يجري خارج إقليمها لا يستلزم بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي " بمعنى أنه في إمكان طرفي التحكيم اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم.

أنه قد يغفل الأطراف عن الإشارة إلى القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم وفي هذه الحالة فما القانون الذي يحكم هذا الفرض يا ترى؟

يذهب الفقه التقليدي حسب ما جاء على لسان الاستاذ عشوش إلى أن أحكام القانون الدولي الخاص هي التي تعين القانون الذي يطبق على هذه الحالة بحجة أن كل عقد يرتبط بقانون دولة معينة ويجمع الفقهاء التقليديون على أنه عند عدم توافر النية الصريحة يجب اللجوء إلى النية المفترضة وهي النية التي كان سيتوجه إليها الطرفان لو أنهما أفصحا عن إرادتهما وبالتالي يتعين على المحكم العمل على استظهار هذه النية في تحديد هذا القانون من خلال وجود دلائل عليها ويجب على المحكم أن يحترم إرادة الأطراف وبيانها من خلال هذه الدلائل والظروف المحيطة بالعقد.

وهناك مؤشرات كثيرة يمكن للمحكم أن يستدل بها على إرادة الأطراف المعاهدة الضمنية من خلالها وتقسم هذه المؤشرات إلى مؤشرات عامة وخاصة وتتمثل المؤشرات العامة في قانون محل إبرام العقد أو قانون حل التنفيذ أما المؤشرات الخاصة فتتمثل في محل إقامة المتعاقدين وموضوع العقد ومكان التحكيم واللغة المستخدمة في العقد ونوع العملة الواجب الدفع بها.¹

ويستخدم التحكيم الدولي المؤشرات العامة لاستظهار الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف فتارة يغلب قانون محل التحكيم أي قواعد القانون الدولي الخاص للدولة التي يختار الأطراف إقليمها كمكان للتحكيم أو قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو تستبعد القوانين الوطنية المحتملة التطبيق على موضوع النزاع أو تطبيق ما يسمى بالمبادئ العامة أو المشتركة للدول المتمدنة.²

¹ المواجدة (مراد محمود) ، المرجع السابق ، ص 203

² رضوان (أبو زيد) ، المرجع السابق ، ص 146

ولقد كرست قرارات التحكيم الدولي مبدأ الأخذ بالإرادة الضمنية عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق ومن أهم هذه القرارات نذكر قرار Texaco ضد الحكومة الليبية حيث استخلص المحكم من وجود شرط التحكيم لتسوية المنازعات بين الطرفين ووجود شرط الثبات التشريعي والإشارة إلى مبادئ القانون الدولي بأنها دلائل على أن إرادة الأطراف اتجهت إلى اختيار القانون الدولي ليحكم موضوع النزاع¹ وفي قرار آخر هو القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في ديسمبر 1985 بشأن النزاع الذي حدث بين إحدى الشركات العامة في الجزائر مع شركة أمريكية حول إنشاء خط للسكك الحديدية في الجزائر، حيث لم يكن الأطراف قد اتفقوا على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وبعد استعراض الدلائل والمؤشرات من قبل المحكم انتهى هذا الأخير إلى أن العقد قد أبرم في الجزائر ونفذ فيها أي أن العقد يتركز في القانون الجزائري ولذلك طبق قانون الدولة المتعاقدة الجزائري على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع وذلك استناداً إلى الإرادة الضمنية للأطراف التي تم استخلاصها من الدلائل والمؤشرات السابقة والتي اتجهت إلى تطبيق القانون الجزائري بوصفه مكان إبرام العقد وتنفيذه².

وعلى صعيد القضاء فقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف المتعاقدة لقانون وطني يحكم موضوع منازعات الدولة المتعاقدة مع رعايا الدول الأخرى يعني بالضرورة وجود قرينة على أن قانون هذه الدولة يكون قانون الإرادة المفترضة الذي يجب أن يحكم موضوع النزاع³ غير أن هذا الإجماع سرعان ما تبدد⁴.

هذا ويذهب الفقه الحديث إلى اعتبار أن الاحتكام بقواعد القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق غير مجد لأن قواعد القانون الدولي الخاص

¹ المواجدة (مراد محمود)، المرجع السابق، ص 205

² المواجدة (مراد محمود)، المرجع السابق، ص 205

³ رضوان (أبو زيد)، المرجع السابق، ص 145

⁴ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق - ص ص 40-41

تقوم على أساس أن أي تصرف قانوني لابد أن يستند إلى قانون وطني معين في حين أن اتفاق التحكيم في المنازعات الاستثمارية هو عقد طرفاه دولة ورعية أجنبي وأنه ينظم وسيلة تسوية المنازعات المتعلقة باستثمار ذو أهمية اقتصادية عالمية تتجاوز الحدود الوطنية لذلك لابد من البحث على قواعد أو قانون من نوع خاص يستجيب لضرورات التجارة الدولية. غير أن هذا الاتجاه الفقهي المستحدث لم يحظ بالتأييد الكافي الذي يضي عليه عنصر الاستقرار لذلك لا مناص من مسابرة الفقه التقليدي فيما ذهب إليه من تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص¹.

المطلب الثاني

مرحلة تحديد موضوع التحكيم وتشكيل محكمة التحكيم

وتتضمن هذه المرحلة الاتفاق على موضوع التحكيم والذي يعني الاتفاق على المسائل التي يمكن عرضها على التحكيم واستبعاد تلك التي لا يمكن عرضها عليه مع بيان كيفية تشكيل محكمة التحكيم الذي يتجلى في معرفة كيفية اختيار أعضاء هيئة التحكيم.

الفرع الأول

مرحلة موضوع التحكيم

إذا كان التحكيم يمر بعدة مراحل أساسية فإن أولى هذه المراحل هي اتفاق الأطراف على عرض النزاع على التحكيم ولا يتصور بطبيعة الحال أن يعلن الأطراف رفض التحكيم عند إبرام اتفاق التحكيم لاحقاً على نشوء النزاع إلا أن المشكلة تظهر في حالة تعهد الأطراف باللجوء إلى التحكيم السابق على نشوء النزاع ذلك أنه قد يصادفه

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 41

عقبات في سبيل تنفيذه يضعها الطرف الذي يتوقع إدانته نذكر منها عقبة تعطله بعدم قابلية النزاع للتحكيم¹.

وقد عمد الفقه وتبعه العمل الدولي في هذا المجال - تحديد موضوع المنازعات القابلة للعرض على التحكيم - إلى التمييز بين نوعين من المنازعات: منازعات قانونية ومنازعات سياسية. والأولى فقط هي التي يمكن عرضها على التحكيم أو القضاء الدولي وقد تضمنت المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية 1965 انعكاساً لهذه التفرقة حيث نصت في الفقرة 1 منها على أنه: "يشمل اختصاص المركز المنازعات ذات الصبغة القانونية التي تنشأ بين دولة متعاقدة أو أية دولة أخرى متعاقدة بشرط أن يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار".

الفقرة الأولى

معايير التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية

لقد تعددت المعايير التي اعتمد عليها كأساس للتفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، فذهب فريق من الفقهاء إلى أن هذه التفرقة تجد أساسها في معيار موضوعي، بينما ذهب فريق آخر إلى القول بأن المعيار الشخصي يقدم حلاً أفضل في هذا المجال، ورأى فريق ثالث أن وضع قائمة تعدد كل من هذه المنازعات يمكن أن يسهم في تجنب مثالب كل من المعيارين السابقين².

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 44

² عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 46

أولاً: المعيار الموضوعي

ويؤسس أنصار هذا المعيار التفرقة على أن المنازعات القانونية هي تلك المنازعات التي يصلح للفصل فيها تطبيق قواعد القانون الدولي، أما في حالة غياب القاعدة القانونية التي تحكم النزاع يكون هذا النزاع سياسياً وبالتالي لا يصلح أن يكون موضوعاً للتحكيم أو القضاء الدولي، فالمنازعات القانونية حسب هذا المعيار هي التي يوجد بشأنها قواعد معترف بها من قواعد القانون الدولي بينما لا يمكن حسم المنازعات السياسية إلا بتطبيق قواعد جديدة تخلفها المحكمة لتسوية النزاع.

وقد تم انتقاد هذا المعيار بأنه يفترض وجود نقص في القانون الدولي وهو الأمر الذي لا يستقيم مع الاتجاه الفقهي الغالب القائل بكمال القانون الدولي وعليه فإننا لو أخذنا بنظرية كمال القانون الدولي لسلمنا بوجود حل قانوني لكافة المنازعات الدولية دون استثناء وتصبح هذه المنازعات وفقاً لهذا المعيار منازعات قانونية بما في ذلك تلك التي تعتبر منازعات سياسية.

وقد عرضت على التحكيم منازعات بشأن بعض العقود الاستثمارية التي ثار حولها التساؤل عما إذا كان هناك نقص في القانون من عدمه وقد أجابت محكمة التحكيم على ذلك بالنفي مطبقة للمبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة. وقد علق لورد مونار Lord monair على هذا القضاء بقوله: "..... في كافة المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار، وعندما لا يحدد الأطراف نظاماً قانونياً معيناً فإنهم يقصدون أن تحكم عقودهم المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة، أما إذا أحالتنا تلك العقود إلى نظام قانوني معين فإنه يكون من الخطأ تطبيق المبادئ العامة للقانون بالرغم من الدلالة الواضحة التي أحالتنا لقانون آخر ومع ذلك إذا كان القانون المعين متخلفاً بالنسبة للعلاقات التجارية كما تبين من قضية تحكيم أبو ظبي، فإنه يجوز للمحكمة تطبيق المبادئ العامة للقانون، أما إذا تبين من الوقائع أن الأطراف لم يقصدوا

تطبيق قانون الدولة المتعاقدة أو أي نظام قانوني محدد أو واضح ليحكم النزاع فإنه يجب عندئذ تطبيق المبادئ العامة للقانون"¹

وطبقا لما انتهى إليه هذا التحكيم من كمال للقانون وأن القول بنقصه هو قول خاطئ سواء من الناحية النظرية أو العملية ومن هذه النتيجة يكون النقد الذي وجه لهذا المعيار الموضوعي صادق.

ثانيا: المعيار الشكلي

ويقوم هذا المعيار على أن العبرة ليست بطبيعة النزاع أو بوجود قاعدة قانونية تنطبق عليه بل بما يقرره الطرفان أو أحدهما في جعل النزاع قانونيا أو سياسيا. بمعنى أن العبرة بالمسلك الشخصي الذي يسلكه الطرفان في هذا النزاع، فكل من المدعي والمدعى عليه يتنازع في حق ويطلب إعمال القانون في أحقية أو عدم أحقية كل واحد في إدعائه، فيدور النزاع حول مسألة قانونية لا وسيلة لحلها سوى عرضها على محكمة تنزل فيها حكم القانون أما فيما يخص المنازعة السياسية فإن أحد الطرفين يستند في تبرير مطلبه إلى مجرد مصلحته الخاصة سواء أكان له حق فيه أم لا أو إذا نازع في طلب حق للطرف الآخر استنادا إلى مصلحته الخاصة ولا يطلب هذا الطرف إنزال حكم القانون بل يريد تعديل القانون فقط وعلى هذا الأساس عرف

Rousseau المنازعة السياسية بأنها تلك التي يطلب فيها أحد الأطراف تعديل القانون الموجود.²

ويؤخذ عليه أنه على الرغم من التزام الدولة بإخضاع منازعاتها القانونية دون السياسية إلى التحكيم أو القضاء، فإنه يمكنها أن تتحلل من هذا الالتزام بإرادتها المنفردة بدعوى أن النزاع سياسيا ولا سلطان على الدولة في ذلك، ففي الوقت الحالي لا

¹ LORD MONAIR , << the general principles of law recognized by civilized nations>>,33 B.Y.B.I.L.p10,1957.

² عشوش (أحمد عبد الحميد) ، المرجع السابق ، ص 54

توجد لحد الآن سلطة لجماعة دولية تسمو فوق الدول وإن كانت هذه النتيجة تهدد كافة الالتزامات الدولية تهديدا جسيما إلا أن هذا النقد أو المآخذ الذي يؤخذ على هذا المعيار يظل مبالغ فيه لأنه من غير المعقول أن تكتفي الدولة بالتمسك بمصلحتها فحسب للرد على ادعاء يستند إلى حق لا تتنازع فيه بل إن الدولة المدعى عليها تدفع بحجج من شأنها أن تهد الحق الذي يستند إليه الطرف المدعي، الأمر الذي يؤدي إلى تنازع الطرفين في هذا الحق ويؤدي بالتالي إلى إضفاء صفة القانونية على النزاع¹

ثالثا: طريقة التعداد

لقد اتجه الرأي في مؤتمر لاهاي الثاني عام 1907 إلى إبرام معاهدة تتضمن قائمة بالمنازعات التي يمتنع إبداء التحفظ بشأنها، غير أن هذه المعاهدة لم تخرج إلى حيز الوجود لعدم توافر الإجماع على قبولها وذلك رغم تضييق تلك القائمة أثناء المناقشات القانونية التي تصلح لأن يكون التحكيم أو القضاء وسيلة لتسويتها.

كما تضمنت الفقرة 02 من المادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تعدادا مماثلا وذلك بصدد إقرار أي دولة بالولاية الجبرية للمحكمة في نظر كافة المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة أخرى تقبل نفس الالتزام متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق ب:

- تفسير معاهدة من المعاهدات.
- أية مسألة من مسائل القانون الدولي.
- تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا أثبتت كانت خلافا للالتزام دولي.
- نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولي ومدى هذا التعويض.

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 55

وحسب هذه الفكرة فإن معظم معاهدات التحكيم الإلزامي تستثني المنازعات السياسية من التحكيم وذلك بإيراد التحفظ الشائع الذي يشترط في النزاع ألا يتعلق بسلامة إقليم الدولة أو استقلالها أو كرامتها أو سياستها أو مصالحها الحيوية.....ومثل هذا التحفظ يسمح للدولة التي تسعى إلى التهرب من الوفاء بعهودها بأن تدعي بأن النزاع القانوني هو في حقيقته نزاع سياسي لا يصلح لأن يكون محلاً للتحكيم.

وخلاصة القول هي عدم التمييز بين هذين النوعين من المنازعات ووجوب خضوع كافة للتحكيم أو القضاء إلا ما استثني بنص صريح أو تضمنت الاتفاقية تحفظاً بشأنه وما على المحكمة سوى مراقبة مدى تطابق هذا النزاع مع الاستثناء أو التحفظ الوارد في اتفاقية التحكيم وهذا لأن معظم المنازعات تشمل إلى جانب العناصر القانونية عناصر أخرى سياسية¹ وعلى العكس فإن غالبية الخلافات السياسية تركز على أسس قانونية².

وتؤكد عقود الاستثمار في البلاد العربية وما يثار بشأنها من منازعات بين الدول المضيفة والشركات الأجنبية المستثمرة صعوبة التمييز بين المنازعات القانونية والسياسية وقد ظهرت هذه الصعوبة منذ أول تحكيم أقيم سنة 1864 بين شركة قناة السويس والحكومة المصرية وكان نابليون الثالث هو المحكم في هذا التحكيم وعلى الرغم أن مصر لم تكن دولة مستقلة تماماً في ذلك الوقت إلا أنها كانت تتمتع بقدر من الإرادة وكان موضوع التحكيم يتعلق بتسوية الخلافات بين الطرفين لإلغاء الحكومة المصرية اللائحة التي أصدرتها سنة 1856 تنفيذاً لامتياز قناة السويس سنة 1854 بتوفير العمال اللازمين لحفر القناة ولكن لأسباب إنسانية وظروف سياسية وتحت ضغط الرأي العام تحللت الحكومة المصرية من ذلك التعهد الوارد في امتياز قناة السويس وقامت بإلغاء اللائحة.³

¹ POLITIS (N) << Les Nouvelles tendances du droit international >>, Paris – 1924, p283

² الكتاب السنوي لمجمع القانون الدولي ، الجزء 29 ، 1922 ، ص 28.

³ LA PRADELLE ET POLITIS, << Recuit des arbitrages internationaux >> vol 2, p344

وقد عرضت على محاكم التحكيم العديد من المنازعات المتعلقة ببعض العقود الاستثمارية التي اختلطت فيها العناصر القانونية مع العناصر السياسية وصعب معها معرفة ما إذا كان النزاع قانوني بحت أم لا ؟ ومن هذه المنازعات

نذكر تلك التي ثارت بين الحكومة الجزائرية وشركة Sapphire Int .petr, ltd حول التعويضات الناجمة عن إلغاء الجزائر امتياز هذه الشركة.¹

وصفوة القول هي أن المنازعات الاستثمارية بين الدول المضيفة والشركات الأجنبية المستثمرة يصعب معها التمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية لأنها مزيج بين هذين العنصرين وبالتالي لا يمكن فصلهما عن بعضهما البعض والقول بأن هذه منازعات سياسية وأخرى قانونية.

الفقرة الثانية

التحفظات الواردة بشأن موضوع التحكيم

قد تتضمن بعض الاتفاقيات تحفظات من شأنها استبعاد مسائل معينة من التحكيم وبطبيعة الحال فإن التحفظ لا يكون إلا في اتفاق التحكيم السابق على نشوب النزاع، أما اتفاق التحكيم اللاحق على نشوب النزاع فيقوم الأطراف فيه بتحديد موضوعه الذي سيعرض على التحكيم وبالتالي لا داعي لإيراد مثل هذا التحفظ فيه غير أن الصعوبة تكمن عندما يتم إيراد هذا التحفظ في عبارات عامة ومبهمة يصعب معها معرفة المسائل المعنية بالاستبعاد من التحكيم بدقة.²

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق ، ص 56

² عشوش (أحمد عبد الحميد) ، المرجع السابق ، 56

أولاً: التحفظات المتعلقة بالسيادة

بعض الاتفاقيات قد تتضمن النص على عدم خضوع المسائل المرتبطة بسيادة الدولة للتحكيم وبعد هذا التحفظ أساس التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية وخضوع الأولى دون الثانية للتحكيم.¹

وإذا ما تضمنت اتفاقية هذا التحفظ أي عدم خضوع المسائل المتعلقة بسيادة الدولة للتحكيم فإنه إذا ما أثير نزاع حول أي مسألة من هذه المسائل فلها أن تدفع بعدم قابلية هذه الأخيرة للعرض على التحكيم.

هذا وقد تنص بعض الاتفاقيات على استبعاد المسائل المتعلقة بالشرف والاستقلال والمصالح الحيوية من نطاق التحكيم كما هو الحال في المادة 05 من ميثاق جامعة الدول العربية والتي تضمنت هذا التحفظ، حيث خولت الجامعة القيام بدور المحكم لتسوية ما قد يثور من منازعات شرط عدم مساسها - المنازعات - بالاستقلال والسيادة والمصالح الحيوية لها وقد انتقد الأستاذ بوليتي هذا التحفظ بأنه وسيلة تلجأ إليها الدول لتفريغ تعهداتها من كل مضمون وأضاف أن هذا التحفظ يعد أكثر خطورة في العلاقات الدولية من النزاع نفسه وذهب آخر للقول بأن موضوع النزاع يتعلق بسيادتها أو أنه يمس بمصالحها الحيوية.

ثانياً: التحفظات الموضوعية

وهي تلك التحفظات التي تستند أو تقوم على أسس ومعايير موضوعية، فهي تتسم بالتجديد والوضوح، لأنها لا تدع تحديد نطاقها للأطراف ومن أمثلة هذه التحفظات نذكر تلك التي ترد في الاتفاقيات والتي تنص على استبعاد المسائل المتعلقة

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، نفس الصفحة

بالحرب أو القوة القاهرة من نطاق التحكيم، أو تلك التي تنص على استبعاد الخلافات السابقة والتي تجد مصدرها في مبدأ عدم الرجعية¹ بالإضافة إلى نص بعض العقود على امتداد التحكيم إلى المسائل التي تثور بعد نهاية الأجل المضروب للعقود.²

هذا وقد تتضمن بعض الاتفاقيات أو العقود على استبعاد المسائل الدستورية أو التي تدخل في الاختصاص التشريعي للدولة وبالتالي يكون لكل طرف التحلل أو التملص من التزاماته بإجراء تعديل دستوري أو تشريعي وهذا ما قد يؤدي إلى مخالفة القانون الداخلي للقانون الدولي.³

وفي الأخير قد يتم التحفظ باستبعاد المسائل التي تدخل في الاختصاص القضائي الداخلي لكن يؤخذ على ذلك أن المدعي لا ينال حقه لا في حالة إنكار العدالة ولا في حالة عدم تطبيق القانون الداخلي لقواعد القانون الدولي تطبيقاً سليماً.⁴

الفرع الثاني

تشكيل محكمة التحكيم

يقوم نظام التحكيم على مبدأ الرضائية هذا المبدأ الذي يخول أو يعطي للأطراف الحق في المساهمة الايجابية في تشكيل محكمة التحكيم، هذا وقد تتبنى بعض العقود الدولية القواعد الإجرائية الخاصة بمحكمة من محاكم التحكيم فتحيل إليها في تشكيل وتنظيم المحكمة التي تنص على اختصاصها بحسم ما قد يثور من منازعات وبذلك تخضع هذه المحكمة الأخيرة في تشكيلها وتنظيمها للقواعد الواردة في الاتفاقية المنشئة للمحكمة الأصلية ومثال ذلك ما تضمنته الاتفاقية المبرمة بين مصر وشركة

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 58

² المادة 47 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية 1965.

³ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 59

⁴ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 59

فيليبس 1963 من إحالة إلى قواعد إجراءات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية.¹

الفقرة الأولى

سلطة تعيين أعضاء التحكيم

يجري تشكيل محكمة التحكيم حسب الصيغ الشائعة للعقود الدولية بأن يقوم كل طرف من طرفي النزاع بتسمية محكم خلال فترة معينة على أن يكون هذان المحكمان المعينان من قبل طرفي النزاع باختيار المحكم الثالث قبل البدء في إجراءات التحكيم.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط في المحكم المعين من قبل أحد الطرفين أن يحمل جنسية الطرف الذي عينه بل يجوز له أن يكون من جنسية بلد أجنبي عن الطرف الذي عينه.

وتبدأ مدة تعيين كل طرف لمحكمه من تاريخ الإخطار الكتابي الذي يوجهه أحد الطرفين للطرف الآخر متضمناً موضوع النزاع ودعوة هذا الطرف الأخير إلى عرض النزاع على التحكيم وتسمية محكمه وتختلف المدة التي تحددها العقود الدولية لذلك إلا أنها تتراوح بين 15 يوماً إلى 60 يوماً.²

وإن كانت القاعدة العامة أن يقوم كل طرف بتسمية محكم له خلال الأجل الممنوح في الاتفاقية فإن معظم العقود الدولية قد تناولت وعالجت حالة تقاعس أحد

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 62

² الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي، مجلد 2، فقرة 22، 1958، ص 86

الطرفين أو كليهما عن المساهمة في تشكيل المحكمة وذلك من خلال تخلفه عن تسمية محكمه فأجازت لسلطة من الغير قد تكون وطنية وقد تكون أجنبية.¹

أولاً: تعيين أعضاء التحكيم بواسطة سلطات الدولة المضيفة

منحت بعض العقود الدولية الحق في تعيين أعضاء التحكيم لسلطات الدولة المضيفة ابتداءً حيث نصت م 3/35 من اتفاقية المقاوله المبرمة بين الشركة الوطنية العراقية وشركة ايراب الفرنسية 1968 على أنه: ".....تطلب الشركة الوطنية العراقية من رئيس محكمة التمييز العراقية وعند غيابه من الحاكم الأعلى رتبة في المحكمة أن يعين الحكم الآخر....." وقد عالجت هذه المادة حالة التخلف في هذا التعيين فقضت بأن يقوم بذلك رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان بسويسرا، كما خولت بعض العقود سلطات الدولة الوطنية الحق في تعيين أعضاء التحكيم، إلا أنها لم تعالج حالة تقاعس أو تخلف هذه السلطات عن القيام بهذا التعيين ولعل الأرجح في مثل هذه الحالات أنه يسري حكم القواعد العامة بحيث يلجأ المتضرر إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل.²

ثانياً: تعيين أعضاء التحكيم عن طريق سلطات أجنبية

تفضل معظم العقود الدولية منح سلطة أجنبية الحق في تعيين أعضاء التحكيم وذلك تجنباً لعدم مساهمة أي من طرفي النزاع في تشكيل محكمة التحكيم بعدم تسميته لمحكمه وفي مثل هذه الحالة قد تخول هذه السلطة إلى محكمة دولية أجنبية أو هيئة دولية أو موظف دولي.

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 62

² شحاتة (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 62

ثالثا: سلطة تعيين الحكم الثالث

تنص معظم الاتفاقيات والعقود الدولية على إحالة ما قد يثور بين أطرافها من منازعات على مجلس تحكيم يشكل من 03 محكمين يختار كل طرف واحدا منهم ويتفق الحكمان المعينان من قبل طرفي النزاع على اختيار ثالث لهما، وعند فشل المحكمين في الاتفاق على قرار التحكيم الذي يحسم النزاع يؤخذ رأي الأغلبية وبذلك يسهم المحكمون ثلاثتهم في إصدار قرار التحكيم ويكون للمحكم الثالث نفس الدور الذي يقوم به كل من المحكمين الآخرين.

وقد يخول اتفاق التحكيم الحكم الثالث سلطات خاصة كأن يقع عليه مثلا عبء إصدار القرار عند غياب اتفاق المحكمين الآخرين في الرأي ويسمى عندئذ هذا الحكم الثالث **بالفيصل** وهنا لا بد من الإشارة إلى التفرقة بين الفيصل والحكم الثالث فإذا لم يمنح اتفاق التحكيم الحكم الثالث سلطات خاصة فإن سلطاته تبقى مشابهة لسلطات المحكمين الآخرين حتى وإن نص الاتفاق على اعتباره رئيسا لمحكمة التحكيم أما إذا خول الحكم الثالث سلطات خاصة فإنه في هذه الحالة يصبح الفيصل وعليه عندئذ أن يقضي في النزاع عند غياب اتفاق المحكمين حول قرار التحكيم بمفرده. هنا الفيصل يقضي بين الأطراف وليس بين المحكمين كما أنه يقضي أو ينظر في الخلاف كله بين الأطراف وليس في المسائل التي لم يتفق عليها المحكمين الآخرين فقط.

وتجدر الإشارة إلى أن للمحكم الثالث أو الفيصل أهمية بالغة تكمن في الدور الفعال الذي يقوم به في حسم النزاع فهو وفي حالة اختلاف وجهات النظر بين المحكمين المعينين من قبل الأطراف فإن الرأي الذي يؤيده الحكم الثالث هو الذي يرجح ويؤخذ به وكذلك الأمر إذا كان الحكم الثالث فيصلا فإنه يقضي في النزاع بمفرده لذلك لا بد من توخي الدقة الشديدة في اختياره بحيث يجب أن يمتاز بالحياد والعدالة ورجحان الفكر حتى يتجنب الانحياز إلى أحد طرفي النزاع.

وتكاد تنتهج معظم العقود الدولية نفس الطريقة في تعيين الحكم الثالث أو الفيصل فتقضي بأن يقوم المحكمان المعينان من قبل طرفي النزاع بالاتفاق على شخص الحكم الثالث أو الفيصل وفي حالة غياب هذا الاتفاق فإنها تتجه اتجاهات مختلفة في تعيينه فقد تخول ذلك لسلطات الدولة المضيفة أو لسلطة أجنبية.

الفقرة الثانية

الشروط الواجب توافرها في أعضاء التحكيم المعينين من قبل الغير

لقد وضعت معظم العقود الدولية شروطا تكفل تحقيق الغاية من اختيار محكمين متمتعين برجحان الفكر والثقة والحياد وذلك عند قيام سلطة من الغير بهذا التعيين أو الاختيار للمحكمين أو أعضاء محكمة التحكيم ونذكر من بين هذه الشروط:

أولاً: شرط الجنسية

تشتترط معظم العقود الدولية بالنسبة لأعضاء التحكيم المعينين من قبل سلطة من الغير ألا يحملوا جنسية أي من أطراف النزاع وذلك لضمان الحياد الأعضاء وعدالتهم وعدم تحيزهم للطرف الذي يحملون جنسيته.

