

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



# منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص: القانون الخاص

إشراف الأستاذ:

أ.د. شهيدة قارعة

إعداد الطالبة:

قرطبي سهيلة

## أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	د. بمرزوق عبد القادر
مشرفا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. شهيدة قارعة
عضوا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	د. بلق محمد
عضوا	جامعة مستغانم	أستاذ محاضر "أ"	د. حيثالة معمر
عضوا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	د. أسود محمد الأمين

السنة الجامعية : 2017-2018



قال الله تعالى:

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ

وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي

بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾

الآية 19 من سورة النمل

# كلمة شكر وتقدير

اللهم لك الحمد على هذا وذاك ، وأنت أهل الحمد والفضل كله إليك، والحمد لله على

أحمد الخلق له سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

أصدق عبارات الشكر والامتنان أتقدم بها إلى الأستاذ قادة شهيدة ،

الذي ساعدني كثيرا بنصحه وتشجيعه ، فكان نعم الأستاذ والموجه .

كما أقدم شكري وامتناني لأعضاء اللجنة الموقرة ، الذين شرفوني بقبول مناقشة هذه

الرسالة وتصويبها .

# إهداء

إلى من استلهمت الصبر والعزيمة منهما

إلى من عشقا العلم فأراداني قطرة في بحره

أبي العزيز . . . أمي الغالية

أطال الله في عمرهما

إلى زوجي ورفيق دربي ، من علمني حب التحدي فكان نعم الزوج حفظه الله

إلى قرّة عيني ابني رضا وابنتي رانيا رعاهما الرحمان وحفظهما بعنايته

إلى عائلتي كلها حبا وتقديرا .

أهدي بحشي هذا ، وثمره جهدي حسبي أن يكون عربون محبة ووفاء وإخلاص

قرطبي سهيلة

## قائمة أهم المختصرات

ج ر : الجريدة الرسمية

ص: الصفحة

ط : الطبعة

ع: العدد

ق ا م : قانون الإجراءات المدنية

ق ا م ا : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق ا م ف : قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

ق م ج : القانون المدني الجزائري

ق م ف : القانون المدني الفرنسي

**A F D I** : annuaire français du droit international

**ART** : article

**BULL** : bulletin des arrêts de la cour de cassation

**C** : contre

**C.A** : cour d'appel

**C.A.C.I** : chambre algérienne de commerce et d'industrie

**C.C.F** : code civil français

**C.CASS** : cour de cassation

**C.E** : conseil d'état

**CASS.CIV** : cassation civile

**CASS.COM** : cassation commerciale

**CCI** : chambre de commerce internationale

**CIRDI** : centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

**CNUDCI** : commission des nations unies pour le droit commercial international

**ED** : édition

**GAZ.PAL** : gazette de palais

**JDI** : journal du droit international

**JORF** : journal officiel de la république française

**N°** : numéro

**NCPCF** : nouveau code de procédure civile français

**OBS** : observation

**OCDE** : organisation de coopération et de développement économique

**OP.CIT** : ouvrage précité

**OPU** : office des publications universitaires

**P** : page

**RASJEP** : revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques

**RCADI** : recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye

**RDAI** : revue de droit des affaires international

**REV.ARB** : revue de l'arbitrage

**REV.CRIT DIP** : revue critique de droit international privé

**RGDIP** : revue général de droit international public

**TBI** : traite bilatéral d investissement

**TGI** : tribunal de grande instance

**UNICTRAL** : United nations commission of international Trade Law

**VOL.** : volume

# مقدمة

تعد قضية التنمية في دول العالم الثالث واحدة من أهم قضايا القرن الحالي مما يجعلها تشغل بال المشرعين، وتستهوئ شغل الباحثين، وتجعل الدول النامية تلهث وراء ما يحقق أفضل السبل للوصول إلى تنمية مستدامة.

ولعل عالمنا في وقتنا الحاضر، يمر بفترة نشاط وتنافس واضحين في مجال التنمية الاقتصادية<sup>1</sup>، في زمن سادت فيه ثقافة العولمة، وهيمنت فيه اليد الطولى للتقنية الحديثة، وأصبح الاقتصاد هو السلاح الأكبر في ميزان القوى.

ولمشكلة التنمية في الدول النامية، أسباب عديدة تكمن أهمها في عدم قدرة هذه الدول على استغلال ما لديها من موارد بالشكل المناسب، وذلك بسبب قلة الخبرة التقنية أو انعدامها، أو لعدم توفر الأموال اللازمة لذلك، فكانت قلة الدول النامية نحو الاستثمارات الأجنبية<sup>2</sup> كحل أمثل يخفف من وطأة مشكلة التنمية في هذه الدول نظرا لما تحققه مثل هذه الاستثمارات من آثار على الهيكل الاقتصادي للبلد المضيف للاستثمار<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2008، ص 11.

<sup>2</sup> - يعرف الاستثمار الأجنبي بأنه عبارته عن رأس مال نقدي أو عيني، مادي أو معنوي وافد من الخارج مملوك لأفراد أو مؤسسات عربية أو أجنبية يستهدف الاسهام في النشاط التجاري والاقتصادي في بلد ما بقصد الحصول على عوائد مجزية، مع ثبوت العقد لصاحبه في إعادة تصديره مع عوائده للخارج، ويظهر رأس المال هذا في أشكال عدة، منها على سبيل المثال، الآلات والمعدات ووسائل النقل والمواد الأولية والمستلزمات السلعية المطلوبة من الخارج بقصد الاستثمار، الحقوق المعنوية كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والتراخيص والأسماء التجارية والتصميمات الهندسية، وإقامة شروعات استثمارية، والنقود والأوراق التجارية المحولة إلى الدولة المضيفة للاستثمار، راجع المادة الأولى من الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال في الدول العربية المتاحة في عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية، الكتاب الثالث، طبعة ثالثة منقحة ومحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 381.

<sup>3</sup> - وعادة ما يسهم الاستثمار الناجح في تحقيق الأهداف التنموية للدولة، وذلك من خلال زيادة توزيع الدخل وتشغيل العمالة، وفي اصلاح خلل ميزان المدفوعات، وقدرته على استجلاب التقنيات التكنولوجية التي تفقر إليها القطاعات الاقتصادية في الدولة، د. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 1.

ولعل الاستثمارات الأجنبية لن تتدفق على الدول النامية من أجل تحقيق التنمية لها، من غير مقابل، فالاستثمارات الأجنبية تجد كثيرا من الخيارات المتاحة بين الدول الطامحة لجذبها، ولها أن تتخير أيا منها، أما الدول النامية فهي بحاجة لجذب أي استثمار يحقق لها مطامحها في تحقيق التنمية عبر منح هذه الاستثمارات مكناات قانونية واقتصادية ووسائل فاعلة وضمائنات تحقق للمستثمر اطمئنانا على مشروعه الاستثماري القادم به إلى هذه الدول النامية أو تلك، وحوافز من شأنها أن تشجع هذا المستثمر على الاقبال على الاستثمار وهو مطمئن أن هدفه الأساسي هو الربح، سوف يتحقق ضمن إطار هذه المنظومة المتكاملة في هذا البلد المضيف، ومع توسع التجارة الدولية وازدياد عقود الاستثمار<sup>1</sup> وتأثير العولمة على جميع نواحي الحياة، نجد أن الدولة أصبحت في الكثير من العقود طرفا يتعاقد في مشروعات استثمارية مع شركات خاصة أو مع أفراد، فالدول انتقلت وبشكل كبير إلى مجال التجارة الدولية والاستثمار بعد أن كان حكرا على المؤسسات الخاصة والتجار<sup>2</sup>.

هكذا تحظى عقود الاستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب الخواص بأهمية كبيرة نظرا لما ينجم عن الاستثمار الأجنبي من مساهمة في تحقيق الأهداف

<sup>1</sup> - قد يخلط البعض بين مصطلح عقود الاستثمار *contrat d'investissement* ومصطلح عقود الدولة *contrat d'état* بمعناه الواسع، فبالرغم من أن عقود الاستثمار تمثل الموضوع الأصلي لعقود الدولة، إلا أن هذه الأخيرة لا تقتصر على الاستثمار فقط، فقد تتعاقد مع شخص طبيعي محامي، أو صحفي أو خبير في مجال معين، وهو ما لا ينطبق عليه وصف عقد استثمار. فعقود الاستثمار من تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ويلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها، وتتعدد نماذج هذه العقود بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية، وذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر الأجنبي، والغالب أن تكون مدة العقد طويلة نسبيا. وهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار. لهذا يطلق عليها تسمية عقود التنمية الاقتصادية، وتسعى الدول إلى الاهتمام المتزايد بالتنظيم القانوني لهذه العقود، وتتبارى فيما بينها في وضع الضمانات المختلفة للمستثمر من خلال هذه العقود، وقد شهدت هذه العقود انتشارا واسع النطاق، بسبب سرعة وازدهار التجارة الدولية، متمثلة في ازدياد حجم التبادل التجاري، راجع في ذلك ماجد حموي، أهمية التحكيم في عقود الاستثمار الدولية، مركز العدالة للتوفيق والتحكيم التجاري، 2010، ص 7.

<sup>2</sup> - لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات الزين الحقوقية، لبنان، 2008، ص 12.

الاقتصادية لكل طرف. فتعد هذه العقود بالنسبة للدولة المضيفة وسيلة لتحقيق خطط التنمية الاقتصادية، بحيث تعتبر أداة أساسية لضمان بناء الهياكل والبنية التحتية وحسن أداء مرافقها العامة. أما بالنسبة للمستثمر فتمثل عقود الاستثمار وسيلة لاقتحام أسواق جديدة لضمان نمو رأس المال، إذ تعد ركيزة جوهرية لدخول أسواق بعيدة عن دولة المصدر لتحقيق ربح أكبر وفرص عمل أوفر<sup>1</sup>.

ولم يهتم الفقه بعقود الاستثمار إلا في أعقاب الحرب العالمية الثانية حين حصلت العديد من الدول على استقلالها السياسي، إذ وجد البعض من هذه الأخيرة أن الاستثمارات هي الوسيلة الوحيدة لتعويض سنين التخلف والدمار ورأى البعض الآخر أن الاستقلال هو فرصة للتخلص من التبعية الاقتصادية والاستغلال، نتيجة ذلك، قامت بمراجعة العقود التي تربطها بالدول المستعمرة أو رعاياها عن طريق إعادة تقييمها أو إنهائها قبل مدتها أو اتخاذ إجراءات التأمين بشأنها قصد المحافظة على ثرواتها الطبيعية خاصة ما يتعلق بالثروة البترولية<sup>2</sup>.

وقد تنامي الاهتمام بعقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، فكانت محلا للكثير من الدراسات الفقهية ومجالا خصبا لإعمال الكثير من النظريات والأفكار القانونية من جانب الفقه المدافع عن مصالح المستثمرين الأجانب<sup>3</sup>.

من الثابت أنه العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وإن ظهرت حسنة في بدايتها، إلا أنها سرعان ما تتبدل نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين، ومما لا شك فيه أن منازعات عقود الاستثمار تتمتع بخصوصية ناجمة عن كون هذه العقود تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها وطرف خاص أجنبي، ومن ثم فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006، ص 11.

<sup>2</sup> - محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، كلية الحقوق، القاهرة، 2000، ص 26.

<sup>3</sup> - سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 18.

تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي<sup>1</sup>.

وبالرغم من الانتشار الواسع للاستثمار الدولي، نجد أن حقوق وتوقعات المستثمرين الأجانب تعاني في العديد من الدول من عقبات غير متوقعة أكثر من أي وقت مضى، مما يثير العديد من المنازعات بين المستثمرين والدول المضيفة لاستثماراتهم<sup>2</sup>.

والحل الأمثل في هذه الحالة لا يكون باللجوء إلى قضاء الدولة المتعاقدة لما قد يثيره من ريبة وشك لدى المستثمر، خوفاً من تحيز القضاء في هذه الدولة لمصلحتها، وكذلك الأمر بالنسبة للجوء إلى قضاء الدولة التي يتبع لها المستثمر، كما أنه في ظل عدم إمكانية اللجوء إلى محكمة العدل الدولية لحل مثل هذه المنازعات، بسبب عدم قدرة المستثمر على الوقوف كطرف أمام هذه المحكمة، برزت الحاجة إلى إيجاد نظام حيادي لحل مثل هذه المنازعات<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2009، ص 08.

<sup>2</sup> - مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، دار وائل للنشر، ط1، الأردن، 2013، ص 10.

<sup>3</sup> - تعرف منازعات الاستثمار بأنها ذلك النوع من المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الاستثماري (الدولة للاستثمار والمستثمر الأجنبي) نتيجة لانتهاك أحد الأطراف للحقوق أو خرقه للالتزامات المنصوص عليها في العقد الاستثماري، أو اتخاذ أي إجراء انفرادي من قبل أحد الأطراف، مما ينتج عنه أضرار جسيمة للطرف الآخر يستلزم عنها تعويض الطرف الواقع عليه الضرر، عما أصابه من أضرار من جراء تلك الانتهاكات أو الإجراءات.

وتعد منازعات الاستثمار من قبيل منازعات القانون الدولي الاقتصادي، والتي تتميز عن سائر المنازعات الدولية بأنها:

- موضوع النزاع دائماً نقدي مالي، وينتهي الحكم في النزاع غالباً إلى تسوية من هذا النوع، أو لتوقيع جزاءات ذات طابع خاص تتفق وموضوع النزاع.

- حجم النزاع الدولي الاقتصادي عادة ما يكون كبير، يتنازع أطرافه على قيمة مالية كبيرة، لذلك تبدو أهميتها ملموسة وعاجلة وتبحث عن تسوية سريعة حتى لا تتفاقم الآثار المالية الناجمة عن تأخير تسويتها. أنظر في هذا الصدد حازم حسن جمعة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 187.

ولضرورة الوفاء بحاجة التجارة الدولية نتيجة تشابك معاملات هذه التجارة وتضخمها بصورة كبيرة، وما تثيره من منازعات ذات طبيعة خاصة تحتاج إلى وسائل غير تقليدية في حلها، بزغ نجم التحكيم التجاري الدولي<sup>1</sup> وتزايدت أهميته كأسلوب جديد لحل مثل هذه المنازعات التي تثيرها العلاقات ذات الطابع الدولي، فوجود العنصر الأجنبي في العلاقة يؤدي إلى احتياج أطرافها إلى جهة محايدة لحل ما تثيره من منازعات ويكون التوصل إلى اللجوء إلى محكم أو هيئة تحكيمية محايدة هو الحل الأفضل الذي يحظى بقبول الطرفين<sup>2</sup>.

لم يعد الاستثمار الأجنبي يقبل التوظيف في أي بلد ولا سيما في بلدان العالم الثالث، إلا إذا أعطى ضمانات؛ أولها وأهمها والتي لا يتخلى عنها بأي شكل من الأشكال والمتمثل في التحكيم، فالاستثمار لا يدخل سوق أي بلد إلا إذا كان متأبطاً يد

---

<sup>1</sup> - التحكيم لغة من مادة "حكّم" بتشديد الكاف وتعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه، ويسمى "الحكم" بفتح الحاء والكاف أو "المحكم"، بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة، ويقال حكم فلانا أي جعله حكماً في الشيء والأمر، راجع المعجم الويجز، مادة حكم. معجم اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، 1994، ص 165، ويعرف في الاصطلاح القانوني بأنه عبارة عن نظام لتسوية المنازعات يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم، راجع/ محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة، 2008، ص 15 وقد عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1039 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، على أنه "يعد تحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

<sup>2</sup> - يفضل التحكيم على غيره من الوسائل الأخرى لفض منازعات الاستثمار، حيث تقل أهمية اللجوء لمحكمة العدل الدولية في نظر المستثمر، باعتبار أن اللجوء إليها مقصور فقط على الدول، وفقاً للمادة 34 من نظامها الأساسي، ومن ثم لا يكون للمستثمر الحق في المثل أمامها بصفة فردية. وأيضاً محكمة التحكيم الدائمة، حيث ظل اللجوء إليها قاصراً على الدول فقط لفترة زمنية طويلة، ثم سمح بعد ذلك للمستثمر باللجوء إليها مباشرة، لكن كان هذا الأمر مقيداً بضرورة أن تكون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر بجنسيته طرفاً في اتفاقية إنشاء المحكمة عام 1907، الأمر الذي جعل من المتعذر على غالبية المستثمرين اللجوء لهذه المحكمة، أما عن محكمة الاستثمار العربية فمما يؤخذ عليها أنها قصرت اللجوء إليها فقط على المستثمر العربي، الأمر الذي لا يجوز معه لأي دولة عربية أن تلجأ للمحكمة بصفتها هذه كما لا يحق لأي مستثمر غير عربي اللجوء إليها، وبناء عليه يمكن القول بعدم وجود هيئة قضائية دولية مختصة بمنازعات الاستثمار.

التحكيم.<sup>1</sup> هذا واقع بدأ منذ نصف قرن يتقدم خطوة بعد خطوة إلى أن استقر ثابتا لا يقبل المناقشة.

ولقد عنيت النظم القانونية الوطنية المعاصرة بوضع منظومة قانونية للتحكيم، تتناول الاتفاق عليها، وتحدد المنازعات التي يجوز طرحها أمامها. وتبسيط كيفية اختيار القواعد الإجرائية التي تسير عليها والقواعد الموضوعية التي تخضع لها المنازعات المعروضة عليها، ومن هذه النظم ما أفرد للتحكيم بابا من أبواب القوانين المنظمة للقضاء وهي قوانين الإجراءات المدنية ومنها ما يفرد للتحكيم قانونا خاصا به.

كذلك فقد عني المجتمع الدولي بأمر تنظيم التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية وقد ظهرت بوادر هذا الاهتمام منذ الحرب العالمية الأولى، حيث أسفرت جهود عصبة الأمم عن وثيقتين أساسيتين بروتوكول جنيف لعام 1923 في شأن شروط التحكيم واتفاقية جنيف لعام 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم، اللتين اقتصرت أهدافهما على إيجاد أساس قانوني لإعلاء اتفاقيات التحكيم على النصوص القانونية الوطنية.

وفي ظل الأمم المتحدة تم إبرام اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، التي خطت خطوة أخرى في سبيل تقنين القواعد الدولية التي تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، كما تم إبرام معاهدة واشنطن لإنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار في 18 مارس 1965، كذلك قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بإعداد قواعد للتحكيم الدولي تحمل اسم Unictral، وتم إقرارها من الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى القرار رقم 98 للدورة الحادية والثلاثين في تاريخ 15 ديسمبر عام 1976، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، وإلى جانب التنظيمات الوطنية والتنظيمات الدولية فقد اتخذ الاهتمام بالتحكيم منحى آخر، تمثل في إنشاء مراكز

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحديب، التحكيم في قوانين واتفاقيات الاستثمار العربية، مجلة التحكيم العالمية، العدد السابع عشر، 2013، ص 271.

التحكيم الدائمة سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، وحتى على المستوى الإقليمي، ولكل من هذه المراكز نظامها الخاص في اختيار المحكمين وفي الإجراءات الواجبة الاتباع أمام المحكم.

كذلك المعاهدات الثنائية المتعلقة بحماية و تشجيع الاستثمارات الأجنبية، والتي تمثل أهم التطورات على المستوى الدولي خلال العقود الأخيرة من هذا القرن، فضلا عما تنص عليه هذه المعاهدات من التزام الطرفين في الاتفاقية بتشجيع وحماية الاستثمارات المتوقعة بينهما، فهي تتضمن أيضا نصوصا خاصة بالتحكيم، تقضي بتسوية المنازعات بين الدولتين عن طريق التحكيم.

ومن الواضح أن دراسة شاملة لمنظومة التحكيم لا بد أن تأخذ بعين الاعتبار كافة هذه التنظيمات الوطني منها والدولي والإقليمي، وما تتركه من آثار على النظام القانوني الذي يخضع له اتفاق التحكيم وإجراءاته وأحكامه.

إن لبييرالية نصوص التحكيم يجب أن تتماشى وضرورة تحقيق فعالية منظومة التحكيم، سواء على مستوى اتفاق التحكيم أو على مستوى الخصومة التحكيمية أو على مستوى حكم التحكيم، فتشجيع هذه المنظومة كبديل للقضاء، يقتضي تعزيز وتدعيم فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي. ولقد لاقى التحكيم بمنظومته مقاومة لدى العديد من الدول ولاسيما الجزائر وليبيا التي يلحظ أن قبولهما للتحكيم قد جاء بعد تردد وخوف نتيجة حساسية وطنية مفرطة أو نزعة إقليمية مناهضة، فإن قوانينهما نظمت التحكيم ومارسته أجهزتهما بعد إنكارهما لهذه المنظومة تبريرا بأولوية السيادة، لهذا قمنا بالتركيز على هذين البلدين لأنهما يعتبران من أكثر الدول إثارة للمشاكل، وأكثر القضايا التي عرفتها هذان البلدان كان لها صلة بعقود النفط.

والدراسات التي تناولت هذا الموضوع ليست نادرة وإنما ركزت كثير جهدها على فحص وتحليل المنظومة ليس إلا، ولم تتكفل بالوقوف على تقييم مساهمة آليات التحكيم في التخفيف من درجة التنازعية أو القضاء عليها وهو ما حفزنا على هذه القراءة القانونية المستحدثة.