ولقد نصت المادة 38 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية 1966 على هذا الشرط فبعد أن منحت رئيس المجلس الإداري بناء على طلب صاحب المصلحة سلطة تعيين أعضاء التحكيم الذين لم يتم تعيينهم خلال 90 يوماً من تاريخ تسجيل طلب التحكيم راحت توضح أنه: (يجب على المحكمين المعينين من قبل الرئيس وفقاً لأحكام هذه المادة أن لا يكونوا من رعايا الدولة المتعاقدة التي هي طرفاً في النزاع ولا من الدول المتعاقدة التي رعاياها هم طرفاً في النزاع ...) كما أوجبت العقود ألا يكون معظم

المحكمين من رعايا الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع أو الدول التي رعاياها هم طرفي في النزاع إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.¹

ثانياً: انتفاء وجود مصلحة في النزاع

تتشرط معظم العقود الدولية في أعضاء التحكيم المعينين من قبل الغير أن تتعدم مصالحهم في النزاع بمعنى ألا تكون له أية مصلحة في النزاع الذي سينظرون فيه وذلك لضمان حيادهم وعدالتهم واختلقت العبارات التي تم التعبير بها عن المصالح المنتفية فمنها من أوجب انتفاء المصالح الاقتصادية في شؤون البترول، ومنها وما قضى بضرورة عدم وجود صلة بأطراف النزاع غير أنه يجب أن نأخذ في بيان مدلول أو معنى المصالح التي يتعين انتفاؤها في المحكم المعين من قبل الغير بالتفسير الواسع لها بحيث تشمل المصالح السياسية والاقتصادية الحالية أو المستقبلية المؤكدة منها أو المحتملة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يضاف إلى هذين الشرطين اللذين سبق الحديث عنهما والواجب توافرهما في أعضاء التحكيم المعينين من قبل الغير شرط ضرورة توفير كافة الظروف الملائمة التي تضمن حياد ونزاهة أعضاء التحكيم الذين يقوم بتعيينهم سواء تضمنت الاتفاقية تعداد لهذه الشروط كلها أو بعضها أو أنها أغفلت مثل هذا التضمين تماماً.²

ولقد تضمنت اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية 1965 في المادة 1/14 منها بياناً بالشروط الواجب توافرها في المحكمين الذين يدرج أسماؤهم في القوائم حيث نصت على أن الأشخاص المختارين للعمل الواردة أسماؤهم بالقوائم يجب أن يكونوا من ذوي المراكز الأدبية الممتازة ومن المنظور إليهم بعين الاعتبار والمعترف لهم بالكفاية

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش - المرجع السابق - ص 76 (م39)

² عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 76

التامة من الناحية القانونية والتجارية والصناعية والمالية ومن الذين يعتمد عليهم في إصدار الأحكام بغير تحيز، وبعد التخصص من الناحية القانونية للأشخاص المختارين لقائمة المحكمين أمرا هاما بصفة خاصة.

المطلب الثالث

مرحلة إجراءات التحكيم و صدور القرار التحكيمي

وسنتناول في هذا المطلب مرحلة إجراءات التحكيم التي سنبدها بالحدوث عن كيفية بدأ إجراءات التحكيم ثم أطراف التحكيم ومكان إجراء التحكيم ثم نتطرق إلى الإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم ثم سنتطرق في مرحلة أخرى إلى كيفية صدور الحكم التحكيمي وذلك من خلال الحديث أولا عن المدة اللازمة لإصداره ثم الأغلبية اللازمة والمطلوبة لإصداره ثانيا وأخيرا لتسبب القرار وتفسيره وتنفيذه.

الفرع الأول

مرحلة إجراءات محكمة التحكيم

تنظم التحكيم في مجال المنازعات الاستثمارية عدة قواعد موضوعية وأخرى إجرائية ولقد كانت هذه الأخيرة في ظل العقود الدولية القديمة تلقى اهتماما قليلا إن لم نقل ضئيلا غير أن هذه الأهمية بدأت تحقق بعض التقدم في نصوص العقود الدولية التي تضمنت تنظيم هذه القواعد، وقد أسهمت مجموعة هذه النصوص في بناء نظام حديث لإجراءات التحكيم في المنازعات الاستثمارية، كما قدمت بعض العقود الدولية إسهاما فعليا في هذا المجال، حيث تضمنت قواعد إجرائية تنظم التحكيم في المنازعات الناجمة عن عقود الدولة ومثال ذلك: القواعد التي تضمنها الاتفاق الجزائري الفرنسي الموقع في 1963/06/26 الخاص بالتحكيم في منازعات الشركات العاملة في

الصحاري¹ وكذا العقد الجزائري الفرنسي للهيدروكربونات الموقع في 1965/07/29
²فضلا عن ما تضمنته اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية سنة 1965 من قواعد.

الفقرة الأولى

بدء إجراءات التحكيم

تبدأ إجراءات التحكيم بتوجيه أحد الطرفين إلى الطرف الآخر طلبا كتابيا يحدد فيه موضوع النزاع الذي يرغب في عرضه على التحكيم ويدعوه فيه إلى تسمية محكم له ويقوم كل طرف بتسمية محكمه خلال فترة محددة على أن يقوم المحكمان بالاتفاق حول تحديد شخص المحكم الثالث وفي حالة إخفاقهما في ذلك تسري القواعد الواردة في العقد التي تعالج هذه المسألة.

وإذا كانت تلك هي الصورة الشائعة لبدء ممارسة أو إجراء التحكيم فإن تفصيلاتها تختلف من عقد إلى آخر فبعض العقود مثلا تنص على أن تبدأ إجراءات التحكيم بطلب يقدمه المدعي إلى الطرف الآخر وإلى سكرتارية محكمة التحكيم الدائمة ويقوم كل طرف بتعيين محكمه خلال 30 يوما من تاريخ بدء الإجراءات³. هذا وتبدأ إجراءات التحكيم حسب بعض العقود بإعلان يوجهه أحد الأطراف إلى الطرف الثاني يحوي رغبته في إحالة النزاع على التحكيم ويسمي فيه محكمه ويقوم الطرف الآخر بتسمية محكمه ويعلم به الطرف الأول خلا 15 يوما من تلقيه إعلانه.

¹ Hydrocarbons in Algeria , the 1963 agreements pp93 et sep – 1964

² The Algerian oil policy, events, studus, declarations and agreements Tome 1, pp4 : 9 Arts, 171-8 – 1972

³ انظر م 46 من العقد الجزائري الفرنسي 1956

وتوجب بعض العقود لبدء الإجراءات أن يتضمن الإعلان مزيداً من التفاصيل حول المسائل المتنازع عليها والتي يرغب المدعي بعرضها على التحكيم واسم وصفة وعنوان المحكم الذي اختاره وجنسيته وارتضائه القيام بالتحكيم.¹

الفقرة الثانية أطراف التحكيم

لقد أجازت بعض العقود الدولية تعدد أطراف التحكيم إلا أنه إذا اتصل النزاع بعدة أشخاص تربطهم مصلحة واحدة فيمكنهم الاشتراك متضامنين في تعيين محكم واحد وذلك للحيلولة دون تعدد الأطراف المشتركين في نفس التحكيم، كما يمكن لأي طرف الانضمام إلى التحكيم وذلك بالتصديق على تعيين المحكمين الممثلين لأطراف النزاع وقد أخذ بهذا المبدأ العقد الجزائري الفرنسي للهيدروكربونات 1965 حيث تنص المادة 46 منه على أنه: "... عندما تبدأ دولة الجزائر في ممارسة إجراءات التحكيم ضد مجموعة من الحائزين لرخص تنجيم فإنهم يقومون بالتضامن بتعيين محكم واحد وبالمثل إذا اتصل النزاع بقرار إداري فلمجموعة الحائزين المعارضين لهذا القرار أن يتضامنوا في تعيين محكم واحد ولأي حائز لرخصة منجمية أن يلحق بإجراءات التحكيم بذات وذلك بالتصديق على تعيين المحكمين الممثلين للأطراف الأخرى في النزاع...."

الفقرة الثالثة مكان التحكيم

استناداً لمبدأ الرضائية الذي يقوم عليه التحكيم يكون للأطراف حرية اختيار مكان انعقاد محكمة التحكيم، ويترتب على هذا الاختيار نتائج بالغة الخطورة لعل

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 77

أهمها أن مكان التحكيم يحدد القانون الإجرائي الذي يحكم النزاع وذلك عند غياب اتفاق الأطراف حول تنظيم هذه الإجراءات، هذا وينبغي استئذان الدولة التي تعقد على إقليمها جلسات التحكيم وأخذ موافقتها في ذلك كي يباشر التحكيم في ظل حمايتها، كما يجب تسجيل القرار التحكيمي حسبما تقضي به نظم الدولة التي جرى التحكيم على إقليمها هذا وتختلف العقود الدولية في تحديد مكان التحكيم منعقد إلى عقد فقد يحدد هذا المكان في إقليم الدولة المضيفة أو دولة أجنبية وقد يترك ذلك للمحكم الثالث وفي غياب النص على تحديد مكان التحكيم فإنه على محكمة التحكيم أن تحدد مقر عملها.¹

الفقرة الرابعة

الإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم

تتضمن بعض العقود الدولية قواعد تفصيلية تنظم إجراءات التحكيم سواء بالنسبة لتبادل المذكرات والدفاع والشهود والأدلة والخبراء ونظام الجلسات واللغة المستعملة والقرارات ونفقات التحكيم وعند غياب الاتفاق على معالجة مثل هذه المسائل تسري القواعد الإجرائية الخاصة بقانون محل انعقاد التحكيم والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو مدى جواز مباشرة إجراءات التحكيم في غياب أحد الأطراف؟

وتكاد تجمع معظم العقود الدولية التي تعرضت لهذا الموضوع على جواز مباشرة إجراءات التحكيم في غيبة أحد الأطراف وبعد تحكيم الجزائر ومجموعة ترابال سنة 1964 مثالا عمليا لتحكيم بوشرت فيه إجراءات التحكيم في غيبة أحد الأطراف وتتلخص وقائع هذا النزاع في أن مجموعة ترابال تملك امتيازاً بترولياً في الجزائر ورغبت في إنشاء خط الأنابيب الجزائري الثالث الذي يمتد من حقولها في حاسي مسعود إلى مدينة أرزيو حيث يمكن تصديره وأبدت الحكومة الجزائرية رغبتها في المساهمة في المشروع غير أن مجموعة ترابال رفضت هذا الطلب وقررت إنشاء خط

¹ م175 من البروتوكول الملحق بالعقد الجزائري الفرنسي لسنة 1965

الأنايبب بنفسها استنادا لحقها في نقل البترول الذي تنتجه بمقتضى قانون بترول الصحاري الجزائري.

وقد نازعت الحكومة الجزائرية في هذا الحق وطبقا لاتفاقية إفيان في 1962/03/20 والعقد المبرم في 1963/06/26 بين الحكومة الجزائرية والشركات البترولية العاملة على إقليمها في شأن حسم المنازعات بواسطة التحكيم أمام "محكمة تحكيم دولية" قامت مجموعة ترابال في 1964/04/09 بمباشرة إجراءات التحكيم أمام المحكمة وعينت محكما لها، ورفضت الحكومة الجزائرية تعيين محكم من قبلها وشرعت في إنشاء الأنبوب، وتبعاً لذلك طلبت ترابال من رئيس محكمة العدل الدولية أن يكمل تشكيل المحكمة وبعد تمام هذا التشكيل بدأت المحكمة في مباشرة إجراءات التحكيم في غياب الطرف أو الحكومة الجزائرية.

وتجدر الإشارة إلى أنه تم تسوية النزاع وطلبت ترابال من محكمة التحكيم الدولية قبل أن تصدر قرارها إيقاف الإجراءات التي سبق أن باشرت أمامها وقد تم تشغيل الأنبوب في 1966/02/15 .

الفرع الثاني

إصدار قرار التحكيم

إن كل المراحل التي يمر بها نظام التحكيم منذ الاتفاق على التحكيم إلى تشكيل المحكمة والإجراءات التي تتبع في ذلك تهدف إلى الوصول إلى نتيجة واحدة ووحيدة هي إصدار القرار أو الحكم التحكيمي هذا الحكم الذي يعد الثمرة الحقيقية للتحكيم وسنتطرق في هذا الفرع بالحديث إلى الجوانب القانونية المختلفة التي يثيرها قرار التحكيم من حيث المدة اللازمة لإصداره والأغلبية المطلوبة لذلك بالإضافة إلى تسببيه وتفسيره

الفقرة الأولى

المدة اللازمة لإصدار قرار التحكيم

قليلا ما تتضمن العقود الدولية تحديد مدة معينة تقوم خلالها محكمة التحكيم بإصدار قرارها التحكيمي في النزاع وإن كان تحديد هذه المدة يسهم في حث المحكمة على سرعة حسم النزاع، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن التحديد الذي تتراوح مدته بين 30 و 180 يوما أنه يقيد المحكمة في بحث كافة جوانب وتفصيلات النزاع، الأمر الذي يخشى معه عدم تحقيق العدالة الكاملة، لذلك تقضي غالبية العقود التي تضرب أجلا معيناً للمحكمة تصدر خلاله قرارها، بجواز مد هذه المدة لفترة أو فترات أخرى إذا دعت الضرورة لذلك.

وتطبيقاً لذلك قضت المادة 176 من البروتوكول الملحق بالاتفاق الجزائري الفرنسي سنة 1965 بأن تصدر محكمة التحكيم قرارها في النزاع خلال مدة 06 أشهر تبدأ من تاريخ تشكيل المحكمة ويمكن مد هذا الأجل في حالة وفاة أحد المحكمين أو لخطأ من المحكمة أو إذا رأى رئيس المحكمة ضرورة لذلك.

وتفادياً لمشاكل تقييد المحكمة بأجل معين تصدر خلاله قرارها التحكيمي تنتهج بعض العقود منهاجاً يهدف إلى إنجاز تسوية النزاع بسرعة مع ضمان تحقيق العدالة وذلك اكتفاء بدعوة المحكمة لإصدار قرارها في أسرع وقت ممكن¹ أو في المدة المناسبة لذلك.²

¹ لم يجدد العقد المبرم بين السعودية والشركة الأمريكية في 1955/02/23 مدة معينة تصدر خلالها المحكمة قرارها في النزاع واكتفت بالنص على أن: "تصدر المحكمة قرارها في أسرع وقت ممكن"

² م 67/ب من عقد مصر والشركة الدولية 1963 على أنه: "يصدر المحكم قراره خلال المدة التي يراها لازمة تبعاً للظروف"

الفقرة الثانية

الأغلبية اللازمة لإصدار القرار

لقد تمت الإشارة سابقا إلى أنه عندما تقضي بعض العقود الدولية حالة النزاع إلى محكمين معينين من قبل طرفي النزاع ومحكم فيصل فإن هذا الأخير يتولى بمفرده الفصل في النزاع عند غياب اتفاق المحكمين حول القرار التحكيمي أما إذا تمت إحالة النزاع إلى محكمة تحكيم تتشكل من 03 محكمين أو أكثر، فإنه في هذه الحالة تثار مسألة الأصوات اللازمة لإصدار القرار، وتكاد معظم العقود الدولية تجمع على ضرورة إصدار القرار بأغلبية الأصوات مع وجود بعض العقود التي توجب أن يصدر قرار التحكيم بأغلبية اثنين من أعضاء المحكمة أحدهما الرئيس.¹

الفقرة الثالثة

تسبب أو تعليل القرار

نادرا ما تنص العقود الدولية على ضرورة تسبب القرار التحكيمي وقد يفيد ذلك بأن قرارات محاكم التحكيم تكون في معظمها قرارات نهائية غير قابلة للطعن خاصة وأن تسبب القرار يسهم إلى حد بعيد في تفسيره ولعل من النصوص الفريدة التي أوجبت تسبب القرار ما تضمنته المادة 176 من البروتوكول الملحق بالعقد الجزائري الفرنسي 1965 وكذا ما تضمنته المادة 03/48 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية لسنة 1965 من وجوب صدور أحكام التحكيم متضمنة الأسباب الموجبة لها.

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق ، 80

الفقرة الرابعة

تفسير القرار

لم تتضمن العقود الدولية أي نص يتعلق بتفسير قرار التحكيم ويمكن أن يستلهم في هذه الحالة من المعنى الوارد في المادة 50 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية سنة 1965، حيث قضت بأن أي نزاع يثور بين الأطراف حول مدلول أو مدى الحكم يقدم بشأنه طلب إلى الأمين العام الذي بدوره يعرضه على المحكمة التي أصدرته وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة لتتولى هذا التفسير ولهذه المحكمة أن تأمر بإيقاف تنفيذ الحكم حتى تفصل في طلب التفسير وبناء على ذلك فإذا ما ثار نزاع حول تفسير القرار التحكيمي فإنه على صاحب المصلحة أن يطلب من المحكمة التي أصدرت القرار أن تقوم بتفسيره ولها إن رأت ضرورة لذلك أن تأمر بإيقاف تنفيذ الحكم إلى حين الفصل في طلب التفسير.

الفقرة الخامسة

نهائية القرار أو الحكم التحكيمي

معظم العقود الدولية تتضمن نصا يقضي بنهاية القرار التحكيمي وقد اختلفت الصيغ التي تؤكد هذا المعنى، حيث اكتفت بعض العقود بالنص على أن القرار نهائي¹، بينما ذهبت الأخرى إلى إيضاح ذلك مؤكدة أن القرار نهائي وملزم وسوف لا يكون موضوعا للاستئناف أو؟ أي وسيلة أخرى من وسائل الطعن² غير أن هذه الصيغ وإن اختلفت في طريقتها إلا أنها تحمل نفس المعنى والمضمون الذي يدل على نهائية قرار التحكيم.

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 94

² م 167 من البروتوكول الملحق بالعقد الجزائري الفرنسي لسنة 1965

الفقرة السادسة

تنفيذ قرار التحكيم

يصبح قرار التحكيم واجب التنفيذ عند غياب نصوص تنظم طرق الطعن فيه أو عند استنفاد طرق الطعن المتاحة بموجب نصوص العقد وهذا ما يدعو لاتخاذ الوسائل والضمانات الكفيلة بتنفيذه حتى لا يتم تجريده من فاعليته.

وتنفيذ قرار التحكيم قد يكون في مواجهة الدولة كما قد يكون في مواجهة الأفراد وتثير الحالة الأولى عوائق في التنفيذ، ذلك أنه على الرغم من خضوع الدولة برضاها لاختصاص محكمة تحكيم أجنبية إلا أن ذلك لا يحول دون تمسكها عند تنفيذ القرار التحكيمي على أموالها بحصانة السيادة متذرة بأن الخضوع لاختصاص محاكم أجنبية لا يسقط من الدولة ذات السيادة الحصانة على أموالها.

وإذا كانت بعض الدول تأخذ بنظرية حصانة الدولة عند التنفيذ على أموالها فإن البعض الآخر يرفض ذلك إذا تعلق النزاع بالنشاط التجاري للدولة.¹

وقد تبنت المحكمة العليا السويسرية هذا المبدأ عند بحثها ما إذا كانت مدام X المقيمة في زيورخ تستطيع المساس بأموال الحكومة المصرية المودعة في بنك جنيف وفاء لما تدعيه من إيجار لفيلتها الكائنة بفيينا والتي تشغلها السفارة المصرية بالنمسا وقد قضت المحكمة في هذا النزاع بأنه يمكن مقاضاة الدولة الأجنبية أمام المحاكم السويسرية، كما يمكن خضوعها للتنفيذ إذا تعلق النزاع بنشاط تجاري يتصل بالإقليم السويسري.

وبناء على هذا يمكن القول بأنه إذا قامت الدولة بممارسة النشاط التجاري فإنه لا يقبل منها الإدعاء بالحصانة سواء بالنسبة للاختصاص القضائي أو عند التنفيذ.

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 96

وربما من أهم القضايا التي سمح فيها لشركة خاصة بالقيام بتنفيذ حكم تحكيمي ضد الدولة على الرغم مما تتمتع به هذه الأخيرة من حصانة السيادة هي ذلك النزاع الذي نشب بين الحكومة الفرنسية وشركة يونانية خاصة، حيث تتلخص وقائع هذا النزاع في أن العقد المبرم بينهما تضمن نصا يقضي بإحالة ما قد يثور بين الطرفين من منازعات إلى مجلس تحكيم يشكل من محكمين ويعقد جلساته في لندن وثار بين الطرفين نزاع حول تفسير بعض نصوص العقد مما أدى إلى لجوء الشركة اليونانية إلى محكمة التحكيم. وقد أصدرت هذه الأخيرة حكما تحكيميا لصالح الشركة اليونانية وعلى إثر ذلك استصدرت الشركة اليونانية أمرا بتنفيذ الحكم من محكمة الصين المدنية ضد الحكومة الفرنسية.

وقد طعنت هذه الأخيرة في تنفيذ هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس التي أيدت تنفيذ الحكم وأوردت في أسباب قضائها أن القانون الفرنسي الذي لا يخول الدولة الحق في اللجوء إلى التحكيم لا يسري بالنسبة للعقود الدولية، فيجوز للدولة أن تتنازل - سلفا- عن حصانتها وذلك بقبول اختصاص محاكم أجنبية: "...وعندما يصدر حكم التحكيم بواسطة محكم أجنبي فإنه يعد جزءا من اتفاق التحكيم وحيث أن العقود تلزم الأطراف دون حاجة لمراعاة مكان انعقادها أو تنفيذها فيجب أن تعامل أحكام التحكيم الأجنبية في فرنسا مثل الأحكام الوطنية وتمنح أمرا بالتنفيذ من رئيس المحكمة المختصة

1»....

هذا ولقد عالجت م 3 من اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1958 حجية أحكام التحكيم التي تصدر في نطاق هذا العقد وقضت بأنه على الدول المتعاقدة أن تعترف بأحكام التحكيم باعتبارها أحكاما ملزمة وأن تنفذها طبقا للقواعد والإجراءات المقررة في الإقليم الذي يجري فيه التنفيذ وعلى الطرف الذي يطلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أن يقوم بإثبات صحة الحكم الأصلي وكذا اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم. ويقع عبء إثبات عدم جواز هذا التنفيذ على الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده وعلى هذا الأساس فإن عقد الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 لم يخول

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 97

المستثمر الأجنبي الخاص إمكانية تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في مواجهة الدولة المتعاقد معها ذلك أنه إذا كان التنفيذ خارج إقليمها فقد تتمسك بحصانات السيادة ضد أي أعمال قضائية أجنبية أما إذا كان التنفيذ داخل هذا الإقليم فإنه يخضع للقيود الواردة في التشريع الوطني لهذه الدولة¹.

وإذا كانت العقود الدولية لم تقدم أي معالجة لتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية اللهم إلا نص المادة 178 من البروتوكول الملحق بالاتفاق الجزائري الفرنسي سنة 1965 التي تقضي بأن: " تكون قرارات التحكيم قابلة للتنفيذ دون حاجة لوضع الصيغة التنفيذية عليها وذلك في كل من إقليمي فرنسا والجزائر" فإن اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية قد خصصت القسم السادس منها لمعالجة الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها حيث قضت المادة 1/54 باعتراف الدول المتعاقدة بالصفة الإلزامية للأحكام الصادرة في نطاق هذه الاتفاقية، كما تقوم بتنفيذ الالتزامات النقدية للأحكام الصادرة في نطاق هذه الاتفاقية كما تقوم أيضا بتنفيذ الالتزامات النقدية المحكوم بها كما لو كان الحكم نهائيا صادرا عن محكمة وطنية.

ونظرا لتباين النظم القضائية في الدول المختلفة الموقعة على هذه الاتفاقية فقد أوضحت المادة 3 من هذه الاتفاقية أنه على الرغم من عدم وجود قاعدة موحدة للعمل بمقتضاها على الصعيد الوطني فإنه يتعين على كل دولة متعاقدة أن تنفذ الشروط الواردة في هذه المادة وفقا لنظامها القضائي الوطني المتعلق بتنفيذ الأحكام².

هذا والملاحظ أنه إذا كانت المادة 54 من الاتفاقية قد فرضت على الدولة المتعاقدة أن تعتبر الحكم الصادر في نطاق هذا العقد بمثابة حكم نهائي صادر عن محاكمها الوطنية فإن الحصانة الدولية يمكن أن تحول في دولة ما دون التنفيذ

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 99

² عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 100

الجبري لهذه الأحكام وهو ما لم تذهب إليه الاتفاقية وتوجب تنفيذ الأحكام الصادرة في نطاقها.

ولقد بينت اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية إجراءات الاعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة في نطاقها والتي تتمثل في قيام الطرف صاحب الشأن بتقديم صورة طبق الأصل من حكم التحكيم عن طريق الأمين العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذه الغاية.

وإذا كان الجانب الأكثر دقة في مجال تنفيذ أحكام التحكيم هو تنفيذها في مواجهة الدولة المتعاقدة فإن الأمور لا تدق بهذه الصورة عند تنفيذ الدولة للأحكام في مواجهة الطرف المتعاقد معها ذلك أن عدم تنفيذ هذا الأخير لقرار التحكيم يشكل خرقاً للعقد ويبرر اتخاذ كافة الوسائل والإجراءات المتاحة لمعالجة هذا الأمر، فمثلاً إذا لم يتم المستثمر بأداء المبالغ المقضي بها في قرار تحكيمي يتعلق بعقد دولي فإن للدولة المتعاقدة الحق في تنفيذ الجزاءات الواردة في العقد المترتبة على خرق العقد مثل وقف نشاط المستثمر حتى يتم الوفاء بالمبالغ المحكوم بها أو الحجز على ممتلكات المدين وقد تبلغ هذه الإجراءات حد قيام الدولة بإنهاء العقد مباشرة أو بمقتضى قرار تحكيمي¹.

وخلاصة القول هي أن التحكيم يعد إحدى الوسائل البديلة عن القضاء في الفصل في المنازعات بطريقة سلمية وهو يختلف كثيراً عن غيره من المفاهيم الأخرى المشابهة له كالصلح والخبرة أما عن طبيعته القانونية فقد اختلفت النظريات حول تحديدها بين من يرى بأنه ذو طبيعة تعاقدية وبين من يرى بأنه ذو طبيعة قضائية في حين يذهب رأي آخر إلى اعتباره ذو طبيعة مختلطة وهو يمر بعدة مراحل مختلفة تبدأ بالاتفاق على التحكيم وتنتهي بصدور الحكم التحكيمي وتنفيذه

¹ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 101

A graphic of a scroll with a black outline and a grey shadow. The scroll is unrolled, showing the text in the center. The text is written in a bold, black, stylized Arabic calligraphic font. The scroll has a small grey circle at the top right corner, suggesting a binding or a hole.

الفصل الثاني : التحكيم في منازعات الاستثمار

الفصل الثاني

التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

تحتاج معظم الدول إلى الاستثمار الأجنبي لكونه يستطيع أن يلعب دوراً أساسياً في عملية تنمية الدول المضيفة له، فهو يمكنها من استغلال مواردها الطبيعية كما يسهم في تنمية بنيتها التحتية كالاتصالات والطرق والمطارات وكذلك تدريب الأيدي العاملة المحلية، وتنمية وتطوير مختلف الصناعات من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة منها رأس المال والتكنولوجيا والقدرات والمهارات الإدارية والوصول إلى الأسواق الأجنبية.¹

ولما كانت الاستثمارات الأجنبية العامة التي تحصل عليها الدول النامية تحكماً في الغالب اعتبارات سياسية فقد اتجهت الدول النامية بغية إنجاز عملية الإنماء الاقتصادي فيها إلى جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة حيث تلجأ الدول عادة لأجل هذا الغرض إلى إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية كعقود استغلال ثرواتها الطبيعية وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود بناء المصانع وعقود الأشغال التي تستلزمها لبنيتها التحتية... إلخ مما يدخل في إطار عقود الاستثمار.

من المعلوم أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وإن ظهرت حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تتبدل نتيجة تعارض المصالح بين الطرفين.

¹ ملحم (علي حسين) ، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1998 ، ص 02

وتنشأ منازعات الاستثمار الأجنبي لأسباب مختلفة، فقد تنشأ إذا تغيرت النتائج والتقديرات المرجوة من الاستثمار الأجنبي وفي الماضي نشأت نسبة كبيرة من المنازعات بسبب التدخلات المادية للحكومة في أصول المستثمر.

وقد تنشأ المنازعات نتيجة للتغيرات الاقتصادية والسياسية الاجتماعية التي قد ينتج عنها تضارب في المصالح قد تؤدي إلى تدخلات إدارية في الاستثمارات الأمر الذي قد يؤدي بدوره إلى نشوب المنازعات.