يرجع اختياري لهذا الموضوع إلى أسباب متعددة أهمها:

- 1- الأهمية الكبيرة للاستثمار الأجنبي نظرا للدور الذي يلعبه في الاقتصاد القومي لكل من الدول المضيفة للاستثمار والدول التي ينتمي إليها المستثمرون، فهو بالنسبة للدولة المضيفة والتي غالبا ما تكون من الدول النامية، الركيزة التي تتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدولة وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل هذا النوع من الاستثمار عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق خطتها الاقتصادية، كما يشكل بالنسبة للدول التي ينتمي إليها المستثمرون نمو لرأس المال.
- 2- ضعف الاستثمارات الأجنبية لاسيما في الجزائر ولعل أهم الأسباب يعود لضعف الضمانات الإجرائية لتسوية منازعات الاستثمار المنصوص عليها في التشريعات.
- 3- الأهمية الكبيرة لمنظومة التحكيم الدولي، نظرا لطبيعة أطرافه كونه يتم بين الدولة وشخص خاص أجنبي، وكذلك الطبيعة الخاصة لموضوعه فضلا عن التركيبة الفنية المعقدة لعقود الاستثمار، مما يستوجب توفير وسائل محايدة لتسوية هذه المنازعات.
- 4- ما شهده العقد الأخير في القرن العشرين من تطورات بالغة الأهمية تتصل بالتحكيم الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، وبالتالي الحفاظ على ضمان توازن الاقتصادي للعقود.

وبالعودة إلى الدراسات التي اهتمت بموضوع التحكيم استنادا إلى المقاربات البحثية التي تناولته، فنجد أن أغلبها قد تناولت بعضا من أوجه الدراسة، فمنها من تناول موضوع التحكيم والنظام العام ومنهم من تطرق لسيادة الدولة والتحكيم، بينما تناول آخرون طبيعة مهمة المحكم وحدود سلطته، في حين اقتصرت دراسات أخرى على الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية، وعند الاطلاع على هذه الدراسات نجد أنها عالجت جزئيات من موضوع البحث.

وانطلاقا من العناصر السابق ذكرها يلجأ الأطراف إلى التحكيم لأسباب موضوعية تتعلق بايجابيات هذه المنظومة بغية عرض النزاع على محكم من اختيارهم يسير إجراءات الخصومة ويطبق على موضوع النزاع القانون الذي اتفق عليه الأطراف للحصول على حكم تحكيمي نهائي حاسم للنزاع، عوض اللجوء

للقضاء، لكن تصطدم العملية التحكيمية في جميع مراحلها بمشاكل قد تعكس تخوفها من هذه المنظومة التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة مما تفقدها ميزاتها الايجابية التي كانت دافعا لرواجها كطريق بديل لحلّ منازعات الاستثمار أهمّها ضعف الثقافة القانونية لدى محرّري عقود الاستثمار الذين غالبا ما يكون تكوينهم مالياً أو في مجال الاقتصاد، فهم يفتقرون للخبرة والحكمة القانونية، إلى جانب غياب الكوادر المتخصصة من ذوي الكفاءة العالية في مجال التحكيم التجاري الدولي، ممّا يجعلها تخسر العديد من القضايا التحكيمية على الصعيد الدولي التي تقدّر بملايين الدولارات. وهذه العناصر تشكل المحاور الأساسية للموضوع وفي ضوءها تم ضبط الإشكالية التالية: ما حقيقة منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت اعتماد كل من المنهج التاريخي، التحليلي، الوصفي والمنهج المقارن:

- منهج تاريخي: يتناسب ومنطق تسلسل هذه الدراسة.
- منهج تحليلي: حيث سنعتمد على تحليل كل جزئية من جزئياته في القوانين المقارنة، وعرض بعض الآراء الفقهية، وموقف القضاء الوطني، وأحكام التحكيم الدولي في عدة مواقع من موضوع البحث.
- منهج وصفي: عند سرد الآراء الفقهية والتعريفات.
- منهج مقارن: لأن هذا البحث لا يقتصر على تناول موضوع مساهمة التحكيم في حل منازعات الاستثمار في ظل نظام قانوني واحد، وإنما يتناوله في بعض القوانين الوطنية التي تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة، هذا بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية وعلى وجه الخصوص اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير (اتفاقية واشنطن) لسنة 1965، وكذلك مراكز التحكيم المختلفة.

كما اعتمدت تقسيماً ثنائياً لتكون الدراسة في بابين كما يلي:

- الباب الأول: منظومة التحكيم من المناهضة إلى التكريس.
- الباب الثاني: تقييم مساهمة منظومة التحكيم في حل منازعات الاستثمار.

**الباب الأول**

**منظومة التحكيم**

**من المناهضة إلى التكريس**

إن التطور التاريخي لموقف الدول النامية من منظومة التحكيم قد مر بمراحل مختلفة فكان موقف هذه الدول سلبيا من هذه المنظومة في مرحلة أولى وفي المرحلة الثانية كانت هذه الدول تحاول رفض التحكيم الدولي لأنها تعتبره مساسا بسيادتها الوطنية، أما في المرحلة الثالثة فقد اتجهت إلى الإشراف الفعلي للتحكيم الدولي حيث تخلت عن موقفها السابق أمام ضرورات التنمية والحصول على التكنولوجيا الحديثة ضمن العلاقات التجارية الدولية.

إن الأهمية التي احتلتها منظومة التحكيم لم تكن من الوهلة الأولى وإنما قد تأسست تدريجيا عن إحساس الجماعة الدولية بمزايا هذه المنظومة البديلة لفض منازعات الاستثمار، فلا يمكن إنكار أن هذه المنظومة كانت مرفوضة من قبل عدّة دول في العالم (الفصل الأول)، إلا أن الواقع العملي قد فرضها عليها، وتحوّلت من منظومة استثنائية لفضّ المنازعات إلى منظومة عالمية لا يمكن لأيّة دولة في العالم أن تفرض شروطها ضدها، كما أصبحت كمؤسسة عامة، فأحكامها ونظامها القانوني متبع من الجميع (الفصل الثاني).

### الفصل الأول: مناهضة منظومة التحكيم في مجال الاستثمار.

لقد شهد العالم خلال الأعوام الماضية تطورا ملحوظا في دور الدولة تمثل في قيامها بأنشطة اقتصادية كانت تقتصر من قبل على المبادرات الفردية أو أشخاص القانون الخاص، وقد واكب التدخل المتعاضم للدول في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية انتشار الأخذ بأسلوب التحكيم كوسيلة خاصة لفض المنازعات المتعلقة بأنشطة التجارة الدولية ليتلاءم مع طبيعتها وتتفق مع مقتضياتها وتلبي احتياجاتها. وفي الواقع فإن هناك إحساسا لدى الكثيرين بأن التحكيم لا يمثل ضمانات حقيقية للدولة المضيفة وأنه ليس إلا وسيلة لحماية المستثمرين، تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية لا تأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالدولة أو قوانينها الداخلية، فقبول الدول النامية اللجوء للتحكيم أساسه حاجيتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية وليس بالضرورة عن قناعة من جانبها بملاءمة التحكيم لفض منازعات الاستثمار<sup>1</sup>.

إن اعتراف النظم القانونية بالتحكيم لم يأت دفعة واحدة فلم تكن هذه المنظومة مرغوب فيها بصفة عامة وقد لقيت مناهضة من طرف غالبية الدول وذلك لأسباب اقتصادية وإيديولوجية وقد كانت الدول ترفض التحكيم بصفة عامة لإحساسها بأن منظومة التحكيم تمس بسيادتها الداخلية والخارجية على حد سواء<sup>2</sup> فضلا عن ذلك دورها السلبي في مجال تنظيم وإدارة التحكيم الدولي (المبحث الأول).

ولكن سرعان ما غيرت الدول أرائها فيما يخص التحكيم التجاري الدولي ونصت على أحكامه في قوانينها الوطنية وعلى الأصعدة الدولية، وذلك لما فرضه واقع التجارة العالمية، لكن هل نجحت هذه الدول في فرض موقفها في معاملاتها التجارية الدولية وفي مجال الاستثمار (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> - عمر مشهور حديثه الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، ع9، الأردن،

2002، ص 04.

<sup>2</sup> - Ali Mezghani, le droit musulman de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, 2008, N°2, p 231.

**المبحث الأول : الأسباب المبدئية وازدواجية موقف تعاطي الدول مع التحكيم.**

شكل الظهور الحديث للدول النامية وضعاً من اللا توازن على الصعيد المجتمع الدولي بظهور دول غير متكافئة النمو، منها نامية وأخرى متقدمة كرسست هذه الأخيرة مفاهيم نظرية وقواعد قانونية منها ما شملت التحكيم.

فلقد رأت فيها الدول النامية تعارضا ومصالحها سيما من حيث القواعد والإجراءات المعمول بها وهو ما رتب تخوفها، ومن ثمة المطالبة بالعمل على تكريس قواعد وآليات جديدة خاصة بالتحكيم تأخذ بعين الاعتبار مصالحها كدول نامية معتمدة على إظهار الجوانب المنتقدة والحلول المقترحة (المطلب الأول)

ولم تقتصر أسباب الرفض على فترة ما بعد الاستقلال، بل شملت تاريخ ما قبله إذ عملت على رفض الأشكال المختلفة للالتزام بمقتضى عقود الامتياز التي ظهرت في المواقف العملية في النموذجين الجزائري والليبي ( المطلب الثاني) نظرا للإشكالات القانونية التي أثارها كل من الموقف الجزائري والاعتبارات السياسية التي أحاطت بالحلول التحكيمية في قضية التأميمات الليبية.

**المطلب الأول : الأسباب المبدئية لرفض التحكيم في مجال الاستثمار.**

ارتبطت الأسباب المبدئية لرفض التحكيم في الدول النامية بمخاوف عدم استجابة لانشغالها انطلاقاً من فكرة عدم مساهمتها في إرساء قواعده (الفرع الأول) ودورها المحدود في إدارة الأجهزة التحكيمية الدائمة(الفرع الثاني).

**الفرع الأول : التحكيم ليس بمصدر تاريخي موثوق.**

لقد أبدت الدول النامية تخوفها من التحكيم الدولي كوسيلة لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وكثيراً ما اعتمدت في ذلك التخوف على بعض الأحكام التي صدرت في البداية، بحيث رأت أن أحكام التحكيم تخدم مصالح الشركات الأجنبية، ولا تأخذ قضايا تنمية بلاد العالم الثالث بعين الاعتبار، وما دامت تلك الدول كانت تعمل على وضع قانون دولي للتنمية، بل كانت ترى أن نصوصاً منه تجسدت وأصبحت تتضمن حد أدنى من المبادئ الأساسية التي تحقق حولها اتفاق واسع، ومن تلك المبادئ، مبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، وما يترتب عنه من حق

التحكيم في نشاطات الشركات المتعددة الجنسيات في مجال استغلال تلك الثروات وكذلك الحق في التأمين. وانطلاقاً من تخوفاتها ومن دفاعها عن قانون دولي للتنمية أو قانون اقتصادي دولي جديد طالبت هذه الدول بإعادة النظر في العقود المتضمنة التحكيم باعتبار أن هذا التحكيم متعارض مع السيادة<sup>1</sup>.

فلقد تزامن ظهور البلاد النامية وفترة بلغت فيها القواعد المنظمة للعلاقات التجارية الدولية تطوراً كرس وبشكل رئيسي التطبيقات المستمدة من الممارسات، كما تميز بانحصار ذلك بين مجموعات محددة من الدول الغربية المتقدمة دون مساهمتها مما رتب لديها شعوراً بعدم مراعاة مصالحها الخاصة<sup>2</sup>.

ولقي التحكيم موقف اعتراض مماثل من طرف الدول النامية بسبب عدم مساهمتها في وضع وتنظيم قواعد سيره وإجراءاته، المستمدة من الأعراف والممارسات التجارية للدول المتقدمة.

فلقد نظمت قواعد التحكيم الدولي في معاملاتها التجارية الدولية واكتست الطابع القانوني بتكريسها في القوانين الوطنية لتطبيقها على المعاملات الدولية كالقانون التشيكوسلوفاكي لسنة 1963 الخاص بالتزامات علاقات البيع الاقتصادي الدولي حيث نصت المادة 42 منه على تطبيق العادات التجارية الدولية واعتبارها جزءاً منه<sup>3</sup>.

وحتى المتعاملون لجئوا إلى تقنين هذه القواعد والأعراف في النصوص الدولية للاتفاقيات والمراكز التحكيمية بالتأكيد على ضرورة أخذها بعين الاعتبار كالمادة 35 الفقرة الثالثة من نظام تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المادة 06 من اتفاقية جنيف، والمادة 13 فقرة 5 من نظام تحكيم التجارة الدولية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Dominique Carreau « le nouvel ordre économique international j d i , 1991 , n°1 , p598

<sup>2</sup> - Maurice Flory " souveraineté des états et coopération pour le développement, R.C.A.D.I1971 , VOL 41, P 268.

<sup>3</sup> - Loi du 05/02/76 sur les contrats économiques internationaux JDI , 1971 , n°3 , p 418.

<sup>4</sup> - Bruno Oppetit " arbitrage et contrat d'état, JDI, 1982 , n°1 , p 14.

إن القواعد المتعددة في تسوية النزاعات تطورت باتساع نطاق التجارة الدولية بين الدول ذات النظم الاقتصادية المختلفة للاقتصاد الحر والمخطط والمستويات متفاوتة.

وشكلت القواعد التقليدية السارية للإسناد إلى قانون وطني معين العديد من الإشكالات حول القانون الذي سيحكم العلاقة، وهو ما أعاق عمليا تدفق التجارة الدولية بين الأقاليم الجغرافية، لذلك أخذ التجار في الأسواق والمعارض الدولية بتكريس عادات وأعراف لحكم النزاعات بقواعد مستقلة عن القوانين الوطنية، وكان لهم الدور المباشر والوحيد في إرسائها، ظهرت أكثر توافقا وما تقتضيه العلاقات التجارية الدولية من مرونة وسرعة البث، ولقد شكل هذا التنظيم الخاص لقواعد وأعراف التجارة الدولية أساس تحفظ الدول النامية، ففي التصريح السياسي للرئيس الجزائري الراحل هواري بومدين أثناء تمثيله لمجموعة السبعة والسبعين أمام اللقاء الوزاري المنعقد بالجزائر في 15/02/1975 وصف التحكيم التجاري بالطابع الإجرائي اللاعادل لتأثره بعادات وتقاليد الدول المصنعة<sup>1</sup>.

والمقصود هنا بعادات وتقاليد الدول المصنعة القواعد الخاصة بنظام وسير التحكيم المستمدة من الممارسة والمكرسة في مختلف النصوص الدولية للمراكز والاتفاقيات التحكيمية التي اقتصر إعدادها على عدد محدود من الدول الأوروبية المستقلة من دون مساهمة الدول النامية<sup>2</sup>.

وتأكد هذا الموقف في تصريحات البلاد الإفريقية، وأمريكا اللاتينية التي تبنت نفس النظرة حيث أوضحت الدول اللاتينية وأمريكية أسباب اعتراضها على التحكيم بتأخرها الاقتصادي الذي جعل منها بعيدة عن مسرح التجارة الدولية والاستثمار الدولي، وأدى إلى تعاملها الضعيف والمحدود ومن ثمة عدم مساهمتها في وضع وإعداد الأعراف المعتمدة والمطبقة على تسوية النزاعات بواسطة التحكيم.

<sup>1</sup> - زيروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري، والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1994، ص422.

<sup>2</sup> - René David , l'arbitrage commercial international , economica , 1982, p 175 et 176.

ويرى الأستاذ محمد بجاوي بأن هذه القواعد كانت بالنسبة للطرف العربي غريبة عنه<sup>1</sup>.

إذ أنها نشأت وتطورت عند وبين الدول الأوروبية<sup>2</sup>، مما يفيد بالفعل تنظيم القواعد وفقا لاحتياجاتها وأخذها بعين الاعتبار لمصالحها الخاصة.

هذا وامتد الانتقاد ليشمل قواعد أخرى كذلك، طبقت بشكل معتبر من طرف المحكمين في مختلف القضايا التحكيمية وهي المبادئ العامة للقانون والمعتمد في تحديد مفهومها بأنها : تلك المبادئ القانونية والأساسية التي تقرها وتعترف بها النظم القانونية في مختلف الدول<sup>3</sup>، ولا إشكال في اعتماد المفهوم ذاته، إذ من شأنه فتح المجال لتطبيق المبادئ المعترف بها في الأنظمة القانونية للدول المختلفة بما فيها النامية، إلا أن الواقع العملي شهد غير ذلك، فالعديد من القرارات التحكيمية أوضحت أن المبادئ الواجبة التطبيق اقتصر على تلك المعترف بها بين الأمم المتمدنة مما يفيد استبعاد تلك المعترف بها في أوساط الدول النامية.

وفي الحقيقة أن هذا التمييز وتقليص نطاق التطبيق للمبادئ العامة ارتبط بخلفيات خاصة باستبعاد القانون الوطني للدول في المعاملات التجارية الخاصة بعقود الامتياز مع الشركات الأجنبية البترولية ورغم تأكيد القضاء الدولي على اختصاص القانون الوطني للدول المتعاقدة في قضية القروض الضريبية<sup>4</sup>. إلا أن المحكمين تفننوا في منح حلول مخالفة في العديد من القرارات التحكيمية كقضية شيخ أبو ظبي ضد شركة تنمية البترول المحدودة والصادر بشأنها حكم تحكيم سنة 1951<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Mohamed Bejaoui : l'évolution de la conception et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage commercial International CNC à ALGER 14 , 15 DECEMBRE 1992, P 25.

<sup>2</sup> - Belkacem Bouzana : le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, paris publisud, ALGER OPU 1985 P 410.

<sup>3</sup> - محمد سامي عبد الحميد، القانون الدولي العام، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 109.

<sup>4</sup> - Fouad Abdelmonem Riad : le contrat de développement et l'arbitrage international revue égyptienne de droit international, 1986, vol 42, Caire, p 263.

<sup>5</sup> - خلاصة هذه القضية أن الشيخ شخبوط حاكم أبو ظبي منح امتيازاً نفطياً لشركة التنمية البترولية المحدودة سنة 1939 من أجل البحث والتنقيب عن النفط واستغلاله في الإقليم البري الخاضع لسلطته وكذلك في الجزر والمياه الإقليمية التابعة له، ثم منح الشيخ امتيازاً نفطياً لشركة أخرى من أجل البحث والتنقيب عن النفط واستغلاله في منطقة الجرف القاري، فنازعت الشركة الأولى في ذلك على أساس أن امتيازها المبرم سنة 1939 يشمل أيضاً

وقضية قطر ضد الشركة البحرية الدولية للبترول والصادر بشأنها حكم التحكيم في 1953<sup>1</sup>.

إن الحجج التي يتمسك بها المحكمون عادة لاستبعاد القوانين الداخلية للدول النامية تلتقي جميعها في كون هذه القوانين يغلب عليها النقص وعدم مواكبة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية وذلك لتطبيق القواعد المستمدة من المبادئ المعمول بها في الأمم المتحدة عامة والدول الأوروبية على وجه الخصوص وفضلا عن

منطقة الجرف القاري، وتطبيقا لشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الامتياز لجأ الطرفان إلى التحكيم، وتم تعيين اللورد البريطاني اسكويث ASQUITH كمحكم وحيد للفصل في هذه القضية.

ونظرا لأن عقد الامتياز لم يتضمن نصا صريحا يحدد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فقد بدأ المحكم في البحث عن النظام القانوني الواجب التطبيق مؤكدا على أن الأمر يتعلق بعقد تم إبرامه في أبو ظبي، ويجب أن ينفذ بالكامل في هذا البلد، فإذا كان هناك قانون داخلي واجب التطبيق فإنه يجب من أول وهلة أن يكون قانون أبو ظبي بيد أن المحكم رفض الأخذ بهذه النتيجة المنطقية وذلك على أساس أن أبو ظبي ليس لها قانون لأن شيخها يعتمد على إقامة عدالة تقديرية محضة مستعينا في ذلك بالقران ولا يتصور من وجهة نظره أنه يوجد في هذا الإقليم البدائي مجموعة من المبادئ القانونية واجبة التطبيق على أدوات التجارة الحديثة ويرى أن القانون الواجب التطبيق هو ما سماه بقانون الطبيعة الحديث راجع في هذا الصدد :

- Amar Zahi, l'état et l'arbitrage, p 218 – 225

- Nathalie Najjar, l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, p 82.

<sup>1</sup> - تتلخص وقائع هذه القضية أن نزاعا قد نشب بين حاكم قطر والشركة البحرية الدولية للبترول بمناسبة عقد امتياز النفط المبرم بينهما عام 1925 ذلك عندما أنهت الشركة هذا العقد ورفضت سداد الدفعات المالية المستحقة عن السنة الأخيرة التي أنهت فيها العقد وفي هذه القضية لم يكن يتضمن هذا العقد أيضا نصا صريحا يحدد القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز ولذلك بدأ المحكم البريطاني Alfred Bueknill بالبحث عن هذا القانون مؤكدا أنه إذا أخذنا في الاعتبار موضوع العقد فإنه من الصعب تفسيره بعيدا عن قانون قطر فالحكومة تعد طرفا في العقد، كما تم اختيار إقليم قطر مقرا لمحكمة التحكيم، إضافة إلى أنه تم تحرير العقد باللغتين العربية والانجليزية.

إن كل هذه العناصر تشير إلى أن القانون الإسلامي المطبق في قطر هو القانون الذي يحكم عقد الامتياز. ومع ذلك فإن المحكم اتجه إلى تأييد وجهة النظر التي سبق أن أخذ بها المحكم اسكويت في قضية أبو ظبي التي مفادها أن النظام القانوني المطبق في قطر على أساس الشريعة الإسلامية غير مؤهل لحكم الامتيازات النفطية الحديثة وذلك بقوله " بيد أنني على قناعة أن هذا القانون الإسلامي المطبق في قطر لا يشمل على المبادئ الكافية لتفسير هذا العقد " وبعد أن استبعد القانون الإسلامي، انتهى إلى تطبيق ما سماه بمبادئ العدل والإنصاف والضمير اليقظ، انظر في هذا الصدد : سامية راشد : دور التحكيم في تدويل العقود مدار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 36.