كما قد تنشأ عن بعض الموضوعات التي أضحت تلقى اهتماماً في الوقت الحديث مثل حماية البيئة وقد تنشأ نتيجة فشل التوقعات الخاصة بالمشروعات المشتركة وقد لا يستطيع الأطراف التعاون بسبب وجود ضغوط خارجية أو اختلافات ثقافية وقد ترجع المنازعات إلى ما يكشف عنه تنفيذ بعض العقود من عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات.

وعلى الرغم من تعدد الوسائل البديلة عن التحكيم والتي من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها فإن التحكيم مازال يمثل الملاذ الأخير والنهائي لحسم منازعاتها.

ولذلك سنتناول فيما يلي بيان فكرة التحكيم في منازعات الاستثمار وكذا كيفية ضمان الفعالية للتحكيم في هذا المجال حتى أصبح الوسيلة المثلى والناجعة في تسوية هذه المنازعات.

المبحث الأول

فكرة التحكيم في منازعات الاستثمار

لاستيعاب فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار من الضروري أن نتطرق للمبررات التي جعلت منه القضاء الطبيعي لحسم هذه المنازعات بالإضافة لخصائصه المميزة في تسويتها والمشاكل التي قد يثيرها اختياره لحسم هذه المنازعات.

المطلب الأول

مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن يثيرها هذا النوع من عقود الاستثمار إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا ضروريا بشأن هذه الطائفة من العقود¹، بل إنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال² حيث يفضل الأطراف في عقود الاستثمار اللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم ويرجع ذلك لعدة أسباب يتعلق بعضها بمزايا التحكيم التي تتناسب طبيعة منازعات عقود الاستثمار كما يتعلق بعضها بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار وبعضها الآخر يتعلق بكون التحكيم ضمانا إجرائية لكونه إحدى وسائل جذب الاستثمار الأجنبي ولأسباب أخرى ناتجة عن القوة القاهرة وعن الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار.

¹ السيد الحداد (حفيظة) ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق دار المطبوعات الجامعية، 2001 ، ص 03

² عكاشة (عبد العال) ، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية ، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية في بيروت من 13 إلى 15/02/2001 ، ص 59

الفرع الأول

مزايا التحكيم المناسبة لطبيعة منازعات عقود الاستثمار

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة أطرافها المتمثلة أساسا في الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية والعملية محل العقد، حيث يتعلق العقد بمشروع ضخم يستغرق عدة سنوات لتنفيذه ويكلف مئات الملايين من الدولارات وتتشابك العلاقات الناشئة عنه مما يتطلب معه خبرات فنية عالية، ومع تلك الخصوصية فإن التحكيم بما يتمتع به من مزايا فإنه يمثل القضاء الطبيعي والوحيد لفض منازعات هذه العقود وتتمثل هذه المزايا في:

الفقرة الأولى

سرعة في الإجراءات

حيث من مزايا التحكيم في فصل النزاعات هو سرعة الإجراءات اللازمة للفصل في النزاع المطروح للتحكيم في أقل وقت، إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت وهي السرعة التي لا تتوافر عادة في النظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية المعوقة للفصل السريع في النزاع وهو ما يحتاجه البت في منازعات عقود الاستثمار حيث تكون هناك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة ومجمدة في انتظار صدور حكم القضاء ومن ثم تكون هناك خسارة محققة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاعات بشأنها. فالأطراف في عقود الاستثمار تفضل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة والعدالة السريعة التي يقدمها التحكيم ترجع إلى عاملين:

العامل الأول : هو إلزام المحكمين أو المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف كأصل عام فقوانين التحكيم ولوائحه ومواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم عند إصداره لقرار التحكيم بل وتسمح للأطراف بالتعديل خلال هذه المدة عند اتفاقهم على التحكيم ويفقد المحكم بعد انتهائها صفته¹.

العامل الثاني: ويتمثل في لأن نظام التحكيم نظام للتقاضي من الدرجة الأولى فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه وللأسباب الواردة حصراً في القانون مع مراعاة أن الطعن بالبطلان لا يقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام

الفقرة الثانية

سرية التحكيم

إن اختيار الأطراف في منازعات عقود الاستثمار للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات سببه ما يتميز به التحكيم به التحكيم من سرية فجلسات التحكيم غير العلنية وعدم نشر الأحكام تعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم حيث تظل الأسرار المرتبطة بالعقد والمخترعات سرية فالأطراف في عقود الاستثمار يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم أسبابها ودوافعها نظراً لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية.

1- إبراهيم (أحمد إبراهيم)، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية العدد 07، 2001، ص 126

الفقرة الثالثة

التحكيم قضاء متخصص

التحكيم قضاء متخصص لأنه يكفل المعرفة والخبرة مع توسيع مجالات الاستثمار الأجنبي حيث يكون المحكمون في الأغلب الأعم على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها وما يمتازون به من الإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع وكذلك اللغات التي تحدد بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف ومما لاشك فيه أن وجود قضاء متخصص من شأنه أن يحقق عدالة تحقق رغبات الأطراف ومما يساعد على ذلك هو أن الأطراف على العموم هم الذين يختارون المحكمين وحتما سيختارون أنسب المحكمين الذين تحتاجهم خصوصية القضية محل النزاع.

الفقرة الرابعة

حرية الأطراف في ظل التحكيم

إن مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم لأنه ينفر هن القوالب الجامدة¹ حيث يملك الأطراف أولا اختيار نوع التحكيم فلهم أن يختاروا إما أن يكون التحكيم خاصا أو تحكيميا مؤسسيا كما لهم أن يختاروا أن يكون التحكيم تحكيميا بالقانون أو تحكيميا بالصلح.

كما يفسخ التحكيم المجال لإرادة الأطراف في اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه والقانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم.

¹ إبراهيم (أحمد إبراهيم)، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم، المرجع السابق، ص 128

الفرع الثاني

تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم

نظرا لان عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة ذات السيادة من ناحية والمستثمر الأجنبي الخاص من ناحية أخرى فإن قضاء محاكم الدولة قد لا يلقى الرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليها ولعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النوع.

لذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار خوفا من استغلال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم فضلا عن عدم ثقته بعدالة محاكم الدولة المضيفة.

حيث أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون هي طرفا فيها أمام القضاء الوطني لدولة أخرى وعلى الرغم من ميل الاتجاه الحديث إلى أعمال الدولة السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارستها لأنشطتها التجارية وأعمال الإدارة العادية فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام إذ يظل الأصل هو التمتع بها وهنا تظهر صعوبة الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول أخرى بحل المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مما قد يؤدي إلى إهدار حقوق المستثمر الأجنبي لذلك نجد المستثمر الأجنبي يحرص على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقته في نزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة ولعدم ضمانه أن يكون موقفها حياديا بشكل كامل نحو النزاع فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة وأيا كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها فإنه في الأخير يبقى قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية ولعل في عقد "ديزني وورلد" الحاصل بين شركة أمريكية وفرنسا أفضل مثال

على ذلك، فلقد اشترط المستثمر الأجنبي الأمريكي حتى يمكنه الموافقة على الاستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار الذي يجري في ضواحي باريس إلى التحكيم غير المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس شورى الدولة الفرنسي وعلى عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها نزولاً في ذلك على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية وكانت قيمة العقد مليارات الدولارات وترددت فرنسا فكيف تتخلى عن مجلس الشورى الفرنسي الذي وضع القوانين الإدارية لفرنسا والعالم؟ وتأخر توقيع العقد وأصبح أمر أن يكون المشروع أو لا يكون متوقفاً على الشرط التحكيمي وأخيراً قبلت فرنسا الشرط التحكيمي.¹

الفرع الثالث

التحكيم ضماناً إجرائياً لتشجيع الاستثمار

من المعلوم أنه لكي يتحقق الجذب الأكبر للاستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، فإنه لا بد من توفير الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي الخاص فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف يحتاج إلى طمأنته فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق عن نفسه. ومن أهم هذه الضمانات توفر ضمانات قضائية لحماية استثماراته وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال خصوصاً وأن التحكيم من شأنه أن يبديد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي قلما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال

¹ الأحذب (عبد الحميد)، آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمادات الاستثمارات العربية الأوروبية الذي أعده مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت من 13 إلى 12/02/15 منشور ضمن مؤلف بعنوان آفاق وضمادات الاستثمارات العربية الأوروبية، الطبعة 01، 2001، ص 83

وتتوعها¹. فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر غير التجارية، حيث استطاع التحكيم من خلال آلية فض النزاعات وضمانة العدالة الدولية التي يوفرها ويؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات² وأصبح التحدي الذي تواجهه الاستثمارات الدولية من نوع " أن تكون أو لا تكون" ففي حالة استحالة اللجوء إلى التحكيم كآلية لحل النزاعات فإن الشركات الكبرى العائدة للبلدان الصناعية والتي هي وحدها القادرة على تقديم المشاريع والمعرفة الفنية الراقية لبلدان العالم النامي فإنها سوف تتخلى في الغالب عن القيام بتلك الاستثمارات التي تحتاجها البلدان النامية، ولذلك فإن الدول لاسيما النامية وسعيها منها لجذب الاستثمارات الأجنبية فإنها أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

هذا وإن استهداف الدولة جذب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها يقتضي أن يقر القانون فيها - خصيصا تشريع الاستثمار - مبدأ جواز عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة فمما لا شك فيه أن إقرار مثل هذا المبدأ من شأنه أن يزيد من مصداقية التزام الدولة المضيفة في الوفاء بتعهداتها التي قطعتها على نفسها.

الفرع الرابع أسباب أخرى

لما كانت العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي تتكون من شروط تنطوي على حقوق والتزامات يتفق عليها الأطراف فإن المنازعات التي تنثيرها هذه العقود تنحصر إذن في مدى الوفاء والالتزام بتلك الحقوق والالتزامات والهدف من حصر أنواع

¹ عكاشة (محمد عبد العال)، المرجع السابق، ص 59

² الأحذب (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 72

المنازعات التي تنشأ نتيجة لانتهاك أو خرق حقوق أو التزامات هو معرفة الأسباب الحقيقية التي أدت إلى هاته الانتهاكات والاختراقات هل هي أسباب قهرية أو ظروف طارئة ليس للدولة دخل فيها أجبرتها على القيام بمثل هذه التصرفات رغما عن إرادتها وعليه لا تتعدد مسؤوليتها الدولية تجاه الدولة التي ينتمي إليها الطرف الأجنبي بجنسيته¹.

الفقرة الأولى

أسباب القوة القاهرة

يقصد بالقوة القاهرة حدث أو مجموعة من الأحداث لم يكن في وسع أحد الأطراف تداركها أو توقعها ويترتب عليها انقضاء التزام معين لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل الطرف الملزم بهذا الالتزام تبعه ذلك.

وتعرف القوة القاهرة أيضا بأنها مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة والتي تؤدي بها إلى عدم الالتزام بالقواعد القانونية ولا يعد ارتكابها لهذا الفعل المخالف للالتزاماتها موجبا للمسؤولية².

وبما أن القوة القاهرة تعد سببا من أسباب نشوء منازعات الاستثمار فإن هذه الأخيرة عندما تثور بشأنها (القوة القاهرة) فإنه يغلب عليها في هذه الحالة الطابع الفني، وعليه فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية أو وسيلة خاصة تتوافر لدى القائمين الخبرة والدراية العلمية الكافية، وهنا يظهر أهمية التحكيم كوسيلة مثلى وناجعة لفض مثل هذه المنازعات وتعود هذه الأهمية لعدم رغبة الأطراف في غالب الأحيان في إنهاء علاقتهم التعاقدية بسبب ظرف طارئ ومفاجئ أوجد حالة من القوة القاهرة بل إنهم قد يجدون أنه

¹ طه أحمد (علي قاسم) ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008 ، ص ص 109 ، 110

² مشهور (عمر) ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة النقابية للمحامين ، العدد 09 و 10 ، الأردن ، 2002 ، ص 05

من الأنسب لهم أكثر أن يعيدوا النظر في هذه العلاقة لتصبح أكثر توافقا وتناسبا مع الظروف الجديدة.

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه لالتزامه خاصة في العقود ذات الالتزامات المتقابلة فإن الأمر يختلف في عقود الاستثمار، حيث أن هناك حرص شديد لمواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها لضمان استمرار هذه العلاقة الاستثمارية بين الأطراف المعنية.

والقوة القاهرة تتشابه مع نظرية الأحداث الطارئة في استثنائها على قاعدة Robus Sio Stontidus وبموجبه يقوم العقد على شرط مضمر بين المتعاقدين يجعل بقاءه متعلقا ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها غير أن الاختلاف بينهما يظهر في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا عكس الحدث الطارئ الذي يجعل تنفيذه مرهقا لا مستحيلا ويترتب على هذا التمييز فرق في الأثر، حيث أن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام فلا يتحمل الطرف الملزم به تبعة عدم تنفيذه أما الحدث الطارئ فلا ينقضي الالتزام بوقوعه بل يرتد إلى الحد المعقول، حيث توزع الخسارة بين الأطراف ويرجع ذلك إلى تجرد أساس الظروف الطارئة من المبادئ القانونية أو العرفية غير المحددة في القانون الدولي العام.

هذا ونظرا لأهمية أحداث القوة القاهرة وأثرها في حياة العقد فقد جرى العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار غير أن ذلك لم يمنع من حدوث الكثير من المنازعات الناجمة عن إهمال هذا الشرط.

والمنازعات التي تنور بشأن توافر شروط القوة القاهرة كما سبقت الإشارة إليه يغلب عليها الطابع الفني وعليه فإن الفصل فيها يتطلب آلية خاصة تتوافر في القائمين عليها الخبرة الفنية والدراية العلمية الكافية وهي أمور وصفات لا يتمتع بها رجل

القضاء العادي، فقد تتعلق المنازعة بتنفيذ غير مطابق للمواصفات في ظل تواجد القوة القاهرة التي حالت دون التنفيذ الأمثل المتفق عليه في العقد¹ وقد تتعلق المنازعة بتحديد درجة يتعذر معها إتمام العمل ويتعين إنهاء العقد المبرم بخصوصه، كما قد تدور المنازعة حول تقرير مبدأ التعويض إذا كان له محلا طبقا لشروط العقد ومداه.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المسائل الفنية تضاعف من صعوبة المهام المنوطة بهيئات التحكيم فحتى على فرض تعيين هذه الهيئات التحكيمية لخبراء على مستوى عال من التخصص في هذا المجال فإن مرور الوقت بين وقوع أحداث القوة القاهرة وإحالة النزاع على التحكيم ثم تعيين خبراء يجعل من المتعذر الوصول إلى نتائج تتفق وظروف النزاع خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن اللجوء إلى التحكيم غالبا ما يحدث بعد مناقشات ومفاوضات بين أطرافه للوصول إلى تسوية للنزاع.

وبصفة عامة فإنه عند غياب شرط صريح وخاص بالقوة القاهرة يحدد نتائجها أو في حالة عدم وجود اتفاق أصلا بين الأطراف حول نتائجها فإن تحديد أثر هذه القوة القاهرة على استمرارية العقد يدخل ضمن الاختصاص الأصلي لهيئة التحكيم، حيث تختص هذه الأخيرة بإعادة ضبط العلاقة القانونية بين الأطراف وإعادة التوازن للعقد مرة أخرى².

ويقع عبء إثبات الأحداث التي تشكل القوة القاهرة على عاتق من يدعيها ولا يقتصر الأمر هنا على إثبات هذه الأحداث بل يتعين على المدعي إقامة الدليل على أنه لم تكن لإرادته دخل في وقوعها وأنه لم يكن بوسعها توقيفها ولا تداركها عقب حدوثها ولإن كان من المفروض أو المقرر أن الأحداث التي تشكل حالة القوة القاهرة التي يتمسك مبعثها هو أعمال سيادية أقدمت عليها الدولة وحالت دون تنفيذ الشخص الاعتباري لالتزاماته³.

¹ مشهور (عمر)، المرجع السابق، ص 08

² مشهور (عمر)، المرجع السابق، ص 10

³ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 122

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو ما إذا كانت هذه الإجراءات الخارجة عن إرادة الشخص الاعتباري تعد بمثابة قوة قاهرة تؤدي إلى إعفائه من التزاماته في مواجهة الطرف الأجنبي أم أنها رغم صدورها عن الدولة إلا أنها لا تعد تصرفات خارجة عن إرادة الشخص الاعتباري العام التابع للدولة وبالتالي لا يمكنه التحلل أو التملص من التزاماته تجاه الطرف الأجنبي.

وللإجابة على هذا التساؤل لابد من الفصل أولاً في مسألة أولية هي مدى استقلالية هذا الشخص الاعتباري العام عن الدولة أو مدى تبعيته لها.

فإذا كان الجهاز العام مستقلاً دولة فإنه يجوز له التذرع بفكرة القوة القاهرة أما إذا كان الجهاز غير مستقل عن الدولة وبعد مجرد مرفق من مرافقها فإن هذا الجهاز لا يستطيع أن يتمسك بالقوة القاهرة للتملص من مسؤوليته هذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن تلك المسألة تتأثر بالتصرف الذي أجرته أو قامت به الدولة ذاتها ومدى توفر عناصر أو شروط القوة القاهرة فيه حيث يرى جانب من الآراء المتشددة أنه على الرغم من اعتبار الجهاز العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي شخصاً مستقلاً عن الدولة، و على الرغم من توافر عناصر القوة القاهرة في التصرف الصادر عن الدولة التي يتبعها الجهاز العام فإن آثار القوة القاهرة في إعفاء هذا الجهاز العام من التزاماته لا تترتب، وهذا كنوع من العقوبة التي توقع على الدولة التي اتخذت هذا الإجراء.¹

الفقرة الثانية

الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار

وتتمثل هذه الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار على أصل

العلاقة الاستثمارية فيما يلي:

¹ مشهور (عمر) ، المرجع السابق ، ص09

أولاً: أساليب نزع الملكية

قد تتعدد هذه الأساليب التي تتبعها الدولة في نزع الملكية والتي تتمثل فيما يلي:

الاستيلاء: وهو إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة، وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة، لهدف يتعلق بالصالح العام مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه لمن كانت له ملكية المال محل الاستيلاء.¹

والاستيلاء إجراء سيادي مباشر تباشره السلطة العامة في حدود اختصاصها الإقليمي، بحيث يكون التعويض مناسباً وفعالاً.² وهو ما جاءت به الاتفاقية الخاصة بتشجيع الاستثمارات بين دول اتحاد المغرب العربي التي دعت إلى تعويض عادل وفعلي، وهذا ما ورد في المرسوم التشريعي 93-12 بحيث يحدد هذا التعويض وفق قوانين الدولة التي اتخذت إجراءات نزع الملكية.³

نزع الملكية: وهو إجراء تتخذه السلطة العامة المختصة بغرض نقل ملكية الأموال العقارية من مالكيها لفائدة هذه السلطة وذلك تحقيقاً للصالح العام.

ويعد هذا الإجراء أيضاً إجراء سيادي تباشره السلطة العامة في حدود اختصاصها الإقليمي، ولعل أن وجه الاختلاف بين قرار نزع الملكية للمنفعة العامة والقرار الصادر بالاستيلاء يكمن بالإضافة إلى كون الاستيلاء يتناول الأموال الخاصة سواء كانت عقارية أو منقولة خلافاً للأول (نزع الملكية) الذي ينصب على الأموال العقارية فقط هو أن قرار نزع الملكية يؤدي إلى نقل الملكية على المال بصورة نهائية

¹ طه أحمد (علي قاسم)، المرجع السابق، ص 113

² قريوع عليوش (كمال)، قانون الاستثمارات في الجزائر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 114

³ الجيلالي (عجة)، المرجع السابق، ص 349

بينما لا يترتب على قرار الاستيلاء سوى مجرد استفادة السلطة العامة التي أصدرته من الحق في الانتفاع بالمال محل الاستيلاء لفترة مؤقتة دون أن يترتب على ذلك نزع الملكية للمالك الأصلي¹ ، حيث حددت الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دول أجنبية في إطار الاتفاقيات الثنائية مع المستثمر الأجنبي شروط نزع الملكية وهي تتمثل في: ضرورة المنفعة العامة بالإضافة إلى عدم التمييز وضرورة التعويض وتكون طبقا لإجراءات وأحكام قانونية، حيث جاء في المرسوم التشريعي 93-12 حسب شروط نزع الملكية فيجب ألا تكون مخالفة لهذا الالتزام الخاص، بمعنى أن الالتزام المبرم بين الدولة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي لا يخضع لإجراءات نزع الملكية إذا ما اتفق الأطراف على ذلك وقد يكمن في قبول شروط كالاتفاق على مهلة معينة من الزمن لا يمكن أن تتخذ فيها إجراءات نزع الملكية أو التنازل عن الحق في نزع الملكية مدة انجاز العقد.

هذا ويمكن أن تكون الملكية الخاصة مهددة بإجراءات نزع الملكية وهو ما يثير قلق ومخاوف لدى المستثمر الخاص ويجعله غير مطمئن باستثمار أمواله في النشاطات الاقتصادية وخاصة بالاستثمار وهذا ما أشار إليه القانون رقم 25/88².

المصادرة: وهي إجراء أيضا تتخذه السلطة العامة في الدولة إنطلاقا من مبدأ سيادة الدولة على إقليمها وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المملوكة لأحد الأشخاص وذلك دون أي مقابل، ويتخذ قرار المصادرة عن طريق السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية استنادا إلى نص قانوني يخول هاتين السلطتين اتخاذ مثل هذا الإجراء.

والطابع الجزائي في المصادرة هو الذي يميزها عن نزع الملكية والاستيلاء، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى انتفاء عنصر التعويض، الأمر الذي أثار الخلاف حول مدى حق الدولة في اتخاذ مثل هذا الإجراء في مواجهة الأجانب.¹

¹ طه أحمد (علي قاسم) ، المرجع السابق ، ص 116

² الجليلي (عجة) ، المرجع السابق ، ص 351

التأميم: عندما تقوم السلطة العامة بنقل الملكية بصفة نهائية يكون التأميم هو موضوع نزاع الملكية.²

وإجراء التأميم من الإجراءات التي تهدد الملكية الخاصة للمستثمر وهو ما يثير قلقه.

ثانيا: التغييرات التشريعية والإجراءات الانفرادية

لقد اختلفت الآراء حول هذه المسألة بين مؤيد ومعارض، حيث يرى المؤيدون لحق الدولة في التغييرات والتعديلات التي تجريها على تشريعاتها الوطنية وقوانينها أن الدولة تتمتع بكافة مظاهر السيادة على إقليمها سواء تعلقت هذه المظاهر بالتنظيم السياسي أو الإداري أو بالقضاء أو بالتشريع، فهي صاحبة السلطة العليا في ذلك، وما دامت قد اتخذت هذه الإجراءات داخل حدود إقليمها بهدف تحقيق مصلحتها القومية ولم تخالف بذلك القواعد القومية أو الاتفاقية أو العرفية فإن مساءلتها عن القرارات التي تتخذها بموجب سيادتها يعد خرقا لمبادئ القانون الدولي العام المعمول به والتي تعترف للدولة بالسيادة على إقليمها.³

أما المعارضون فيرون قيام الدولة بهذه التغييرات من شأنه التعديل في القواعد القانونية التي تحكم تسوية النزاع، وبالتالي كيف لا تتم مساءلة الدولة وهي بهذه التغييرات والتعديلات تكون قد خالفت التزامات تعاقدية سبق وأن أبرمتها مع الأطراف الأجنبية والتي نجم عنها أضرار بالغة قد لحقت بهذه الأطراف مما يوجب انعقاد وقيام مسؤوليتها - الدولة - اتجاه هذه الأطراف واتجاه الدولة التي تتمتع هذه الأطراف بجنسيتها.⁴

¹ طه أحمد (علي قاسم)، المرجع السابق، ص 117

² الجليلي (عجة)، المرجع السابق، ص 351

³ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 123

⁴ عشوش (أحمد عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 123

الفقرة الثالثة: الأسباب الناتجة عن خرق المستثمر الأجنبي

لا يمكن إسناد قيام منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي إلى قيام الدولة بانتهاك حقوق ذلك المستثمر الأجنبي أو خرق الالتزامات الملقاة على عاتقها تجاهه بل قد تعود أسباب تلك المنازعات إلى المستثمر الأجنبي نفسه عن طريق خرقه للالتزامات التي يجب عليه القيام بها.

وإذا كانت الالتزامات التي يجب على المستثمر الأجنبي التقيد بها تتمثل على سبيل المثال في وفائه بالحد الأدنى للهدف الذي أنشأ استثماره من أجل تحقيقه والتزامه بتدريب العمالة الوطنية للدولة المضيفة لاستثماره ونقلهم بأحدث التقنيات في القطاعات المنشأة فيها استثماراته وفي إعلام الدولة المضيفة لاستثماره بكافة الأمور والأحداث المتعلقة بصورة مباشرة أو غير مباشرة باستثماره وإطلاعها على جميع التطورات الدولية التي تؤثر على الاستثمارات فإن عدم تقيده بها - هذه الالتزامات - قد يدفع بالدولة المضيفة لاستثماره إلى القيام بإجراءات من شأنها حماية مصلحتها العامة ومصلحة مواطنيها من أي أضرار قد تؤثر سلبا عليهم وعلى الاقتصاد الوطني لها.¹

المطلب الثاني

خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار

على الرغم من اتفاق إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار بوجه عام مع غيرها من إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى من حيث خضوعها لنفس القواعد الخاصة ببدء الإجراءات والإخطار بها وتعيين المحكمين وردهم وإبداء الخصوم لطلباتهم واتخاذ هيئات التحكيم للقرارات الخاصة بتعيين الخبراء وسماع المرافعات والشهود وتقديم المذكرات وإصدار الأحكام وتنفيذها، إلا أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

¹ طه أحمد (علي قاسم)، المرجع السابق، ص ص 137-138

يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى نتيجة لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها والتي تتبع أساسا من كون أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة الأمر الذي يجعل منازعات هذه العقود لا تخلو من خلفية سياسية واقتصادية دولية مما يترتب عليه أن تكون أحكام التحكيم الصادرة في هذه المنازعات آثارا بعيدة المدى تؤثر على حياة الملايين من البشر.

لذلك فإنه يتعين في تحكيم في تحكيم منازعات عقود الاستثمار اختيار نوع التحكيم الملائم لخصوصية منازعاتها وكذا وجوب اختيار محكمين يتوافر لهم التكوين الملائم والخبرة الخاصة للتصدي لمثل هذه المنازعات كما يتعين مراعاة السرية في إجراءات التحكيم في هذه العقود لارتباطها بمصالح الدولة

الفرع الأول

الاختيار بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

التحكيم وسيلة خاصة لتسوية المنازعات تقوم على أساس اتفاق الأطراف واستنادا لهذا الاتفاق يمكن للأطراف بعد الموافقة على اللجوء إليه الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية وهو ما يطلق عليه **التحكيم الخاص** أو الإشارة إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة لتتولى إدارة هذه العملية وهو ما يطلق عليه **التحكيم المؤسسي**.

وأمام خصوصية منازعات الاستثمار وما إذا كان التحكيم الخاص هو المناسب لتسويتها أم التحكيم المؤسسي يتعين علينا التعرض أولا لماهية كلا منهما - أولا - ثم بعد ذلك نبين أيهما أكثر ملاءمة ومناسبة لتسوية منازعات عقود الاستثمار.

الفقرة الأولى

التحكيم الخاص

التحكيم الخاص أو تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر أو التحكيم الذاتي¹ هو التحكيم الذي تتولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم خارج إطار أية مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم²، حيث يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل فيه فيقومون بتشكيل هيئة التحكيم وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض كما هو الأمر في شأن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976³ أو بمعنى آخر هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه وهو ما دفع بالبعض إلى وصف هذا التحكيم بأنه **نفذ التحكيم بنفسك** لذلك فهو يحتاج من الذين يختارونه من الأطراف اهتمام وعناية كبيرين في تحديد كافة القواعد التي تنظمه في كل مراحله من الاتفاق إلى غاية صدور الحكم⁴.