ذلك فان المحكمون غالبا ما يتعاملون مع التشريع الإسلامي والقوانين الداخلية كقوانين بدائية غير قادرة على تمييز العلاقات التجارية الدولية.

وكان بإمكان المحكمين من خلال السلطات التي يتمتعون بها في تحديد القانون الواجب التطبيق ألا تجعلهم مقيدون بقانون وطني معين، بل كان من شأنهم وفي إطار تحقيق التوازن بين المصالح المتضاربة للبلاد النامية والمتقدمة أن تجعل من المبادئ العامة للقانون وللبلدين وسيلة للتوفيق بين الأنظمة المختلفة<sup>1</sup>، كقواعد أو مبادئ مشتركة للأنظمة القانونية الوطنية، إلا أن واقع الخلافات أكد غير ذلك مما شكل سببا لتخوفها من القواعد المعمول بها في نطاق التحكيم الدولي فهل كانت لتقبل بالتحكيم لو لم يعمل على استبعاد قانونها الوطني.

#### الفرع الثاني : عدم تواجد الدول النامية في الأجهزة التحكيمية الدائمة.

إن لتحديد نوعي التحكيم ارتباطا مباشرا بالمواقف محل الدراسة فعلى غرار التحكيم الحر لقي التحكيم النظامي أو المؤسساتي اعتراضا هاما من كثير من الدول وخاصة الدول النامية وشكل الأساس الآخر لرفضها ذلك لأن تأسيس وتشكيل هذه الأجهزة لا تخدم مصالحها.

فلقد سمحت ظاهرة انتشار العمل به أن أخذ شكلا جديدا، وظهوره في صورة منظمة وتحت تسميات مختلفة أجهزة تحكيم، مؤسسة تحكيم... الخ غدا الصورة الأكثر إقبالا.

ومن المميزات الخاصة لهذه الأجهزة، أن ظهورها وانتشارها انحصر في منطقة جغرافية لدول جمعتها صفات وخصائص مشتركة أهمها تقدمها الصناعي وتوجهها الاقتصادي الرأسمالي<sup>2</sup>. ومن الطبيعي أن هذه الأخيرة حرصت في علاقاتها التجارية مع الدول النامية على إحالة النزاعات إلى هذه الأجهزة، وبإقبال متميز

<sup>1</sup> - أبو زيد رضوان ، قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي، دراسة فكرة " Lex Mercatoria "، مجلة الأمن والقانون، تصدر عن كلية شرطة دبي، سنة 1993، ع 1، ص 235.

<sup>2</sup> - René David , op cit , p 60.

لمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية مقارنة بالأجهزة الدولية الأخرى كمحكمة لندن الدولية والجمعية الأمريكية للتحكيم<sup>1</sup>.

تعمل محكمة غرفة التجارة كجهاز مستقل على تنظيم وإدارة التحكيم للخلافات المتعلقة بالتجارة الدولية والتي حظي رعايا الدول النامية فيها بنسب هامة من بين النزاعات المعروضة عليها، وفقا لترتيب إحصائي اختصت بنظر أكثر من 600 نزاع سنة 1970، وبنسبة ثلث الدول النامية وتلاه بارتفاع خلال سنتي 1972 و 1975 للبلاد العربية خاصة كالجزائر، العراق، دول الشرق الأوسط، نيجيريا، ليبيا، سوريا... الخ، وتطورت بعدها خلال الثمانينات والتسعينات من أصل اختصاصها العام<sup>2</sup>.

ولقد انتقدت ظاهرة الإحالة إلى الأجهزة التحكيمية في مؤتمر قمة الدول المصدرة للبترول المنعقد بالجزائر في 05 مارس 1975، حيث أدلى الرئيس الجزائري المرحوم -هواري بومدين- بقوله: إن اعتياد متعاملينا الوطنيين ومتعاملي الدول المتطورة على إخضاع المنازعات القائمة بينهم إلى غرف تحكيم منظمة حسب أنظمة الدول المتطورة لا يقدم الضمانات الكافية على أن التحكيم سيجري بكل عدالة في المنازعات، لأن هذه الغرف لا تقدم ضمانات نزاهتها ورصانة أحكامها في مواجهة الدول النامية، إن غرف التحكيم الدولية في الدول الغربية متأثرة كثيرا بالظروف السياسية والاقتصادية لهذه الدول وهي حين تقوم بالأدوار الضرورية لها عندما تفصل في نزاع بين دولة من العالم الثالث ومؤسسة أو دولة متطورة تتأثر بهذا المحيط، يجب على متعاملينا ألا ينسوا رهان أهداف التنمية ويستمروا في وضع مصير عقودهم أمام محكمين تابعين لدول صناعية وهي الدول التي يتبعها خصومنا الذين يشكون في عدالة مطالبنا المشروعة.

<sup>1</sup> - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 423.

<sup>2</sup> - Jean Pulssan : le tiers monde dans l'arbitrage commercial international : rev arb 1983, n°1, p 05.

إن النظام الدولي الاقتصادي الجديد المراد تشييده يجب أن يضمن تجديداً للهيئات المتخصصة في تحكيم المنازعات الدولية في الميدان التجاري والقواعد المنظمة لها بصفة تسمح بإعطاء دول العالم الثالث وزنها الحقيقي في هذه المؤسسات بما يتناسب مع ما تمثله في العالم<sup>1</sup>.

إن هذا التصريح السياسي يظهر أسباب تخوف الدول النامية من التحكيم والتي مردها إلى تمركز أجهزته في مناطق دول بينها وبين الدول النامية فوارق في الأنظمة والمستويات الاقتصادية التي جعلت منها وسيلة لخدمة مصالح الدول المتقدمة نظراً لتحكم جملة الظروف المحيطة والخاصة بتشكيل ونشأة هذه الأجهزة، إذ جعلت من التحكيم حسب نظرة الدول النامية عدالة أجنبية تفتقر إلى الضمان والنزاهة. فعادة ما يلتزم المحكم بشأن إصدار قراره على قانون وطني معين، إنما يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك بالإحالة إلى المبادئ العامة للقانون أو الأعراف التجارية.

وهنا يكون للثقافة القانونية للمحكم وخبرته الفنية دوراً هاماً في تكوين الرأي الذي يستند عليه قراره، والذي يستمد من تكوينه المتأثر بالظروف السياسية والاقتصادية للبيئة الذي تكون فيها<sup>2</sup>، وهو ما رأت فيه الدول النامية عامل عدم حياد محكمي الأجهزة الدائمة للنظر في النزاعات التي تكون طرفاً فيها ولم يكن للدول النامية أي دور في وضع أنظمة عمل هذه الأجهزة والمعمول بها في نظام التحكيم الدولي، فهي من وضع الاتفاقيات الأوروبية وبمبادرة الجمعيات ذات الطابع المهني، وفي اللوائح الدولية المختلفة أين إجراءات التقاضي وتشكيل هيئة التحكيم وسير المنازعة محددة كاملة في اللوائح الداخلية للمحكمة التحكيمية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 422، 423.

<sup>2</sup> - Belkacem Bouzana , op cit , p 413.

<sup>3</sup> - أبو زيد رضوان : الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي " مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت 1979، السنة الخامسة جويلية ، ع 2، ص 49.

فبسبب عدم مساهمتها في تسيير الأجهزة التحكيمية الدولية جعلت منها مؤسسات غريبة بالنسبة لها، كما أدت إلى افتقارها لتكوين الفكر القانوني لسير وتنظيم العمل بها وهي الظاهرة التي أبقت أسباب تخوفها قائمة.

ومن البديهي أن يترتب على التمرکز الخاص للأجهزة التحكيمية في مناطق خاصة إن اقتصر إدارتها على محكمين للمنطقة ذاتها و بمساهمة شبه منعدمة للدول النامية إذ رأت في اختيار محكم غربي عنصر حياد وإضرار بمصالحها<sup>1</sup>.

فلقد شهدت بداية عمل غرفة التجارة الدولية وفقا لنسب إحصائية من بين 5 مناصب لنواب الغرفة ممثلا واحدا فقط لدولة الهند، ومن ثمانية وعشرين تمتعت إيران فقط بصفة العضوية وبمساهمة سلبية للجزائر<sup>2</sup>، ووصفت مجموعة الأوبيب هذه التشكيلة بأنها ظاهرة تجسد اللامساواة وهذا فضلا على أن الدول الأعضاء في هذه المنطقة لم يكن لها أي ممثل على مستوى هذه المحكمة رغم الدور الهام لهذه الأخيرة وسلطاتها في مراقبة وتعيين المحكمين.

إن لتمثيل الدول النامية في الأجهزة التحكيمية دورا هاما خاصة أثناء إصدار القرارات التحكيمية وتحديد القانون الواجب التطبيق، فعادة ما يتم إصدارها القرارات التحكيمية حسب قواعد تصويت معينة كقاعدة الثلثين أو الأغلبية ويؤدي مراعاة التمثيل الجغرافي العامل للأنظمة المختلفة بما فيها محكمي الدول النامية، وهو ما يضمن صدورها وفقا لخدمة مصالحها، فضلا عن دورها في تحديد قوانينها الوطنية وتطبيقها والتي غالبا ما شهدت محاولات عديدة لاستبعادها، وعملا على تحقيق انشغالات هذه الدول، شهدت السنوات الماضية الأخيرة ما بين 1980 و 1990 ارتفاعا ملموسا في التوجه نحو مساهمتها في إدارة الأجهزة التحكيمية إذ ارتفعت نسبة التمثيل ما بين 20% و 34% لمحكمين من جنسيات مختلفة<sup>3</sup>، وبلغت خلال

1 - محمد بجاوي : العالم العربي في تحكيم غرفة التجارة الدولية، مجلة المحامون السورية 1992، ع 4، 5، 6، ص 383.

<sup>2</sup> - Belkacem Bouzana, op cit, p 415.

<sup>3</sup> - قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري ضمان الاستثمارات، دار هومة، الجزائر، 2004، ص- 411.

التسعينات ما بين 1991 و 1993، 28 محكما تم اختيارهم من الدول النامية من أصل 47 جنسية<sup>1</sup>.

وتواصل الاهتمام بتعيين محكمي المنطقة في هذه الغرفة خلال السنوات الموالية، فقد شهدت سنة 1996 تعيين 21 محكم من إفريقيا الشمالية، و 4 من دول الشرق الأوسط ومحكم من إفريقيا الجنوبية<sup>2</sup>.

لكن ومع ذلك يبقى هذا التمثيل نسبيا مقارنة لاختصاص غرفة التجارة الدولية في نظر النزاعات التي تكون الدول النامية طرفا فيها، فرغم رفض اختصاصاتها لمخاوف عدم حيادها إلا أن ذلك لم يمنع ظهورها المتواصل أمامها، حيث تميزت فترة ما بين 1970 و 1980 بإحالة شبه كلية لها في علاقتها مع الدول الأوروبية والأمريكية، إلا أنه بداية الثمانينات كانت لها دلالتها الخاصة في إبراز حيوية المنطقة كمجال استراتيجي هام للتعامل التجاري الدولي.

والملفت للانتباه من بين النسب المنشورة عن غرفة التجارة الدولية أنه خلال الفترة ما بين 1980 و 1990 النسبة المتميزة للدول العربية أمام غرفة التجارة الدولية، إذ بلغت 760 قضية منها 279 كمدعية و 481 كمدعى عليها، واحتلت الجزائر 28 % كمدعية و 51% كمدعى عليها<sup>3</sup>، كما سجلت سنة 1990 من بين 365 قضية، 94 مدعى من الدول النامية، و 2.4% من الدول الإفريقية الجنوبية و 2.3% دول إفريقيا الشمالية و 11.5 دول أمريكا اللاتينية، و 18% دول الشرق الأوسط<sup>4</sup>.

إن هذه النسب تجعلنا نستنتج أن نسبة امتثال الدول النامية أمام غرفة التحكيم والتي تغطي عليها صفتها كمدعى عليها أكثر من كونها مدعية، مما يفيد أنها كانت تخضع لاختصاصها وفي كثير من الحالات مجبرة مقارنة لحالة خضوعها الرضائي وهذا ما يبين أن تواتر إحالة النزاعات على التحكيم فرض على علاقاتها مع غيرها

<sup>1</sup> - YVES Derain: cour international d'arbitrage de la chambre de commerce international in chronique des Sentences arbitrales jdi , 1991 , n°4 , p 1044.

<sup>2</sup> - Bulletin de la cci, vol 8 n° 1 mai 1997 p 8 et 9.

<sup>3</sup> - محمد بجاوي، المرجع السابق، ص 383، 384.

<sup>4</sup> - Bulletin de la cci, art cit ,même page.

من الدول المتطورة، ليس هذا فقط بل أن اختصاصها تطور ليشمل حتى النزاعات بين الدول العربية فيما بينها<sup>1</sup>.

كما نتساءل بشأنها عن مدى استجابة هذه الهيئة التحكيمية لانشغالات هذه الدول طالما أن النسب الممنوحة لم تغير الكثير بل بقيت تعمل بنظام وقواعد مماثلة تقريبا، وبمساهمة محدودة مقارنة لتلك التي حضيت بها الدول المتقدمة<sup>2</sup>، سيما وأن الجانب المرتبط بتعيين المحكمين اقتصر فيه الدور الهام لإرادة الأطراف، الحر أو ضمن القائمة المحددة في نظام محكمة التحكيم، مما أبقى أسباب التخوف والانشغالات قائمة، التي حضيت باهتمام الأوساط العملية للبلاد النامية ولبعض الأجهزة العالمية وذلك بتقديمها لحلول التوفيق بين الموقف المتخوف للدول النامية وواقع فرض التحكيم في المعاملات التجارية الدولية والاستثمارات الدولية.

واهتماما من الدول النامية بتجديد دور التحكيم الدولي وفق آليات وقواعد من شأنها أن تعمل على تجسيد التعاون الفعلي للأنظمة القانونية المكونة للمجموعة الدولية، بما فيها تعاملها على المستوى الدولي، قدمت نوعين من الاقتراحات في إطار فكرة إقامة نظام اقتصادي دولي جديد ورأت أن ذلك يكون على الصعيد التنظيمي والمؤسساتي.

ولقد طالبت بتأسيس أجهزة تحكيمية موزعة ومشكلة بما يجسد التوازن الجغرافي، وتبنت ذلك بإنشائها لأجهزتها التحكيمية الإقليمية وكذلك إنشاء لجان متخصصة إلى جانب غرفة التجارة الدولية تختص بمهمة تعيين المحكمين في النزاعات القائمة بين دول الشمال والجنوب<sup>3</sup>.

واتخذت غرفة التجارة الدولية هذا الاقتراح إذ جعلت من محكمتها مؤسسة مستقلة ولجأت إلى تشكيل عدة لجان وطنية اختصت بتعيين المحكمين لمراعاة التوزيع الجغرافي العادل لمحكمي الدول المختلفة، ومن النسب المسجلة في غرفة التجارة

<sup>1</sup> - محمد بجاوي، نفس المرجع، ص 382.

<sup>2</sup> - محمد بجاوي، المرجع السابق، ص 382.

<sup>3</sup> - Belkacem Bouzana op cit 413.

الدولية، شهدت السنوات 1991 - 1993 من بين 47 عضوا و 7 نواب تعيين بينهما 28 من دول نامية<sup>1</sup>.

كما اهتم البنك الدولي للإنشاء والتعمير أيضا بتخفيف مواقف اعتراض الدول على آلية التحكيم منح ضمانات توجيه المستثمرين الأجانب نحو أقاليمها الوطنية، إذ أنشأ المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى بموجب اتفاقية واشنطن ل 18 مارس 1965، كما اهتمت بالتوفيق بين سيادة الدول والمستثمرين الأجانب من خلال فرض قواعد مرنة لاختصاص المركز، حيث اقتضت العضوية على الدول فقط، ولعلاقة البلد المضيف وخواص أحد الدول الأعضاء حسب المادة 125 من اتفاقية واشنطن<sup>2</sup>.

**المطلب الثاني : ازدواجية موقف التعاطي مع التحكيم في مجال الاستثمار.**

خضعت عملية الاستغلال النفطي لمجموع دول الشرق أوسطية منها ودول أمريكا اللاتينية وإفريقيا الشمالية إلى التنظيم الخاص بعقود الامتياز، والذي تحصلت بموجبه الشركات الأجنبية على امتيازات هامة وُجدت في تحديد المراكز القانونية الحقيقية لهذه الأخيرة والدول المنتجة ذات السيادة.

ففضلا على ما تمتعت به من سلطات احتكار واستغلال نفطي، قبلت الدول النامية بحكم افتقارها إلى الوسائل المالية والتقنية ببند متعارضة وسيادتها، سيما الخاصة بإخضاع النزاعات المترتبة على العلاقة إلى التحكيم الدولي<sup>3</sup>. حيث رأت بعد استقلالها في الامتيازات الممنوحة تعارضا وسيادتها، وأخذت بتصحيحها وفقا لأساليب تنوعت حسب نطاق ومضمون الحق محل السيادة منها التي عملت على تعديل الشروط الخاصة بالاستغلال، وأخرى خصت تقليصه لأجل سيادة أوسع نطاقا وأشمل اختصاصا بواسطة إجراء التأميم.

<sup>1</sup> - Yves Derain , art ,cit p 990

<sup>2</sup> - عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 207.

<sup>3</sup> - Fouad Abdelmoumen Riad , art , cit , p 254.

ولقد أثارت هذه التدابير المتخذة مصدر احتجاج شركات الامتياز عرضت النزاعات بشأنها على التحكيم الدولي الذي رفضته والتي من نماذجها الحالة الجزائرية (الفرع الأول) والموقف الليبي (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: الحالة الجزائرية والتعاطي مع التحكيم في مجال الاستثمار.**

لقد كانت الجزائر منذ الاستقلال متحفظة حذرة لا تترتاح إلى التحكيم الدولي<sup>1</sup> ويرجع الفقه ظاهرة الحذر هذه من التحكيم الدولي، كون الجزائر آنذاك دولة حديثة الاستقلال، غيرة على سيادتها الوطنية، فكانت تنظر إلى التحكيم الدولي على أنه طريقة للإفلات من قبضة القضاء الوطني، لأنه إذا كانت الدولة طرفا في اتفاق التحكيم، فإن ذلك سيجعلها كما يرى هذا الفقه تسقط في شباك التحكيم التجاري الدولي<sup>2</sup> وتتجلى مظاهر المعارضة في عدم وجود نصوص خاصة بالتحكيم الدولي، فعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد خصص في الكتاب الثامن من قانون الإجراءات المدنية<sup>3</sup> للتحكيم، لكنه لم يفرق بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك حيث نص في المادة 3/442 ق 1 م. على أنه: "لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين والعموميين أن يطلبوا التحكيم".

والجدير بالتنويه أنه على الرغم من موقف الجزائر الراض للتحكيم الدولي على مستوى النصوص التشريعية الداخلية فإنه لم يكن لها نفس الموقف على مستوى علاقاتها الدولية، حيث كثيرا ما كانت بعض المؤسسات العمومية تبرم عقودا تجارية مع مؤسسات أجنبية تتضمن شروطا تحكيمية، فتشير إلى التحكيم الحالات الخاصة تارة، وإلى تحكيم غرفة التجارة الدولية تارة أخرى، مخالفة في ذلك نص

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، ص 353.

<sup>2</sup> - Mohamed Bejaoui : l'évolution de la conception et de la pratique Algérienne en matière d'arbitrage International op cit, p 59.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 66 / 154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر، ع47 لسنة 1966.

المادة 3/442 السالفة الذكر<sup>1</sup>، فكانت الجزائر بين الدول الأكثر ترددا على هيئات التحكيم وعلى رأسها المحكمة الدولية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس. إن هذه المرحلة عرفت تدبب واضح في موقف المشرع الجزائري بين رفض رسمي وتقبله في بعض العقود المبرمة بين الجزائر وأطراف أجنبية.

**البند الأول : رفض الجزائر للتحكيم في مجال الاستثمار.**

عارضت الجزائر بشدة فكرة اللجوء إلى التحكيم الدولي<sup>2</sup> وتجلت هذه المعارضة بغياب نصوص قانونية متعلقة به فضلا عن الخطب الرسمية التي كانت رافضة له ولم تكن تختلف نظرة الجزائر للتحكيم عن بقية الدول النامية خاصة منها التي كانت لها تجارب سيئة معه خاصة بعد قضية شيخ أبو ظبي وقضية قطر والتي جسدت الاستهزاء والاحتقار للقوانين العربية فكان بالمقابل رفض التحكيم الدولي حيث اعتبر شكل من أشكال الانتقاص من السيادة، لكن بالرغم من موقف الجزائر الراض للتحكيم على مستوى النصوص التشريعية لم ترى نفس الموقف على مستوى علاقاتها الدولية. حيث تراوح موقف الجزائر بين القبول والرفض والتقبل وهو ما عبر عنه الأستاذ : الطيب زيروتي (يصعب التكهن) بموقف الجزائر الحقيقي من التحكيم الدولي على الصعيد الرسمي<sup>3</sup>.

بتاريخ 31 ديسمبر 1962 أصدرت الجزائر قانون يتضمن استمرار العمل بالقوانين الفرنسية ما عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية<sup>4</sup> انطلاقا من ذلك وعلى

<sup>1</sup> - أشارت إحصائيات الدراسة التي قام بها الأستاذ محند اسعد حول العقود التي أبرمتها الجزائر مع المتعاملين الأجانب، أنه من أصل 17 عقدا فإن 10 عقود منها تضمنت شرطا تحكيميا يصار بموجبه إلى غرفة التجارة الدولية، ومثال ذلك الاتفاق المبرم بين شركة " جيتي بترو ليوم " وشركة سونطراك سنة 1968 حيث نصت المادة 58 من الاتفاق وفي حالة فشل المصالحة يمكن لكل واحد من الطرفين أن يلجا إلى التحكيم "

<sup>2</sup> -Mohamed Bejaoui : l'évolution ..... op cit p 16, Mohand Issad : l'arbitrage en Algérie- rev , ARB. 1977 P 245.

<sup>3</sup> - الطيب زيروتي، المرجع السابق، ص 421.

<sup>4</sup> - قانون رقم 62 / 157 المؤرخ في 31 / 12 / 1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 31 / 12 / 1962 ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج رج ج، السنة الثانية، ع، 20 بتاريخ 01 / 11 / 1963، ص 18.

اعتبار مجال المحروقات المجال الخصب لكل من الجزائر وفرنسا في آن واحد حيث استمر العمل بقانون البترول الصحراوي الصادر سنة 1958، حيث نصت اتفاقية إيفيان في شقها الاقتصادي على الضمانات القضائية المتمثلة في التحكيم كوسيلة قانونية لتسوية النزاعات بين الجزائر وفرنسا وهذا كله من أجل التحكم في قطاع المحروقات وضمان الحقوق المكتسبة وإستمراريتها بعد الاستقلال<sup>1</sup>.

ويضاف إلى ذلك المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الخاصة بالثروات البترولية في مجال البحث واستغلال البترول التي كانت خاضعة لاختصاص مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بالتحكيم<sup>2</sup> هذا الاختصاص الذي كان من المفروض أن يرجع إلى المحكمة العليا بعد الاستقلال<sup>3</sup>، ونتيجة لاتفاقية إيفيان، أصبحت النزاعات المتعلقة بالمحروقات بين الجزائر وفرنسا تخضع إلى التحكيم التجاري الدولي، والغرض من ذلك هو الابتعاد عن المحاكم الجزائرية المتخصصة.

لقد نصت المادة 41 من قانون البترول الصحراوي على أن تخضع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمنتفع به إلى مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا، غير أن الأمور تغيرت عند إبرام اتفاقية إيفيان وبالضبط نص إعلان المبادئ في 15/03/1962 المتعلقة بميدان المحروقات على اختصاص محكمة تحكيم دولية فنصت على ما يلي " رغم كل الأحكام المخالفة تخضع كل المنازعات والخلافات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق المضمونة في الفصل ابتدائيا ونهائيا إلى محكمة تحكيم دولية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Amor Zahi : l'état et l'arbitrage op cit p 191.

<sup>2</sup> - القانون رقم 58 / 11 المؤرخ في 1958/11/22 المتضمن القانون البترولي الصحراوي.

<sup>3</sup> - عاطف سليمان ، معركة البترول في الجزائر، دار الطليعة ، ط1، بيروت، 1974، ص 19 و 20.

<sup>4</sup> - راجع في هذا الشأن :

بن يوسف بن خدة، نهاية حرب التحرير في الجزائر، اتفاقية إيفيان، ديوان المطبوعات الجامعية ،سنة 1987 ص 115.

Belkacem Bouzana , op cit 173.

لقد منح الأمر رقم 1111 58 المؤرخ في 1958/11/22 المتعلق بالنشاط البترولي في الأقاليم الصحراوية والوحدات السائرة اختصاص النظر في النزاعات المتعلقة بالامتيازات البترولية لمجلس الدولة الفرنسي وجاء في

أما القواعد والإجراءات الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها فلقد تم تحديدها في المادة 2 من ملحق اتفاق 1963، ومنح للأطراف حرية اختيار المحكمين كاختصاص أولي لتشكيل المحكمة، إذ يتولى رئيس محكمة العدل الدولية المهمة في حالة امتناع الأطراف عن ذلك.

لكن الجزائر رفضت العمل بتحكيم الاتفاق النفطي في نزاعها مع الشركة الفرنسية ترابال "TRAPAL" حيث امتنعت عن تعيين محكمها، كما رفضت الامتثال أمام محكمة التحكيم المعينة من طرف رئيس محكمة العدل الدولية تطبيقا للمادة 2 السالفة الذكر، والمكونة من المحكمين الثلاث Doyen Vedel شركة ترابال، Wenglen ممثلا للجزائر وCaster رئيسا<sup>1</sup>، ونعتبر مثل هذا التصرف موقفا ماديا لرفض التحكيم.

وبقي الوضع على حاله تطبيقا للاتفاقيتين المبرمتين بين الجزائر وفرنسا في 26 جوان 1963<sup>2</sup>، وكذا في 29 جويلية 1965<sup>3</sup>.

ومن هنا يظهر مدى تأثير هاتين الاتفاقيتين على السيادة الوطنية من جهة وعلى التنمية الوطنية من جهة أخرى، وذهب بعض الفقه<sup>4</sup> إلى القول بأن التحكيم السائد آنذاك كان مفروضا على الجزائر، بالرغم من موقفه الراض لهذا النظام وهو اختيار فرضته الظروف الموروثة عن الحقبة التاريخية، وما يدعم هذا الطرح هو الخطاب السياسي لرئيس الجمهورية هواري بومدين المؤرخ في 1971/02/24 آنذاك، اعترف بهذا الواقع المفروض على الجزائر بقوله: "نحن ملزمون بإبرام هذه

---

حيثيات ذلك الأمر أنه وفقا لضرورات السياسة الوطنية قرر المشروع منح النزاع حول المحروقات الصحراوية للاختصاص الحصري لمجلس الدولة (م 41 و 54 و 71 من ذلك الأمر)

<sup>1</sup> - Christian vigner : l'accord Franco – Algérien 26 juin 63 , A F D I 1964 P 385,.

<sup>2</sup> - المرسوم رقم 63 / 384 المؤرخ في 14/09/1963، ج.ر.ع 67 مكرر.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 287/65 المؤرخ في 18/11/1965، المتضمن المصادقة على اتفاق 1965/07/29، الخاص باستغلال الوقود والثروات الهيدروكربونية، ج.ر.ع 95 بتاريخ 19/11/1965، ص 98.

<sup>4</sup> - راجع محمد كولا تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادية 2008، ص 17.

السنة بعض الاتفاقيات لمدة طويلة متعلقة بالصحراء مما يجعل الاستقلال المتحصل عليه بفضل تضحيات الشعب الجزائري استقلالاً شكلياً واسمياً فقط<sup>1</sup>.

كما تبين أن الشركات الأجنبية اعتادت على اللجوء إلى التوفيق والتحكيم لعرقلة الإجراءات التي اتخذتها الجزائر لحماية مصالحها المشروعة وهذا يكشف الأهداف الحقيقية من آليات النزاعات المنصوص عليها في اتفاق الجزائر فرنسا، وذلك أن الشركات الفرنسية بدلاً أن تعمل بتلك الآليات لمصلحة الطرفين يبدو أنها تهدف منها إلى جعل كل عمل إداري غير فاعل<sup>2</sup>، وهذا حسب ما جاء في يومية المجاهد الرسمية بتاريخ 02 فيفري 1969<sup>3</sup>.

وتأييداً لهذا الموقف نجد الأستاذ بلقاسم بوزانة<sup>4</sup>، يتساءل في مؤلفه حول النزاعات في ميدان المحروقات بين الجزائر والشركات الأجنبية قائلاً من "المهم أن نتساءل عن الدوافع التي من أجلها يعتبر التحكيم خصوصية في الامتيازات البترولية الممنوحة من طرف البلدان المصنعة منذ تاريخ طويل لصالح القضاء الوطني تماشياً مع المبادئ المتعارف عليها في الفقه والمكرسة من طرف السوابق القضائية الكثيرة، ويضيف هل المبادئ المعمول بها في تلك البلاد تتغير عندما تتغير الحدود ويرد على ذلك فإن الاعتبار السياسية وحدها تفسر هذا التناقض؟"، ومن انتقادات الكاتب، أن النزاعات البترولية، كانت تعرض على مجلس الدولة الفرنسي قبل الاستقلال، إلا أنه وبعد الاستقلال حولت تلك الصلاحية للتحكيم الدولي، ويعلق مستنتجاً وما دام رفض

<sup>1</sup> - Le président Boumediene a d'ailleurs stigmatisé le caractère colonialiste des accords de 1962 et 1965 dans des discours du 24 février 1971, « nous nous vîmes dans l'obligation de signer cette année là (1965) certains accords de longue durée relatifs au Sahara, visant à faire de l'indépendance acquise grâce aux sacrifices du peuple Algérien une indépendance formelle et nominale », voir Belkacem Bouzana op.cit p 177.

<sup>2</sup> - Depuis plus d'un mois, écrit El Moudjahid, les sociétés pétrolières françaises multiplient les recours aux procédures de conciliation et d'arbitrage tels que prévus par l'accord Algero - français sur les hydrocarbures de juillet 1965 v. B Bouzana, op.cit, p 172.

<sup>3</sup> - EL MOUDJAHID du 02 Février 1969 , le monde du 04 février 1969 , ch. , rousseau " remise en cause par le gouvernement Algérien du principe du règlement arbitral inscrit dans l'accord Franco Algérien du 29 juillet 1965 , 03 février 1969, R G D I P PP 1962-1964.

<sup>4</sup> - Belkacem Bouzana op. cit p 173.

اختصاص القضاء الداخلي في النزاعات البترولية يتفق مع تاريخ استقلال الجزائر، فان هذا دليل على التمييز الذي تقوم به الشركات البترولية بين قضاء بلدانها وقضاء البلدان المستقلة حديثا.

ومن الواضح إذن أنها غير واثقة في قضاء البلدان المستقبلية، إن رفض حلول المجلس الأعلى الجزائري محل مجلس الدولة الفرنسي في الاختصاص دليل على اعتبار الجزائر قد سقطت في وضع الدول النامية، وبذلك الصفة لا يمكن أن تأمل في ممارسة بعض الحقوق التي تظل حكرا على الدول المتقدمة وحدها<sup>1</sup>. ولم تكن الجزائر منعزلة في الموقف، بل أن العديد من الدول النامية والمنتجة للنفط على وجه الخصوص كانت ترى في التحكيم الدولي نوعا من الامتياز الاستعماري تريد الشركات الأجنبية الحفاظ عليه ليحل محل العدالة المحلية التي تريد تلك الشركات تفاديها، وكانت ترفض أن تكون مسألة العدالة موضوعة بين أيدي أشخاص وهم زيادة على ذلك أجنبان لأن المسألة مسألة سيادة<sup>2</sup>.

لكن المتصفح لاتفاقات التعاون التي أبرمتها الجزائر في هذه المرحلة<sup>3</sup> لم تكن تعكس الموقف الجزائري الرفض لأسلوب التحكيم الدولي وهذا ما يثير فكرة التناقض في موقف الجزائر اتجاه التحكيم، فمن جهة الرفض الصريح له خاصة في إطار

<sup>1</sup> - قادري عبد العزيز ، المرجع السابق، ص 398.

<sup>2</sup> - Belkacem Bouzana , op.cit , 173 , 174.

<sup>3</sup> - ومن أمثلة هذه الاتفاقية :

الأمر رقم 68 / 591 المؤرخ في 31/10/1968 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من طرف شركة جيتي بتروليوم كومباني، وكذلك بروتوكول يتعلق بنشاطات الأبحاث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليوم كومباني، ج.ر.ع. 88، السنة الخامسة، بتاريخ 01/11/1968، ص 1738 وما بعدها، حيث جاءت المادة الأولى الفقرة الثالثة مبرزة هدف هذا الاتفاق الذي اشتمل على المواد من 56 إلى 70 التي بينت كيفية إجراء التحكيم رغم وجود قانون الإجراءات المدنية الذي يمنع لجوء المؤسسات العامة الى التحكيم الدولي.

الخطابات السياسية ومن جهة أخرى تكريسه في بعض اتفاقيات التعاون التي أبرمتها الجزائر<sup>1</sup>.

### البند الثاني : الخضوع للتحكيم في مجال المحروقات.

تعتبر سنة 1971 منعرجا في تاريخ العلاقات الجزائرية الفرنسية، حيث استعادت الجزائر سيادتها على ثرواتها بتأميم المحروقات وذلك بإصدار الأمر رقم 24/71<sup>2</sup>. فأممت قطاع المحروقات بنسبة 51 %، فأكدت بذلك على مبدأ سيادتها على ثرواتها الطبيعية من خلق شركات المشروع المشترك فأصبحت تأخذ بمبدأ المشاركة مما أثر على نظام التحكيم بتضييق نطاقه لصالح الهيئات القضائية الوطنية حيث نصت المادة 7 من الأمر 24/71<sup>3</sup> على استبعاد خضوع الجباية البترولية للتسوية عن طريق التحكيم، وتعززت هذه المادة بالمذكرة المقدمة من طرف الجزائر إلى مؤتمر رؤساء الدول الأعضاء في منظمة الدول المصدرة للبترول الذي عقد في مارس 1975. وفيه بينت الجزائر شكواها ليس من نظام التحكيم في حد ذاته وإنما في عدم ملاءمته مع متطلبات العالم الثالث، وأشارت المذكرة أنه في حالة عدم تكيف التحكيم مع خصائص أوضاعها ستجد نفسها مضطرة لإنشاء نظام تحكيمي خاص بها لا تلتزم إلا به أو أنها ستلجأ إلى النظام القضائي الداخلي لكل دولة من الدول النامية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - كولا محمد، التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري، مذكرة لينل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال كلية الحقوق جامعة مولود معمري سنة 2001 ص 15.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 71 / 24 المؤرخ في 12/04/1971 متضمن تعديل الأمر رقم 58 / 1111، المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة قنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، ج، ر، ح ع 30 السنة الثامنة بتاريخ 13/04/1971 ص 429.

<sup>3</sup> - التي تنص على " أن المقطع الثاني من المادة 71 من الأمر 1111/58 المؤرخ في 22 / 11 / 1958 يعدل ويتم :

إن الخلافات المتعلقة بالضرائب المذكورة تكون من اختصاص المجلس الأعلى الجزائري ابتدائيا نهائيا، غير أنه يمكن أن ترفع هذه الخلافات أمام لجنة التوفيق ضمن الكيفيات المحددة فيما يلي....."

<sup>4</sup> - Mohand ISSAD : le nouveau droit Algérien revue mutation n°05 ALGER 1993. P.08.

ومع ذلك فقد رضيت الجزائر على مضمض بالتحكيم الدولي في كثير من عقود التجارة الدولية وعلى سبيل المثال وعلى عينة 17 عقدا فان 10 عقود تضمنت شرطا تحكيميا يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، و 4 عقود فقط أحالت النزاعات للقضاء ثلاث منها للقضاء الجزائري وواحد إلى القضاء الانجليزي<sup>1</sup>.

كما تدعم هذا الموقف في قانون المالية لسنة 1972 حيث نصت المادة 120 الفقرة الأولى منه على أن النزاعات المتعلقة بتلك الضرائب تكون تابعة في الدرجة الأولى والأخيرة للمجلس الأعلى الجزائري<sup>2</sup>. إذ كان الأمر واضحا بالنسبة للنزاعات الضريبية، فما مصير التحكيم في العقود الأخرى؟ وهل هذا يعني أن المنازعات الضريبية هي وحدها التي تخضع للقضاء الوطني؟

فتساءل الكثير من الباحثين الجزائريين حول ما إذا كانت المنازعات الأخرى مازالت تخضع للتحكيم؟ بالنسبة للأستاذ علي بن الشنب الذي يرى أن القانون البترولي الساري المفعول لا يقضي على مبدأ اللجوء إلى التحكيم إلا فيما يتعلق بالجباية<sup>3</sup>.

أما الأستاذ عبد المجيد بن شيخ يرى أن المادة 07 لما نصت على اللجوء إلى المحكمة العليا الجزائرية، ولجنة المصالحة تكون قد تركت الباب مفتوحا للتحكيم بالنسبة للنزاعات الأخرى ذات الطابع غير الجبائي<sup>4</sup>، في حين فصل الأستاذ محند

<sup>1</sup> - إحصائية قام بها الأستاذ محند اسعد وأشار إليها في محاضراته في ندوة التحكيم الأوروبي العربي في تونس في ديسمبر 1985.

أنظر في هذا الصدد : عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 354.

<sup>2</sup> - الامر 86/71 المؤرخ في 1971/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1972 ج، ر، ج، ج ع 108 السنة الثامنة، ص 1897.

<sup>3</sup> - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 ص 4 اقتبست من مؤلف الأستاذ علي بن الشنب :

Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, OPU, 1984, p 298 .

<sup>4</sup> - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 4 اقتبست من مؤلف الأستاذ عبد المجيد بن شيخ :

اسعد قائلا : وإلا فالمشرع الجزائري قد ترك الباب مفتوحا للتحكيم الداخلي والدولي إلا فيما يتعلق بالجباية<sup>1</sup> ؛ أما الأستاذ نور الدين تركي فكان رأيه مخالفا وقال بغض النظر عن الطبيعة القانونية لاتفاقية الإقامة، وجب الملاحظة بأنه حتى وإن لم تخضع لاختصاص المحكمة العليا إلا النزاعات الخاصة بالضريبة، لا يمكننا أن نستنتج ضمنا من أحكام المادة 07 أنها تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم في الحالات الأخرى<sup>2</sup>.

وفي الأخير تفضل الأستاذ بلقاسم بوزانه بالتفصيل التالي: الأمر 24/71 الصادر في: 12/04/1971 المتضمن القانون الأساسي للمحروقات الجزائرية هو مصدر عملية مزدوجة تكمن في إعادة توطين العلاقات التعاقدية البترولية وإخضاع النزاعات للقانون الداخلي<sup>3</sup>.

ويضيف الأستاذ أن المنازعات موزعة حسب صفة الأطراف عندما يتعلق النزاع بالبترول القائم بين الدولة والشركة الأجنبية لتحديد النظام الجبائي والمالي، الذي تخضع له الشركة التابعة، فيخضع النزاع للقانون الإداري، ويكون الاختصاص للمحكمة العليا الجزائرية (الغرفة الإدارية)، وخلافا لذلك تخضع النزاعات للمحاكم العادية والقانون العام عندما يتعلق الأمر بالاتفاقيات المبرمة بين شركة سونطراك والشركات الأجنبية ويتجلى هذا التحليل في العقود المبرمة بين سونطراك والشركات الأجنبية<sup>4</sup> التي تنص صراحة على اختصاص المحاكم الجزائرية.

Les instruments juridiques de la pratique Algérienne des hydrocarbures, LGDI, 1973 P 132.

<sup>1</sup> - عليوش قربوع كمال، نفس المرجع، نفس الصفحة مقتبس من مؤلف الأستاذ محند إسعد :

Les technique juridiques dans les accords de développement économique, colloque d'Alger , droit international et développement 1976, opu 1978 , p 203.

<sup>2</sup> - Noureddine TERKI les sociétés étrangères en Algérie, OPU, Alger , 1976, p 249.

<sup>3</sup> - L'ordonnance n°71 - 24 du 12 AVRIL 1971 portant loi fondamentale des hydrocarbures algériens est à l'origine d'un double processus de " renationalisation" des relations contractuelles pétrolières et d'internalisation de leur régime contentieux voir : B BOUZANA, op cit, p 291.

<sup>4</sup> - Belkacem BOUZANA , idem , p 295

وعلى سبيل المثال جاء في بروتوكول أبرم بين شركة سونطراك وشركة أجنبية في المادة 11 منه ما يلي: "علاوة على كل الأحكام المخالفة تخضع كل المنازعات أو الخلافات التي تثور بين الدولة الجزائرية من جهة والشركة الأجنبية من جهة أخرى بخصوص تفسير أو تطبيق أو تنفيذ أحكام هذا البروتوكول وبنود الاتفاق المشار إليه لاختصاص المحاكم الجزائرية وحدها".<sup>1</sup>

وزاد الأمر تأكيدا، عندما صدر القانون رقم 86/14<sup>2</sup> المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقل الأنابيب، إذ جاء في نص المادة 63 ما يلي: "تخضع المخالفات والمنازعات الناتجة عن تطبيق هذا القانون، النصوص المتخذة من أجل تطبيقه إلى المحاكم الجزائرية المختصة وفقا للتشريع المعمول به؛ غير أنه يمكن للخلافات والمنازعات المتعلقة بالشركة في ميدان المحروقات أن تخضع مسبقا للجنة مصالحة وفقا للتشريع الساري المفعول".<sup>3</sup>

**الفرع الثاني: موقف ليبيا من التحكيم في مجال الاستثمار.**

كغيرها من الدول النامية طبقت ليبيا أيضا نظام الامتيازات لاستغلال نفطها والذي بموجبه استنفدت شركات أمريكية ثلاث بحق الامتياز في المنطقة وهي " B.P. EXPLORATION " <sup>4</sup> و " TEXACO " <sup>5</sup>

<sup>1</sup> - Noureddine Terki : la société mixte de droit Algérien op. cit , p 42

<sup>2</sup> - أنظر القانون رقم 86 / 14 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج. ر. ع 35، الصادرة في 27 أوت 1986.

<sup>3</sup> - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 6. 5.

<sup>4</sup> - تتلخص وقائع النزاع في هذه القضية بعقد استغلال البترول الذي منحتة ليبيا في 18 ديسمبر 1957 لمدة 50 سنة لمواطن أمريكي يدعى " Bunhe Hunti " حول 50 % من نصيبه في 10 نوفمبر 1960 لشركة BP وذلك بإقرار السلطات الليبية، وبعد قيام الثورة في ليبيا سنة 1969 وإتباع سياسة التأميمات بها تم تأميم تلك الشركة في 07 ديسمبر 1971، وهو ما أدى إلى قيام النزاع بين الشركة وبين الحكومة الليبية حول هذه القضية انظر :

P. Rambaud " Arbitrage , concession et nationalisation , quelques observations sur la sentence b p " A F D I 1981 P 220 – 230.

B. Stern " trois arbitrages, un même problème, trois solutions, les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international " rev. arb , 1980 pp 4 , 7.