والتحكيم الخاص غالبا ما يكون أقل تكلفة وأكثر مرونة وسرعة وكمثال على اللجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار نذكر العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18 بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة من أجل تنفيذ ما يسمى الأوستراد العربي من أن فض النزاعات الناشئة عن هذه الاتفاقية يكون خاضعا للتحكيم وفقا لدفتر الشروط وملاحقه مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم

¹ ثروت (حبيب)، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية، اتفاقية فيينا 1980، المنصورة، مكتبة الجلاء، ط 2، 1995، ص 112،

² إبراهيم (أحمد إبراهيم)، المرجع السابق، ص 122

³ هذه القواعد منشورة على شبكة الانترنت:

http : // [www.jus.Uio.No/LM/Un arbitration. Rules. 1976 / doc. Html](http://www.jus.Uio.No/LM/Un%20arbitration.Rules.1976/doc.Html)

⁴ إبراهيم (أحمد إبراهيم)، المرجع السابق، ص 122

المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال) على أن يتم التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية وعلى أن يطبق القانون اللبناني في أساس الموضوع.¹

الفقرة الثانية

التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة أو التحكيم النظامي² هو التحكيم الذي يختار فيه الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدها، ويرى البعض بأننا نكون أمام تحكيم مؤسسي متى جرى في ظل منظمة لم تكلف بوضع لوائحها وقواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لوائحها المذكورة ولا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه.³

وعادة ما يكون اتفاق الأطراف على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما أو في مشاركة التحكيم التي يوقعها الأطراف بشكل مستقل عن العقد.

وبعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في فض منازعات التجارة الدولية والاستثمار ازداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة التي من أهمها: محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في

¹ محي الدين القيسي (محي الدين)، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ط 01، 2003، ص 104 - 105

² عكاشة (عبد العال)، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، ط 01، 1998، ص 126

³ ثروت (حبيب)، المرجع السابق، ص 266

واشنطن والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه قد تنشأ بعض مؤسسات التحكيم الدائمة للاختصاص بنوع معين من المنازعات دون غيرها مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار وكذلك التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية.¹

ومن أمثلة اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار التي تحيل إلى التحكيم المؤسسي ما ورد في البند 12 من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الإسبانية المصرية للغاز سيجاس سنة 2001 لإنشاء وتشغيل وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي من متخصص في ميناء مياط بنظام أَل POT أن: " المنازعات الناشئة عن هذا الترخيص تتم تسويتها طبقاً لقواعد التحكيم المعمول بها في مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ويعتبر قرار المحكمين ملزماً ونهائياً للطرفين ويتم التحكيم باللغة الإنجليزية وتتنطبق أحكام القانون المصري ويكون عدد المحكمين ثلاثة يعين كل طرف محكماً عنه وإذا لم يقدم المدعى عليه إخطاراً للمدعي كتابة باسم المحكم الذي عينه خلال 30 يوماً من استلام إخطار المدعي كتابة فيقوم المركز بناء على طلب المدعي بتعيين المحكم الثاني.²

¹ الأسعد (محمد بشار) ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية ، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 01 ، 2009 ، ص34

² العقد منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية العدد 14 المؤرخ في 2001/04/05 ص 487

الفقرة الثالثة

المفاضلة بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي بشأن منازعات عقود الاستثمار

لقد كانت معظم اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار على الأقل حتى أواخر السبعينيات من القرن الماضي تعكس اختيار الأطراف للتحكيم الخاص الذي كان يمثل الصورة المعروفة أصلاً للتحكيم.¹

ومن أمثلة منازعات عقود الاستثمار الشهيرة التي تم فيها إحالة النزاع على التحكيم الخاص قضية شيخ أبو ظبي.²

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقيات تسببت في الكثير من المشاكل أكثر من رسمها لطريق ميسر لحسم المنازعات وذلك من خلال تضمينها لشروط تحكيمية غير سليمة³، حيث يصعب التنبؤ بالمشكلات التي يمكن أن تقع مما قد يؤدي إلى عدم القدرة على حسم المشكلات التي لا يغطيها اتفاق التحكيم الخاص بالإضافة إلى احتمال أن تطرأ مسائل لا يغطيها القانون المحلي وكذا وجود عوائق وصعوبات في تنفيذ حكم التحكيم.

ونتيجة للتطورات الكبيرة التي شهدتها عملية التجارة الدولية بصفة عامة والاستثمار بصفة خاصة في أواخر الـ 70 وبداية الـ 80 وأمام زيادة وتنوع المنازعات التي تنبثق عنها فقد اتجهت العديد من المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها حتى

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 35

² أنظر تحكيم أبو ظبي منشور في

I.C.L.Q., Vol.1, 1952. PP 247-261

³ أبو العينين (محمد)، الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات البترول والغاز، بحث مقدم للمؤتمر الدولي للطاقة (البترول والغاز) ووسائل حسم المنازعات الناشئة عنها المنعقد بتاريخ من 9 إلى 10 مارس 2002 بشرم الشيخ، مصر، ص 3

تتماشى وهذه التطورات.¹ وهذا ما أدى إلى تغيير المسار الذي كانت تتبعه معظم اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار، حيث زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية والتي تجعله الأكفأ في إدارة تحكيمات المنازعات الكبيرة القيمة وذات الطبيعة الفنية المعقدة وتتمثل تلك المزايا في:

- مؤسسات التحكيم الدائمة لها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات، حيث يستطيع الأطراف أو المتحاكمون اختيار محكمين من هذه القوائم وهو ما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب خصوصا عندما يتعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة لا تتوافر على نطاق واسع.

- التحكيم المؤسسي يضمن الالتجاء والاستعانة بقواعد معدة سلفا ومختبرة ومجربة من قبل.

- التحكيم المؤسسي يضمن صلاحيات مناسبة للمحكمين تعينهم على ممارسة اختصاصاتهم ومن أبرز القواعد التي عملت بها المؤسسات التحكيمية الحديثة مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يتيح لهيئة التحكيم الفصل في الدفوع الخاصة باختصاصها ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن باقي شروط العقد.

- التحكيم المؤسسي يعتبر الأكثر قابلية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ عامة ومعروفة مسبقا.

- أن المؤسسات التحكيمية الدائمة توفر المساعدة التي قد يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه.

¹ أبو العينين (محمد)، المرجع السابق، ص 3

الفرع الثاني

العوامل الواجب الأخذ بها عند اختيار المحكمين في منازعات الاستثمار

تتميز منازعات عقود الاستثمار بخصوصية معينة ناجمة عن الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود والعملية محل هذا العقد. فهذه العقود تثير خليطاً من المشاكل المعقدة والمركبة يمتزج فيها بشكل كبير عدد من المشاكل القانونية الخاصة والمتعددة الأوجه والتي لا نجدها في غيرها من العقود بالإضافة إلى ما تثيره من مشاكل بالغة التعقيد ومختلفة التخصص لذلك لا بد أن تكون المؤهلات المطلوبة في المحكم الذي يفصل في منازعات هذا النوع من العقود ملائمة لهذه الخصوصية.¹

فقد تكون المشاكل الناجمة عن هذه العقود مرتبطة بأحكام القانون الدولي العام كما لو كانت المنازعة تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري والتعويض عنه.

كما قد ترتبط بأحكام القانون العام كما لو كانت المنازعة متعلقة بطلب إعادة شروط العقد إلى التوازن في الحالات الطارئة التي تخل بالتوازن بين التزامات المتعاقدين أو تجميد بعض القوانين التي يؤثر تعديلها على الاستثمار وقد تتعلق بأحكام القانون الدولي الخاص لكون هذه العقود دولية بطبيعتها كما لو كانت المنازعة مرتبطة بمشكلة من مشاكل البيئة في جانب منها أو مرتبطة بنقل تكنولوجيا متقدمة لذلك كان من الضروري احتواء هيئة التحكيم على محام أو رجل قانون يكون على دراية بأحكام القانون الدولي العام أو القانون الدولي الخاص أو بأحكام القانون العام أو.... وذلك حسب طبيعة المنازعة.

هذا ولا بد من الإشارة إلى أن منازعات عقود الاستثمار قد ترتبط بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة لحسمها، كأن تتعلق بالنواحي الفنية لاستغلال

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 39.

الحقل أو معدل الإنتاج في عقود البترول أو بمشاكل هندسية بحثة تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال، لذلك يكون من الأفضل أن تتضمن هيئة التحكيم التخصصات المطلوبة لتتعدد فيها الخبرات اللازمة لفض النزاع.¹ وهذا ما جعل العديد من عقود الاستثمار الحديثة تنص على السماح بما يسمى بالتحكيم الفني وذلك بالنسبة للأمور التي تتطلب تدخل خبير فني.

وكمثال على ذلك نذكر عقد الامتياز المبرم بين الحكومة المصرية العامة للبترول وشركة SAAM للبترول والغاز الذي ينص في مادته 07 على ضرورة تعيين محكم ذو سمعة وخبرة جيدتين في مجال صناعة البترول للاستفادة منه في مجال تسعير وتسويق الزيت الخام في التجارة الدولية وتكون مهمة هذا المحكم إصدار الحكم أو القرار الخاص بالسعر بعد منحه حق الاطلاع على عقد بيع الزيت الخام وما يرتبط بها من بيانات من قبل الأطراف المعنية والجهات والشركات التابعة لها.

لكن ومع ذلك لا بد من توافر العنصر القانوني في تشكيل هيئة التحكيم بمعنى آخر أنه من الأفضل أن يكون من يتأرض هيئة التحكيم أحد رجال القانون الذي تتوفر فيه الخبرة والخلفية الكافية في مثل منازعات هذه العقود وذلك حتى يضمن سلامة الحكم من الناحية القانونية.²

يتضح لنا من خلال كل ما سبق ضرورة عدم التسرع في وضع الشروط الواجب توافرها في المحكمين في اتفاق التحكيم قبل قيام المنازعة وذلك حتى يتسنى اختيار المحكمين المناسبين للمنازعة بعد قيامها وعلى النحو الذي يناسب طبيعتها.

¹ أبو العينين (محمد) ، الطبيعة الخاصة والتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات ، مجلة التحكيم العربي ، العدد الخامس (05) ، سبتمبر 2002 ، ص 135

² أبو العينين (محمد) ، الطبيعة الخاصة والتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات ، المرجع السابق ، ص 135

المطلب الثالث

المشاكل الخاصة بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار

تعرض التحكيم في منازعات عقود الاستثمار عملياً العديد من المشاكل الناجمة عن كون أحد أطراف العقد هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها يتمتع بوضع أو مركز مميز يسعى للحفاظ عليه سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناءه أو حتى بعد صدور الحكم.

وترتبط المشاكل التي يواجهها التحكيم الدولي الذي تكون الدولة أحد أطرافه في أغلب الأحيان بتمسك الدولة بحصانتها سواء في مواجهة القضاء أو في مواجهة الحكم التحكيمي الصادر في مواجهتها إضافة إلى ما قد تلجأ إليه الدولة من مناورات معطلة للعملية التحكيمية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشكلات التي يواجهها التحكيم الدولي الذي تكون الدولة أحد أطرافه تزداد خطورتها في هذا التحكيم أكثر من غيره وذلك راجع إلى حقيقة أن الدولة لها مفهوم مختلف تماماً للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات.

الفرع الأول

المشاكل الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم

تنشأ معظم المشاكل التي يواجهها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار عن التشكيك في صحة اتفاق التحكيم وذلك سواء من ناحية طبيعة ومهمة أحد الأطراف، حيث هناك من الأشخاص من يثور بشأنهم مدى جواز خضوعهم للتحكيم أو من ناحية

موضوع النزاع، فهناك من الموضوعات التي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم¹ وإذا تمت هذه المحاولات من قبل دولة أو حكومة ما فإنها تستند وقتئذ على ما يلي:

- بموجب قانونها الوطني فإن الدولة لا تملك الأهلية أو القدرة الكافية على الدخول في اتفاق تحكيم.

- بموجب قانونها الوطني فإن الموضوع محل النزاع لا يجوز النظر فيه أمام التحكيم.

الفقرة الأولى

التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها الكافية على اللجوء إلى التحكيم

القاعدة العامة أن مسألة التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها على اللجوء إلى التحكيم لا تثور في التحكيم الاختياري لأنه يتم برضا الأطراف واستثناء من هذه القاعدة هو أنه تثور هذه المسألة إذا وجد اتفاق بين الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها على اللجوء إلى التحكيم بصدد عقد من العقود التي أبرمتها تلك الجهات، حيث تسعى هذه الأخيرة إلى التملص والتخلص من هذا الالتزام المتمثل في اللجوء إلى التحكيم منذرة بعدم أهليتها أو بعدم توفر القدرة الكافية لها من أجل اللجوء إلى التحكيم مؤسسة ذلك إما إلى أن قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود وإما إلى أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لجوء الدولة في مثل هذه العقود إلى التحكيم.

¹ الأهواني (حسام الدين)، المسائل القابلة للتحكيم، بحث مقدم إلى الدورة العامة لاعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس من 15 إلى 20 مارس 2002، ص 37

أولاً: حجة أن قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود

تتضمن معظم الأنظمة القانونية نصوصاً تستبعد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو إحدى المؤسسات التابعة لها طرفاً فيها من الخضوع إلى التحكيم وتجعل الاختصاص بنظرها إلى القضاء الوطني، بل إن بعض الأنظمة تحدد اختصاص جهة القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات على نحو قاصر عليه. وقد ثبت عملياً على الصعيد الدولي عدد لا بأس به من الحالات التي تم فيها لجوء الدولة المعنية إلى إنكار شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله متذرة بعدم جواز اتفاقها على التحكيم وفقاً لقوانينها الداخلية.¹ وهو ما توالى أحكام المحاكم وكذا هيئات التحكيم على رفضه.

فقد انتهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 02 ماي 1966 في قضية SAN CARLO إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والهيئات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية.²

هذا وقد ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 13 جوان 1996 بشأن المنازعة بين الشركة الإيطالية Icori Estero والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار بعد أن تمسكت الشركة الكويتية بأن المبدأ المستخلص من النظام العام الدولي الذي يقضي بصحة شروط التحكيم الواردة في العقود التجارية المبرمة من قبل الدولة من أجل حاجة المعاملات الدولية لا يعمل به في العقد المبرم بين الشركة الكويتية والذي أبرمته بصفته ممثلة لدولة الكويت وبين الشركة الإيطالية نظراً لأن القانون الجزائري الذي اختاره الأطراف ليحكم عقدهم يحظر في المادة 442 منه على الأشخاص

¹ هاني صلاح (سري الدين)، التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة مع إشارة خاصة لأحكام القانون المصري وأحكام التحكيم

التجاري الدولي، التحكيم العربي في آفاق الألفية 03، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ط 1، ط 2، ص 114

² CASS . 14/04/1964. J.D.I.1965, p 646. Note goldman

الاعتبارية العامة قبول التحكيم وهو ما يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة إلى أنه:" أيما كان أساس الحظر المفروض على الدولة لإبرام اتفاق التحكيم فإن هذا الحظر يبقى قاصرا على العقود التي تتم وفقا للنظام الداخلي وليس تلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي، فوفقا لهذا الأخير يتمتع على الدولة أن تستفيد من أحكام قانونها الوطني أو من قانون العقد للتخلص فيما بعد من اتفاق التحكيم، فما دام هذا الاتفاق قد ورد في إطار عقد دولي وتم إبرامه وفقا للحاجات والشروط التي تتفق مع عادات التجارة الدولية والنظام العام الدولي فهو اتفاق صحيح وله الفاعلية الكاملة."¹

من خلال ما سبق يتضح لنا أنه إذا قبلت الدولة مقدما اللجوء إلى التحكيم فإنه لا يمكنها أن تتمسك فيما بعد ببطلانه طبقا لقانونها الوطني، لأن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي وحده ومن مبادئ هذا الأخير (النظام العام الدولي) أنه لا يجوز للمشرع العام التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم الذي أبرمه.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو كيف سيكون عليه الحال إذا ما تمسك الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة بعدم أهلية هذه الأخيرة في اللجوء إلى التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة.

لقد تناولت محكمة استئناف باريس مثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 1991/12/17 في القضية المرفوعة من شركة Catoil ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ببطان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية² وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة Catoil (وهي شركة تتمتع بجنسية بنما) قد دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم أهلية الشركة الوطنية الإيرانية للبترول لقبول شرط التحكيم دون الترخيص المسبق من قبل البرلمان الإيراني وذلك وفقا للمادة 139 من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا

¹ Cour d'appel de Paris, 13/06/1996, Rev. Arb, 1997, p 251, note E Gaillard.

² الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص42

الدفع وأصدرت حكماً جزئياً بنظر النزاع ثم أصدرت بعد ذلك حكماً نهائياً بالزام برد شركة Catoil المبالغ التي احتجزتها إلى الشركة الإيرانية فطعنت شركة Catoil ضد الحكمين المتقدمين أمام محكمة استئناف باريس التي أعلنت أنه:

" بالنسبة للعقود الدولية وطبقاً لشروطها ومقتضياتها بعد الاتفاق على التحكيم متماشياً مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقاً بين الأطراف كذلك فإن الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع.

وعلى هذا الأساس أكدت المحكمة على عدم سريان الحظر الوارد في الأنظمة القانونية الداخلية في إطار العقود الدولية وذلك بغض النظر عما إذا كان من يتمسك بالحظر هو الدولة أو أحد أجهزتها أو الطرف المتعاقد معها.

ثانياً: حجة أن أحكام قانونها الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز مثل هذا الاتفاق

ففي قضية " Framotame " التي تتعلق باتفاق هيئة الطاقة الذرية الإيرانية مع بعض الشركات الفرنسية على إنشاء مفاعل نووي فقد لجأت هذه الشركات إلى التحكيم للمطالبة بمستحققاتها المقررة بموجب الاتفاق فدفعت الهيئة الإيرانية ببطان اتفاقهما بالاستناد إلى عدة أسباب من بينها أن الدستور الإيراني بعد تعديله أصبح يتطلب موافقة مجلس الوزراء عند التجاء الهيئات العامة لطريق التحكيم وهو ما لم يتم لعدم تطلب الدستور ذلك عند إبرام اتفاق التحكيم.

وقد خلصت محكمة التحكيم في هذه القضية إلى عدم تأثير اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة أو دستورها من تعديل إذا أكدت أن ذلك يعتبر مخالفاً لمبدأ

الفاعلية فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها العامة التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية.

نتيجة لكل ما تقدم نستنتج بأن الدولة الطرف في عقود الاستثمار لا تستطيع بعد موافقتها اللجوء إلى التحكيم أن تتمسك ببطان التحكيم للتهرب من اللجوء إليه بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم في هذا النوع من العقود ذلك أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي أي أنه لا يجوز للمشروع العام التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم الذي أبرمه فضلاً عن أن أبسط مقتضيات حسن النية في التعاقد تستلزم أن تقوم الدولة المتعاقدة بتبصير المتعاقد معها بالقيود التي يفرضها القانون الداخلي ولا تلجأ أصلاً إلى الموافقة على شرط التحكيم إلا بعد استيفاء الشروط التي يفرضها القانون الداخلي فإذا لم يحط علماً بعدم الحصول على هذه الموافقة عند التعاقد فإن النظام العام الدولي يتعارض مع تمكين المشروع التابع للدولة من التمسك بهذا العيب، ولهذا لا مفر من حرمانه من التمسك بالبطان هذا كله بفرض أن تلك القيود كانت قائمة وقت تحرير اتفاق التحكيم أما إذا صدرت بعد الاتفاق فإنه لا بد من أعمال المبدأ السابق من باب أولى، فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من شرط التحكيم لسبب أو لآخر ارتأته الدولة وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة¹.

وعلى هذا الأساس فإن مجرد وجود اتفاق التحكيم يكفي لقبالية النزاع للتحكيم حتى ولو كان القانون الوطني الذي تم الاتفاق على التحكيم في ظله لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في هذا النوع من العقود أو أن أحكام القانون الذي تم تعديله لا يجيز ذلك، حيث لا يجوز للدولة الاحتجاج أو التمسك بقانونها للتخلص من موافقتها. وقد عمدت العديد من الدول إلى تعديل وتغيير تشريعاتها الوطنية بغية الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بالأهلية لإبرام اتفاقيات التحكيم.

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 55

الفقرة الثانية

التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم

إن الدولة عند سعيها لإثارة العقبات أمام التحكيم قد تدفع بعدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة المحكمين وتكون الغالبية العظمى من المنازعات الناشئة عن هذه العقود تتعلق بأعمال صادرة عن الدولة بصفقتها سلطة عامة سيادية.

والواقع أنه إذا كانت الأعمال أو القرارات الصادرة عن الحكومة بصفقتها سلطة عليا وذات سيادة لا تقبل الخضوع للتحكيم فإن الآثار المالية المترتبة على هذه القرارات في حد ذاتها تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، وطالما أنه لا توجد قاعدة أمره في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار¹.

ومما لا شك فيه أنه يجوز التحكيم بشأن طلب التعويض عن اتخاذ الدولة لإجراء من إجراءات نزع الملكية للمشروع الاستثماري أو تأميمه إذا تم ذلك وفقا للقانون أو الدستور، فإذا كانت اعتبارات السيادة تحول دون الاتفاق على التحكيم بشأن التعويض العادل الذي يستحق في هذه الحالة.

فمثلا في قضية Framotame وهيئة الطاقة الذرية الإيرانية تمسكت الحكومة الإيرانية بعدم خضوع المسائل المتنازع عليها للتحكيم، حيث دفعت بعدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع المعروض عليها نظرا لأن الفصل في ذلك النزاع سوف يؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية الإيرانية وهو الدفع الذي لم تلتفت المحكمة إليه مقررته أنه إذا كان قرار الحكومة الإيرانية يعتبر قرارا لا يقبل الخضوع للتحكيم بوصفه

¹ السيد الحداد (حفيظة)، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها الاسكندرية، دار الفكر الجامعي ،

من قرارات السلطة العامة السياسية ويعبر عن ممارستها لسيادتها الوطنية وهو ما يغل ويقيد يد المحكمة عن التعرض إليه بأي وجه من الوجوه وذلك على عكس الآثار المالية المترتبة على هذا القرار، إذ أن هذه الآثار في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم.¹

وهكذا فإنه لا يجوز للدولة بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم أن تتصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم، حيث أنه من الجائز التحكيم بشأن التعويض عن عمل من أعمال الإدارة حتى ولو كان مترتباً على عمل لا يجوز التحكيم فيه كقرار إداري غير مشروع.

وقد أكدت المادة 01 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على سريان القانون على اتفاق التحكيم الذي يتم بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة التي تولد عنها النزاع.

من خلال كل ما سبق ذكره نستخلص أنه يجب عدم الاعتداد بالدفع بعدم القابلية للتحكيم بعد أن قبلت الدولة شرط التحكيم في منازعات هي طرف فيها سواء أكان ذلك بحجة عدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم أو لعدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه من قبل المحكمين لما يكون من شأنه زيادة الثقة في التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار، فقد استخدمت فكرة النظام العام الدولي للسماح بقابلية منازعات الدولة للتحكيم، حيث أصبح ينظر إلى عدم القابلية للتحكيم على أنها مظهر من مظاهر عدم الثقة بالتحكيم الدولي وهو ما يتعارض مع النظام العام الدولي.²

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 61

² الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 62

الفرع الثاني

المشاكل الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها

إذا ما حاولت الدولة التخلص من قبولها عملية التحكيم لابد لها من القيام بعدد من الأفعال والإجراءات لعرقلة عملية التحكيم مستغلة في ذلك ما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة سواء الحصانة أمام القضاء أم الحصانة ضد تنفيذ الأحكام حيث يعتبر مبدأ الحصانة ملازماً لطبيعة الدولة وينطوي على أن الدولة قد تستعين بسيادتها كدرع واق ضد سلطة هيئة التحكيم.

الفقرة الأولى

الحصانة ضد القضاء

إن الدولة الطرف في عقود الاستثمار عند سعيها للتخلص من قبولها لعملية التحكيم مع المستثمر الأجنبي قد تدفع بما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة من الخضوع لقضاء دولة أجنبية للقول بعدم جواز خضوعها للتحكيم.

وتأسيساً على فكرة السيادة والمساواة بين الدول الذي يعد مبدأ من المبادئ المستقرة في القانون الدولي، فإن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، أي أنه لا يمكن إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها طرفاً فيها لغير قضاء هذه الدول الأمر الذي يترتب عليه عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر تلك المنازعات سواء أكان ذلك القضاء رسمياً في دولة أجنبية أم كان قضاء تحكيميا ينظر تلك المنازعات.

هذا ونظراً لكون التحكيم ذو طابع خاص لأنه منبثق عن إرادة الأطراف، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بالعقد بإرادتها المنفردة والحررة فإن التساؤل يثور

حول مدى جدوى التمسك من جانب الدولة بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم على الرغم من أنها قد ارتضت في اتفاق التحكيم على مبدأ رفض المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بينها وبين أحد أشخاص القانون الخاص بطريق التحكيم؟

يرى الاتجاه الغالب في الفقه¹ أن الدولة تعتبر متنازلة ضمناً عن حصانتها القضائية إذا قبلت شرط التحكيم، حيث أن اتفاق الدولة على التحكيم يعتبر تنازلاً منها عن سيادتها بالنسبة للموضوع الذي جرى الاتفاق بشأنه على التحكيم خاصة وأن المحكم لا يصدر حكمه باسم الدولة، وإنما هو ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه بمعنى أن قضاء التحكيم هو قضاء خاص لا ينتمي إلى سلطة أي دولة، ومن ثم فهو لا يمثل اعتداء على سيادة الدولة الطرف في النزاع. ضف إلى ذلك أن الدولة تدخل في تلك العلاقة القانونية بإرادتها المنفردة والمطلقة وبموجب قانونها يسمح لها بذلك وبرضاء مسبق منها، حيث أنه بدون هذا الرضاء لا يمكن إرغامها على اللجوء إلى المثل أمام هيئات التحكيم زيادة على أن تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم بعد موافقتها عليه في اتفاق التحكيم يتنافى ومبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لالتزاماتها ذلك أن قبول الدولة لاتفاق التحكيم يفرض عليها الالتزام بتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقودها أمام هذا القضاء وحده خاصة وأن التحكيم يكون موضع اعتبار في قبول الطرف الأجنبي للتعاقد مع الدولة ولو كانت الدولة قد رفضت منذ البداية الخضوع للتحكيم فربما أحجم الطرف الأجنبي عن التعاقد معها خاصة مع مخاوفه من الخضوع لقضاء الدولة الذي يشك في حيده ونزاهته.²

ففي قضية Liamco ضد الحكومة الليبية ذهب المحكم Mahmassani في الحكم الذي أصدره في 1977/04/12 إلى رفض أي تدرع بأن هذا التحكيم ضد سيادة الدولة وانتهى إلى القول بأن الدولة يمكنها دائماً أن تتنازل عن حقوقها السيادية بتوقيعها على اتفاق التحكيم ولتظل ملتزمة به.³

¹ عكاشة (محمد عبد العال)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 149

² الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 64

³ I.L.M., vol 20, 1981, pp. 1-87

وعليه يصبح من المقبول به اليوم على نطاق واسع أنه عندما تدخل الدولة في اتفاق تحكيم مع شخص آخر أجنبي فإنه من المفترض أن ذلك الاتفاق يتضمن تنازلاً ضمنياً عن حصانتها ضد القضاء وبالتالي يتمتع عليها أن تتخلص من قبولها عملية التحكيم باستغلالها سيادتها. فاتفاق التحكيم يتعارض وبشكل مباشر مع الحصانة ضد القضاء، حيث يمكن اعتباره مهمشاً أو مضعفاً لحصانة الدولة أو الجهة الحكومية كما يرى البعض¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا بد من التساؤل عما إذا كان قبول الدولة للتحكيم يتضمن إلى جانب تنازلها عن حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم تنازلها أيضاً عن هذه الحصانة أمام قضاء الدولة التي يتم فيها التحكيم والخاضع لسيادة دولة أخرى؟

يجيبنا على هذا السؤال بعض الفقهاء² بالقول بأن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية يمتد في كل حالة يستلزم فيها قانون التحكيم تدخل قضاء الدولة الأجنبية، لأن اختصاص القضاء الأجنبي هو اختصاص تابع لوظيفة التحكيم، فالدولة حينما أعطت موافقتها على التحكيم كانت تعلم أو المفروض حتماً أنها تعلم باحتمال عرض النزاع أمام هذا القضاء عند الطعن في حكم التحكيم أو رفع دعوى ببطلانه³.