<sup>5</sup> - تتلخص وقائع النزاع في هذه القضية في إبرام الحكومة الليبية في الفترة الممتدة بين ديسمبر 1955 وافريل 1971 مجموعة من عقود الامتياز لصالح Company Texaco , overseas petroleum Company

و " LIAMCO " <sup>1</sup> ، وأخضعت التنظيم القانوني لعلاقة الامتياز إلى القانون البترولي رقم 1955-25<sup>2</sup> والتنظيم الاتفاقي للعقد النموذجي الملحق به، كما تعهدت السلطات الليبية على الالتزام بضمان الحقوق المقررة في القانون البترولي والعقد النموذجي وعدم تعديلها من دون اتفاق الأطراف على ذلك<sup>3</sup>، والتزمت بهذه الأحكام في التعديلات اللاحقة لقوانينها لكن بعدها لجأت السلطات الليبية إلى تعديل تشريعاتها الوطنية الخاصة بالسياسة البترولية<sup>4</sup>، بعد أن لاحظت أن هناك استغلال الشركات الأجنبية لنفطها، إذ قررت تعديل نظام الامتيازات واستبداله بنظام المناصفة.

وطبقت لذلك إجراءات تأميم 51 % من نشاطات الشركات الأمريكية بالقانون رقم 175/66 لصالح الشركة الوطنية الليبية Libyen national oil (corporation) وعملا منها على تحقيق سيادتها الاقتصادية، أعلنت رسميا نقل

---

california Asiatic oil وقد تضمنت هذه العقود نصوصا صريحا يقضى باتخاذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية من أجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق الا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف، وقد تم تفسير هذا الاتفاق أن تعديل أو إلغاء القوانين الحاكمة للبترول لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد والتي تقررت الشركة بمقتضاها طالما تمت دون رضاها، وقد تم تعديل قانون البترول الليبي أكثر من مرة ويقابله في كل مرة تعديل في الشروط التعاقدية باتفاق الطرفين. وفي سنة 1973 أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم 66 / 1973 الذي أعلنت بمقتضاه تأميم 51 % الشركتين السالفتين الذكر دون باقي الشركات الأجنبية المتمتعة بعقود الامتياز في مجال البترول، وهنا أحطرت الشركتين الأمريكيتين الحكومة الليبية بعزمها على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما. أنظر حول هذه القضية : J.f Lalive, un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères, J.D. I. 1977, PP 321 , 322.

<sup>1</sup> - تلخص وقائع قضية Liamco في نزاع هذه الشركة مع الحكومة الليبية بسبب تأميمها الشركة في 11 فيفري 1974 وفي 12 / 04 / 1977 حيث انتهت محكمة التحكيم إلى أنه من المبادئ المستقرة في القانون الدولي، أن قواعد التحكيم الإجرائية تتحدد وفق اتفاق الأطراف، وإذا لم يوجد هذا الاتفاق فان محكمة التحكيم هي المختصة في تحديد هذه القواعد، استقلا عن قانون مقر التحكيم وقد خلص الحكم إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد التي تضمنها مشروع اتفاقية الأمم المتحدة الذي وافقت عليه لجنة القانون الدولي سنة 1955.

راجع في هذا الصدد : B. Stern , op , cit pp 10- 11 .

<sup>2</sup> - تم الاطلاع على قانون النفط رقم 25 لسنة 1955 المؤرخ في 19/06/1955 على الموقع:

يوم 2017/08/01 Site : eastlaws.com/generalsearch/home/articlesTDetails

<sup>3</sup> - M- Jean Flavieu Lalive art,cit , p 231 .

<sup>4</sup> - Amor ZAHI , op cit, P 307.

الرقابة والملكية الكلية للقطاع البترولي للدولة الليبية بالتأميم الشامل للشركات الأجنبية وفقاً للمرسوم التالي رقم 11/72<sup>1</sup> لفائدة الشركة الليبية om el djawabi (أم الجوابي)<sup>2</sup>.

ورغم أن التأميم حقا مكرسا في لوائح دولية عديدة كلائحة 1803 الخاصة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية وميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية إلا أن التقييدات الواردة على حق الدولة السيدة على الثروات، جعلت منه حقا مشروطا، منح الشركات صاحبة الامتياز حقوقا مقابلة أدت بالشركات الأمريكية إلى رفض إجراء التأميم المتخذ من طرف السلطات الليبية وأحالت النظر فيه إلى محكمة التحكيم الدولية بالقانون البترولي 55 / 25 والعقد النموذجي لعلاقة الامتياز<sup>3</sup>.

#### البند الأول: الالتزامات الليبية في مجال التحكيم الدولي.

ارتبطت ليبيا بالتزام العمل بنظام التحكيم الدولي بواسطة القانون البترولي رقم 25 لسنة 1955 وفقا للقواعد والإجراءات المنظمة بشكل مماثل في المادة 1/20 منه، التي نصّت على أنه: "تجري تسوية كل نزاع ينشأ بين اللجنة وبين صاحب العقد الممنوح وفقا لأحكام هذا القانون وعن طريق التحكيم..."<sup>4</sup>.

ورتب هذا الامتياز تعهد السلطات الليبية بإحالة النزاعات الناشئة بين وزارة شؤون النفط والشركات صاحبة الامتياز على التحكيم الدولي للنظر في النزاعات خلال سريان العقد أو بعد انقضاءه، من الخصائص المميزة لنظام التحكيم البترولي الليبي، هي الاعتماد على التحكيم كوسيلة قانونية لحل النزاعات، ومقترنة بفشل الأطراف المتنازعة على حله بطرق أخرى من دون تحديد لها أو حصرها في فئة معينة، وهو ما رتب تنوع في الوسائل الأولية سواء كانت قضائية أو غير قضائية،

<sup>1</sup> - Jean Flavieu lalive , art , cit p 322.

<sup>2</sup> - Jean – Louis Retal : la Libye républicaine face au cartel pétrolier AAN .1974. P114

<sup>3</sup> - قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 401.

<sup>4</sup> - المقصود من عبارة اللجنة الواردة في المادة المذكورة هو لجنة شؤون البترول، وقد كانت هي الجهة المختصة بالتعاقد مع الشركات الأجنبية، قبل أن تلغى وتحل محلها وزارة النفط ثم المؤسسة الوطنية للنفط، وقد نظم المشرع الليبي القواعد المتعلقة بالتحكيم في منازعات النفط بين الدولة الليبية والشركات الأجنبية في المادة 28 من الملحق الثاني من قانون النفط.

وهذا ما يميز التحكيم النفطي الليبي عن نظام التحكيم النفطي الجزائري، ومع ذلك لم يختلف كثيرا عنه فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بتشكيل المحكمة التحكيمية.

**البند الثاني: رفض ليبيا للتحكيم الدولي.**

تواتر العمل بالتحكيم في مجال الاستغلال النفطي لعلاقة ليبيا مع شركات الامتياز فرغم التعديلات اللاحقة للقوانين المنظمة لعلاقة الامتياز إلا أنها لم تلغها أو تستثني العمل به بل كرسته في مختلف نزاعاتها<sup>1</sup>.

وفي علاقتها مع الشركات الأجنبية رفضت الالتزام ببنود اتفاقية التحكيم إلا بعد تعيين Flower Hamilton، امتنعت السلطات الليبية عن مباشرة إجراء التحكيم، وتعيين محكمها خلال المدة القانونية المحددة، وأعلنت رفضها لطلب التحكيم المستند على المادة 28 من عقد الامتياز<sup>2</sup>.

لجأت الشركات الثلاث إلى رئيس محكمة العدل الدولية وتم تعيين المحكم Lagergen في قضية BP، وتعيين المحكم الفرد René Jeau Dupuy في قضية Texaco والمحكم صيحي المحمصاني في قضية Liamco<sup>3</sup>؛ لكن هذا لم يغير من الموقف الليبي الراض للتحكيم. واستندت في رفضها إلى فكرة السيادة الاقتصادية على الثروات الطبيعية، تطبيقا للوائح الدولية كلائحة 1803 لمبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، وميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية التي منحت السيادة الكاملة على ثرواتها الطبيعية وألغى كافة أشكال الإحالة إلى الاختصاص القانوني والقضائي لغير المحاكم الوطنية.

ويعتبر إجراء التأميم أحد أهم مظاهر تجسيد هذه السيادة والذي ألغى كافة أشكال السيطرة الأجنبية للثروات الوطنية بما فيها عقود الامتياز وبنود التحكيم التي تضمنتها، رغم أن هذه الشركات الثلاث " Liamco " و " Texaco " و " BP " تقدمت للتحكيم بطرق مختلفة إلا أن الموضوع الأساسي الذي شغل هذه التحكيمات الثلاث،

<sup>1</sup> - Jean Flavieu Lalive , art , cit , p322.

<sup>2</sup> - Ibid , p 323.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ص 33. 34.

هو القانون المطبق ونتائجه على التأميمات، وما يعطيه هذا القانون من حقوق في التعويض.

نلاحظ أن الأحكام التحكيمية الثلاثة الصادرة في هذه الخلافات الثلاثة، اعتمدت أساسا لها سلطان الإرادة، ووجد الحكم الأول أن الطرفين قد اتفقا على تطبيق القانون الدانمركي ووجد الحكم الثاني أنهما اتفقا على تطبيق القانون الدولي العام، والحكم الثالث طبق المبادئ العامة للقانون الدولي الحاضر، ولم يرجع أي من الأحكام الثلاثة إلى العقد وحده، وقد صدرت ثلاثة أحكام تحكيمية اعتبرت مختلفة :

- الحكم التحكيمي في نزاع شركة " BP " وأن استند إلى اعتبار التأميم غير مشروع لأنه مبني على أسباب سياسية يجعله مميزا فانه اكتفى بتقرير تعويض للشركة<sup>1</sup>.

- الحكم التحكيمي في نزاع شركة " TEXACO " اعتبر أيضا أن التأميم غير مشروع، ولكنه استند في ذلك لكون التأميم مخالفا لعقد الامتياز الذي له طابعا دوليا واعتبر من حق الشركة الأجنبية الحصول على تعويض.

أما الحكم التحكيمي في نزاع شركة " Liamco " فانه وإن اعتبر أن التأميم هو حق مشروع للدولة، يعتبر متصلا بمبدأ السيادة على الثروات الطبيعية، ولكن تداخله مع الحقوق التعاقدية يفضي إلى الالتزام بالتعويض ؛ هكذا فان ثلاثة محكمين وجدوا ثلاث حلول لموضوع واحد يتعلق بنتائج وأثار التأميمات البترولية في ليبيا<sup>2</sup> بين سنة 1971 وسنة 1974، وقد جاءت هذه الأحكام الثلاثة بقليل من النقاط المشتركة وكثير من النقاط المختلفة.

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 1002.

<sup>2</sup> - B Stern , trois arbitrages , un même problème , trois solutions les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international op. cit pp 3 et sui  
V. également Sadok Belaid "de quelques problèmes poses par la sentence TEXACO" (Colloque sur l'arbitrage- Tunisie).

V. aussi : Widad Bouleghlimat, l'arbitrage commercial dans les pays arabes et les principes unidroit relatifs aux contrats du commerce international, thèse de doctorat en droit privé, soutenue le 19/05/2014, université de pantheon – Assas, Paris.

إن ما نخلص إليه من خلال دراستنا للمواقف العملية لرفض التحكيم هي اهتمام الدول بإلغاء أشكال الالتزام المختلفة التي ارتبطت بموجبه في علاقاتها بشركات الامتيازات الأجنبية، ولاحظنا أن الميزة التي جمعت بين موقف الجزائر وليبيا هي أنها استهدفت التحقيق الصارم لسيادتها ولا سيما أن فترة إبرام هذه العقود كانت خلال المفاوضات الخاصة بمنح الاستقلال السياسي، أو مباشرة بعد الاستقلال، وهو ما يبرز ضعف السلطات المستقلة حينها مما جعلها تعمل على تصحيح أشكال الالتزام الدولي بالتحكيم برفضها المشاركة في إجراءاته المقررة في القوانين البترولية كقانون البترول الليبي والاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1963.

**المبحث الثاني : التكريس القانوني لمواقف رفض التحكيم في مجال الاستثمار.**

عملت الدول النامية على تجسيد رفضها للتحكيم في مناسبات ونصوص قانونية مختلفة منها على الصعيد الدولي (المطلب الأول) وعبر تشريعاتها الوطنية (المطلب الثاني). وبمناسبة ذلك واجهت صعوبات هامة سواء خلال التفاوض بشأن التنظيم القانوني لعلاقات التعامل الدولية، وإبرام عقود الاستثمار بين متعاملها الوطنيين والشركات الأجنبية، الأمر الذي أدى إلى تجاوز نصوصها القانونية وتكريس ممارسة عملية للتحكيم مناقضة للمواقف الرسمية :

**المطلب الأول : على الصعيد الدولي.**

نصنف المواقف الدولية إلى نوعين، الموقف العالمي لمجموع الدول الممثلة باسم مجموعة السبعة والسبعين خلال إعداد المشروع الدولي لنقل التكنولوجيا (الفرع الأول) والمواقف الإقليمية لمجموعتي الأندين والأوبيب (الفرع الثاني).

**الفرع الأول : رفض مجموعة السبعة والسبعين للتحكيم في مجال الاستثمار.**

برز موقف مجموعة السبعة والسبعين خلال إعداد مشروع التقنين الدولي لنقل التكنولوجيا، كغيرها من مظاهر التعامل ظهرت الحاجة إلى التنظيم الدولي لعملية نقل التكنولوجيا<sup>1</sup>، انطلاقاً من مطالب مختلف الدول اللاتينوأمريكية وذلك لأن أهم ما تميزت به هو توافرها لدى البعض دون الآخر، وتحديد سيطرة الشركات المتعددة الجنسيات التابعة للدول المتقدمة وحاجة الدول النامية لها، إذ واجهت عقود نقل التكنولوجيا عند صياغتها اشتراطات استهدفت استبعاد اختصاص محاكمها الوطنية للنظر في النزاعات الخاصة بتنفيذ أو تفسير هذه العقود.

وأمام هذا الواقع لجأت بعض الدول كالعربية السعودية، منظمة الدول المصدرة للبترول ومجموعة الأندين إلى استبعاد التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا<sup>2</sup>،

<sup>1</sup> - تشمل التكنولوجيا في مفهومها العام، المعارف والخبرات الفنية، وكذا براءات الاختراع وغيرها، انظر: محمد صبحي الاتربي، التجارة الدولية في التكنولوجيا، مجلة الاقتصاد، سنة 1975، ع 57، ص 23.24

<sup>2</sup> - محمد الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الحبيب، ط4، عمان الأردن، 1995 ص

في حين لجأت دول أخرى كنيجيريا، الفلبين، المكسيك إلى فرض اختصاص محاكمها الوطنية كالقانون المكسيكي الخاص بتسجيل ونقل التكنولوجيا واستغلال براءة الاختراع<sup>1</sup>.

لكن استمرار ضغط الشركات المتعددة الجنسيات على الدول النامية واشتراط التحكيم بشأن تسوية النزاعات أدى إلى تجاوز انشغالات هذه الدول الحدود الوطنية حيث أصدرت الجمعية العامة العديد من اللوائح منها اللائحة رقم ( AIV26 ) لاعتماد تقنين عالمي لنقل التكنولوجيا<sup>2</sup>.

كما دعت اللائحة ( 3202 ) الخاصة بإقامة نظام اقتصادي دولي جديد إلى اتجاه الجهود الدولية لإقامة تقنين دولي لنقل التكنولوجيا، والعمل على التوفيق بين مخططات التنمية الاقتصادية والممارسات التجارية المعمول بها، لذلك أسندت مهمة الإشراف على سير المفاوضات الخاصة بالجوانب القانونية لهذا التقنين إلى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، والذي احتل فيها التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الجزء الأكبر من النقاش، حيث تباينت بشأنه مواقف المجموعات المتفاوضة بين المؤيدة والمعارضة<sup>3</sup>.

#### البند الأول: التحكيم في إطار مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية.

فضلا عن المشروع المقدم من طرف لجنة الخبراء تقدمت المجموعات المتفاوضة بمشاريع انفرادية، وانقسمت إلى أفواج عمل ثلاثة، فوج خاص بالدولة

<sup>1</sup> - Philippe Kahn ,Transfert de technologie et division internationale du travail " acte du colloque international d'Alger, 1975 renvoi n° 67 , p 809.

<sup>2</sup> - Abdelguani YUSUF : L'élaboration d'un code de conduite pour le transfert de technologie bilan et perspective, R.G.D.I. P , 1984 , N° 4.P 785.

<sup>3</sup> - ماهر ملندي، النظام الدولي الاقتصادي، بحث في الموسوعة القانونية المتخصصة موجود على الموقع:

.arab-ency.com/law/detail/164153

المتقدمة المعتمدة لمبدأ الاقتصاد الحر، وفوج للدولة الاشتراكية سابقا ومنغوليا، وفوج ثالث للدول النامية<sup>1</sup>.

حيث اختلفت مواقف المجموعات الثلاث حول الفصل التاسع من المشروع الخاص بالقانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات، فمجموعة 77 ترى أن إخضاع النزاعات على غير الجهات القضائية الوطنية مساسا بسيادتها لاعتبار أنها الدولة المستقبلية للتكنولوجيا أمام الدول المتقدمة والاشتراكية سابقا رغم أنها لم تتكر حق الدول المستقبلية للتكنولوجيا في تطبيق قوانينها الداخلية، إلا أنها نصت في مشروعها المقدم على اعتماد التحكيم في حل النزاعات المرتبطة بعقود نقل التكنولوجيا.

وهكذا أدى تعارض المواقف إلى عدم الاتفاق حول الفصل التاسع واستمر الخلاف خلال التفاوض من دون حسم الموقف لصالح فوج معين.

#### البند الثاني : التحكيم في إطار المشروع الدولي لنقل التكنولوجيا

بقيت مجموعة (77) معارضة لاختصاص التحكيم الدولي حتى بعد اعتماد المشروع الدولي لنقل التكنولوجيا، رغم تمسك المجموعتين المتفاوضتين الدولة المتقدمة والاشتراكية سابقا به، وهو الأمر الذي صعب من مهمة مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية في وضع القانون.

وترتب على ذلك عدم حسم مسألة تسوية النزاعات إلى اختصاص التحكيم الدولي أو محاكم الدول المستقبلية بل تركها لأطراف العلاقة في اختيار الوسائل.

إذ أرفق مشروع التقنيين بثلاث ملاحق كل واحد منهما خاص بموقف فوج معين، ولقد تميز المشروع المقدم من مجموعة (77) بطابع المرونة إذا ما قارناه بموقفها خلال المفاوضات، إلا أن النص الرسمي كرس اختصاص المحاكم الوطنية

<sup>1</sup> - حيث رمز لمجموعة ال 77 المتضمنة لإفريقيا، آسيا، أمريكا اللاتينية رومانيا ويوغسلافيا ب المجموعة "A" وإلى الدول المصنعة، الدول الغربية واليابان بالمجموعة " B " أما المجموعة " D " وهي الدول الاشتراكية لأوروبا الشرقية ومنغوليا انظر في هذا الصدد :

Mohand Issad : Le projet de code de conduite pour le transfert de technologie RASJE, P 1983.

للبلاد المستقبلية إلا أنه لم يستبعد تماما اللجوء إلى التحكيم، فالفقرة 4 منه أجازت تطبيقه على عقود نقل التكنولوجيا، إذا لم تحظره القوانين المطبقة على هذه العقود<sup>1</sup>. وفي مقابل ذلك أكدت النصوص المقدمة من قبل الدول المتقدمة والاشتراكية (سابقا) ومنغوليا مبدأ حرية الأفراد في التسوية الودية مع اعتماد التحكيم كأحدى الوسائل المفضلة والملائمة.

إن ما يمكننا استنتاجه بخصوص موقف رفض مجموعة ( 77 ) للتحكيم هو أنه لم يرق إلى أكثر من مطلب مجسد في نص ملحق مشروع التقنيين الدولي لنقل التكنولوجيا، لم يحظ فيه التقنيين بأي طابع إلزامي، لكن مع ذلك تبقى أهميته خاصة إذ ترتب على موقفها عدم الاتفاق على آلية معينة، وتفوق الدول النامية في تجميد الفصل التاسع من المشروع الخاص بتسوية النزاعات.

لكن هذا التفوق يبقى ظاهري إذ كان لابد من اعتماد قاعدة منقح عليها وحرصا من الأمين العام لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية على تسهيل التعامل الخاص بنقل التكنولوجيا أصدر توجيه ألحق نصها بالمشروع كذلك تضمنت النقاط التالية :

- منح أطراف الاتفاقية حرية اختيار الوسائل الودية.
- إمكانية اللجوء إلى التحكيم بتحقيق التراضي المتبادل للطرفين.
- واجب حكومات الأطراف المعنية الاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها في تشريعاتها الوطنية والاتفاقيات الدولية المتصلة.

وهذا ما أدى إلى تفوق الأمين العام في تكريس آلية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا وهذا ما يؤدي إلى القول أن موقف الرفض للدول النامية من التحكيم الدولي لم يحظ بالتطبيق لنجاح الأطراف المتفاوضة على تجاوزه على الصعيدين القانوني والممارساتي.

<sup>1</sup> - Jean Touscoz, transfert de technologie sociétés transnational et nouvel ordre international, Paris, 1987, p 298.

ونعتقد أن التطورات التي حصلت في مجال التجاري الدولي مع مطالع الثمانينات أدت إلى توجهات جديدة نحوه تجاوزت أسباب الخلاف التي عرفها المشروع الدولي لنقل التكنولوجيا خلال مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية.

### الفرع الثاني : رفض التحكيم على الصعيد الجهوي.

إن أهم المواقف القانونية لرفض التحكيم على الصعيد الجهوي نذكر موقف دول الأوبيب وقرار مجموعة الأنديين :

### البند الأول : رفض التحكيم من طرف الدول المصدرة للبترول.

لقد عبرت الدول المصدرة للبترول عن موقفها العدائي اتجاه التحكيم بصرامة متزايدة، ولقد بدأ ذلك حين أصدرت المنظمة لائحته رقم 41 المؤرخة في جانفي 1964 خلال الدورة الخامسة بالرياض من 24 إلى 31 ديسمبر 1963، وكانت اللائحة تطلب في فقرتها الثانية من الأمين العام العمل على تحضير دراسة بهدف إنشاء محكمة عليا للمنظمة تحل النزاعات المتعلقة بالمسائل البترولية ما عدا البلدان الأعضاء التي يمنع قانونها المشاركة في مثل تلك المحكمة، تم عرض المشروع على موافقة دول الأعضاء، وكان المطلوب وضع نظام المحكمة بطريقة تجعل منها جهازا استشاريا وقضائيا في نفس الوقت، إلا أن المشروع الذي أعدته الأمانة لم يتحقق وأرجي إلى زمن غير مسمى، وفي سنة 1968 صدرت اللائحة 90 - 120 في الدورة السادسة عشر للمنظمة بفيينا<sup>1</sup>. وكانت تلك اللائحة تطلب من الدول إبعاد التحكيم الدولي وتخصيص الصلاحية في النزاعات للقضاء الوطني، وهذا يدل على الاتجاه المعادي للتحكيم الدولي، ولكن طموحات تلك اللائحة لم تتحقق ولم تنشأ المحكمة نتيجة لخلافات البلدان الأعضاء.<sup>2</sup>

ونفس المصير لاقته اللجنة القضائية التي أرادت منظمة العربية المصدرة للنظ إنشائها والمنصوص عليها في المادة 21 من اتفاق بيروت المنشئ لتلك المنظمة، ولقد بدأت المحاولة حين أناط مجلس الوزراء بالأمين العام للمنظمة مهمة

<sup>1</sup> - نص اللائحة الموجود في : Journal EL Moudjahid Mercredi 29/07/1970 , p 4

<sup>2</sup> - قادري عبد العزيز : المرجع السابق ص 401 - 402.

تكاليف لجنة قانونية خاصة، يمثل فيها كامل الأعضاء بتحرير مشروع بروتوكول الخاص بذلك الجهاز القضائي، وبعد انتهاء تحضير النصوص في 1973/09/09 عرضت على المجلس في دورته الحادية عشر في 1973/12/08 ودعى المجلس، بناء على توصية من المكتب التنفيذي، تلك اللجنة للاجتماع من جديد للنظر في مشروع مماثل وضعته الأمانة العامة متعلقا بالجهاز القضائي الذي يراد إنشاؤه.<sup>1</sup> ووضعت اللجنة في أكتوبر 1974 تقرير ألحق بالبروتوكول المتضمن بعض التعديلات، وعرضت الأمانة العامة النص على مجلس الوزراء الذي صادق عليه نهائيا، وتم توقيع على البروتوكول المنشئ لهذا الجهاز القضائي في الكويت في 19 مايو 1978، غير أن التجسيد العملي له لم يتم، ووضعت حلول تعويضية مؤقتة، مثل اللجوء إلى المحاكم الوطنية للبلدان الأعضاء، أو الحل عن طريق التوفيق أو التحكيم الدولي الخاص.<sup>2</sup>

### البند الثاني: رفض التحكيم من قبل دول الأندين Andean.<sup>3</sup>

وعلى الصعيد الجهوي دائما، نجد أن دول الأندين قد نصت في قرارها رقم 49 الصادر سنة 1971<sup>4</sup> على الاختصاص الداخلي للبلد المستقبل في كل النزاعات التي تثور بشأن الاستثمار مع المتعامل الأجنبي، وعدم قبول حلول البلد الذي يحمل المستثمر الأجنبي جنسية محل هذا المستثمر، في الحقوق والعمليات الاستثمارية، وذلك حرصا على تجنب كل أشكال المساس بالسيادة الوطنية لا سيما الخاصة بإخضاع النزاعات إلى التحكيم وهذا ما أكدته المادة 51 من القرار التي ترفض إحالة النزاعات على محاكم واقعة خارج الدول الحاصلة على التكنولوجيا واستبعاد البنود

<sup>1</sup> - قادري عبد العزيز : المرجع السابق ص 402.

<sup>2</sup> - Belkacem Bouzana, op cit , p 200.

<sup>3</sup> - هي اتحاد جمركي يضمّ دولا في أمريكا الجنوبية وهي الإكوادور، كولومبيا، بوليفيا، بيرو، كانت الكتلة التجارية التابعة لهذا التحالف تعرف بحلف الأنديز حتى سنة 1996، ظهرت إلى حيز الوجود بموجب التوقيع على اتفاقية قرطاجنة عام 1969، انظر في هذا الصدد: هيفاء عبد الرحمان التكريتي، آليات العولمة الاقتصادية وآثارها المستقبلية في الاقتصاد العربي، المنهل، 2010، ص 497.

<sup>4</sup> - Peter Shillessen et Sylvie volmary : " régime des investissements étrangers à l'intérieur du marche commun andin " JDI , 1972 N°2 , P 558.

العقدية التي تحيل الخلافات إلى لجان التحكيم، واعتبرت المادة 19 من نفس القرار أن هذا النوع من الشروط مقيد لحرية متلقي التكنولوجيا<sup>1</sup>.

إن ما تأكد من قرار الأندين هو رفض دول المنطقة التحكيم الدولي في علاقاتها مع المستثمرين الأجانب والمعاملات الخاصة بالتكنولوجيا من خلال التأكيد على الاختصاص المطلق للقضاء الوطني للدول الأعضاء لكنها لم تمنع العمل به في علاقاتها الداخلية ما بين الدول الأعضاء.

### المطلب الثاني : على الصعيد الداخلي.

عملت الدول النامية على وضع نصوص قانونية في تشريعاتها الداخلية تحظر اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها التعاقدية (الفرع الأول).

ويرجع الحظر إلى أسباب واعتبارات مختلفة منها عامة خاصة بكل الدول وأخرى بالدول النامية، لكن رغم ذلك فإن واقع التعامل للهيئات والأشخاص المعينة بالحظر القانوني شهد ممارسة هامة للتحكيم في مختلف العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وإقبال الدول نفسها على تنظيم التحكيم في اتفاقيات التعاون التجارية والاستثمارية، والتوقيع أو الانضمام إلى اتفاقيات التحكيم الدولية الأمر الذي أدى إلى انتشار ممارسة عملية التحكيم ولدت واقعا متناقضا للمواقف الرسمية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : حظر التحكيم في إطار التشريعات الوطنية.

لقد تميزت النصوص القانونية التي تحظر التحكيم في التشريعات الوطنية بمجموعة من الخصائص:

#### البند الأول: خصائص حظر التشريعات الوطنية للتحكيم.

نميز بين نوعين من الخصائص منها ما هي عامة تمس كل النصوص الوطنية وأخرى متميزة. تجسيدا لموقف الدول اتجاه التحكيم وضعت نصوصا في قوانينها الداخلية تحظر اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها التعاقدية.

<sup>1</sup> - Peter Shillessen et Sylvie volmary , art , cit p 571.

انظر أيضا: هشام خالد ، جدوي اللجوء إلى التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 168.

وفيما يتعلق بدول الشرق الأوسط نجد أن المملكة العربية السعودية كانت أول من وضع نصوصا في ذلك الشأن، حيث أصدر مجلس الوزراء السعودي في جوان 1963 قرارا يحظر على كل مؤسسة عمومية اللجوء إلى التحكيم<sup>1</sup>.

وظهر رفض التحكيم الدولي، في دول أخرى عديدة، حيث نجد أن دول أمريكا اللاتينية قد استبعدت إمكانية تحويل النزاعات بين الدول المستقبلية للاستثمارات والشركات الأجنبية إلى التحكيم وخضوعها للقوانين والمحاكم المحلية، وهذا ما عملت به على سبيل المثال البيرو بموجب القانون البترولي سنة 1952 في المادة 26 منه ولهندوراس بالمرسوم رقم 4 في 25 أكتوبر 1952 في المادتين 2 و 3 منه وفنزويلا بقانون 1 جويلية 1967 المادة الأولى منه، وكانت فنزويلا أول بلد قصر لجوء الشركات الأجنبية لحل نزاعاتها على المحاكم الداخلية، كانت النزاعات البترولية من اختصاص محكمة النقض الفيدرالية ( CASSA ) حسب القانون البترولي لـ 13 مايو 1943 في مواده 89 إلى 92<sup>2</sup>، ونفس النهج اعتمدهت الجزائر كقاعدة أساسية أخذتها عن نظام التحكيم الداخلي الفرنسي وهي أن المصالح الحكومية أي أشخاص القانون العام ليست مؤهلة للاحتكام وهذا ما نستشفه من خلال نص المادة 442 الفقرة الثالثة من ق.ا.م. ج لسنة 1966 "لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين أن يطلبوا التحكيم".

إن نص هذه المادة جاء صريحا وعاكسا لموقف الجزائر الراض لأسلوب التحكيم دون الإشارة إلى المقصود منه هل هو دولي أم داخلي ويمكن الاعتماد في تحديد معنى النص إلى اعتبارين قانوني وقضائي، فأما الأول يمكن استنتاجه من نص المادة 442 نفسها، إذ أن الفقرة الأولى منها أجازت للشركات الوطنية والمؤسسات

<sup>1</sup> - القرار رقم 58 الصادر في 1963/06/25، حيث عرف هذا القرار باسم القرار رقم 58، إذ وقف سدا منيعا في وجه التحكيم في المملكة العربية السعودية، وقد جاء كردة فعل للقرار التحكيمي الصادر في نزاع أرامكو، راجع في هذا الصدد: عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي في البلدان العربية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 341.

<sup>2</sup> - انظر قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 404.

العمومية اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها مع بعضها وهو ما يفيد أنها أجازت التحكيم الداخلي، والمنظم بالقرار رقم 80/71 الصادر في 1971/12/29 الخاص بتسوية النزاعات بين المؤسسات التي تملكها الدولة<sup>1</sup>.

ولقد أكد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرارين له هذا المبدأ صدر الأول عن الغرفة التجارية لمحكمة الجزائر بتاريخ 06 نوفمبر 1989 في قضية شركة CREUSOT ضد مؤسسة عامة، والثاني عن الغرفة الإدارية لمحكمة تيزي وزو وفي 25 نوفمبر 1990 بين Le baron leveque وولاية الجزائر<sup>2</sup>.

كما اتخذ قانون الإجراءات المدنية والتجاري التونسي رقم 130/59 الصادر في: 1959/10/05 في المواد من 258 إلى 284 موقفا مماثلا، إذ لم يشر للتحكيم الداخلي، وسكت عن التحكيم الدولي<sup>3</sup>، وكذا المرسوم الملكي السعودي رقم 58 الصادر في 1963/10/25، إذ نص على أنه " لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعاتها مع الآخرين"<sup>4</sup>.

كما تميزت التشريعات الوطنية بخصائص أخرى، وهي اختلاف نصوصها حول أسلوب حظر التحكيم فهناك من تناولته من الناحية الموضوعية وأخرى تناولته من الناحية الشكلية.

فأما عن الأولى فإنها مرتبطة بتحديد الأشخاص المعنية بالحظر وقد اختلفت النصوص القانونية بشأنها فمنها ما أشارت مباشرة للدولة والأشخاص المعنوية العامة من دون تحديد كما هو الحال بالنسبة للمادة 442 الفقرة الثالثة من ق.ا.م.ج، المادة 3 من المرسوم الملكي رقم 58 للعربية السعودية<sup>5</sup> الصادر في 1963/06/25 المادة

<sup>1</sup> - راجع المادة 442، من ق، ا، م، ج المشار إليه سابقا .

<sup>2</sup> - Abdelmadjid Zalani : l'intervention des personnes publiques et parapubliques dans l'arbitrage international commercial ' R.A.S.J.E.P , 1997 , N°1 , P 904.

<sup>3</sup> - Ali Mezgheni , les instruments juridiques des relations commerciales en droit tunisien imprimerie officielle de la république, p 365 , 366.

<sup>4</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1997، ص 123.

<sup>5</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، نفس المرجع ، والصفحة.

820 من أصول المرافعات المدنية اللبنانية<sup>1</sup>، المادة 280 من القانون الليبي<sup>2</sup>، والمادة 123 من القانون السوري<sup>3</sup>، بينما حددت المادة 58 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 الأشخاص المعينة بالحظر وهي الهيئات المتمثلة في الوزارة والهيئات العامة وأي مصلحة من مصالح الدولة<sup>4</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الخاصية لم تكن خاصة بالتشريعات الوطنية للدول النامية فحسب بل كانت المبدأ العام السائد حتى في نصوص الدول المتقدمة كالمادة 2060<sup>5</sup> من القانون المدني الفرنسي الصادر في 02 جويلية 1972، والمادة 1004 من القانون البلجيكي لسنة 1972 الذي حظر التحكيم على الدولة والأشخاص المعنوية المتمثلة في البلديات، المرافق العامة والمقاطعات<sup>6</sup>.

أما عن شكل الإحالة إلى التحكيم، حظر القانون المغربي في مادته 306 من قانون المسطرة المغربية التحكيم في شكله سواء ورد في شكل مشارطه أو اتفاق تحكيم<sup>7</sup>.

كذلك من التشريعات التي نصت على قواعد حظر نهائية القانون اللبناني والجزائري أما القانون التونسي والسوري والسعودي فلم تعتبره حظرا نهائيا. فلقد

<sup>1</sup> - A. Zahi , op , cit , p 163.

<sup>2</sup> - Ali Mezgheni op cit , p 366.

<sup>3</sup> -A Zahi , op cit , p 195.

<sup>4</sup> - مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2010، ص 113.

<sup>5</sup> - Qui dispose "on ne peut compromettre sur les questions d'état et de la capacité des personnes sur celles relatives au divorces et de la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public".

<sup>6</sup> - "Le compromis de même que les clauses compromissaires sont interdits pour l'administration les services publics industriels et commerciaux, sauf disposition dérogatoire .....

<sup>7</sup> - نصّ المشرع المغربي صراحة في الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية قبل تعديل فصول التحكيم على عدم إمكانية الاتفاق على التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام، بهذا الصدد انظر المادة 306 من قانون المسطرة المدنية المغربي المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.07.69 بتاريخ 30 نوفمبر

2007، منشور على الموقع: [www.adala.justice.gov.ma](http://www.adala.justice.gov.ma)

نصت المادة 123 و124 من القانون السوري والمادة 3 من المرسوم الملكي السعودي أن مبدأ حظر التحكيم قابل للتعديل عن طريق رخصة قانونية.

### البند الثاني: نطاق الحظر التشريعي للتحكيم.

لقد حددت التشريعات الوطنية موقفها من أهلية الأشخاص القانونية في اللجوء إلى التحكيم الدولي في نصوص قانونية مختلفة منها نص المادة 442 فقرة ثالثة من ق.ا.م.ج المادة 258 من ق.ا.م.تونس، المادة 3 من المرسوم الملكي رقم 58 السعودي<sup>1</sup>.

ولقد حسمت التشريعات الوطنية للدول النامية الموقف بحظر اللجوء إلى التحكيم الدولي لأشخاص قانونية محددة، ولو أنها اختلفت في تحديد هذه الأخيرة، ما عدا الدولة الشخص القانوني الوحيد الذي حددته النصوص القانونية بصفة صريحة، نذكر على سبيل المثال المادة 442 الفقرة الثالثة من ق.ا.م.ج، المادة 251 من القانون التونسي<sup>2</sup>، والمادة 306 من القانون المغربي<sup>3</sup>.

غير إن الصياغة العامة لبعض النصوص القانونية بخصوص عدم تحديدها لنوع الأشخاص المعنوية العامة المعنية طرحت عدة إشكالات من ناحية التعامل مع المستثمرين الأجانب، الأمر الذي فتح المجال لإدخال تفسيرات على النص العام وذلك بمناسبة النزاعات التي تكون فيها أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها. فالأشخاص المعنوية قد تكون خاصة وقد تكون تابعة للدولة هذا ما يؤدي إلى التساؤل هل أن إطلاق الحظر يمتد للنوعين معا أم لأحدهما.

<sup>1</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> - من قانون ع 130 لسنة 1959 مؤرخ في 05 أكتوبر 1959 المتعلق بإدراج مجلة الإجراءات المدنية والتجارية التونسية التي تمّ إلغاء أحكامها المتعلقة بالتحكيم بموجب القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، عدد 33، الصادر بتاريخ 1993/05/04.

<sup>3</sup> - قانون المسطرة المدنية المغربي المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.07.69 بتاريخ 30 نوفمبر 2007 المشار إليه سابقا.

لقد أحسنت بعض التشريعات في تحديد أشخاص القانون العام ومن بينها ما نص عليه المشرع الليبي<sup>1</sup> في حظر التحكيم على المقاطعات، المرافق العامة في العقود الدولية، لأن الصياغة العامة أدت إلى طرح إشكالات بمناسبة النزاعات التي عرضت على محكمة تحكيم التجارة الدولية، ونأخذ على سبيل المثال ما اشترطته المادة 44 من قانون مجلس الدولة السوري وهي الموافقة المسبقة قبل إبرام عقد متضمنا لمشارطة التحكيم، وفي نزاع أحد الشركات السورية مع شركة ألمانية حاولت السلطات السورية الاحتجاج لإبطال مشارطة التحكيم، لعدم مراعاة الشركة الوطنية شرط الخاص بالموافقة المسبقة وأوضحت المدعية بأن الشركة السورية ليست مرفقا عموميا أو وزارة، إنما مصلحة عامة منظمة بالمرسوم التشريعي الصادر في 15 فيفري 1974 المتضمن قانون المؤسسات العمومية والشركات ذات الطابع الاقتصادي.

وهذا يعني عدم اشتراط الموافقة المسبقة على المرافق العامة المعينة لمشروعية مشارطة التحكيم، ولتحديد أهليتها في اللجوء إلى التحكيم أوضحت الشركة الألمانية بأن الشركة السورية لها صفة التاجر تمارس نشاطها دون حاجة إلى موافقة مجلس الدولة<sup>2</sup>، لكن الغموض الذي ميز القانون الجزائري في نص المادة 442 الفقرة الثالثة من ق.ا.م.ج أدى إلى اعتماد تفسيرين فقهي وأخر قانوني.

حيث اعتمد الاتجاه الأول على ما يعرف بالتفسير العام للمادة 3/442 حيث تشمل الأشخاص المعنوية العامة الدولة والمجموعات المحلية وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الصناعي أو التجاري، وكانت هذه هي وجهة نظر الأستاذ محند اسعد<sup>3</sup> فكان بإمكان المشرع الجزائري الإشارة إليه صراحة أو على

<sup>1</sup> - المادة الأولى من القانون رقم 76-1970 التي تنصّ: "يقع باطلا كل شرط في العقود التي تبرمها الوزارات والمصالح والمؤسسات العامة، يتضمن فض المنازعات الناشئة عن اعقد بطريق التحكيم أو باختصاص جهة قضائية أخرى غير القضاء الليبي، وعلى الجهات التي تبتّ في العطاءات أن تستبعد أي عطاء مقترن بهذا الشرط ما لم يتنازل عنه مقدم العطاء".

<sup>2</sup> - Jean Jacquet Michel : l'état operateur du commerce international, jdi , 1985 , n° 2 , p 666.

<sup>3</sup> - Ahmed Mahiou : l'arbitrage en Algérie R.A.S.JEP , 1989 , N° 4, P 709.

الأقل تحديد نطاقه بالنص على الأشخاص العامة دون الخاصة، لكن بسكوته أفاد حظر التحكيم على مختلف الأشخاص المعنوية.

أما الاتجاه الثاني فقد اعتمد على فكرة التمييز بين الأشخاص المعنوية العامة والخاصة، ويفيد تقليص نطاق الحظر على الفئة الأولى<sup>1</sup>، ويجد هذا التفسير أساسا له في التطورات التي لحقت بها كذلك منها المرسوم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982<sup>2</sup> والمتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، حيث بموجبه، أصبحت كل المؤسسات العمومية تابعة للقانون الإداري وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد وحد التسمية بإدراج تسمية المتعامل العمومي مما يجعلنا نتساءل عن مكانة التحكيم من خلال هذا المرسوم، فهل يمكن اللجوء إليه لتسوية النزاعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية.

إن المادة 5 من المرسوم 145/82 السالف الذكر جعلت المؤسسات الاشتراكية مثل الإدارات العمومية، أما المادة 22 من نفس المرسوم فحددت الأشخاص الأجانب الذين يمكن لهم أن يتعاقدوا مع الطرف الوطني بمفهوم المادة 05 من المرسوم السالف الذكر<sup>3</sup>.

فتكون المؤسسات الاشتراكية ضمن فئة المتعامل العمومي وهذا ما يؤدي بنا إلى التساؤل حول اعتبارها ضمن الفئات المعنية بالحظر الوارد في المادة 442 فقرة

<sup>1</sup> - Ibid, même page.

<sup>2</sup> - المرسوم رقم 82 / 145، المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج رع، 15، الصادرة في 13/04/1982، ص 740، وما بعده.

<sup>3</sup> - التي تنص على أنه : يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم ما يأتي :

- جميع الإدارات العمومية.

- جميع المؤسسات والهيئات العمومية.

- جميع المؤسسات الاشتراكية.

- أو وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية، يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.

- تطبيق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي يكون رأس مالها عموميا، راجع في هذا الصدد : محمد كولا المرجع السابق ص 32.