أما البعض الآخر فيرى أنه إذا كان اتفاق التحكيم يسلب من الدولة حقها في التمسك بالحصانة أمام قضاء التحكيم باعتباره قضاء خاصاً لا يخشى منه المساس بسيادة الدولة واستقلالها، فإن عرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم أمام القضاء الأجنبي من مقتضاه أن تسترد حصانتها القضائية وعليه فإنه لا يعتد بشرط التحكيم ذاته للقول بأن الدولة قد تنازلت عن حصانتها أمام القضاء الخاضع لسيادة دولة أخرى.

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 66

² مخلوف (أحمد)، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، القاهرة، دار النهضة العربية،

2001، ص 312

³ مخلوف (أحمد)، المرجع السابق، ص 312

وحسب الأستاذ بشار محمد الأسعد فإن اتفاق التحكيم بذاته لا يؤدي إلى تنازل الدولة الطرف فيه عن حصانتها القضائية أمام قضاء غيرها من الدول لأن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية لا يفترض بل لا بد أن يكون بينا ومؤكدا، فالدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها المثل أمام هيئة التحكيم فلا يكون لها أن تلتزم بحصانتها أمامها، ولكنها لا تكون قد تنازلت عن هذه الحصانة أمام جهة أخرى غير التحكيم وهي جهة القضاء.

الفقرة الثانية

الحصانة ضد التنفيذ

الدولة المتعاقدة عند سعيها لعرقلة عملية التحكيم وبعد صدور الحكم التحكيمي في مواجهتها قد تلتزم بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذه مما يثير مشكلة أثر اتفاق التحكيم الذي أبرمته الدولة بإرادتها على هذه الحصانة، فهل لها أن تلتزم بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذه أم أن مجرد موافقتها على التحكيم تعتبر تنازلا ضمنا عن حصانتها، بحيث يتعين عليها تنفيذ حكم التحكيم عند اضطرار الطرف الآخر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري دون أن يكون لها التمسك بحصانتها؟

يرى بعض من الفقه¹ أن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في آثاره ليشمل تنفيذ حكم التحكيم أو بعبارة أخرى أن وجود هذا الاتفاق في ذاته يعتبر تنازلا منها عن حصانتها ضد التنفيذ وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتحقيقا لفاعلية اتفاق التحكيم إذ أن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بالرغم من حصانتها سيكون فارغا من أي معنى إذا هي استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعيق تنفيذ حكم التحكيم.

¹ مخلوف (أحمد)، المرجع السابق، ص 321

أما البعض الآخر من الفقه¹ فيرى أن اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع باستقلالية وذاتية تحول دون اختلاطها واندماجها في الحصانة القضائية، فتنازل الدولة عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ لا يفترض ولا يمكن استخلاصه من قبولها للتحكيم، وإنما يلزم أن يكون تنازل الدولة عن حصانتها ضد التنفيذ واضحاً ومؤكداً.

أما الدكتور بشار محمد الأسعد فيعتقد بأن موافقة الدولة على التحكيم تعتبر بمثابة تنازل ضمني منها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، حيث يمثل ذلك خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول لذلك فهو يؤيد اعتبار اتفاق التحكيم الذي تورده الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب يفيد تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم وإذا كانت تنوي غير ذلك فإنه يتعين عليها التأكيد منذ البداية على تمسكها بهذه الحصانة من خلال نصوص واضحة ومباشرة تؤكد تمسكها بهذه الحصانة ضد تنفيذ حكم التحكيم.²

ففي قضية حديثة ترتبط بمسألة الحصانة ضد التنفيذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن دخول الدولة في اتفاق التحكيم يعتبر تنازلاً ضمناً منها عن حصانتها ضد التنفيذ دونما حاجة لصياغة نص واضح ينص على تلك المسألة. وتتخلص وقائع هذه القضية المعروفة بقضية Creighton³ في أن عقداً قد أبرم بين الحكومة القطرية وشركة Creighton الأمريكية تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مستشفى لحساب الطرف القطري وقد نشأ نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة الأمر الذي دفع الحكومة القطرية إلى طردها من موقع العمل، وقد رفضت شركة

¹ السيد الحداد (حفيظة)، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 283-284

² الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 300

³ الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 390

Creighton ذلك وبدأت باتخاذ بعض الإجراءات من أجل طرح النزاع على التحكيم وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين والذي يقضي بأن يتم التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية.

وقد تم التحكيم في باريس وانتهى بحكم لصالح شركة Creighton تحصلت بمقتضاه على تعويض قدره ثمانية ملايين دولار.

ولقد وصلت إجراءات تنفيذ الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية التي أعلنت أنه: "استنادا إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنا عن حصانتها ضد التنفيذ فهذا هو ما تنص عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية.¹ والتي تنص على أنه:" أ- تكون أحكام التحكيم نهائية

ب- قبول الأطراف التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون أي تأخير ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانونا". وهكذا فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية موافقة الدولة على التحكيم بمثابة تنازل ضمنا عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم الأمر الذي يمثل خطورة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة.²

¹ <http://www.Jus.Uio.No/lm/icc.Arbitration.Rules.1998/doc.Html>

² الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 391

المبحث الثاني

ضمان الفعالية للحكم التحكيمي ودور المركز الدولي للاستثمار في ذلك

لقد أصبح التحكيم الدولي المرجع الأساسي في حسم منازعات عقود الاستثمار لما يمثله من ضمانة للاستثمار الدولي. وبمقدار ما يكون التحكيم عسيرا تكون حركة الاستثمار بطيئة وبمقدار ما يكون التحكيم سهلا وميسرا تنتعش حركة هذا الاستثمار، ومما لا شك فيه أن أهم ما في التحكيم ليس هو عقد التحكيم ولا اختيار المحكمين ولا الإجراءات التحكيمية ولا حتى الحكم التحكيمي بل إن الأهم في التحكيم هو تنفيذ الحكم التحكيمي¹ فتنفيذ الحكم التحكيمي كما يرى أحد الأساتذة هو الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل فهو يترجم الحل النهائي للنزاع القائم بين الأطراف.

ولذلك سنتطرق في هذا المبحث وقبل الحديث عن سبل تنفيذ الحكم التحكيمي لابد أولا من الحديث عن المبادئ اللازمة لضمان الفعالية للحكم التحكيمي ثم نتطرق بعدها إلى سبل أو طرق تنفيذ الحكم التحكيمي المتمثلة في الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي وطرق الطعن فيه ثم في الأخير سوف نذكر دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في ذلك.

¹ الأحذب (عبد الحميد)، تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في الدول العربية، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، 2003، ص 299

المطلب الأول

المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار

بالرجوع إلى الدور الكبير الذي يلعبه التحكيم في حسم منازعات عقود الاستثمار التي تتميز بخصوصية مستمدة من وجود الدولة طرفاً فيها وكذلك تعلقها بالمصالح الحيوية للدولة المضيئة للاستثمار فإنه يكون من الضروري جداً أن تكون عملية التحكيم فعالة وناجعة وعلى درجة كبيرة من الكفاءة للتعامل مع هذا النوع من النزاعات.

ولتحقيق هذه الفعالية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار يجب تبني المبادئ القانونية التي تعتبر ضرورية وهامة للوصول إلى عملية تحكيم منظمة وفعالة وتتمثل هذه المبادئ في مبدئين أساسيين هما: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص ، ومبادئ أخرى مكملة للمبدئين السابقين وهذه المبادئ المكملة هي: مبدأ تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة، ومبدأ استثناء هيئة التحكيم بتسوية النزاع ومبدأ عدم تأثير التحكيم بالإجراءات المعطلة من جانب أحد الأطراف، بالإضافة إلى مبدأ عدم المسؤولية المباشرة للدولة عند لجوء مشاريعها إلى التحكيم ومبدأ امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات الوليدة إلى الشركة الأم التي لم تكن طرفاً فيه.

هذا وإذا كانت معظم هذه المبادئ يمكن تطبيقها في التحكيم بين الأطراف الخاصة غير الحكومية والمتعلقة بالأنشطة التجارية فإن بعضها يرتبط بالتحكيم التي تكون الدولة طرفاً فيها وسنعرض فيما يلي إلى أهم هذه المبادئ عبر الفروع التالية:

الفرع الأول

المبادئ الأساسية اللازمة لضمان الفعالية للتحكيم

وتتمثل هذه المبادئ في مبدئين أساسيين هما: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص.

الفقرة الأولى

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

ويقصد بهذا المبدأ أن لا يتأثر ذلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط تحكيم أو مشاركة التحكيم بصحة العقد المتعلق بالعقد الأصلي.

وتستند استقلالية الاتفاق التحكيمي إلى أن هذا الاتفاق يشكل عقدا ضمن العقد الآخر وتعبير آخر فإن الاتفاق التحكيمي يشكل عقدا معادلا للعقد الأساسي أو الأصلي ويرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوعا خاصا به يختلف عن الآخر.

ويترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي استمرار اتفاق التحكيم صحيحا رغم البطلان المحتمل للعقد الذي قد أدمج فيه¹ بمعنى آخر أنه إذا اعتبرت هيئة التحكيم أن العقد المتضمن لاتفاق التحكيم غير قائم أو باطل ولا أثر له فإن هذا لا يؤدي إلى أن يكون اتفاق التحكيم بذاته هو الآخر غير نافذ أو باطل ولا أثر له والعكس صحيح أي أن بطلان اتفاق التحكيم لا يترتب بطلان العقد أو كما يقول الفقهاء: "إن استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى عدم التضامن بين ذلك الاتفاق والعقد الذي يتضمنه

¹ قادري (عبد العزيز)، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، الجزائر، دار هومة للكتابة والنشر والتوزيع،

ماديا.¹ ولقد نصت المادة 1426 من قانون المرافعات الجديد في فرنسا في هذا الشأن على أنه: "إذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر غير مكتوب" وهذا تأكيد لعدم بطلان العقد الأصلي ولو بطل شرط التحكيم لكن الغالب هو دفع أحد الطرفين بعدم قبول عرض النزاع على التحكيم نتيجة لبطلان العقد الأصلي أو نظرا لإلغاء ذلك العقد وكان يمكن أن يكون هذا الدفع صحيحا لو قبل بارتباط اتفاق التحكيم في وجوده أو عدم وجوده بالعقد الأصلي لكنه لا يكون صحيحا عند القول بمبدأ الاستقلالية لعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد كما ذكرها ويظل مرتبا لآثاره كاملة ومنها عدم اختصاص القضاء الوطني في نظر النزاع المعين.²

هذا ولقد أكدت المادة 1/16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أن: "أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم."³ وهو ما ذهبت إليه أيضا المادة 4/2 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية والنافذ اعتبارا من أول يناير 1998 والتي نصت على أن: "المحكم يظل مختصا حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم" حيث نستنتج من نص هذه المادة أن للمحكم سلطة النظر في القضايا المتعلقة بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم وعلى الآثار المترتبة عن ثبوت إدعاء الانعدام أو البطلان بمعنى أن انعدام العقد الأصلي أو بطلانه لا يؤديان إلى عدم إمكانية نظر المحكمة في اتفاق التحكيم وإذا ما رأى المحكم وجود اتفاق التحكيم وصحته يواصل النظر في القضية كما له أن يبحث في الاعتراضات المتعلقة بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه ويقرر بعد ذلك حقوق كلا الطرفين⁴

وقد حرص المحكمون في العديد من تحكيمات منازعات عقود الاستثمار على تأكيد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به هذا الاتفاق.

¹JACQUET (J.M). Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris, Economica , 1983, p43

²قادري (عبد العزيز) ، المرجع السابق ، ص 267

³الأسعد (محمد بشار) ، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية ، المرجع السابق ، ص 77

⁴قادري (عبد العزيز) ، المرجع السابق ، ص 267

ففي تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية تمسكت هذه الأخيرة بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لعقد الامتياز وكذلك لشروط التحكيم المدرج فيه إلا أن الأستاذ Dupuy قد رفض ذلك وأقر باختصاصه للفصل في النزاع استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.¹

وبهذا فإن تحقيق الفعالية لاتفاق التحكيم الدولي يقتضي الاعتراف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، الأمر الذي من شأنه أن يزيل مخاوف المتعاملين ويحصن شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي وكذلك قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم.

الفقرة الثانية

مبدأ الاختصاص بالاختصاص

إذا حدث وطعن أحد الأطراف في اختصاص هيئة التحكيم ودفعت بعدم صحة اتفاق التحكيم فإنه يكون لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها، حيث أن المبدأ الأساسي الذي يسمح بالحلول دون لجوء أحد الأطراف إلى تأخير أو عرقلة سير التحكيم عن طريق الإدلاء بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية هو الذي يعطي المحكمين صلاحية البت باختصاصهم ويعرف هذا المبدأ باسم: الاختصاص بالاختصاص.²

ويهدف هذا المبدأ إلى تجنب أن يكون التمسك بعيب يتعلق بطريق مباشر باتفاق التحكيم من قبل أحد الأطراف سبباً في إعاقة إجراءات التحكيم وذلك من خلال منح المحكم الصلاحية لأن يقوم بنفسه بالفصل في مسألة اختصاصه مع خضوعه

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 83

² الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 85

في نفس الوقت للرقابة اللاحقة من جانب القضاء الوطني المختص مما يكون من شأنه أن يتقضى إعاقه إجراءات التحكيم دون المساس بمصالح الطرف الآخر الذي يمكنه أن يثبت البطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم أمام السلطات المختصة في الوقت المناسب.

وهكذا فإنه يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثرين هامين أحدهما إيجابي والآخر سلبي:

الأثر الإيجابي: ويتمثل في كونه فسح المجال في مرحلة أولى للمحكمن لتجاوز الحجة القائلة بأنه ليس للمحكم الحق بالنظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص بمعنى أن هذا المبدأ سمح للمحكم بالفصل في مسألة اختصاصه تلقائيا دون انتظار منحه تلك السلطة - الفصل في الاختصاص - من قضاء الدولة¹.

الأثر السلبي: ويتمثل في سماحه للمحكم إضافة إلى البت في مسألة اختصاصه الفصل فيها أولا وقبل أية جهة أخرى²، بتعبير آخر يمتنع على قضاء الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم البت أو النظر في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له الفرصة للبت فيها.

ويستمد مبدأ الاختصاص بالاختصاص أساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم وكذلك الاتفاقيات وقرارات الهيئات الدولية ذات الصلة وأيضا لوائح هيئات التحكيم التي حرصت على النص على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه.

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 86

² السيد الحداد (حفيظة)، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001، ص 133

فقد احتوت معظم التشريعات الوطنية نصوصاً صريحة تؤكد على مبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال منح هيئة التحكيم سلطة الفصل باختصاصها بنظر النزاع.

هذا كما حرصت معظم الاتفاقيات الدولية على تكريس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، حيث أن المادة 3/5 من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري 1961 تعترف للمحكم بسلطة تحديد اختصاصه ووجود أو صحة اتفاق بعدم بطلانه أو شموله لموضوع النزاع.

كما أخذت بهذا المبدأ أيضاً اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث نصت في المادة 41 منها على أن: "هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها"¹ كما ذكرت نفس المادة في فقرتها الثانية أن أي اعتراض من جانب أحد طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من اختصاص المركز أو لأسباب أخرى يقع في اختصاص المحكمة تقرر المحكمة إن كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع.

وتجدر الإشارة إلى أن معظم لوائح هيئات التحكيم الدائمة قد كرست مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، حيث أخذت بهذا المبدأ قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والتي أكدت على أن هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الاتفاق أو هذا الشرط² كما كرس هذا المبدأ أيضاً من طرف نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية وذلك في المادة 2/6 منه.

¹ الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 402

² م 22 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

وبهذا يكون مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تم تكريسه كواحد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي والتي من شأنها تيسير سير التحكيم وعدم مقاطعة الطرف الذي يعتبر أن المحكمة التحكيمية غير مختصة أو أن اتفاق التحكيم لا يشمل موضوع النزاع وبالتالي فإن مثل هذه الدفوع لا تؤدي إلى وقف التحكيم.

الفرع الثاني

المبادئ المكملة لضمان الفعالية للتحكيم

بالإضافة إلى المبادئ الأساسية اللازمين لضمان الفعالية للتحكيم هناك عدة مبادئ مكملة لهاذين المبادئ حتى نضمن أكثر فعالية له وسنتطرق لهذه المبادئ كالتالي:

الفقرة الأولى

تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة

قد يحاول طرف من الأطراف الانسحاب من عملية التحكيم بعد موافقته عليها وذلك لإحباط العملية التحكيمية وإعاقة هيئة التحكيم عن إصدار حكمها، ولعل أن هذا الانسحاب يكون واضحاً أكثر عندما نكون بصدد منازعات عقود الاستثمار لأن الدولة قد تدفع بغرض الانسحاب من عملية التحكيم بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم بموجب قانونها الوطني أو بما تتمتع به من حصانة سيادية تستوجب عدم مثلها أمام قضاء آخر غير قضائها الوطني¹.

¹ الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 404

وعلى هذا الأساس فقد اقتضت ضرورة ضمان فعالية نظام التحكيم وضع قيود على إرادة أطراف اتفاق التحكيم فيما يخص الانسحاب من هذا الاتفاق بعد أن تمت الموافقة عليه وذلك لضمان جدية الأطراف المتنازعة في اتخاذ إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم¹، حيث أصبح من المسلم به لضمان فعالية التحكيم الإقرار بعدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم وكذلك عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيادي للتدخل من الاتفاق على التحكيم.

أولاً: عدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم

ويقصد به أنه لا يمكن للدولة أو الأشخاص المعنوية التابعة لها الدفع بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم لتتخلص من اتفاق التحكيم مع المستثمر الأجنبي الذي كانت قد وافقت عليه من قبل.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المبدأ يعد من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي إلى الحد الذي دفع بالبعض إلى القول بوجود قاعدة موضوعية غير دولية مفادها عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم تنفيذ التزاماتها استناداً إلى عدم أهليتها على إبرام اتفاق التحكيم أو لعدم استيفاء إجراءات شكلية تخضع لها².

وقد كرست هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية جنيف الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961، حيث نصت في المادة 1/2 منها على تمتع الأشخاص المعنوية العامة بأهلية إبرام اتفاق التحكيم³ وهو ما يترتب عليه

¹ صلاح الدين (جمال الدين) ومحمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 7

² الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 92

³ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، نفس الصفحة

حسب البعض¹ عدم امتلاك الدولة بعد انضمامها لهذه الاتفاقية الاستناد مثلا إلى تغيير قانونها بما يحرمها من حل منازعاتها بطريق التحكيم لكي تتحلل من التزامها بعقد تحكيم أبرمته مع الغير طالما أنها لم تعلن عن عدم قدرتها على الالتجاء إلى التحكيم عند إبرام المعاهدة أو الانضمام إليها.

هذا وقد أكد واضعوا اتفاقية واشنطن على النص صراحة في الجملة الأخيرة من المادة 1/25 على عدم جواز إنهاء إجراءات التسوية بالإرادة المنفردة لأي طرف من أطراف النزاع أيا كانت طبيعة الأشخاص الأطراف في العلاقة.

ثانيا: عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيادي للتحلل من الاتفاق على التحكيم

إن تحلل الدولة وسائر أشخاص القانون العام من التحكيم استنادا إلى فكرة سيادة الدولة يقوم على خلفية تتصادم مع خضوع الدولة لمبدأ المشروعية ذاته بما يعنيه هذا المبدأ من خضوع الدولة للقانون خضوعا يتطلب إخضاع أعمالها لرقابة القضاء ومسؤولية الدولة عن هذه الأعمال، وعليه فمثول الدولة أمام هيئة التحكيم لا يمس سيادتها لا من قريب ولا من بعيد خاصة وأن مثولها أمام هذه الهيئات قد تم برضاها وموافقتها.²

الفقرة الثانية

مبدأ عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف

قد لا يبدي أحد أطراف التحكيم رغبته في التراجع عن اتفاق التحكيم وإنما يعتمد إلى اتخاذ موقف سلبي من الإجراءات بغرض عرقلة عملية التحكيم والحد من

¹ أحمد (ابراهيم أحمد) ، التحكيم الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ص 101 - 102

² الأسعد (محمد بشار) ، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية ، المرجع السابق ، ص ص 59 - 97

فاعليتها، كأن يتمتع عن تعيين المحكم الذي يناط به اختياره أو عن حضور إجراءات وهو ما من شأنه التأثير في فاعلية التحكيم لذلك كان من الضروري الاعتراف لهيئة التحكيم بالسلطة لمواجهة مثل هذه الإجراءات من خلال الاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة مواصلة التحكيم وإصدار حكم ملزم وفعال رغم الخطط المعوقة لعملية التحكيم التي قد يضعها طرف من الأطراف عند تعيين محكمه أو عند المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم أولاً وكذلك استمرار إجراءات التحكيم بالرغم من غياب أحد الأطراف عن الإجراءات ثانياً.¹

أولاً: الالتزام بتعيين المحكمين

ويقصد به ماطلة أحد الأطراف في اختيار محكمه أو عدم قيامه بذلك مما يكون من شأنه تعويق إجراءات التحكيم، فقد ذهبت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة إلى وضع الحلول لتفادي محاولة أحد الأطراف تعطيل الإجراءات بامتناعه عن تعيين محكمه وذلك من خلال تحديد هيئة قضائية وإدارية تتولى مهمة تعيين هذا الحكم بدلاً من الطرف الذي امتنع أو تقاعس عن تنفيذ التزامه.

ثانياً: عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف

قد يعتمد أحد الأطراف على الرغم من قبوله اختصاص هيئة التحكيم إلى عدم حضور الإجراءات بغية الحد من فاعلية التحكيم من خلال تعطيل وإطالة البت في النزاع لأطول مدة ممكنة والتأثير على أهم سمة يتميز بها التحكيم وهي سرعة الفصل في المنازعات لذلك اتجهت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم من أجل ضمان فعالية اتفاق التحكيم واحترامه إلى عدم السماح لأحد أطراف

¹ الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ص 406 - 408

النزاع بالغياب للتأثير على إجراءات التحكيم وأقرت بضرورة استمرارية هذه الإجراءات دون أن يؤثر غياب الطرف الممتنع عن الحضور في ذلك.¹

الفقرة الثالثة

مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع

يقتضي احترام اتفاق التحكيم وتحقيق فعاليته الاعتراف لهيئة التحكيم باستئثارها دون سواها بالفصل في النزاع بمعنى آخر أنه إذا اتفق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى التحكيم فإنهم يكونون بذلك قد منحوا هيئة التحكيم اختصاص الفصل في النزاع وبالتالي لا تكون محاكم الدولة مختصة بالفصل فيه ، حيث يتمتع على الأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة المعروضة على التحكيم.

هذا ويمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر باتخاذ تدابير أو إجراءات تحفظية أو مؤقتة وهو ما نصت عليه المادة 1046 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك"²

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع يعد تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين باعتباره من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود حيث تم تكريس هذا المبدأ في العديد من التشريعات الوطنية وذا الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم.

¹ الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المرجع السابق، ص 408

² م 1046 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

وتبدو أهمية تبني مبدأ استثناء هيئة التحكيم بتسوية النزاع كضمان لتحقيق الفعالية للتحكيم في أنه يكفل أو يضمن استقلال هيئة التحكيم بنظر النزاع دون تدخل أية هيئة أو جهة أخرى قضائية أو إدارية كما أنه لا يؤثر في هذه الفعالية الاعتراف لمحاكم الدولة باتخاذ إجراءات مؤقتة أو تحفظية حيث أن مثل هذه الإجراءات تعتبر صورة استعجال التي تتولد عنها حاجة ملحة إلى توفير حماية قضائية عاجلة من أجل تجنب وتقادي وقوع الضرر بالحقوق والمراكز القانونية المراد الحفاظ عليها.¹

الفقرة الرابعة

مبدأ امتداد اتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة الوليدة إلى الشركة الأم التي لم تكن طرفاً فيه

لقد تم طرح تساؤل في قضايا منازعات الاستثمار عما إذا كان اتفاق التحكيم الذي أبرمته إحدى الشركات المتفرعة عن الشركة الأم يمتد إلى هذه الأخيرة والتي لم تكن طرفاً في هذا الاتفاق؟

الأصل أن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير سواء كان هذا الأثر حقا أو التزاما وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية أثر العقد وبما أن اتفاق التحكيم عقد فهو يخضع كغيره من العقود لمبدأ نسبية الآثار المتولدة عن العقد وعليه لا يمكن الاحتجاج به على من لم يكن طرفاً فيه كما لا يمكن للغير التمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم، حيث إن اتفاق التحكيم وإن كان تصرفاً قانونياً بالنسبة لأطرافه فإنه مجرد واقعة في مواجهة الغير فإذا كانت الشركات المتفرعة عن الشركة الأم تعمل في إطار الاستثمارات حيث تتولى إحدى هذه الشركات إبرام الاتفاق بينما تكون الشركة الأم هي التي قامت بالمفاوضات السابقة على العقد، كما قد تساهم في تنفيذه أو تكون ضامنة لتنفيذه من طرف إحدى فروعها مما يبعث على

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص ص 107-114

الاعتقاد بأن الطرف الفعلي في العقد واتفاق التحكيم ليس هو الطرف الذي وضع توقيعه على العقد أو اتفاق التحكيم وحده وإنما يوجد بجواره الطرف الآخر القائم في ظله والذي أسهم بشكل فعلي في إبرام العقد أو ضمان تنفيذه أو ساهم في تنفيذه.¹

ففي قضية Dow Chemical ذهبت إحدى الهيئات المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية إلى أن شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود من أعضاء مجموعة واحدة ويلزم الشركات الأخرى من أعضاء المجموعة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم وبالرغم من تمتع كل منها بالشخصية المعنوية المستقلة ما دامت قد أسهمت في تكوين العقد أو تنفيذه أو إنجازه، حيث رفضت هيئة التحكيم النظر في هذه القضية طلب الشركة المحكم ضدها وهي شركة فرنسية تدعى Isouerstgolion الحكم برفض قبول الشركة المدعية Dow Chemical الأمريكية وهي الشركة الأم وكذلك الشركة المدعية

Dow Chemicial الفرنسية وهي شركة أيضا مدعية تابعة لها كطرفين في دعوى التحكيم، وذلك تأسيسا على أن العقد الذي يتضمن شرط التحكيم موقع بين فرع منتقل للشركة المدعية Dow Chemical مقره سويسرا وبين شركة منبثقة عن الشركة الأم حيث قررت هيئة التحكيم قبول الشركتين الشركة الأمريكية الأم والتابعة الأولى للشركة الفرنسية كطرفين في التحكيم بالرغم من أن كل منهما يتمتع بشخصية قانونية مستقلة فضلا عن عدم توقيعهما على العقد الذي يتضمن شرط التحكيم إلا أن لكل منهما دور في تنفيذ العقد كعضوين في مجموعة شركات Dow ككل ولذا فإنه يمكن أن يعتبر كل من الشركة الأم والشركة التابعة لها الفرنسية طرفين في العقد وفي اتفاق التحكيم.²

¹ الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ص 412-414

² الأسعد (محمد بشار)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ص 116-119

الفقرة الخامسة

مبدأ عدم المسؤولية المباشرة للدولة عند لجوء مشروعاتها للتحكيم

يسعى المستثمر الأجنبي الذي يتعاقد مع إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة للدولة إلى أن يقيم مسؤولية هذه الدولة على أساس أنها أكثر ملاءمة من الشخص العام متذعرا بشأن شرط التحكيم الذي أبرمه مع المؤسسة أو الهيئة العامة يمتد بشأن أثره إلى الدولة لذلك فقد ثار التساؤل حول مدى سريان اتفاق التحكيم الذي تبرمه الهيئات أو المؤسسات التابعة للدولة في مواجهة الدولة ذاتها فالهيئات العامة التابعة للدولة لا تملك أن تقيد الدولة بما تبرمه من اتفاقيات وأن تحمل الدولة بشرط تحكيم لم تقبله لمجرد تضمينه في عقد أبرمته إحدى هذه الهيئات فمجرد الرقابة التي تمارسها الدولة على مثل هذه الهيئات المتمتعة بشخصية قانونية لا تكفي للقول بمد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه هذه الأخيرة إلى الدولة ذلك أن إرادة الأطراف في مجال التحكيم هي القانون الأساسي للأطراف ومن ثم فإن قبول الدولة حل النزاع بالتحكيم لا يجوز أن يكون قائما على مجرد افتراض أن المستثمر الأجنبي حينما تعاقد مع أحد الأجهزة التابعة للدولة ما كان ليقبل التعاقد معها لو علم عدم التزام الدولة باتفاق التحكيم بل يجب أن يكون هذا القبول مؤكدا وواضحا وصريحا.¹

المطلب الثاني

الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية

إن فعالية التحكيم باعتقادنا كأسلوب لفض وتسوية المنازعات تتوقف على مدى القدرة على تنفيذ الحكم التحكيمي ذلك أنه إذا كان هذا الأخير يمثل الثمرة الحقيقية للتحكيم والتي يتوصل إليها المحكمون فإنه لن تكون له أية قيمة عملية إذا لم يتم تنفيذه لذلك يكون من الضروري تحقيق الفعالية للحكم التحكيمي من خلال ضمان تنفيذه.

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 120 وما بعدها

ولقد حرصت معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بصفة أساسية على الوصول إلى أيسر السبل لتنفيذ أحكام التحكيم بغية تحقيق الحد الأقصى من الفعالية للحكم التحكيمي مع الإقرار بالحق للقضاء الوطني في أعمال الرقابة على أحكام التحكيم من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن في حكم التحكيم بالبطلان أمام قضاء دولة مقر التحكيم أو أمام محاكم الدولة التي صدر الحكم بموجب قانونها.

وعليه سوف نتطرق إلى التنفيذ الطوعي أولاً ثم التنفيذ الجبري وهذا وفقاً للقانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

وقد اهتمت التشريعات الوطنية ومنها التشريع الجزائري وكذلك العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بموضوع التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم فوضعت القواعد اللازمة لضمان تنفيذه.

فبعد صدور الحكم التحكيمي مرتباً لآثاره فرض القانون بعض الإجراءات والشكليات لتنفيذه حيث ينفذ إرادياً طبقاً لاتفاق التحكيم لكن قد تعترض عملية التنفيذ بعض الصعوبات تجعل كل ذي مصلحة يستجد بالقضاء الوطني المطلوب تنفيذه في إقليمه. وهنا نكون أمام التنفيذ الجبري بدل التنفيذ الطوعي مما ينبغي إتباع شكليات أخرى أمام هذا القضاء لتحسين الحكم التحكيمي وضمان فعاليته.

الفرع الأول

التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية

الأصل أن تنفيذ الأطراف للحكم التحكيمي عن طواعية وبالرجوع إلى فترة ما قبل صدور المرسوم التشريعي 09/93 نجد أن المؤسسات الوطنية الجزائرية كانت تنفذ

الأحكام التحكيمية عن طواعية لأنه في الغالب كانت تطبق القانون الجزائري وبالتالي لم تجد أية صعوبة في تنفيذها غير أننا لم نحصل على أحكام تحكيمية فيها أطراف جزائرية لبيان كيفية التنفيذ في الجزائر مما يجعلنا نقول بأن الأحكام في هذه الحالة الأخيرة كانت تنفذ إرادياً.

ولقد تجسد التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية في الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1983 عندما نصت المادة 17 منه على أنه:

La sentence arbitrale est définitive et en acceptant le recours à l'arbitrage, les parties s'engagent à exécuter la sentence dans le délai fixé par le collège arbitral conformément aux disposition du paragraphe 17/04 du présent règlement et à renoncer à tout recours

وفي العقود التي أبرمتها شركة سوناطراك مع الشركات الأجنبية كانت معظمها ترجع إلى نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية مما أدى ببعض الفقهاء إلى القول عن التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية على أنه:

En règle générale, la sentence est exécutée spontanément plus de 90% des sentence le sent de cette manière

وقد تدعم مبدأ التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية في الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي انضمت إليها الجزائر كاتفاقية واشنطن 1965 وكذا الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها في بداية التسعينات (90) كالاتفاقية الجزائرية مع الولايات المتحدة الأمريكية في م 2/6 منها والاتفاقية الجزائرية الإسبانية م 4/11 منها.

لكن قد يحصل أن لا يقوم من يقع عليه واجب التنفيذ بدوره فيتقاعس عن تنفيذ الحكم التحكيمي مما يدفع بالطرف ذي المصلحة إلى الاستعانة بالقضاء من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي عن طريقه - القضاء -

الفرع الثاني

التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي

بعد انضمام الجزائر بتحفظ لاتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تكون قد قبلت بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث تنفذها جبرا في غياب التنفيذ الطوعي موضحة الفرق بين تنفيذ الحكم التحكيمي والاعتراف به فالاعتراف هو وسيلة دفاعية يتم اتخاذها من طرف المحكوم له أمام الجهات القضائية من أجل إثارة مسألة حجية الشيء المقضي فيه للقرار الذي يحوزها ولإثبات ذلك يقدم القرار التحكيمي ويطلب الاعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها، أما التنفيذ فلا يقتصر على الاعتراف بل يمتد ليشمل الجهات المخول لها ذلك وهنا يكون التنفيذ نتيجة للاعتراف ولو أن الكثير من الدول تستعمل المصطلحين معا.

وهنا لابد لنا من التساؤل عن كيفية إخطار قاضي التنفيذ وكذا الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي كي يأمر القاضي بتنفيذه؟

الفقرة الأولى

كيفية إخطار قاضي التنفيذ

إن تحديد الجهة القضائية التي تنظر في مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي جبرا تختلف حسب ما إذا كان الحكم التحكيمي قد صدر في الجزائر أم في الخارج وقد تعرضت المادة 2/1051 من ق ا م وإ لمسألة تحديد الجهة القضائية المختصة بذلك بقولها: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر من رئيس المحكمة المختصة التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو من محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني". وعليه نستنتج حالتين:

أولاً: إذا صدر حكم التحكيم في الجزائر

إذا كان مقر التحكيم في الجزائر فإن طلب التنفيذ يوجه من طرف المعني بتعجيل التنفيذ إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 1516 من ق ا م ف أما المشرع المصري فقد عهد بهذا الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر وهذا سواء جرى التحكيم في مصر أو خارجها.

ثانياً: إذا صدر الحكم التحكيمي خارج الجزائر

إذا كان مقر التحكيم خارج الإقليم الوطني كما جاء في النص فإن اختصاص إصدار الأمر بالتنفيذ يرجع لرئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ أما المشرع الفرنسي و المصري فلا يفرقان بين الجهة القضائية المختصة بالأمر بالتنفيذ سواء صدر الحكم في فرنسا ومصر أم خارجهما بينما أخضعا إجراءات التنفيذ لنفس الشروط والشكليات وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري فما هي الشروط الواجبة لتنفيذ الحكم التحكيمي جبراً؟

الفقرة الثانية

الشروط الواجب توافرها من أجل الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي

حتى يعتبر الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أو خارجها قابلاً للتنفيذ في الجزائر أخضعه المشرع الجزائري لنفس الشروط مع اختلاف الجهة القضائية المختصة حسب الحالة وعليه نصت المادة 1051 من ق ا م ف وإ على أنه: "يتم الاعتراف

بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

لقد وضعت هذه المادة شرطا ماديا للاعتراف والتنفيذ يتمثل في إثبات وجود الحكم التحكيمي ولكن كيف يتم إثبات وجود الحكم التحكيمي؟

أجابت المادة 1052 على هذا السؤال بقولها: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها". وإذا لم يستطع الطرف المعني الحصول على الوثائق الأصلية فيمكنه تقديم النسخة المصادق عليها أو النسخ التي تمت ترجمتها إلى لغة التنفيذ شرط أن تصدر من مترجم رسمي وهذا ما أكدته اتفاقية نيويورك 1958 رغم أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة اللغة العربية التي هي اللغة الرسمية المعمول بها في الجهاز القضائي الجزائري لذلك يرجح نص اتفاقية نيويورك وفق م 2/4 لكون هذا النص يعلو على النصوص الداخلية الخاصة بالتحكيم التجاري¹ وقد وضعت كذلك المادة 1051 ق 1 م و شرطا قانونيا يتمثل في عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي وفي هذا الشأن لم يحدد المشرع الجزائري ماهية هذا النظام والمعايير المطلوبة للحفاظ عليه لأنه لا يمكن قياس ماهية هذا النظام على المفهوم الداخلي للنظام العام الداخلي نظرا لاختلاف قواعد كل منهما غير أنه يمكن الكشف عنه من خلال الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف واللوائح والتوصيات التي تصدرها المنظمات الدولية والتي صادقت عليها الجزائر.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للطرف المتضرر طبقا للقانون الجزائري استئناف الحكم لدى الجهة القضائية المختصة وقد حددت المادة 1056 من ق 1 م و ستة حالات للاستئناف على خلاف المادة 458 مكرر 23 التي كانت تنص على ثماني (08) حالات للاستئناف وهي كالتالي:

¹ كولا (محمد) ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، الجزائر، منشورات بغدادية، 2008 -، ص 255

- 1- إذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها. (وهي التي لم تذكر في المادة 1056 ق ا م وا الجديد)
- 2- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها.
- 3- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون.
- 4- إذا فصلت محكمة التحكيم دون الامتثال للمهمة المسندة إليها.
- 5- إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب. (وهي الحالة التي لم تتناولها المادة 1056 من ق ا م وا الجديد)
- 6- إذا لم يراع مبدأ حضور الأطراف.
- 7- إذا لم تسبب محكمة التحكيم قرارها أو لم تسببه بما فيه الكفاية أو إذا وجد تضارب في الأسباب.
- 8- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالف للنظام العام الدولي.

حيث إذا ما توفرت هذه الحالات يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة الفاصلة في النزاع وذلك خلال شهر من تاريخ تبليغ قرار القاضي.¹

أما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية² فقد قدمت تسهيلات ملحوظة لتنفيذ أحكام التحكيم، حيث جعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر، حيث أوجبت في المادة 3 منها على كل الدول المتعاقدة أن تعترف بحجية حكم التحكيم وأن تأمر بتنفيذه طبقاً للشروط المنصوص عليها الاتفاقية كما ألزمت هذه الدول بالأقرار لتفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق

¹ الجليلي (عجة)، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2006، ص 652

² تعتبر اتفاقية نيويورك من أهم الاتفاقيات الدولية التي عنيت بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية وقد بلغ عدد الدول التي انضمت إلى الاتفاقية 133 دولة حتى عام 2003

عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروطا أكثر شدة ولا رسوما قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين. ولا يجوز للسلطة المختصة في الدولة المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ الحكم رفض الاعتراف والتنفيذ إلا إذا قدم لها الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الدليل على توافر واحدة أو أكثر من الحالات التي أوردها المادة 5 من الاتفاقية على سبيل الحصر وهذه الحالات هي:

- إذا كان أطراف الاتفاق التحكيمي طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

- إذا لم يعلن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

- إذا فصل الحكم في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

- إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفا لما اتفق عليه الأطراف أو وفقا لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

- إذا لم يصبح الحكم ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي تم فيه أو بموجب قانونه صدر الحكم.

هذا فضلا على أنه من الجائز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف أو التنفيذ من تلقاء نفسها إذا تبين لها أن:

- قانون بلد التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

- في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ.

كما حرصت اتفاقية واشنطن لعام 1965 على ضمان الفعالية الدولية لأحكام التحكيم حيث وضعت في المواد 53-54 نظاما مستقلا ومبسطا بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم المشكلة وفقا للاتفاقية. فنصت المادة 53 منها على أن: " يكون الحكم ملزما للطرفين ولا يمكن الطعن فيه بأية طريق إلا في الحالات الواردة في هذه الاتفاقية ويجب على كل طرف أن يحترم الحكم وينفذه إلا إذا أوقف تنفيذه طبقا لأحكام هذه الاتفاقية"

كما نصت المادة 54 على أن: " تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا عن محكمة محلية وعلى الدولة المتعاقدة التي تتبع النظام الفيدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفيدرالية وأن تلزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر عن محاكم إحدى الدول الفيدرالية"

وقد حددت الاتفاقية في المادة 52 منها الحالات التي يجوز لأي من الطرفين عند توافر إحداها أن يطلب كتابة من الأمين العام لمركز التحكيم إبطال الحكم التحكيمي أو وقف تنفيذه وهذه الحالات هي:

- أن المحكمة لم تكن مكونة تكويننا سليما.
- أن المحكمة قد تجاوزت سلطاتها بشكل ملحوظ.
- أن تأثيرا غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة.
- أنه قد وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات.
- أن الحكم قد أخفق في بيان الأسباب التي بني عليها.

استقر اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية وعلى الخصوص الغرفة التجارية والبحرية على إلزام الأطراف بإفراغ شرط التحكيم في آجال معقولة قبل اللجوء إلى القضاء.

فقد تم نقض كل القرارات وبدون إحالة الفاصلة في نزاع يخص صفقة أو عقدا أو شارطة تضمنت شرط التحكيم لحل أي نزاع منها قرار 2012/07/04 تحت رقم 791649 على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين ويلتزم الطرفان بتنفيذ التحكيم المتفق عليه.

كما نقضت بدون إحالة قرارا صادرا على أمر رئيس محكمة أذن لأمين الضبط بتسليم نسخة رسمية من قرار صادر عن محكمة التحكيم الدولي بباريس لتنفيذه، على أساس أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف مخالف لقانون النقد والقرض، إذ قامت الشركتان الجزائرية والفرنسية بإبرام عقد امتياز دون الحصول على الترخيص من بنك الجزائر بخصوص العملة الصعبة (قرار 2011/05/05 تحت رقم 662511).

وعليه يراقب القضاء قرارات التحكيم الصادرة بالجزائر عن طريق طرق الطعن العادية وغير العادية (اعتراض الغير الخارج عن الخصومة) وفي مرحلة تنفيذ تلك الصادرة خارج التراب الوطني.

المطلب الثالث

دور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار

إن من أهم عناصر جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة هو وجود نظام محايد وفعال لتسوية منازعات الاستثمار ما بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب ، حيث أن التسوية النزيفية الفاعلة لهذه النزاعات تمثل عنصر أمان للمستثمرين نظرا لأن

المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة لا توفر في أغلب الأحيان الضمانات الحمائية الكافية للمستثمرين الأجانب، كما أن اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر أو محاكم دولة ثالثة لا يعد بديلا واقعا في معظم الأحيان، هذا بالإضافة إلى أن الحماية الدبلوماسية لا تعتبر مصدر اطمئنان بالنسبة للمستثمرين ولا مصدر راحة بالنسبة للدولة المضيفة.

وقد أدت الثغرات الموجودة في مختلف أنظمة تسوية منازعات الاستثمار أهم المؤسسات الدولية المعنية بالتنمية الاقتصادية وهو البنك المركزي بغية إيجاد جو من الثقة المتبادلة بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة إلى القيام بمبادرة جديدة في الستينيات من القرن العشرين تمثلت في صياغة اتفاقية دولية متعددة الأطراف لتوفير إطار مؤسسي يتم من خلاله تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ومواطني الدول الأخرى الأعضاء في الاتفاقية وقد تم التوقيع على هذه الاتفاقية في 18 مارس 1965 وقد تم بموجبها إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار¹.

ولقد كان اللجوء إلى هذا المركز في بدايته محدودا جدا، حيث لم يتم عرض أية قضية عليه حتى سنة 1974 والتي عرفت تسجيل أول قضية لدى المركز وقد كانت قضية Holiday inns ضد المغرب وقد انتهت هذه القضية دون صدور حكم موضوعي فيها وذلك راجع لاتفاق الأطراف على سحبها من أمام المركز بعد توصلهم إلى تسوية ودية للنزاع القائم بينهما ومنذ ذلك الوقت والأمور تأخذ منحى آخر، فقد شهدت السنوات الأخيرة زيادة كبيرة في عدد القضايا المسجلة لدى المركز نتيجة التوسع في اختصاص المركز².

¹ ويعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي تم إنشاؤه بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ومواطني الدول الأخرى الأعضاء في الاتفاقية - الموقع عليها في 18 مارس 1965 والتي أصبحت نافذة ابتداء من 12 أكتوبر 1966 وذلك بعد مضي 30 يوما على اكتمال وثائق تصديق 20 دولة عليها - إحدى خمس (05) مؤسسات دولية تكون ما يعرف بمجموعة البنك الدولي وهي: البنك الدولي للإنشاء والتعمير - المؤسسة الدولية للتنمية - مؤسسة التمويل الدولية - الوكالة الدولية لضمان الاستثمار وخامسا وأخيرا المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

² الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 144

الفرع الأول

الهدف من إنشاء اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

لقد كان النهوض بالتنمية الاقتصادية من خلال توفير مناخ استثماري ملائم أهم غرض أنشئت من أجله هذه الاتفاقية، حيث ولتحقيق هذا الغرض تعمل الاتفاقية على الموازنة والتوفيق بين مصالح المستثمر من جهة ومصالح الدولة المضيفة من جهة أخرى.

الفقرة الأولى

التنمية الاقتصادية

إن الغرض الأساسي من إنشاء اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو النهوض بالتنمية الاقتصادية، حيث أنشئت بهدف تسهيل الاستثمار الدولي الخاص من خلال توفير مناخ استثماري ملائم. ويبدو ذلك واضحاً من خلال مقدمة الاتفاقية التي ورد فيها ما يلي: "تقديرًا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ولأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال".¹

الفقرة الثانية

التوفيق بين مصالح المستثمر ومصالح الدولة المضيفة للاستثمار

تصب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في صالح كل من المستثمر والدولة المضيفة فهي توفر العديد من المزايا للمستثمر وكذا للدولة المضيفة حيث يؤكد تقرير المديرين التنفيذيين على مبدأ الموازنة والتوفيق بين المصالح في البند

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 146

13 الذي ينص على ما يلي: "إذا كان الهدف من الاتفاقية تشجيع الاستثمار الدولي الخاص فإن بنود الاتفاقية تحفظ في نفس الوقت توازناً ما بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول المضيفة هذا فضلاً عن أن الاتفاقية تسمح بأن يبدأ أي من الطرفين إجراءات التقاضي".

وتتمثل المزايا الخاصة بالمستثمر الأجنبي في توفير فرصة التمتع بمزايا التحكيم للمستثمر إذا ما نشب نزاع بينه وبين الدولة المضيفة وذلك من خلال تمكينه من اللجوء إلى التحكيم والذي يعتبر أهم عنصر من عناصر الضمان القانوني القضائي الحساس بالنسبة لاتخاذ قرار الاستثمار خاصة وأن التحكيم من شأنه طمأنة المستثمرين الأجانب وتبديد مخاوفهم فيما يخص خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي قليلاً ما يكون مصدر ترحاب بالنسبة للمستثمرين الأجانب.

أما المزايا الخاصة بالدولة المضيفة للاستثمار فتتمثل في توفير المركز الدولي للدولة المضيفة للاستثمار مناخاً استثمارياً جيداً مما يزيد من الاستثمارات هذا كما أن الموافقة على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز توفر للدولة المضيفة الحماية من أشكال تحكيمية أخرى¹ فهو بالنسبة لها درعاً واقياً ضد الحماية الدبلوماسية التي قد تلجأ لها دولة المستثمر لحماية هذا الأخير.²

الفرع الثاني

خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حالة خاصة ضمن الكثير من مؤسسات ومراكز التحكيم الأخرى ويرجع ذلك لكونه يمثل مؤسسة دولية حقيقية

¹ م 26 من الاتفاقية

² م 27 من الاتفاقية

أنشئت بموجب اتفاقية دولية متعددة الأطراف لخلق نظام خاص بتسوية منازعات الاستثمار بين السلطات الحكومية في الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي المنتمي لدولة أخرى تعتبر هي الأخرى طرفاً في الاتفاقية الخاصة بإنشاء هذا المركز.

الفقرة الأولى

اختيار طرق تسوية النزاع

هناك طريقتين لتسوية النزاع توفرهما اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وهاتين الطريقتين هما التوفيق والتحكيم. حيث نصت على أن مهمة المركز هي توفير الإمكانات للتوفيق والتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدولة العضو في الاتفاقية ومواطني دولة أخرى عضو في الاتفاقية.¹

والتوفيق باعتباره أحد وسائل تسوية النزاع التي تعتمد عليها الاتفاقية يعد أقل رسمية وأكثر مرونة من التحكيم فهو يهدف إلى مساعدة الطرفين على الوصول إلى تسوية متفق عليها² وينتهي التوفيق بتقرير يقترح حلاً للنزاع القائم بينهما غير أن هذا الحل المتفق عليه لا يكون ملزماً فلهم أن يلتزموا به كما لهم صرف النظر عنه على عكس التحكيم الذي يعتبر طريقة تسوية أكثر رسمية من التوفيق بالرغم من وجود عدد لا بأس به من حالات التحكيم التي انتهت بتسوية ودية قبل صدور حكم التحكيم غير أنه في حالة عدم التوصل إلى تسوية ودية فإنه يتم الفصل في النزاع بحكم تحكيمي ملزم للطرفين.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن معظم القضايا التي تم رفعها لدى المركز كان التحكيم هو الفاصل فيها على غرار التوفيق وذلك راجع للأسباب التي تم ذكرها سابقاً

¹ م 1 / 2 من الاتفاقية

² انظر المواد من 28 إلى 30 من اتفاقية المركز

والمتمثلة في كون التحكيم أكثر رسمية من التوفيق كما أن هذا الأخير في ظل المركز نادر جدا¹ وفي حالة الاختيار بين كلا الطريقتين فإن الاختيار يكون في يد الطرف البادئ في إجراءات التحكيم وكقاعدة عامة من المفيد والحكمة تكريس الجهود والتكاليف للطريقة التي تنتهي بحكم ملزم.²

الفقرة الثانية

التخصص في مجال منازعات الاستثمار

إن ظهور أو نشوء نزاع ناجم عن استثمار أو نشاط استثماري يعتبر شرطا ضروريا لتطبيق الولاية القضائية للمركز باعتبار الاتفاقية المنشئة له متخصصة في تسوية منازعات الاستثمار³ غير أن نصوص هذه الأخيرة لم تحتوي على مفهوم محدد لمعنى الاستثمار.

وتكشف الممارسة العملية عن أن مفهوم الاستثمار هو مفهوم واسع، حيث ينظر إلى عدد متنوع من الأنشطة في عدد كبير من المجالات على أنها استثمار بالإضافة لاتساع المفهوم ليشمل الصكوك المالية كسواء سندات حكومية ومنح قروض مثلا.

ومن المعايير الهامة في تحديد مفهوم الاستثمار نذكر أن تستغرق الأنشطة والعمليات مدة زمنية معينة - انتظام الربح العائد - وجود مخاطرة اقتصادية -

¹ ففي عام 2003 تم تقاسم طلب واحد ووحيد فقط للتوفيق لدى المركز ليصل مجموع طلبات التوفيق التي تم تقديمها للمركز منذ إنشائه إلى 04 طلبات انظر في ذلك:

ICSID News, vol 20, N2, 2003, P.2.

² الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 151

³ م 1 / 25 من الاتفاقية

التزام واضح وجلي بتنمية الدولة المضيفة أو المستقبلة - ملاءمة المشروع الاستثماري لأهداف التنمية.¹

الفقرة الثالثة

القانون الواجب التطبيق

إن تطبيق النظام القانوني الصحيح هو مطلب أساسي لإصدار حكم تحكيمي شرعي أما الفشل في تطبيقه فيعد إفراطاً في استعمال السلطة قد يؤدي إلى إبطال الحكم الصادر لذلك لعبت مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق دوراً هاماً في ممارسات هيئات التحكيم، فقد أوجبت اتفاقية إنشاء المركز على هيئات تحكيمه البت في النزاع المعروض عليها بما يتفق والقانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاتفاق يتم تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار بالإضافة إلى تطبيق القواعد المناسبة في القانون الدولي الخاص.²

هذا ولقد لعبت العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي الخاص دوراً هاماً في قضايا المركز فهيئات تحكيمه رأت أنه في حالة إمكانية تطبيق القانونين فإن الأولوية تكون للقانون الوطني للدولة المضيفة في حين يكون القانون الدولي الخاص قانوناً إضافياً أو تصحيحياً، كما تستطيع هيئة التحكيم تطبيق مبادئ العدل والإنصاف بدلاً من القانون في حالة موافقة الأطراف على ذلك.³

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 152

² انظر م 42 من الاتفاقية

³ م 3/42 من الاتفاقية

الفقرة الرابعة

أطراف التقاضي أمام المركز

تتميز إجراءات التقاضي أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بكون أحد أطراف النزاع يكون دائما دولة مضيضة أما الطرف الآخر فيكون مستثمر أجنبي ينتمي لدولة أخرى هي طرف في الاتفاقية كما يجوز لأي من الطرفين سواء كان الدولة المضيضة أم المستثمر الأجنبي أن يبدأ في إجراءات التقاضي.¹

وتجدر الإشارة أن تكون الدولة المضيضة للاستثمار والدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي طرفا في اتفاقية المركز حتى تسري أحكام هذه الاتفاقية عليهما أما إذا كانت إحدى هاتين الدولتين ليست طرفا في الاتفاقية فإن هذه الاتفاقية في هذه الحالة لا تسري ولكن يمكن حينئذ التقاضي بموجب قواعد التسهيلات الإضافية.

ويجوز للدول أن تفوض جهات فرعية أو وكالات تابعة لها بأن تكون طرفا في إجراءات التقاضي بالنيابة عنها² كما يمكن أن يكون المستثمر الأجنبي شخصا طبيعيا أو اعتباريا وفي الحالة الأخيرة يجب أن يكون شركة خاصة وليس عامة³ وكلا النوعين لابد أن يستوفي متطلبات وشروط الجنسية المنصوص عليها في الاتفاقية.

هذا ويشترط أن يكون المستثمر الأجنبي من غير مواطني الدولة الطرف في النزاع ويستثنى من ذلك الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع إذا اتفق على معاملته معاملة المستثمر الأجنبي وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه.⁴

¹ م 1 / 25 من الاتفاقية

² م 1 / 25 من الاتفاقية

³ م 2 / 25 من الاتفاقية

⁴ م 2 / 25 ب من الاتفاقية

الفقرة الخامسة

قبول الولاية القضائية للمركز

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

هذا وبمجرد إعلان الطرفين قبولهما الخضوع لتحكيم المركز كتابيا فإنه لا يمكنهما الرجوع فيه بعد ذلك من طرف واحد بمعنى آخر أن قبول الطرفين الخضوع لتحكيم المركز ملزم لهما (م1/25 من الاتفاقية) كما لا يجوز لأي طرف أن يفصل بنفسه في مسألة ما إذا كان قد قدم القبول أم لا بل إن هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في هذه المسألة.¹

وقد يخضع القبول لعدد من الشروط فيجوز مثلا للدولة المضيفة أن تقدم للمركز قبولاً يتعلق بنزاعات معينة دون غيرها كذلك المتعلقة بالمطالبة بتفويضات المصادرة.

الفقرة السادسة

خاصية الاحتواء الذاتي واستقلالية إجراءات التحكيم

تتميز إجراءات التحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بخاصية الاحتواء الذاتي والتي تعني أنها لا تتطلب أي تدخل من أية

¹ م 41 من الاتفاقية

جهة خارجية وبالتحديد المحاكم الوطنية فهذه الأخيرة لا تملك أي سلطة تفرضها على إجراءات التحكيم أو التقاضي الخاصة بالاتفاقية ماعدا سلطة اتخاذ إجراءات تحفظية إذا ما اتفق الأطراف على ذلك.¹ ومن غير المسموح به أن تقوم محكمة وطنية بإبطال أو مراجعة الحكم الذي أصدرته هيئة التحكيم مما يترتب عليه أن مكان التحكيم لا تكون له أية عواقب قانونية عملية بموجب الاتفاقية.