الثالثة<sup>1</sup>، وإدراجها ضمن الهيئات المعنية بالحظر غير أن القراءة المتواصلة للمادة 55 والمادة 104 الخاصة بتسوية النزاعات بينت اتجاهها آخر إذ نصت المادة 55 من نفس المرسوم على أنه يجب أن ينص في كل صفقة على التشريع المعمول به وأن تتضمن البيانات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق وشروط تسوية المنازعات، صيغت هذه الفقرة الأخيرة في شكل لم يتضمن أي إشارة إلى مدى الزاميتها بل وردت ضمن البيانات الاختيارية التي يجب أن تتضمنها الصفقة وهذا ما يدفعنا للتساؤل حول ترك تحديد شروط تسوية النزاعات للمتعاقدين يعد بمثابة ترخيص ضمني للخروج عن نص المادة 3/442 والتي تمنع اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي وإن كان كذلك فالمادة 104 من نفس المرسوم تنص على أنه تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها.

يجب على المتعامل العمومي على أية حال دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن يبحث عن حل ودي للخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ صفقاته " إن منح الأطراف حرية اختيار الوسائل الودية لا تشير بالضرورة إلى التحكيم.

#### الفرع الثاني: الممارسة العملية للتحكيم.

إن موقف الدولة خاصة منها الدول النامية اتجاه التحكيم كان موقفا ناتجا عن تلك الاختلافات السياسية والإيديولوجية العميقة، التي جعلت هذه الدول ترفض في بداية الأمر كل الوسائل دون قضائها الرسمي لحل النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار<sup>2</sup>.

ولعل هذه العوامل تتعلق بتمسك البلدان النامية حديثة الاستقلال بسيادتها إلى حد تخشى كل القيود التي ترد على تلك السيادة، بل أنها كانت لا تثق بالقانون الدولي التي ترى في قواعده عدم ملاءمته لظروفها ومتطلباتها، بل تقول أنها لم تشارك في وضعه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Mohamed Bejaoui et Ali Mebroukine : le nouveau droit de l'arbitrage international, jdi, 1993 n°4 , p880.

<sup>2</sup> - عمر مشهور حديثة أجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 4.

<sup>3</sup> - قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان للاستثمارات، مرجع سابق، ص

ولكن سعي الدول النامية خاصة العربية منها وعلى رأسها الجزائر إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية وضعها أمام واقع إما أن تقبل التحكيم أو تتبخر كل أحلامها التنموية، على أساس أن هذا البند أحد أهم الضمانات الاستثمارية، لهذا لجأت إلى إصدار نصوص قانونية تعمل بها كما قامت بتنظيم قواعده بنصوص اتفاقية، وانضمت إلى اتفاقيات التحكيم الدولية لمنح الضمانات الضرورية لإرضاء المستثمرين الأجانب<sup>1</sup>.

### البند الأول: الممارسة العملية للتحكيم في إطار النصوص القانونية الوطنية.

لقد شيدت الدول النامية وخاصة الجزائر اقتصاديتها على تدخل الدول، فأصبحت الدولة تاجرا، مستثمرا، صناعيا، مقاولا، ناقلا، ومؤمنا؛ رغم ذلك فالضرورة الاقتصادية ألزمتها اللجوء إلى التحكيم في الواقع، رغم أنها تبنت تشريعا يمنع اللجوء إلى التحكيم في تعاملها مع المستثمر الأجنبي تلقت صعوبات كثيرة بشأن التفاوض في إخضاع مختلف النزاعات معها إلى القضاء الداخلي<sup>2</sup>.

مما أدى بها إلى إدراج شرط التحكيم في مختلف العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية، كالعقد المبرم بين المملكة العربية السعودية والمؤسسة الأمريكية لتأمين توظيفات القطاع الخاص الأمريكي " OPIC " المبرم في : 29 مارس 1976<sup>3</sup>.

ولقد أشارت إحصائيات الدراسة التي قام بها الأستاذ محند اسعد حول العقود التي أبرمتها الجزائر مع المتعاملين الأجانب أنه من أصل 17 عقدا فان 10 عقود

<sup>1</sup> - SadoK Belaid, la Tunisie et l'arbitrage commercial international , Revue tunisienne de droit 1981, p757.

<sup>2</sup> - Mohamed Bejaoui : l'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international, op cit , p 35.

<sup>3</sup> - أبرمت هذه المؤسسة مع حكومة المملكة العربية السعودية اتفاقية صدق عليها المرسوم الملكي رقم 22 الصادر في 1976 /03/29 وتضمنت في فقرتها الثانية شرطا يجيز أن يحال إلى التحكيم أي خلاف بين مقاول أمريكي مضمون مؤسسة ال " OPIC " المذكورة أو الحكومة الأمريكية في حال دفعت هذه الأخيرة قيمة الاستثمار الأمريكي، لأنها تحل محله وبين حكومة المملكة العربية السعودية أو إحدى مصالحها أو في حال استثمار وافقت عليه حكومة المملكة العربية السعودية، أنظر في هذا الصدد: عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص 326.

منها تضمنت شرطا تحكيميا يصار بموجبه إلى غرفة التجارة الدولية، ومثال ذلك الاتفاق المبرم بين شركة " جيتي بترولسيوم " وشركة سوناپراك سنة 1968 حيث تنص المادة 58 من الاتفاق وفي وحالة فشل المصالحة يمكن لكل واحد من الطرفين أن يلتجأ إلى التحكيم<sup>1</sup>.

وارتفعت إلى 17 مشاركة تحكيم من بين 23 عقدا سنة 1984 حسب الدراسة التي قام بها الأستاذ علي بن شنب<sup>2</sup>.

كما أبرمت الشركات التونسية في عقودها التجارية 35 مشاركة تحكيم لمختلف التعاملات الاقتصادية وميز ضمنها الأستاذ علي مزغني بين مشارطات التحكيم الضيقة "Clauses restreintes" والمشارطات العامة 'Clauses générales' " اذ نصت الأولى أن كل خلاف بين طرفي العقد حول تفسير أو تنفيذ الاتفاق يسوى بواسطة التحكيم، أما المشاركة العامة، فأعدت الصياغة المعتمدة من طرف غرفة التجارة الدولية، وتحيل صراحة إلى الوسائل الودية لتسوية النزاعات قبل اللجوء إلى التحكيم<sup>3</sup>.

ولقد شكلت هذه الممارسة العملية وضعا حرجا في فهم الموقف الرسمي للتشريعات الوطنية بين المبدأ العام المكرس لحظر التحكيم، والتطورات اللاحقة للمواقف العملية، إذ لجأت بعض الدول النامية إلى إصدار نصوص قانونية تنص على الأخذ بالتحكيم كوسيلة لحل النزاعات المتعلقة بالعلاقات التجارية الدولية من دون اتخاذ موقف مباشر اتجاه الحظر التشريعي له، مما دفعنا للتساؤل عن طبيعة هذه القوانين هل هي استثناء للمبدأ العام، أم أنها مجرد رخصة اقتضاها واقع التعامل ؟

لقد ارتبطت هذه النصوص القانونية بواقع المعاملات التجارية الدولية، وتعددت صورها ومواضيع تطبيقها، إذ منها التي أدخلت تعديلا مباشرا للمبدأ العام كالمشرع الليبي الذي أصدر القانون رقم 76 لسنة 1970 الذي حظر في مادته

<sup>1</sup> - Mohamed ISSAD : le nouveau droit algérien de l'arbitrage international, art, cit, p 69.

<sup>2</sup> - Mohand ISSAD , ART. cit p 69.

<sup>3</sup> - Ali Mezgheni, "Convergence et harmonisation du droit de l'arbitrage commercial à propos de clauses Compromissaires contenu dans les contrats commerciaux internationaux tunisiens", Revue de droit tunisien, 1981 , p36.

الأولى<sup>1</sup> اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها. ولكن ما هي إلا أشهر قليلة حتى صدر القانون رقم 1 لسنة 1971 معدلاً للقانون رقم 76 السالف الذكر وأجاز اللجوء إلى التحكيم بعد موافقة مجلس الوزراء، وجعلت لائحة العقود الإدارية الصادرة سنة 1980 التحكيم على سبيل الاستثناء، وهو ذات ما ورد باللائحة رقم 813 لسنة 1983 مع النص على أن يكفل للجانب الليبي نفس الفرص فيما يتعلق باختيار المحكمين وسلطاتهم<sup>2</sup>.

كما خصصت قوانين أخرى مجال التعامل مع المستثمرين الأجانب بواسطة قوانين الاستثمار، فقد أصدر المشرع التونسي قانون الاستثمار رقم 69-35 الصادر في 26 جوان 1969 وقانون رقم 74-74 الصادر في 3 أوت 1974 الخاص بالاستثمار في الميادين الصناعية<sup>3</sup> والقانون المصري رقم 73 لسنة 1974 في شأن استثمار المال العربي والأجنبي والذي عدل بقانون 32 لسنة 1977 الذي أتاح للاستثمار المحلي المزايا الممنوحة للاستثمار العربي الأجنبي<sup>4</sup>.

ولقد حدد القانون التونسي رقم 69-35 السالف الذكر في مادته 20 نطاق التحكيم كإجراء لتسوية النزاعات القائمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وبمناسبة التصرفات الصادرة عن هذا الأخير، وكذا الإجراءات المتخذة من طرف الحكومة التونسية وإحالة تنظيم إجراءات التحكيم إلى إحدى الاتفاقيات التالية :

- الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر.

<sup>1</sup> - حيث نصت على أنه " يقع باطلا كل شرط في العقود التي تبرمها الوزارات والمصالح والمؤسسات العامة، يتضمن فض المنازعات الناشئة عن العقد بطرق التحكيم أو باختصاص جهة قضائية أخرى غير القضاء الليبي، وعلى الجهات التي تبث في العطاءات أن تستبعد أي عطاء مقترن بهذا الشرط ما لم يتنازل عنه مقدم العطاء " .

<sup>2</sup> - فرج أحمد معروف ، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار ، ورقة عمل ليبيا مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية الدوحة من 14 إلى 26 سبتمبر 2013 .

<sup>3</sup> -Philippe Fouchard " les garanties juridiques accordées aux investissements étrangers en Tunisie, Revue tunisienne de droit, 1977 n° 1 , p 71

<sup>4</sup> - أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1990، ص13.

- الاتفاقيات الدولية الخاصة بتسوية الخلافات المتعلقة بالرصد المالية الناشئة بين الدول وتابعي دول أخرى المصادق عليها بالقانون رقم 33 لسنة 1966 المؤرخ في 03 مايو 1966<sup>1</sup>.

أما المادة 25 من القانون رقم 74/74 السالف الذكر فقد نصت على أحكام مماثلة للمادة 20 من القانون رقم 35/69. وأضافت فيما يتعلق بالتحكيم اتفاقيتين هما: الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات والمصادق عليها بالمرسوم رقم 4 لسنة 1972 والمؤرخة في 17 أكتوبر 1972 والمصادق عليها بأمر، وأي اتفاقية دولية أخرى تبرمها حكومة الجمهورية التونسية ويصادق عليها بصفة قانونية<sup>2</sup>.

كما أن هناك عقود أبرمت بين تونس وبعض الدول العربية لكن لم تحال إلى المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات<sup>3</sup> لذلك تنبعت السلطات التونسية للوضع وأصدرت منشورا وزاريا سنة 1977 يوصي باللجوء إلى التحكيم الحر.

أما عن موقف القانون المصري 77-32 الصادر سنة 1977 فإنه تضمن مجموعة من القواعد تحيل تسوية النزاعات إلى التحكيم حيث نصت المادة 08 منه على أن للأطراف الحق في اختيار الوسيلة المناسبة لحل النزاعات التي تثور بينهما أو إحالة ذلك إلى الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 بتاريخ 1971/11/11<sup>4</sup>.

إن ما يمكن استخلاصه بشأن هذه النصوص القانونية وممارستها للتحكيم ورغم التردد الذي عرفته بتعديل القانون الليبي، والقانون التونسي وكذا المصري، أنها أضفت نوعا من المرونة عن الموقف الرسمي لحظر التحكيم وذلك، لمنح المستثمر الأجنبي الضمان القضائي في علاقته التجارية معها، ولكنها رغم ذلك كانت

<sup>1</sup> - Philippe Fouchard, art , cit , p 17 .

<sup>2</sup> - Philippe Fouchard art , ibid , p 29.

<sup>3</sup> - Philippe Fouchard, ibid .

<sup>4</sup> - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 13.

جد حذرة في الإحالة إلى الاتفاقيات الدولية لتنظيم إجراءات التحكيم المصادق عليها أو المشار إليها بموجب هذه النصوص، مما يفيد رفض العمل بالتحكيم وفقا للآليات المنصوص عليها في الاتفاقيات ومراكز التحكيم الدولية ما عدا المركز الدولي لتسوية النزاعات الأخرى الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى " CIRDI " ؛ ونشير أخيرا إلى أنه يصعب تكييف طبيعة التطبيقات العملية للتحكيم الواردة بالنصوص القانونية ذلك لأنها تختلف من قانون لآخر، حيث في شكل استثناء في البعض منها، كالقانون المصري رقم 43 - 74، وأخذت شكل ترخيص مباشر في القانونين التونسي 69 / 35 و 74 / 74، واستثناء من مبدأ الحظر في القانون الليبي رقم 80 / 14.

والأهم من ذلك أيا كانت طبيعتها فهي شروط فرضها واقع التعامل مع المستثمرين الأجانب مع ترك تحديد الإجراءات التحكيمية إلى الاتفاقيات الدولية الثنائية منها والمتعددة الأطراف والتي أدت إلى ظهور شكل آخر للممارسات العملية للتحكيم بموجب النصوص الاتفاقية الدولية.

#### البند الثاني: الممارسة العملية للتحكيم في إطار النصوص الاتفاقية الدولية.

أخذت الممارسة العملية للتحكيم على الصعيد التعامل الدولي شكلا آخر تميزت به الاتفاقيات الدولية، فمنها من أدرجت شرط التحكيم في اتفاقيات التبادل التجاري الدولي لعلاقة الدول النامية مع المستثمرين الأجانب للدول الأوروبية (أولا)، وأخرى اهتمت بنشر العمل بالتحكيم على الصعيد الإقليمي لتشجيع التعامل فيما بينها، وإنشاء مراكز التحكيم الخاصة بها واتفاقياتها كذلك خاصة بعد إقبالها على الانضمام إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف المنظمة للتحكيم نزولا لرغبة المستثمرين الأجانب الرافضين لاختصاص محاكمها الوطنية (ثانيا).

#### أولا: اتفاقيات التحكيم الدولية في مجال الاستثمار.

لقد حظي التحكيم في مجال الاستثمار باهتمام الدول، فأبرمت بشأنه اتفاقيات دولية وإقليمية كثيرة بعضها على المستوى العالمي، وبعضها على المستوى الإقليمي، وليس بمقدورنا في هذا المقام أن نتطرق إلى جميع هذه الاتفاقيات بل نكتفي بأهمها.

## 1- الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار:

إن رغبة الدول النامية في التعامل مع المستثمرين الأجانب خاصة في المجال الاقتصادي عن طريق إقامة مشاريع استثمارية، في مختلف المجالات المتاحة للاستثمار فيها، فإن معظم هذه الدول قد لجأت إلى تبني نظام التحكيم في إطار اتفاقيات التعاون الثنائية بين دولتين المستقبلية ودولة المستثمر الأجنبي، ويصطلح على هذا النوع من الاتفاقيات في القانون الدولي باتفاقيات المصلحة *Traite de couverture* إذ أن المستثمر لا يتمتع سوى بحقوق مشتقة التي تضمنتها الاتفاقية من دون أن يكون له حقا مباشرا في اللجوء إلى التحكيم<sup>1</sup>.

ومن الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالتحكيم نذكر على سبيل المثال الاتفاق الفرنسي الجزائري المؤرخ في 27 مارس 1983<sup>2</sup>، والاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد اللكسمبورغي سنة 1991<sup>3</sup> ومع الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1990<sup>4</sup>. و لقد ميزت هذه الاتفاقيات في تسوية النزاعات بين المواضيع الخاصة بتطبيق وتفسير الاتفاق عن تلك الخاصة بموضوع الاستثمار.

<sup>1</sup> - Dominique careau : droit international , 4 Eme édition , apedone , 1994 , p 585 et 586.

<sup>2</sup> - يعد منعرجا حاسما في موقف الجزائر من التحكيم التجاري الدولي لكونه أول نظام من نوعه في الجزائر، وبالتالي وضع حدا للاتجاه السابق، حيث وضع حدا للنظرة العدوانية السائدة سابقا وان لم ينشر بسبب عدم المصادقة عليه لكونه جاء نتيجة لتبادل الرسائل وكونه يناقض ويخالف النظام العام أذاك رغم اعتباره عقدا دوليا مهما على الطرفين راجع في هذا الصدد : أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 11.

<sup>3</sup> -المرسوم الرئاسي رقم 91 / 345 المؤرخ في 05 / 10 / 1991 الذي يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 1991/04/24 ج ر . ع 46 سنة 1991.

<sup>4</sup> -المرسوم الرئاسي 319/90 المؤرخ في 17 / 10 / 1990 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات ج ر ع 45 لسنة 1991.

فبالنسبة للنزاعات المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاق فقد نصت مختلف الاتفاقيات على إحالتها إلى التحكيم كالمادة 9 من الاتفاق الجزائري الايطالي<sup>1</sup> والمادة 11 من الاتفاق الجزائري للكسمبورغي، والمادة 11 الفقرة الأولى من الاتفاق المصري الفرنسي<sup>2</sup>.

ولقد جعلت هذه الاتفاقيات من التحكيم وسيلة اختيارية مرهونة بفشل الوسائل الدبلوماسية للحل الودي للنزاع، وذلك حسب نص المادة 11 من الاتفاق المصري الفرنسي<sup>3</sup>، والمادة 9 من الاتفاق الجزائري الايطالي، وقلصت الاتفاقية الجزائرية الأمريكية مدة المفاوضات إلى ثلاثة أشهر إذا لم يتم التوصل إلى التسوية الودية. كما اشترطت تقديم طلب من أحد الأطراف المتعاقدة إلى إجراء التحكيم الحر وذلك حسب نص المادة 6 من الاتفاق الأمريكي الجزائري، والمادة 11 من الاتفاق الجزائري اللوكسمبورغي والمادة 08 من الاتفاق الجزائري الايطالي والمادة 11 من الاتفاق الفرنسي المصري.

لكن بالنسبة للنزاعات المتعلقة بموضوع الاستثمار فلقد اختلفت النصوص الاتفاقية بشأنها، إذ أن موضوع النزاع يشمل شخصين قانونيين غير متكافئين، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، رغم النص الصريح للاتفاقيات على انطباق الاتفاق على النزاعات الخاصة بالدولة المستقبلية المستثمر الأجنبي، وكذلك بالنسبة للإحالة إلى التحكيم، فالملاحظ أن أحكام بعض هذه الاتفاقيات المتعلقة بتسوية النزاعات المرتبطة بموضوع الاستثمار لا تختلف عن تلك المتعلقة بشأن تفسير وتطبيق الاتفاق، فالمادة الأولى من نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983 والمادة 9 فقرة 2 من الاتفاق الايطالي، والمادة 8 فقرة 2 من الاتفاق الجزائري

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي 346/91 المؤرخ في 15/10/1991 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 18/05/1991 ج ر ع 46، لسنة 1991.

<sup>2</sup> - Décret n°75 – 1029 portant publication de la convention entre la république française et le Gouvernement de la république arabe égyptienne, sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements gazette du palais, 1975 n° 1 , p 675 .

<sup>3</sup> - Décret cit , n°75 – 1029 , p 675 .

اللكسمبورغي، ذكرت التحكيم كوسيلة استثنائية مرتبطة بفشل الوسائل الودية ما عدا الاتفاق المصري الفرنسي الذي نصت المادة 7 منه على عرض النزاعات المتعلقة بالاستثمارات إلى المركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى مباشرة<sup>1</sup>.

ولقد خص الاتفاق الجزائري اللكسمبورغي حول شروط الإحالة إلى التحكيم بأحكام خاصة وهي :

- الموافقة المسبقة للأطراف.

- استنفاد اللجوء إلى الطعن الإداري والقضائي الداخليين.

وجعلت الفقرة 5 من المادة 09 الأحكام الصادرة ملزمة ونهائية للأطراف المتنازعة، كما حثت على الالتزام بتنفيذ الأحكام التحكيمية تاركة ذلك للتشريعات الوطنية.

أما فيما يخص هيئات التحكيم التي يكمن إسناد اختصاص النظر في النزاعات، فلا توجد قاعدة موحدة، إذ أن الاتفاق الإيطالي الجزائري منح للمستثمر الأجنبي الاختيار بين الهيئات التالية والتي وردت على سبيل الحصر :

- الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي يتم الاستثمار على إقليمها

- المركز الدولي لتسوية النزاعات كما وضع حلا للأشكال الذي قد يرتبه عدم انضمام أحد الدول المتعاقدة للعمل بنظام التحكيم المتضمن في آلية النظام الإضافي للمركز الدولي لتسوية النزاعات، فالجزائر لم تنضم إلى اتفاقية واشنطن إلا في سنة 1995 في حين أن بلجيكا كانت قد انضمت إليها في 29 أوت 1970<sup>2</sup>

والملاحظ أن باقي الاتفاقيات لم تعتمد نفس الحل إذ نصت المادة 7 من الاتفاق

المصري الفرنسي على منح الاختصاص فقط للمركز الدولي لتسوية المنازعات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Décret cit N° 75 – 1029 p 675, précité.

<sup>2</sup> -Mohand Issad , deux conventions bilatérales pour la protection des investissements; R.A.S.J.E.P 1991 N4 P726

<sup>3</sup> - Décret N° 75 – 1029 cit , même page.