هذا ولا تتأثر إجراءات التحكيم على مستوى هذا المركز بمحاولة أحد الأطراف تعطيل هذه الإجراءات لأن الاتفاقية وفرت نظاما مرنا يسمح باستمرارية هذه الإجراءات ، حيث يقوم المركز بتسمية المحكمين في حالة عدم قيام الأطراف بذلك (م 38 من الاتفاقية) كما أن عدم تسليم المذكرات من قبل أي من الطرفين أو عدم الحضور للجلسات لا يوقف الإجراءات (م 45 من الاتفاقية) أي أن عدم التعاون من قبل أحد الطرفين لا يؤثر في القوة الملزمة للحكم ولا في قابليته للتنفيذ

الفقرة السابعة

فاعلية نظام تحكيم المركز

يتميز نظام التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بأنه على درجة كبيرة من الفاعلية ويرجع ذلك إلى عدة عوامل نذكر منها:

¹ م 47 من الاتفاقية

أولاً: الطبيعة الإلزامية للأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم المركز

تعتبر الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم المركز ملزمة ونهائية¹ فلا يمكن الطعن فيها بالاستئناف أو بأي طريق آخر إلا في حدود ما ورد في هذه الاتفاقية² ويجب على كل دولة أن تحترم الحكم وتنفذه وإلا اعتبر ذلك انتهاك للاتفاقية (م 53 من الاتفاقية) وقد يؤدي إلى إنعاش حق الحماية الدبلوماسية من جانب الدولة التي يتبعها المستثمر بجنسيته.³

ثانياً: تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم المركز

تضمن اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تنفيذ ما يصدر عن هيئات تحكيم المركز من أحكام، حيث تلتزم جميع الدول الأطراف فيها بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر في نطاق الاتفاقية على اعتبار أنها أحكام ملزمة كما تضمن تنفيذ الآثار المالية التي يربتها الحكم داخل أراضيها شأنها شأن الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية للدولة (م 54 من الاتفاقية).

وكما تم ذكره سابقاً فإن المحاكم الوطنية لا تتمتع بسلطة مراجعة الأحكام أثناء تنفيذها غير أنه في حالة إصدار حكم ملزم ضد الدولة الطرف فإن القواعد المعروفة والخاصة بالحصانة ضد التنفيذ لن تسري على الأصول المرتبطة بتأدية الدولة لمهامها العامة (انظر م 55 من الاتفاقية).

¹ السيد الحداد (حفيظة)، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص

266

² المواد من 49 إلى 52 من الاتفاقية

³ م 27 من الاتفاقية

ثالثاً: التأثير الوقائي

يتمتع نظام تسوية منازعات الاستثمار بموجب اتفاقية إنشاء المركز بتأثير فعال حتى ولو لم يتم استخدامه، حيث أن مجرد وجود مثل هذا النظام من شأنه أن يؤثر على سلوك الأطراف فيما يتعلق باحتمال ظهور نزاعات لذلك فإن كلا الطرفين سيحاول تجنب القيام بأي أعمال قد تدفعه في النهاية إلى الدخول في تحكيم قد لا يكون في صالحه فضلاً عن أن إمكانية التقاضي تزيد من رغبة الأطراف في التسوية الودية.¹

الفرع الثالث

توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

كسائر أشكال التحكيم الدولي الأخرى لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلا بموافقة الطرفان كتابياً على ذلك، حيث أن المادة 25/1 من الاتفاقية علق اختصاص المركز بنظر النزاعات الاستثمارية التي تنشأ بين الدول الأطراف في الاتفاقية ورعايا الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية على شرط واقف هو موافقة طرفا النزاع كتابة على اللجوء إلى التحكيم تحت مظلة المركز.

وهذه السمة الاختيارية التي نصت عليها م 1/25 إنما تتجسد إما في صورة شرط تحكيم يرد ضمن بنود عقد الاستثمار أو في صورة مشاركة تحكيم تتخذ شكل اتفاق مكتوب مستقل عن العقد الأصلي يتفق فيه الطرفان على إحالة النزاع القائم بينهم على التحكيم لدى المركز.

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 160

وعلى هذا النحو فإنه لا يكفي لمنح الاختصاص الكامل للمركز بنظر النزاع أن تكون الدولة الطرف في النزاع عضوا في الاتفاقية وأن يكون المستثمر من رعايا دولة أخرى عضوا في الاتفاقية بل لا بد من الحصول على موافقة كتابية من الدولة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي.

وتجدر الإشارة أنه خلال العقدين الأوليين من حياة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كان تحكيم المركز ملتزم بوجود شرط أو مشاركة التحكيم لعقد الاختصاص لهيئات تحكيمه، غير أنه لوحظ في السنوات الأخيرة اتجاه هذه الهيئات إلى التوسع في تفسير السمة الاختيارية المذكورة في المادة 1/25 من الاتفاقية، حيث اكتفت لتقرير اختصاصها في نظر هذه القضايا بوجود نص يشير إلى تحكيم المركز إما في تشريع وطني للاستثمار في الدولة المضيفة أو في اتفاقية للاستثمار وذلك في حالة لجوء المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز استنادا إلى أن التراضي في هذه الحالة غير معدوم فالدولة عندما نصت في تشريعها الوطني أو في اتفاقية الاستثمار على إحالة نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب إلى تحكيم المركز تكون قد أعطت الموافقة والرضا مرة واحدة في قبول التحكيم فإذا وافق المستثمر الأجنبي على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالتحكيم يكون قد حصل التلاقي بين العرض والقبول لأن المستثمر في دعواه يعلن قبول عرض الدولة المضيفة الوارد في تشريعها الوطني أو اتفاقية حماية الاستثمار وبالتالي يتحقق التراضي.

وبهذا فقد اتجهت هيئات تحكيم المركز في الآونة الأخيرة إلى أنه يمكن إعطاء الموافقة على التحكيم بوجه عام بموجب هذه البنود الواردة في قوانين الاستثمار واتفاقيات الاستثمار الثنائية ومتعددة الأطراف وذلك من خلال البدء في إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة.¹

¹ الأسعد ، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية ، المرجع السابق ، ص 163

الفقرة الأولى

التحكيم في منازعات الاستثمار بناء على تشريعات الاستثمار الوطنية

منذ إبرام اتفاقية واشنطن لعام 1965 اتبعت العديد من الدول اقتراح المديرين التنفيذيين بالبنك المركزي المتعلق بعقد الاختصاص لهيئات تحكيم المركز والمتمثل في إمكانية عرض الدولة المضيفة في تشريعاتها الوطنية الداخلية وخاصة تلك المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار إمكانية إخضاع المنازعات الناشئة بينها وبين المستثمرين الأجانب إلى تحكيم المركز ، حيث أدرجت أكثر من 30 دولة هذا الاقتراح في تشريعاتها الداخلية للاستثمار وذلك بغرض جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال توفير ضمانات إضافية للمستثمرين الأجانب.

وقد تتضمن هذه التشريعات بنودا تشير بشكل صريح إلى أن النزاع الذي ينشأ بين الأطراف حول تفسير أو تطبيق قانون الاستثمار ذو الصلة لابد أن يخضع للتحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز أو أن تخضع لقواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز في حالة كون أحد الطرفين فقط دولة متعاقدة في المركز وكمثال على ذلك نذكر المادة 8 / 2 من القانون الألباني الخاص بالاستثمار الأجنبي لعام 1993 التي تنص على ما يلي: " قد يقدم المستثمر الأجنبي حيثيات النزاع ليتم تسويته، وهنا تقبل جمهورية ألبانيا تقديمها إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

كما قد تحتوي هذه التشريعات على بنود ليست واضحة ولكن يمكن الاستدلال منها على قبول الدولة لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كأن تتضمن مثلا القوانين الوطنية النص على أن المستثمر الأجنبي من حقه أن يطلب عرض النزاع على عدد من الجهات من بينها تحكيم المركز مثال ذلك: نص المادة 1/45 من قانون الاستثمار الكاميروني لسنة 1990. أو أنه من حق أي طرف من أطراف النزاع

تحويل النزاع إلى واحد من عدد من المؤسسات من بينها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وقد استندت هيئات تحكيم المركز لبسط اختصاصها بفض منازعات الاستثمار التي تنشأ بين هذه الدول والمستثمرين الأجانب على هذه النصوص التي سبقت الإشارة إليها مبررة ذلك بأن مثل هذه النصوص تعتبر إيجاباً من قبل الدولة المضيفة للاستثمار وتصبح رضاً باختصاص المركز إذا أعلن المستثمر الأجنبي قبوله ورغبته في الاستفادة من هذا الشرط.

وقد سجل المركز في نهاية السنة المالية 2003 ثلاث (03) قضايا جديدة تمت بدون اتفاق تحكيمي استناداً إلى تشريعات الاستثمار الوطنية. وقد اتبع المركز هذا الأسلوب لأول مرة في قضية هضبة الأهرام¹ والتي تمثل مرحلة جديدة في حياة المركز الدولي لمنازعات الاستثمار.

فقد تقدمت شركة Southern pacific properties limited (Middle East) بطلب للتحكيم أمام المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ليتولى حل نزاعها مع الحكومة المصرية بغرض إلزامها بدفع التعويض نتيجة لقيامها بإلغاء مشروع هضبة الأهرام وقد استند طلب التحكيم إلى نص المادة 8 من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974 والتي تنص على أنه: "تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودول المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها مصر بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 في الأحوال التي تسري فيها".

وقد دفعت مصر بأن الفقرة المتعلقة باتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار غير كافية بذاتها بمعنى أنه لا بد من وجود اتفاق مستقل مع

¹ إبراهيم (أحمد إبراهيم)، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 105 وما بعدها

المستثمر، حيث ترى أن القانون رقم 43 لسنة 1974 هو قانون غامض وغير صحيح فيما يخص قبول التحكيم بموجب اتفاقية المركز وأن الهدف من المادة فقط هو الإشارة إلى اعتبار تحكيم المركز واحد من طرق أخرى يمكن الاحتكام إليه بعد الاتفاق مع الحكومة المصرية.

وقد رفضت هيئة التحكيم دفع الحكومة المصرية بأن المادة 8 لا تعني شيئاً سوى التلميح برغبة مصر المبدئية في التفاوض على اتفاق القبول وأعلنت أنه: "على أساس الاعتبارات السابقة فإن الهيئة ترى أن المادة الثامنة من القانون رقم 43 تضع عدداً من الإجراءات الملزمة لفض النزاع وتمثل قبولا كتابيا صريحا بتحكيم المركز، وذلك حسبما ورد في اتفاقية واشنطن فيما يتعلق بتلك الحالات التي لم يتم الاتفاق فيها على طريقة محددة لتسوية النزاع أو التي لا يوجد بشأنها معاهدة ثنائية ملزمة". ونظراً لأن الطرفين المتنازعين لم يتفقا على وسيلة محددة لفض النزاع كما لم تبرم بينهما أية اتفاقية ثنائية فإن هيئة التحكيم ترى أن: "المادة 8 من القانون رقم 43 كافية لإثبات مشروعية الإحالة إلى المركز لتسوية النزاع".

وبهذا فقد فتحت هيئة التحكيم التي أعلنت أنها مختصة بالفصل في القضية على أساس تشريع الاستثمار المحلي لمصر الباب أمام توسع كبير في تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لتغطية الحالات أو القضايا التي جاءت خلواً من اتفاق تحكيم بالمعنى التقليدي وحيث يتعامل المستثمر الأجنبي مع النص التشريعي على أنه إيجاب مفتوح يقبله لمجرد طلب التحكيم أمام المركز.¹

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 168 وما بعدها

الفقرة الثانية

التحكيم في منازعات الاستثمار على أساس اتفاقيات الاستثمار

الثانية

لقد عمدت معظم بلدان العالم الثالث إلى إبرام اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات وذلك لاجتذاب الاستثمار الأجنبي المباشر وتهدف هذه الاتفاقيات بشكل أساسي إلى وضع نظام شامل لجميع الموضوعات الخاصة بالاستثمار ، حيث تتضمن هذه الاتفاقيات شروط تتمثل على سبيل المثال في عدم التمييز في المعاملة ، حظر الحصص المتعلقة بالاستيراد والتصدير ومبدأ عدم التدخل في العلاقات التعاقدية ، وكذا الحق في الحماية والضمان الكاملين والسماح بالتعويض السريع والكافي والفعال في حالة صدور قرارات بتأميم أو نزع الملكية لفائدة المنفعة العامة...إلخ

ومع نهاية الـ 60 من القرن 20 تم توقيع 65 اتفاقية مماثلة وقد اشتملت غالبية هذه الاتفاقيات على بنود تنص على تسوية النزاعات التي يمكن أن تثار بين الأطراف في حين لم تشتمل على بنود تنص على تسوية النزاعات التي يمكن أن تثار بين إحدى الدولتين المتعاقبتين ومواطني أو شركات الدولة المتعاقدة الأخرى.

غير أنه بعد توقيع اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بدأت الإشارة إليها تكثُر في اتفاقيات الاستثمار الثنائية استناداً إلى ما ورد في تقرير المديرين التنفيذيين للبنك الدولي المصاحب لإنشاء الاتفاقية أن التراضي يمكن أن يتم على سبيل المثال في اتفاقيات الاستثمار الثنائية إحالة الخلافات التي تنشأ بين دولة طرف في الاتفاقية ومواطني دولة أخرى طرف فيها على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وقد تم إبرام أول اتفاقية استثمار ثنائية تشتمل على القبول من جانب كل دولة طرف على إخضاع المنازعات التي تنشأ بينها وبين مواطني الدولة الطرف الأخرى

لقضاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في عام 1969 وقد أبرمتها الحكومة الإيطالية مع دولة تشاد في يونيو 1969.¹

وقد شهدت السنوات الأخيرة زيادة هائلة في أعداد هذه الاتفاقيات الثنائية، حيث لا تكاد توجد دولة من دول العالم سواء أكانت متقدمة أو نامية إلا وكانت طرفاً في اتفاقية أو أكثر من هذه الاتفاقيات.

وغالباً ما تتضمن هذه الاتفاقيات الثنائية شرط جواز الالتجاء إلى واحد أو أكثر من قواعد أو مراكز التحكيم المحددة في الاتفاقية وفي معظم هذه الاتفاقيات تتم الإشارة إلى واحد أو أكثر من أشكال التحكيم التي يديرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومنها التحكيم بموجب اتفاقية المركز لعام 1965 والتحكيم بموجب التسهيلات الإضافية التابعة للمركز حيث تعبر هذه الشروط عن قبول كلتا الدولتين الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

هذا ومما لا شك فيه أن هذا الكم الهائل من اتفاقيات الاستثمار الثنائية وما ورد فيها من قبول للتحكيم بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قد أدى إلى توسع اختصاص المركز من خلال السماح للأفراد أو الشركات الخاصة باللجوء مباشرة إلى التحكيم ضد الدولة دون حاجة إلى اتفاق تحكيم مسبق .

وقد أصبح المركز منذ عام 1998 يسجل تقريباً قضية كل شهر وقد تم رفع أكثر من 3/4 هذه القضايا من قبل المستثمرين بدون اتفاق تحكيم بالمفهوم التقليدي المتعارف عليه والمتمثل في وجود شرط أو اتفاق تحكيم وذلك استناداً إلى قبول الدول لبند تسوية النزاعات عن طريق تحكيم المركز في اتفاقيات الاستثمار الثنائية.

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات الاستثمار الدولية ، المرجع السابق ، ص ص 171-172

ففي نهاية عام 2003 بلغ عدد القضايا المسجلة لدى المركز الدولي والتي تم الاستناد فيها إلى اتفاقيات الاستثمار الثنائية 47 قضية، ويعتبر الحكم الصادر في النزاع بين شركة المنتجات الزراعية المحدودة من هونغ كونغ AAPL وجمهورية سريلانكا أول حكم يؤسس اختصاص هيئة تحكيم المركز استناداً إلى وجود نص في اتفاقية استثمارية ثنائية يحيل إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. فقد تقدمت شركة APPL من هونغ كونغ (التي كانت مؤجرة لانجلترا في ذلك الوقت) بطلب تحكيم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 8 يوليو 1987¹ من أجل إلزام جمهورية سريلانكا بدفع التعويض عن الأضرار التي أصابها من جراء الدمار الذي وقع للمنشآت الخاصة نتيجة للعمليات العسكرية التي قامت باه القوات السريلانكية ضد طلبها المتمردين، وقد أسست شركة AAPL في اللجوء إلى تحكيم المركز على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدة وسريلانكا سنة 1980 والتي نصت في المادة 1/8 منها على أنه: "على كل دولة متعاقدة الموافقة على إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعايا أو شركة تابعة لطرف المتعاقد الآخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأول إلى التحكيم وفقاً لقواعد المركز".

وقد انتهت هيئة التحكيم إلى قبول اختصاصها بنظر النزاع، حيث اعتبر المحكمون أنفسهم مختصين على الرغم من عدم إبرام أي اتفاق تحكيمي بين المستثمر ودولة سريلانكا وأسسوا حكمهم على اتفاقية الاستثمار الثنائية التي تضمنت موافقة الدولة العضو في الاتفاقية على الالتجاء إلى التحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي وهو ما يعتبر إيجاباً من قبل الدولة بالموافقة على تحكيم المركز التقى بقبول المستثمر لهذا الإيجاب بتقديمه لطلب التحكيم مما يتكون معه الرضا المطلوب لانعقاد الاختصاص لهيئات تحكيم المركز.²

¹ الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 172 وما بعدها

² الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص ص 175 - 176

ومن أمثلة ذلك على الصعيد الوطني نذكر اتفاقية الجزائر وفرنسا حول تشجيع وحماية الاستثمارات في م 8 منها أن النزاع أو الخلاف بين الطرفين إذا لم يسو في مدة 06 أشهر يرفع النزاع إما للمحكمة المختصة وهي المحكمة الجزائرية وإما أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار¹.

كما نصت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية عن ضمان المخاطر غير التجارية من طرف الدولتين المتعاقبتين، حيث يستفيد المستثمر الذي تعرض لخسائر ناجمة عن الحرب أو أي نزاع مسلح آخر كثورة أو حالة طوارئ وطنية أو ثورات تقوم على إقليم أو منطقة بحرية من معاملة لا تقل امتيازاً عن تلك الممنوحة لمواطني الدولة المضيفة أو لشركائها أو أولئك الذين ينتمون للدولة الأكثر رعايا وتسوى منازعات الاستثمار في إطار هذه الاتفاقية عن طريق اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وإلى المحكمة التحكيمية التي تنشأ بهذا الغرض وتتشكل باتفاق الطرفين وفي حالة عدم الاتفاق ينتدب رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية الدولية بستوكهولم للقيام بالتعيينات المطلوبة²

وما يمكن قوله في خاتمة هذا الفصل هو أن التحكيم أصبح يمثل القضاء الطبيعي في الفصل في منازعات الاستثمار ويرجع ذلك لما يتمتع به من مزايا ولتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم باعتباره ضماناً اجرائياً لتشجيع الاستثمار فضلاً عن أسباب أخرى تنحصر في مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة عن أصل الروابط الاستثمارية وأنه لتجنب المشاكل التي قد تنتج إما عن التشكيك في أهلية الدولة أو تلك الناتجة عن تمسك هذه الخيرة بحصانتها والوصول إلى عملية تحكيم فعالة يجب تبني العديد من المبادئ اللازمة أساسية كانت أو مكملة مع ضرورة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي. وقد لعب المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دوراً هاماً في ذلك

¹ قريوع عليوش (كمال)، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 67

² الجليلي (عجة)، المرجع السابق، ص 644

من خلال توسيعه لنطاق اختصاصه ليشمل التحكيم بناء على تشريعات وطنية والتحكيم
بناء على اتفاقيات الاستثمار الثنائية.



خاتمة

مما لاشك فيه أن التحكيم بصفة عامة أصبح يعيش أرقى عصوره، حيث شاع وانتشر استخدامه كوسيلة لتسوية المنازعات أكثر من أي وقت مضى، وقد بدأ كواقع فرضته ظروف العولمة والاتجاهات العالمية الحديثة حتى شمل بنطاقه منازعات الاستثمار الدولية أو ذات الطابع الدولي.

وتزامن ذلك مع تحول وظيفة الدولة من دولة حارسة إلى دولة تاجرة، حيث دخلت الدولة في ميدان التجارة على الصعيدين الداخلي والدولي وترتب على ذلك تنازلها عن جزء من سيادتها وهيبتها لصالح ذلك وأصبحت تتعامل مع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين على قدم المساواة وأبرمت معهم عقود من أجل تلبية احتياجات أفرادها المختلفة.

وقد كانت العلاقة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية في تلك العقود من وجهة نظر الدول النامية ومنها الدولة الجزائرية علاقة خضوع وسيطرة على ثرواتها ومقدراتها من قبل هذه الأشخاص الأجنبية التي بما تملكه من أموال قد تتجاوز ميزانية أحدها (الأشخاص الأجنبية) مجموعة كبيرة من الدول النامية أما من وجهة نظر الدول المتقدمة فقد كانت العلاقة حسبهم تميل لصالح الدول النامية وذلك لتمتع هذه الأخيرة بالسيادة والامتيازات العامة التي تجعلها في مركز أقوى من هذه الأشخاص، حيث أنه في استطاعتها (الدول النامية المضيضة للاستثمار) إلغاء هذه العقود أو تعديلها أو اللجوء إلى التأميم أو المصادرة أو غيرها من السلطات في مواجهة الأشخاص الأجنبية.

غير أنه لم يتم العمل بوجهة نظر الدول النامية وحاولت الدول المتقدمة التي يتبعها الأشخاص الخاصة الأجنبية فرض التوازن العقدي من خلال استخدام وسائل وأساليب مختلفة من بينها التحكيم مع أنه نظام خاص لا يمت لعقود الاستثمار الدولية بأية صلة لا من قريب ولا من بعيد ولم تستطع الدول النامية مقاومة ذلك حتى أصبح وجود شرط التحكيم في تلك العقود شرطا مألوفاً.

لذلك حاولنا من خلال هذه الدراسة إلقاء مزيد من الضوء على مختلف المسائل القانونية التي يثيرها موضوع التحكيم في منازعات الاستثمار نظرا لأهميتها من

منظور الدول النامية التي ضاقت ذرعا من الوسائل والحيل التي تستخدم ضدها وخصوصا عند عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع.

ولقد خلصت من خلال هذه الدراسة إلى أن التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض المنازعات في مجال الاستثمار خصوصا في ظل ما نشهده من متغيرات في عصرنا الذي يتطلب توافر الأسباب التي دفعت إلى التحكيم في منازعات الاستثمار وأن نجاحه في هذا المجال منوط بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين المستثمر الأجنبي وضمائنه وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للبلدان النامية بما فيها الجزائر، ومن ثم بات مؤكدا ضرورة تطوير التحكيم الدولي وخاصة في الجزائر لما يتوافق مع طبيعة وروابط الاستثمار وخصوصية ما يقرره من منازعات.

كما انتهت إلى اقتراح عدة توصيات من أجل تحقيق الفعالية للتحكيم وقراراته في مجال الاستثمار نجملها في:

- وجوب التروي الشديد وبذل العناية القصوى عند صياغة شرط التحكيم في عقود الاستثمار ذلك أن وجود بعض الثغرات في مضمونه أو صياغته قد تميل بالتحكيم عن مساره الطبيعي، أين تسمح للطرف الذي لا يرغب باللجوء إليه بإتباع أساليب المماطلة وبالتالي يصبح وسيلة عديمة الأثر وكذلك يفتح المجال أمام المحكمين الدوليين للوصول إلى نتائج قد تكون غير عادلة مما قد يؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد ولا يقتصر ذلك على الطرف المتعاقد بل يجب على المشرع نفسه أن يراعي عند صياغته لهذا الشرط النصوص القانونية التي قد تتعلق بهذه العقود وتؤثر على مصيرها.

- لابد من المراجعة الدائمة والمستمرة لتشريعات الدول النامية حتى لا تدع مجالا للقول بأنها متخلفة ولا تواكب التطورات المستجدة، بحيث لا يجب أن تبقى مدة زمنية طويلة دون تغيير أو تحديث ولا شك أن ذلك يزيد من استقلالية التحكيم.

- ضرورة ايجاد صيغة دولية قادرة على تقنين الكثير من القواعد المادية التفعيلية لحماية رأس المال الأجنبي وإقامة العدالة المتوازنة التي تتطلع إليها الدول النامية وعلى رأسها الجزائر.

- على المشرع تنظيم التحكيم في إطار المؤسسات الاقليمية والدولية ليكون الوسيلة الاجرائية للمستثمرين وعاملا شاملا للاستثمار في الجزائر.

- ضرورة بذل العناية القصوى من قبل الأطراف عند اختيار المحكمين مع مراعاة أن يتمتع المحكم المختار بالخبرة والتخصص والاستقامة والحيادة ووجوب استبعاد فكة النظر إلى المحكم من قبل الأطراف على أنه محامي الدفاع عنهما، حيث أن وظيفة المحكم تختلف عن وظيفة المحامي ولذلك يجب على الدولة والأشخاص المعنوية العامة استعمال كافة الحقوق المضمونة لها في مجال تحديد تشكيل هيئة التحكيم وأن تضع الشروط والضمانات التي تراها مناسبة من حيث الكفاءة والخبرة والجنسية مع تحييد الاعتبارات الشخصية والسياسية والاستفادة من خبرة وكفاءة المحكمين العرب الذين هم أهل لذلك.
- وجوب عمل الدولة على إشراك رجال القانون في المفاوضات قبل إبرام عقد الاستثمار مراعاة الأشكال التي يوجب قانون الدولة اتخاذها عند الإبرام ولما يتمتع به رجال القانون من خبرة وتخصص في هذا المجال تجعل من العقد محكم الصياغة ويتجنب أي ثغرات قد تستغل ضدها.
- ضرورة تنظيم التحكيم في قواعد وأحكام تضمن بقاءه كاستثناء عن الأصل المتمثل في أن الولاية العامة للقضاء الوطني في حل المنازعات وعدم السماح لهذا النوع من وسائل التسوية البديلة بأن يصبح قضاء خاصا موازيا ومنافسا للقضاء الوطني وينتشر ليشمل باقي الميادين والقطاعات الأخرى غير قطاع الاستثمار.
- ضرورة إعداد الكوادر والإطارات المتخصصة والمتسلحة بالعلم العميق والخبرة الواسعة من طرف الدول النامية وتقديمهم إلى العالم الخارجي وذلك من خلال إعداد الدورات التدريبية لهم والمشاركة في المؤتمرات والندوات الداخلية والخارجية ثم من خلال نشر قرارات التحكيم الصادرة عن مراكز التحكيم الموجودة فيها حتى يعلم بها المتعاملون في ميدان التجارة الدولية بصفة عامة وفي مجال الاستثمار بصفة خاصة لتأكيد الثقة بهذه المراكز وفي كفاءتها وجديتها ولا شك أن هذا الأمر قد يخفف من تعنت المستثمرين الأجانب وما يشترطونه من أن يكون التحكيم أمام المراكز الدولية كمركز تسوية منازعات الاستثمار في واشنطن وغرفة التجارة الدولية بباريس وغيرها من مراكز التحكيم المقبولة لديهم.



المراجع

أولاً: الكتب

1/ باللغة العربية:

- إبراهيم (إبراهيم أحمد)، التحكيم الدولي الخاص ، القاهرة، دار النهضة العربية،
الطبعة 03 ، 2002
- الأسعد (بشار محمد)، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية:
دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية،
بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1، 2009
- الأسعد (بشار محمد)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بيروت،
منشورات الحلبي الحقوقية
- الجيلالي (عجة)، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الجزائر، دار الخلدونية
للنشر والتوزيع، 2006
- السيد الحداد (حفيظة)، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية: تحديد ماهيتها
والنظام القانوني لها، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001
- السيد الحداد (حفيظة)، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات
الخاصة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي
- السيد الحداد (حفيظة)، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية
وأثره على القانون الواجب التطبيق، الاسكندرية ، دار المطبوعات
الجامعية، 2001
- السيد الحداد (حفيظة)، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، الاسكندرية، دار

الفكر الجامعي، 2001

المواجدة (مراد محمود)، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار

الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010

بربري (محمود مختار أحمد)، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية،

الطبعة 03، 2004

ثروت (حبيب)، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية

(اتفاقية فيينا)، المنصورة، مكتبة الجلاء، الطبعة 02، 1995

جمال الدين (صلاح الدين) ومصيلحي (محمود)، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في

منازعات التجارة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004

راشد (سامية)، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، القاهرة، دار النهضة

العربية، 1984

رضوان (أبو زيد)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة

العربية، 1993

شحاتة (محمد نور)، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للتحكيم، القاهرة، دار

النهضة العربية، 1993

عبد الباقي (عبد الفتاح)، أحكام الالتزام، مصر، مطبعة جامعة القاهرة، 1991

عشوش (أحمد عبد الحميد)، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار : دراسة

مقارنة، الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 1990 -4 -مخلوف (أحمد)

اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية: دراسة

تحليلية تأصيلية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001

عليوش قربوع (كمال)، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الجزائر، ديوان

المطبوعات الجامعية

عليوش قربوع (كمال)، قانون الاستثمارات في الجزائر، الجزائر، ديوان المطبوعات

الجامعية، 1999

قادري (عبد العزيز)، الاستثمارات الدولية: التحكيم التجاري الدولي، ضمان

الاستثمارات، الجزائر، دار هومة للكتابة والنشر والتوزيع، 2004

- قاسم علي (طه أحمد)، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، الاسكندرية، دار
الجامعة الجديدة، 2008
- كولا (محمد)، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، الجزائر،
منشورات بغداد، 2008
- محمد بن (جلال وفاء)، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار
الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001
- هاشم (محمود)، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية "اتفاق التحكيم:
دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقهاء الاسلامي"، القاهرة، دار
الفكر العربي، الجزء الأول، 1990
- هشام (صادق علي)، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،
الاسكندرية، منشآت المعارف، 1995
- نادر (محمد ابراهيم)، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي،
الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، 2002

2 / باللغة الفرنسية:

- BORNARD (A), L'Arbitrage volontaire en droit privé,
Bruxelles, 1937**
- DAVID (R), L'Arbitrage dans le commerce international,
Paris, Economica, 1982**
- FOUCHARD (Ph), Gaillard (E), Goldman (B), Traité de
l'Arbitrage commercial international, Litec, 1996**
- JACQUET (J.M) Principe d'autonomie et contrat
internationaux, Paris, Economica, 1983**
- JAROSSON (Ch), La Notion D'Arbitrage, Paris, L.G.D.J, 1987**
- KASSIS (A), Théorie générale D'Usage commerce, Paris,
L.G.D.J, 1984**
- LOQUIN (E), L'Amiable composition en droit comparé et
international, librairies technique,**
- POLITIS (N), Les Nouvelles tendances du droit international,**

ثانيا: الرسائل والمقالات العلمية:

1- الرسائل:

بوصنوبرة (خليل)، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه بالتشريع الجزائري، رسالة
دكتوراه، جامعة قسنطينة 1، 2007-2008

2- المقالات العلمية:

1- باللغة العربية:

أبو العينين (محمد)، الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على
وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي، العدد 05، سبتمبر 2002
أبو العينين (محمد)، دور التحكيم في حل منازعات التجارة والاستثمار الدوليين،
مقالة موثيق اتحاد المحامين العرب، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998
إبراهيم (إبراهيم أحمد)، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين
شمس للتحكيم، مجلة الدراسات القانونية، بيروت، العدد 07، 2001
الأحدب (عبد الحميد)، آليات فض المنازعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية
الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية
الأوروبية، الطبعة 01، 2001
الأحدب (عبد الحميد)، تنفيذ الأحكام التحكيمية في الدول العربية، التحكيم العربي
في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق

والتحكيم، 2003

الأهواني (حسام الدين)، المسائل القابلة للتحكيم ، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس من 15 إلى 20

مارس 2001

القيسي (محي الدين) ، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعماً للاستثمار الدولي في القانون الجديد في منازعات العقود الدولية في لبنان سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، الطبعة 01 ، 2003 الورفلي (أحمد)، الاتجاهات التشريعية والقضائية في بلدان المغرب العربي في ميدان التحكيم، المجلة التونسية للتحكيم، العدد الثاني، مطبعة علامات تونس

2003

بجاوي (محمد)، محاضرة أقيمت بملتقى التحكيم التجاري الدولي المنعقد بالجزائر في شهر أكتوبر 1993 غير منشورة

حربون (جورج حربون)، عبيدات (رضوان)، إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 26 الأردن

أفريل 2006

عكاشة (محمد عبد العال)، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمار العربية الأوروبية في بيروت

من 13 إلى 15/02/2001

مشهور (عمر)، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة النقابية للمحامين، العدد

09 و 10 ، الأردن 2002

هاني صلاح (سري الدين) ، التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة مع إشارة خاصة لأحكام القانون المصري وأحكام التحكيم التجاري الدولي ،

التحكيم العربي في آفاق الألفية 03 ، سلسلة إصدارات المركز اليمني

للتوفيق والتحكيم ، ط 1 وط 2

ب- باللغة الفرنسية:

BOREL (M.E) L'Acte général de Genève 27 R.E.A.D.I, 1929

SCHOLL (M), Arbitrage et droit privé européen : critique d'une incusion, Gazette du palais, journal spécial des sociétés française par actions, lextenso édition, Paris, N°2007/ 2Juillet 2007

UNAT, (I) : Exes de pouvoir du juge arbitrale, 1951

ثالثا: الأحكام والقرارات القضائية:

1- القرارات الجزائرية

قرار المحكمة العليا الصادر في 2011/05/05 تحت رقم 662511 بشأن النزاع الذي قام بين الشركتان الجزائرية والفرنسية بخصوص الحصول على الترخيص من بنك الجزائر بخصوص العملة الصعبة والمشار إليه في المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا بالدول العربية المنعقد في 24-26/09/2013 تحت عنوان رقابة القضاء الوطني على أحكام التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار - بدء من إجراءات التحكيم وحتى تنفيذ حكم التحكيم-

قرار المحكمة العليا الصادر في 2012/07/04 تحت رقم 791649 المشار إليه في المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا بالدول العربية - المرجع السابق

2- القرارات الأجنبية

حكم محكمة العدل الدولية الصادر بتاريخ 1952/07/1 بخصوص قضية امبايلوس (اعتراض أولي)، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948-1991، منشورات الأمم المتحدة الو م أ، 1992

- C Cass, 1^{er} juillet 1843, D1843
- C Cass, 10/04/1957
- Revue critique de droit international privé, 1958
- Cour D'Appel de Paris 13/06/1996, Rev. Arb, 1997

3- القرارات التحكيمية

ICSID News, vol 20, N2, 2003

الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بتاريخ 1985/12/10 المشار إليه في
المواجدة (مراد)، المرجع السابق ، ص 205

رابعاً: المواثيق الدولية والنصوص القانونية

1- المواثيق الدولية

- اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات الأجنبية المنشأة في
1958/06/10
- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية المبرمة في
1965/03/18

- الاتفاق الجزائري الفرنسي الموقع في 26/06/1963 الخاص بالتحكيم في منازعات الشركات العاملة في الصحاري
- The Algerian Oil policy, Events, Studus, Déclarations and agréments tome 1, pp4 : 9Arts, 171-8-1972**
- البروتوكول الملحق بالعقد الجزائري الفرنسي لسنة 1965
- القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي، مجلد 2، فقرة 22 ، 1958
- الكتاب السنوي لمجمع القانون الدولي، الجزء 29 ، 1922
- بروتوكول جنيف الصادر في 24/09/1923
- قواعد اليونسترال لسنة 1976
- لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس 1998
- لائحة المركز الدولي للخبرة المنشورة في مجلة التحكيم الفرنسية لعام 1995

2- القوانين والمراسيم:

- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية
- المرسوم رقم 88/233 المؤرخ في 5/11/1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك المنشأة في 10/06/1958 الذي تم نشره في الجريدة الرسمية العدد 48 لسنة 1988
- المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993

خامسا: المواقع الالكترونية

Http : WWW.JUS.UIO.NO/LM/UN Arbitration. Rules.1976

Http : WWW.JUS.UIO.NO/LM/ICC Arbitration. Rules. 1998

I.C.L.Q., Vol.1,1952

I.L.M., Vol 20,1981



المخلص

إن ولاية القضاء في الدولة كأصل عام يشمل جميع المنازعات وجميع الأشخاص الموجودين على إقليمها وطنيين كانوا أو أجانب، وفقا لمبدأ سيادة الدولة على أراضيها وإقليمها.

وإذا ما سلمنا بأن منازعات الاستثمار تخضع لسلطة القضاء الوطني دون غيره وهو الأصل، فإن أية تسوية لتلك المنازعات خارج محاكم الدولة تعد استثناء يراد من ورائه جلب وتسهيل الاستثمارات الأجنبية، وقد جاء تلبية لإرادة المستثمرين الأجانب لخوفهم من تحيز القاضي الوطني وتأثره بالايديولوجية السائدة في دولته. لهذا السبب ولغيره يفضل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم كهيئة مستقلة لفض منازعاته مع الدولة المضيفة أو إحدى الهيئات التابعة لها.

والحديث عن التحكيم في منازعات الاستثمار يستلزم منا التطرق أولاً لنظام التحكيم بصفة عامة وما يتضمنه من ماهية للتحكيم، وكذا مختلف المراحل التي يمر بها. والتحكيم سواء كان شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم يختلف عن غيره من المصطلحات الأخرى المشابهة له كالخبرة والصلح والقضاء الوطني، أما عن طبيعته القانونية فقد اختلفت النظريات حول تحديدها بين من يرى بأنه ذو طبيعة تعاقدية، وبين من يرى أنه ذو طبيعة قضائية، في حين يذهب آخرون إلى اعتباره ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة. والتحكيم بكل أنواعه يمر بعدة مراحل تبتدئ بالاتفاق على التحكيم وتنتهي بصدور الحكم التحكيمي وتنفيذه.

هذا وإن الحديث عن التحكيم في منازعات الاستثمار يتطلب بيان توضيح فكرة التحكيم في منازعات الاستثمار، والتي لاستيعابها لابد من الإشارة إلى مبررات اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات الاستثمار لدرجة أنه أصبح يمثل القضاء الطبيعي في هذا المجال، ويرجع ذلك لما يتمتع به من مزايا، ولتمسك المستثمرين الأجانب بشرط التحكيم باعتباره ضماناً إجرائية لتشجيع الاستثمار، فضلا عن أسباب أخرى تنحصر في مجموعة

الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة عن أصل الروابط الاستثمارية كالاستيلاء ونزع الملكية والمصادرة وغيرها.

ويتم التحكيم بخصوصية تميزه عن سائر المنازعات الأخرى، والتي تتبع أساسا من كون أحد الأطراف هو شخص معنوي عام يتعامل مع شخص خاص، وعلى هذا الأساس يتعين اختيار نوع التحكيم المناسب لخصوصية هذه المنازعات، وكذا اختيار محكمين يتوافر لهم التكوين والخبرة الملائمين للتصدي لمثل هذه المنازعات، مع مراعاة السرية في إجراءات التحكيم في هذه العقود لارتباطها بمصالح الدولة.

وتعيق عملية التحكيم وتجعلها غير فعالة العديد من المشاكل الناتجة عن كون أحد الأطراف هو الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، تتمتع بمركز مميز تسعى للحفاظ عليه سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو خلالها أو بعد صدور الحكم التحكيمي، كالتشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها الكافية على اللجوء إلى التحكيم، أو التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم.

ولتجنب هذه المشاكل والوصول إلى عملية تحكيم فعالة وجب تبني العديد من المبادئ اللازمة أساسية كانت أو مكملة، بالإضافة إلى ضرورة الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، ولقد لعب المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دورا هاما في ذلك، من خلال توسيع مجال اختصاصه ليشمل التحكيم بناء على التشريعات الوطنية وبناء على اتفاقيات الاستثمار الثنائية.

Abstract

As a general principle, the state judicial management system covers all disputes, as well as all people living in its territory, nationals or foreigners, according to the principle of state sovereignty over its national territory.

Assuming that investment disputes come exclusively subject to the authority of the national judiciary as a rule, then any settlement of such disputes outside state courts is an exception, whose aim is to attract and facilitate foreign investment. The exception has come in response to the wish of foreign investors who fear a domestic judge might be biased and influenced by the ideology prevailing in the state. For this and other reasons, foreign investors prefer resorting to arbitration as an independent body in settling their own disputes with the host country or one of its affiliated bodies.

Talking about arbitration of investment disputes requires that we first shift our focus to the arbitration system in general, to the mechanisms it involves, and to the different stages it goes through. Whether a clause or a stipulation, arbitration differs from other similar terminology, such as experience, reconciliation and national judiciary. As for its legal nature, theories have diverged as to its definition. Some believe it has a contractual nature; some think it has a judicial nature. Others, on the other hand, consider it to be of a mixed or a dual nature.

All sorts of arbitration pass through several stages, beginning with the agreement on arbitration and ending with the pronouncement and implementation of the arbitration judgment.

Moreover, discussing arbitration of investment disputes calls for an explanation of the idea behind it. To understand it, additionally, one must point out the elements that justify resorting to arbitration in the area of investment disputes. For it has reached the stage of representing a natural judicial system in this field – thanks not only to

its advantages, but to the emphasis of foreign investors on the arbitration clause as a procedural guarantee to promote investment as well. Other motives also come into play. They are limited to the set of sudden circumstances facing the state, as opposed to other investment links, such as occupation, expropriation, confiscation and so forth.

There exists another feature distinguishing arbitration from other sorts of disputes. It essentially stems from the fact that one of the parties could be a general legal person dealing with a particular individual. On this basis, an appropriate kind of arbitration should be chosen for the singularity of such disputes. Arbiters having suitable training and convenient experiences should also be picked up to deal with such disputes. Confidentiality regarding arbitration proceedings should also be ensured when dealing with contracts linked to the interests of the state.

The arbitration process can be hindered and rendered ineffective by many problems arising from the fact that one of the parties, the state or some affiliated body, enjoys a privileged status and seeks to preserve it, either before or during arbitration proceedings, or even after the issuance of the arbitration judgment; by questioning for example, the eligibility of the state or its ability to resort to arbitration, or by questioning the viability of the disputed matter to arbitration.

To bypass these problems and reach an effective arbitration process, many basic principles, whether essential or complementary, are to be adopted. Stress should also be put on the need to recognize and implement arbitration judgments. The International Center for Settlement of Investment Disputes has played a significant role in this connection by extending its field of competence to include arbitration based on both national legislation and bilateral investment agreements.

Résumé

Comme principe général, le système de gestion judiciaire étatique couvre tous les différends, ainsi que toutes les personnes vivant sur son territoire, nationaux ou étrangers, selon le principe de la souveraineté de l'état sur son territoire national.

En supposant que les différends d'investissement soient exclusivement soumis à l'autorité du système judiciaire national en règle, alors tout règlement de ces différends en dehors des tribunaux de l'état fait une exception, dont le but est d'attirer et de faciliter les investissements étrangers. L'exception se fait en réponse à la volonté des investisseurs étrangers, qui craignent qu'un juge national puisse manquer d'impartialité et se montrer influencé par l'idéologie dominante dans l'état. Pour cela et pour bien d'autres raisons, les investisseurs étrangers préfèrent recourir à l'arbitrage en tant qu'organe indépendant vis-à-vis du règlement de leurs différends avec le pays d'accueil ou avec un de ses organismes affiliés.

Parler de l'arbitrage des différends relatifs aux investissements exige que notre attention se focalise d'abord sur le système d'arbitrage en général, sur les mécanismes qu'il implique, et sur les différentes étapes qu'il traverse. Qu'il fait l'objet d'une clause ou d'une stipulation, l'arbitrage diffère de toute autre terminologie semblable, tels que l'expérience, la réconciliation et le système judiciaire national. A propos de sa nature juridique, les théories ont divergé quant à sa définition. Certaines théories croient qu'il a une nature contractuelle; certaines pensent qu'il a un caractère judiciaire. D'autres, en revanche, considèrent qu'il est d'une nature mixte ou d'un duel.

Toutes sortes d'arbitrage passent par plusieurs étapes, en commençant par l'accord sur l'arbitrage et en se terminant avec le prononcé et l'exécution de la sentence arbitrale.

Aborder en outre l'arbitrage de différends relatifs aux investissements fait appel à une explication de l'idée qui les sous-tend. Qui plus est, pour le comprendre, il faut souligner les motifs justifiant le recours à l'arbitrage dans le domaine des différends relatifs aux investissements.

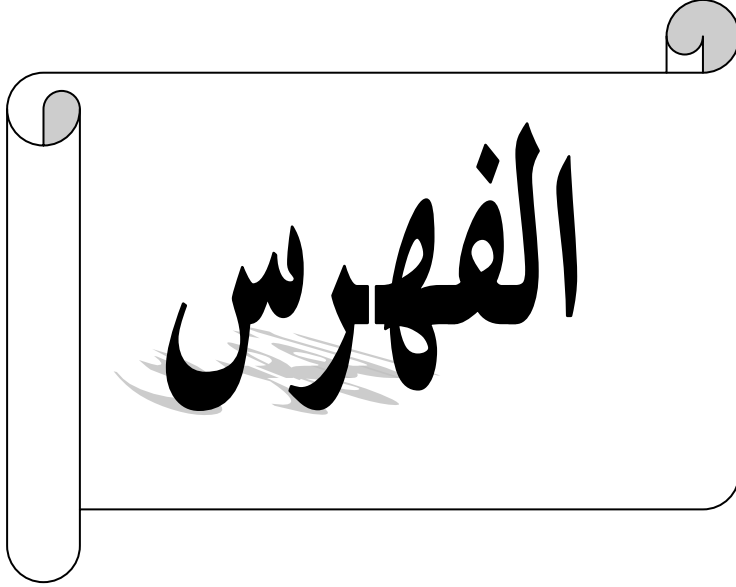
Car il vient d'atteindre le stade de représenter un système judiciaire naturelle dans ce domaine - non seulement grâce à ses avantages, mais aussi grâce au fait que les investisseurs étrangers s'accrochent à la clause d'arbitrage en tant que garantie procédurale pour promouvoir l'investissement. D'autres motifs entrent également en jeu. Ils sont limités à l'ensemble des circonstances inattendues faisant face à l'état, par opposition à d'autres liens d'investissement, tels que l'occupation, l'expropriation, la confiscation et ainsi de suite.

Il existe une autre particularité démarquant l'arbitrage d'autres sortes de conflits. Elle provient essentiellement du fait que l'une des parties pourrait être une personne morale allant à l'encontre d'une personne particulière. Partant de cette base, un type d'arbitrage adéquat devrait être choisi pour la singularité de ces différends. L'on devrait également faire appel à des arbitres ayant reçu une formation adaptée et ayant des expériences pratiques pour faire face à ces litiges. La confidentialité concernant la procédure d'arbitrage devrait également être assurée lorsqu'on a affaire à des contrats liés aux intérêts de l'état.

Le processus d'arbitrage peut être entravé et rendu inefficace par de nombreux problèmes découlant du fait que l'une des parties, l'état ou un organisme affilié, bénéficie d'un statut privilégié et cherche à le préserver, que ce soit avant ou pendant la procédure d'arbitrage, ou même après le prononcé de la sentence arbitrale; soit par la mise en cause, par exemple, de l'admissibilité de l'état ou de sa capacité à recourir à l'arbitrage, soit par la mise en cause de la viabilité de la question en litige à l'arbitrage.

Pour surmonter ces problèmes et parvenir à un processus d'arbitrage efficace, de nombreux principes de base, essentiels ou complémentaires, doivent être adoptés.

L'accent devrait également être mis sur la nécessité de reconnaître les jugements d'arbitrage et de les mettre en œuvre. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a joué un rôle important à cet égard par l'extension de son domaine de compétence afin d'inclure l'arbitrage fondé sur la législation nationale aussi bien que sur les accords bilatéraux d'investissement.



الفهرس

الصفحة	المواضيع
01	مقدمة
06	الفصل الأول: نظام التحكيم
07	المبحث الأول: ماهية التحكيم
07	المطلب الأول: مفهوم التحكيم وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له
07	الفرع الأول: تعريف التحكيم
12	الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من المفاهيم المشابهة له
13	الفقرة الأولى: التحكيم والخبرة
15	الفقرة الثانية: التحكيم والصلح
17	الفقرة الثالثة: التحكيم والقضاء الوطني
20	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم
20	الفرع الأول: نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم
22	الفرع الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم
24	الفرع الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم
27	المطلب الثالث: أنواع التحكيم
27	الفرع الأول: التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح
28	الفقرة الأولى: التحكيم بالقانون
29	الفقرة الثانية: التحكيم مع التفويض بالصلح
30	الفرع الثاني: التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي
30	الفقرة الأولى: التحكيم الحر
31	الفقرة الثانية: التحكيم المؤسساتي
33	الفرع الثالث: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي
33	الفقرة الأولى: التحكيم الداخلي
35	الفقرة الثانية: التحكيم التجاري الدولي

38	المبحث الثاني: المراحل التي يمر بها نظام التحكيم
38	المطلب الأول: مرحلة الاتفاق على التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع
38	الفرع الأول: مرحلة الاتفاق على التحكيم
40	الفقرة الأولى: شرط التحكيم
43	الفقرة الثانية: اتفاق أو مشاركة التحكيم
45	الفقرة الثالثة: اتفاق التحكيم الخاص
46	الفرع الثاني: مرحلة القانون الواجب التطبيق على النزاع
50	المطلب الثاني: مرحلة تحديد موضوع التحكيم وتشكيل محكمة التحكيم
50	الفرع الأول: مرحلة تحديد موضوع التحكيم
51	الفقرة الأولى: معايير التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية
52	أولاً: المعيار الموضوعي
53	ثانياً: المعيار الشكلي
54	ثالثاً: طريقة التعداد
56	الفقرة الثانية: التحفظات الواردة بشأن موضوع التحكيم
57	أولاً: التحفظات المتعلقة بالسيادة
57	ثانياً: التحفظات الموضوعية
58	الفرع الثاني: مرحلة تشكيل محكمة التحكيم
59	الفقرة الأولى: سلطة تعيين أعضاء التحكيم
60	أولاً: تعيين أعضاء التحكيم بواسطة سلطات الدولة المضيفة
60	ثانياً: تعيين أعضاء التحكيم عن طريق سلطات أجنبية
61	ثالثاً: سلطة تعيين الحكم الثالث
62	الفقرة الثانية: الشروط الواجب توافرها في أعضاء التحكيم المعينين من قبل الغير
62	أولاً: شرط الجنسية

63	ثانيا: شرط انتفاء وجود مصلحة في النزاع
64	المطلب الثالث: مرحلة إجراءات التحكيم وصدور القرار التحكيمي
64	الفرع الأول: مرحلة إجراءات التحكيم
65	الفقرة الأولى: بدء إجراءات التحكيم
66	الفقرة الثانية: أطراف التحكيم
66	الفقرة الثالثة: مكان التحكيم
67	الفقرة الرابعة: الإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم
68	الفرع الثاني: مرحلة صدور قرار التحكيم
69	الفقرة الأولى: المدة اللازمة لصدور قرار التحكيم
70	الفقرة الثانية: الأغلبية اللازمة لإصدار القرار التحكيمي
70	الفقرة الثالثة: تسبيب أو تعليل القرار التحكيمي
71	الفقرة الرابعة: تفسير القرار التحكيمي
71	الفقرة الخامسة: نهائية القرار التحكيمي
72	الفقرة السادسة: تنفيذ قرار التحكيم
76	الفصل الثاني: التحكيم في منازعات الاستثمار
78	المبحث الأول: فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار
78	المطلب الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار
79	الفرع الأول: مزايا التحكيم المناسبة لطبيعة منازعات الاستثمار
79	الفقرة الأولى: سرعة في الإجراءات
80	الفقرة الثانية: سرية التحكيم
81	الفقرة الثالثة: التحكيم قضاء متخصص
81	الفقرة الرابعة: حرية الأطراف في ظل التحكيم
82	الفرع الثاني: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم
83	الفرع الثالث: التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار
84	الفرع الرابع: أسباب أخرى

85	الفقرة الأولى: أسباب القوة القاهرة
88	الفقرة الثانية: الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار
89	أولاً: أساليب نزع الملكية
91	ثانياً: التغييرات التشريعية والإجراءات الانفرادية
92	الفقرة الثالثة: الأسباب الناتجة عن خرق المستثمر الأجنبي
92	المطلب الثاني: خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار
93	الفرع الأول: الاختيار بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي
94	الفقرة الأولى: التحكيم الخاص أو الحر
95	الفقرة الثانية: التحكيم المؤسسي
97	الفقرة الثالثة: المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي بشأن منازعات الاستثمار
99	الفرع الثاني: العوامل الواجب الأخذ بها عند اختيار المحكمين في منازعات الاستثمار
101	المطلب الثالث: المشاكل الخاصة بالتحكيم في منازعات الاستثمار
101	الفرع الأول: المشاكل الناتجة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم
102	الفقرة الأولى: التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها الكافية على اللجوء إلى التحكيم
103	أولاً: حجة أن قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود
105	ثانياً: حجة أن قانونها الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز مثل هذا الاتفاق
107	الفقرة الثانية: التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم
109	الفرع الثاني: المشاكل الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها
109	الفقرة الأولى: الحصانة ضد القضاء
112	الفقرة الثانية: الحصانة ضد التنفيذ

115	المبحث الثاني: الفعالية الدولية للتحكيم ودور المركز الدولي للاستثمار في ذلك
116	المطلب الأول: المبادئ اللازمة لضمان الفعالية للتحكيم
117	الفرع الأول: المبادئ الأساسية لضمان الفعالية للتحكيم
117	الفقرة الأولى: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم
119	الفقرة الثانية: مبدأ الاختصاص بالاختصاص
122	الفرع الثاني: المبادئ المكملة لضمان الفعالية للتحكيم
122	الفقرة الأولى: مبدأ تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة
123	أولاً: عدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم
124	ثانياً: عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيادي للتدخل من الاتفاق على التحكيم
124	الفقرة الثانية: مبدأ عدم تأثير التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف
125	أولاً: الالتزام بتعيين المحكمين
125	ثانياً: عدم تأثير التحكيم بغياب أحد الأطراف
126	الفقرة الثالثة: مبدأ استئنثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع
127	الفقرة الرابعة: مبدأ امتداد اتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة الوليدة إلى الشركة الأم التي لم تكن طرفاً فيه
129	الفقرة الخامسة: مبدأ عدم المسؤولية المباشرة للدولة عند لجوء مشروعاتها للتحكيم
129	المطلب الثاني: الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي
130	الفرع الأول: التنفيذ الطوعي للحكم التحكيمي
132	الفرع الثاني: التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي
132	الفقرة الأولى: كيفية إخطار قاضي التنفيذ
133	أولاً: إذا صدر حكم التحكيم في الجزائر

133	ثانيا: إذا صدر حكم التحكيم خارج الجزائر
133	الفقرة الثانية: الشروط الواجب توافرها من أجل الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي
138	المطلب الثالث: دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في ضمان الفعالية للتحكيم
140	الفرع الأول: الهدف من إنشاء اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
140	الفقرة الأولى: التنمية الاقتصادية
140	الفقرة الثانية: التوفيق بين مصالح المستثمر ومصالح الدولة المضيفة للاستثمار
141	الفرع الثاني: خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
142	الفقرة الأولى: اختيار طرق تسوية النزاع
143	الفقرة الثانية: التخصص في مجال منازعات الاستثمار
144	الفقرة الثالثة: القانون الواجب التطبيق
145	الفقرة الرابعة: أطراف التقاضي أمام المركز
146	الفقرة الخامسة: قبول الولاية القضائية للمركز
146	الفقرة السادسة: خاصية الاحتواء الذاتي واستقلالية إجراءات التحكيم
147	الفقرة السابعة: فاعلية نظام تحكيم المركز
148	أولا: الطبيعة الإلزامية للأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم المركز
148	ثانيا: تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم المركز
149	ثالثا: التأثير الوقائي
149	الفرع الثالث: توسيع اختصاص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
151	الفقرة الأولى: التحكيم في منازعات الاستثمار بناء على تشريعات الاستثمار الوطنية
154	الفقرة الثانية: التحكيم في منازعات الاستثمار على أساس اتفاقيات

	الاستثمار الثنائية
159	خاتمة
162	قائمة المراجع
171	الملخص
177	الفهرس

الكلمات المفتاحية

الخبرة - شرط التحكيم - القرار التحكيمي - محكمة التحكيم - القوة القاهرة - التنفيذ الطوعي - التنفيذ الجبري - الحصانة ضد القضاء والتنفيذ

Mots clés

Expérience - clause d'arbitrage – décision arbitrale - Cour d'arbitrage - force majeure - mise en œuvre volontaire - mise en œuvre obligatoire - immunité contre la mise en œuvre judiciaire – compétence par excellence

Key Words

Experience - arbitration clause - arbitral award - Court of Arbitration - force majeure - voluntary implementation – mandatory implementation - immunity against judicial implementation