إن ما يمكن استنتاجه بشأن التنظيم الاتفاقي للعمل بالتحكيم في مجال التعامل التجاري الدولي، ورغم تمييزها بين النزاعات الخاصة بتفسير الاتفاق وتطبيقه عن تلك الخاصة بموضوع الاستثمار، فإن شكل التحكيم المعتمد وشروط العمل به، لم تخرج عن الإطار التقليدي، بحيث حددته بالعلاقة الثنائية للدولتين كشخصين قانونيين دوليين لتشمل الاستثمارات التي تكون بين أحد الأشخاص الخاصة طبيعية كانت أو معنوية والدولة المستقبلية. وهو ما يحفظ لهذه الأخيرة سيادتها في علاقاتها الدولية الخاصة، ويؤدي بذلك إلى تفادي العلاقة المباشرة لإحالة النزاعات إلى التحكيم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وإن كان في جانبه الآخر مازال يؤكد أن التحفظ في هذا النوع من العلاقات ظل قائماً، بدليل أن شروط وإجراءات التحكيم التي تضمنتها اتفاقيات التعامل التجاري الدولي لم تعتمد قاعدة موحدة وإنما حلول وشروط مختلفة نعتقد أن تحديدها كان متوقفاً على قوة الأطراف المتفاوضة خلال إبرامها .

## 2- الاتفاقيات المتعددة الأطراف في مجال الاستثمار :

الصراع الذي كان موجوداً بين مبدأ السيادة والممارسة الحرة للنشاط الاقتصادي والحاجة إلى استقطاب رؤوس الأموال جسده الاتفاقيات التي جعلت من التحكيم التجاري الدولي ضماناً للمستثمر الأجنبي لفض منازعته وفي ذات الوقت سبباً لوفوده على البلد المضيف الذي هو في حاجة دائمة إلى التمويل المستثمر، أهم هذه الاتفاقيات نذكر .

### أ- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عام 1971:

إن المؤتمر المنعقد في الكويت عام 1966 حول التطور الصناعي في البلدان العربية، قد أصدر مجموعات من التوصيات، بالغة الأهمية، كانت تنص على دراسة إمكانية إنشاء مؤسسة عربية جماعية، لضمان استثمار الرأسمال العربي والأجنبي الموظف في مشاريع التطوير، وقد قامت المؤسسة الكويتية للتطوير الاقتصادي العربي بهذه المهمة التي تكمن في متابعة تنفيذ هذه التوصية وذلك بالتعاون مع وزارة

الخارجية الكويتية، وتوالت الاجتماعات حتى تم الموافقة على الاتفاقية من قبل مجلس الوحدة الاقتصادية العربية لعام 1970<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية تتضمن ملحقاً سمي "تسوية المنازعات" ويعطي تفاصيل حول الإجراءات المتعلقة بالتوفيق والاتفاقية تشير إلى أن تطبيق الملحق المرفق دون أن تذكر التحكيم في حين أن هذا الملحق، ليس إلا نظام تحكيمي يبدأ بالتوفيق وينتهي بالتحكيم.

#### النزاعات التي يمكن عرضها على التحكيم:

- النزاعات المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية: إن مجلس مؤسسة الضمان يفصل بشكل نهائي النزاعات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة أو الأطراف أو بين هؤلاء ومؤسسة الضمان فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق أحكام الاتفاقية.

وفي حال نشأت المنازعات المذكورة بعد انتهاء نشاطات المؤسسة، أو في حالة نشأت ما بين المؤسسة ودولة انتهت تعاقدها أو فقدت صفتها كعضو، فإن هذه المنازعات تحل وفقاً لنظام تحكيم المؤسسة إلا إذا اتفق الأطراف، على وسيلة أخرى لحلها<sup>(2)</sup>.

#### المنازعات المتعلقة بالاستثمارات موضوع الضمان:

كل نزاع ينشأ بين دولة متعاقدة أو عضو من جهة، والمؤسسة من جهة أخرى، يكون موضوع الاستثمار المضمون بموجب الاتفاقية، أم المتعلق بأية مسألة أخرى يتم حله وفقاً لنظام تحكيم مؤسسة الضمان.

كل نزاع ينشأ بين دولة سحبت انضمامها من الاتفاقية أو فقدت صفتها كعضو في المؤسسة يتعلق باستثمار مضمون تطبيقاً للاتفاقية يتم حله وفقاً لنظام تحكيم

<sup>1</sup> - راجع في هذا الصدد عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 1248.

<sup>2</sup> - المادة 34 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

المؤسسة دون موجب احترام صلاحية مجلس المؤسسة فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق أحكام الاتفاقية (1).

### النزاعات المتعلقة بعقود الضمان:

لا تلزم الاتفاقية إحالة المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة والمستثمرين المضمونين إلى نظام تحكيم المؤسسة بل تترك الحرية للأطراف فيما يتعلق بوسيلة حل المنازعات (2).

وتبدأ إجراءات التحكيم عن طريق إخطار يتقدم به الطرف الراغب في التحكيم إلى الطرف أو الأطراف الأخرى في النزاع، يبين فيه موضوع النزاع والقرار المطلوب صدوره واسم المحكم المعين من قبله، وعلى الطرف الآخر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم هذا الإخطار أنه يخطر طالب التحكيم باسم المحكم الذي عينه، ويختار المحكمان أو المحكمون الذين تم تعيينهم من الأطراف، المحكم المرجح الذي يرأس محكمة التحكيم وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين آخر هؤلاء المحكمين، وإذا لم يتم تعيين أحد المحكمين من الأطراف، أو لم يتفق المحكمون على تعيين المحكم المرجح خلال ستين يوماً من تاريخ تقييم إخطار التحكيم، فلكل طرف أن يطلب هذا التعيين، على أن تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين بينهم المحكم المرجح، من رئيس محكمة العدل العربية وإلى أن تنشأ هذه المحكمة يوجه الطلب إلى أمين عام جامعة الدول العربية.

والملاحظ على قواعد ملحق اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، أنها لم تحدد مؤسسة تحكيمية معينة يتم اللجوء إليها من قبل أحد أطراف النزاع، وإنما وضعت قواعد خاصة بتشكيل محكمة التحكيم في كل نزاع على حده، وتشرف على هذا التشكيل محكمة العدل العربية، ويقوم بمهمتها أمين عام جامعة الدول العربية

1 - المادة 35 من الاتفاقية المشار إليها سابقاً.

2 - فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2010، ص 258.

حتى يتم إنشاء هذه المحكمة ومنح الملحق المذكور لمحكمة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات الخاصة بها.

ب- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى 1974م:

إذا كانت الاتفاقية التي نشأت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار قد ضمت كل الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية فإن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى، قد عقدت في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية، وبذلك فقد عقدت الاتفاقية بين الدول العربية لسبع أعضاء المجلس وهي الأردن، السودان، سوريا، مصر، الكويت، العراق واليمن، حيث جاء في ديباجة هذه الاتفاقية أنه انطلاقاً من أهداف اتفاقية الوحدة الاقتصادية العربية وقرار السوق العربية المشتركة وكتاهما لم تر النور من الناحية العملية، وقد تم وانطلاقاً من الأهداف السابقة، توقيع اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، وتهدف الاتفاقية وفقاً للمادة الثانية منها إلى حل أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة، وبين مواطني الدول العربية الأخرى سواء أكان ذلك المواطن شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع قيام الاستثمارات العربية بصورة متزايدة داخل الدول العربية<sup>(1)</sup>.

وتنص الاتفاقية على أنه يقتضي أن يكون التحكيم مختلطاً، أي أنه يكون بين شخص تابع للقانون العام من جهة، وشخص تابع للقانون الخاص من جهة ثانية، وعليه فإنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم ما بين دولتين أو شخصين تابعين للقانون العام، أو شركتين تابعتين للقطاع الخاص<sup>(2)</sup>.

وتقتضي الاتفاقية بأن التحكيم يجب أن يكون بين فريقين عربيين أي بين دولة عربية ومواطن من مواطني دولة عربية فقط، إن هذه الاتفاقية ترمي إلى حل أي

1 - فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، المرجع السابقة، ص 260.

2 - حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة الجزائر، 2010، ص 66.

نزاع قانوني ناشئ مباشرة عن الاستثمار، على أن يكون هذا النزاع حاصلًا بين دولة عربية والمضيقة لهذا الاستثمار أو إحدى هيئاتها العامة وبين أحد مواطني دولة عربية أخرى، ولم تشر الاتفاقية إلى شكل معين لاتفاق التحكيم، ولكنها تشترط أن يكون العقد التحكيمي مكتوبًا ويعود أمر تقدير صحته وثبوته إلى المحكمة التحكيمية يحكم استقلالية شرط التحكيم أو يحكم اتفاق التحكيم اللاحق للنزاع.

فإذا أثير موضوع يتعلق بثبوت العقد التحكيمي المكتوب المقدم لهيئة التحكيم ثبت المحكمة التحكيمية المؤلفة من المحكمين بهذا الدفع في الحكم الذي تتخذه أو في حكم منفصل.

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق فتفصل المحكمة في النزاع وفقًا للقواعد القانونية التي نصت عليها الاتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس، فإن لم يكن هناك نص بذلك تطبق المحكمة قانون الدولة المضيقة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها، وما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولي<sup>(1)</sup>.

من الملاحظ أن سلطان إرادة الأطراف فيما يتعلق بالقانون المطبق على موضوع النزاع ليس محددًا بطريقة صحيحة في هذه الاتفاقية هذا بالإضافة إلى أن الإشارة إلى القواعد التي يتضمنها هذا الاتفاق غير واضحة، لأنها لا تشير في أي من أحكامها صراحة إلى القانون المطبق على موضوع النزاع.

وبما أن المجلس لم يقر أي نظام في هذا الصدد، فليس هناك أي نص صريح حول حرية أو سلطان إرادة الأطراف، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وبالتالي على المحكمة أن تطبق ما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولي، بقي أن نشير إلى المادة 16 فقرتها ج يمكن أن تؤدي إلى إمكانية عدم تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع إذا اتفق الطرفان على ذلك فتطبق المحكمة عندئذ القواعد التي تراها مناسبة، وهذا يعني أنه على الدولة المعنية أن تقبل صراحة بأن لا تطبق قانونها على النزاع الذي يكون فيه طرفًا وهذا يؤدي في الحالة الحاضرة إلى

<sup>1</sup> - أنظر المادة 16 من الاتفاقية.

نظام يتضمن خيارا واحدا فيما يتعلق بالقانون المطبق هو المحكمة التي تحسم النزاع في الموضوع وفقا لقانون الدولة الطرف في النزاع<sup>(1)</sup>.

### ج- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال للدول العربية سنة 1981:

تم التوقيع على هذه الاتفاقية في عمان بتاريخ 27 نوفمبر 1980 وأصبحت هذه الاتفاقية نافذة المفعول منذ السابع من سبتمبر عام 1981، وقد انضمت إليها جميع الدول العربية، والهدف من هذه الاتفاقية تسهيل انتقال رؤوس الأموال العربية داخل الدول العربية ووضع ضمانات لحمايتها، وقد ورد في ديباجة هذه الاتفاقية أنها جاءت انطلاقا من هدف تعزيز التنمية العربية الشاملة والتكامل الاقتصادي العربي وإيماننا بأن علاقات الاستثمار بين الدول العربية شغل في العمل الاقتصادي الغربي المشترك مجالات أساسية يمكن من خلال تنظيمه تعبئة عوامل الإنتاج لدعم التنمية المشتركة فيها على أساس المنافع المتبادلة والمصالح القومية.

ويلاحظ أن الاتفاقية المذكورة قد نصت على تسهيل انتقال رؤوس الأموال العربية داخل الدول العربية ووضع ضمانات<sup>(2)</sup>، لحمايتها كما بينت ثلاثة طرق يمكن إتباعها من قبل الأطراف لحسم النزاع وهي ما نصت عليه المادة 25 من الاتفاقية بقولها "تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية، وفيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم أو التوفيق<sup>(3)</sup>، فقد ورد ملحق للاتفاقية فيه بعض الأحكام الخاصة بالتحكيم والتوفيق، وقد خصص الملحق المادة الثانية منه لأحكام التحكيم حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة المذكورة "إذا لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التوفيق أو لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة أو لم يتفق الأطراف على قبول الحلول المقترحة فيه جاز للطرفين الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم".

1 - عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية المرجع السابق، ص 1242.

2 - أنظر المواد 5، 6، 7، 8، 9، 10، 11، 12، 13، 22، 23، 24 من الاتفاقية.

3 - هذه الاتفاقية هي اتفاقية إقليمية تخص الدول العربية المنظمة إلى جامعة الدول العربية، وتحتوي على 46 مادة وملحق مكون من 11 مادة.

وقد تركت المادة الثانية من الملحق لأطراف حرية الاتفاق على اختيار عدة محكمين أو محكم واحد وبين كيفية تعيين المحكمين في حال عدم اتفاق الأطراف إلا أن المادة المذكورة قد تجاهلت حرية أطراف النزاع في تعيين مكان التحكيم، وطبقا لما نصت عليه المادة الثانية في فقرتها الثامنة من الملحق يكون قرار هيئة التحكيم الصادر وفقا لأحكام هذه المادة نهائيا وملزما يتوجب على الطرفين الامتثال له وتنفيذه بمجرد صدوره ما لم تحدد الهيئة مهلة تنفيذه أو لتنفيذ جزء منه، ولا يجوز الطعن في قرار التحكيم، وقد أوضحت المادة 29 من الاتفاقية أطراف النزاع الذين تشملهن أحكام الاتفاقية فنصت على أنه يشترط في النزاع أن يكون قائما:

أ- بين أي دولة طرف ودولة أخرى أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة لأكثر من دولة طرف.

ب- بين الأشخاص المذكورين في الفقرة (أ) وبين المستثمرين العرب (1).

ج- بين الأشخاص المذكورين في الفقرتين (أ-ب) وبين الجهات التي توفر ضمانات الاستثمار طبقا لهذه الاتفاقية.

وهذا يعني بأن القاعدة الواجبة التطبيق هي القواعد التي جاءت بها هذه الاتفاقية والخاصة بالاستثمارات العربية وحمائتها، وهذا فيما يتعلق بالموضوع أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق أو القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات فقد أوردت المادة الثانية من ملحق الاتفاقية بعض القواعد الخاصة بالإجراءات على هيئة التحكيم التي يجب إثباتها عند النظر في النزاع (2).

د- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي سنة 1987:

تعتبر هذه الاتفاقية أول اتفاقية عربية تعنى بشؤون التحكيم التجاري الدولي وتتص على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي وقد بينت ديباجة الاتفاقية

1 - عرفت الفقرة 7 من المادة الأولى من الاتفاقية المستمرة العربي أنه "المواطن العربي الذي يملك رأسمال عربيا يقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها".

2 - أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، سنة 2008، ص 61.

الغاية من وضعها حيث ذكر أن الاتفاقية جاءت لشعور الدول النامية المتزايدة اتجاه ضرورة قبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التجارية، حيث كان مجلس وزراء العدل العرب قد وافق من حيث المبدأ على إنشاء هيئة عربية للتحكيم التجاري، وقد أقرت هذه الاتفاقية في الدورة الخامسة لمجلس وزارة العدل العرب والتي انعقدت في عمان للفترة من 11-14 أبريل من عام 1987<sup>(1)</sup>.

لقد بينت المادة الثانية من الاتفاقية أن نطاق تطبيقها يقع فقط على المنازعات التجارية الدولية، ولم تعتمد الاتفاقية معياراً خاصاً لدولية النزاع، كما أنها لم تأخذ بالاعتبار جنسية أطراف النزاع أو مكان العقد الذي نشأ عنده النزاع فقد جاء في المادة الثانية الذكر ما يلي: "تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أياً كانت جنسيتهم ويربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقار رئيسية فيها".

كما بينت الفقرة الأولى من المادة الثالثة أن الخضوع للتحكيم يتم بإحدى الطريقتين الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بين ذوي العلاقة، والثانية باتفاق التحكيم بعد نشوء النزاع، كما قررت الاتفاقية إنشاء مركز تحكيم يسمى بالمركز العربي للتحكيم له شخصية معنوية ويكون مرتبطاً إدارياً ومالياً بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل ويكون مقر المركز بمقر الأمانة العامة للمجلس بالرباط، كما أنه جاء في هذه الاتفاقية بنصوص تتعلق بمجلس إدارة المركز وكيفية التشكيل ومواعيد انعقاد دوراته، وكيفية اتخاذ القرارات واختصاصات مجلس الإدارة ومكتب المركز واختصاصاته<sup>(2)</sup>.

وفيما يتعلق بالمحكمين أوضحت المادتين 15 و 16 أن مجلس إدارة المركز يعد سنوياً قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة

<sup>1</sup> - حيث تتكون هذه الاتفاقية من 42 مادة، وقد تم المصادقة عليها من قبل 14 دولة هي الأردن، سوريا، تونس، الجزائر، جيبوتي، السودان، العراق، فلسطين، لبنان، ليبيا، المغرب، موريتانيا، اليمن، راجع في ذلك عبد الحميد الأحذب موسوعة التحكيم في البلدان العربية، مرجع سابق، ص 1215.

<sup>2</sup> - المواد 5، 6، 7، 8، 9، 10، 11، 13، راجع لمزيد من التفصيل راجع عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 1216.

العالمية والاطلاع الواسع في التجارة والصناعة وتتألف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء، ويجوز الأطراف الاتفاق على محكم واحد، وقد تناولت الاتفاقية في المواد من 17 إلى 30 إجراءات التحكيم، أما الموارد من 31-35 فقد خصصت لقار التحكيم، أما المواد من 37 إلى 42 فقد نظمت أحكاما ختامية أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق فقد نصت عليه المادة 21 من الاتفاقية ويستدل منها على هيئة التحكيم أو المحكم عندما يريد معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إتباع نصوص العقد الذي تم بين طرفي النزاع ومن تم إتباع أحكام القانون الذي أراد الطرفان تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حالة عدم ذكر ذلك صراحة، تحاول هيئة التحكيم معرفة ما انصرفت إليه الإرادة الضمنية للطرفين وإذا تعذر ذلك في هذه الحالة فهئية التحكيم لها الحق في تطبيق قواعد القانون التي هي أكثر ارتباطا بموضوع النزاع، على أن تراعي قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة<sup>(1)</sup>. فيما يخص شروط العمل بالتحكيم فهي نوعين منها ما يخص أطراف النزاع وأخرى مرتبطة بموضوع النزاع.

### 3- الانضمام إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف المنظمة للتحكيم:

لقد شكلت النقاشات الفقهية المرتبطة بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن النزاعات التي تثور فيما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي إضافة إلى موضوع تحديد المحاكم المختصة الدافع الأول لتطور مسار قواعد التحكيم الدولي<sup>2</sup> ذلك أنه وأمام شكوى المستثمر الأجنبي اتجاه موضوعية العدالة الوطنية للدولة المضيفة خاصة بالنسبة للدولة النامية التي كانت تأخذ بنظرية الفقيه كالفو CALVO<sup>3</sup>، المرتبطة بسيادة الدولة الوطنية، هذه العوامل دعمت موقف المدافعين

<sup>1</sup> - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 91-92.

<sup>2</sup> - R. David , l'arbitrage dans le commerce international paris Economica , 1982 page 221.

<sup>3</sup> - cette conception s'est opposée à la doctrine calvo , adoptée par les états d'Amérique latine et qui , Justement ne prévoit que des recours de droit interne lors de conflits entre état et un investisseur étranger élaborée par le juriste Carlos CALVO au milieu du XIX éme siècle en réponse à l'intervention diplomatique Européenne en Amérique latine , cette doctrine et principalement assise sur deux postulats :

على ضرورة وضع آليات دولية للتحكيم في مجال الاستثمار الدولي، والتفكير في اتفاقيات عالمية غير محدودة النطاق بأن تشمل التنظيم العام للعمل بالتحكيم الدولي أهم هذه الاتفاقيات نذكر اتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها، اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى واتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

#### أ - الانضمام إلى اتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها :

أبرمت هذه الاتفاقية بتاريخ 10 يونيو 1958، الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية وصادقت عليها الجزائر سنة 1988<sup>1</sup> مؤكدة بذلك استعدادها لقبول التحكيم كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية.

هذه الاتفاقية التي تعد من أهم الاتفاقيات التي بموجبها تعتمد كل دولة من الدول المصادق عليها اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى غير الدولة التي يطلب فيها اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها.

وتنص المادة الخامسة منها على أنه : لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه إلا إذا قدم أحد الأطراف إثبات على أن اتفاق الأطراف اللجوء إلى التحكيم غير صالح بموجب القانون الذي اتفق عليه الأطراف أو لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه التحكيم.....".

لقد اكتسبت اتفاقية نيويورك طابعا عالميا بتصديق العديد من الدول النامية عليها مثل كوبا، الشيلي، كولومبيا، الاكواتور، المكسيك... الخ الجزائر، العربية

- Rien dans le droit international n'oblige les états à offrir un traitement différent aux étrangers par rapport aux nationaux.

- Grace à l'égalité souveraine des états , ceux-ci ne peuvent pas intervenir , par la force ou par la diplomatie, auprès d'un autre état suite par exemple, à une décision judiciaire , la protection diplomatique, sauf dans le cas flagrant de déni de justice, n'est donc pas admise.

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 88 / 223 المؤرخ في 05 / 11 / 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ لاتفاقية نيويورك حول الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية ج ر، العدد 48، لسنة 1988.

السعودية، البحرين، الإمارات العربية المتحدة، مصر، العراق، لبنان، ليبيا، المغرب.... الخ.

ب- الانضمام إلى اتفاقية واشنطن لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى

بمبادرة من البنك الدولي للإنشاء والتعمير تم إنشاء المركز الدولي من أجل فض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات فيما بين الدول ورعايا الدول الأخرى وتم ذلك في 18 مارس 1965، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966 بعد انضمام 20 دولة<sup>1</sup>.

في الواقع أن هذه الاتفاقية كانت تهدف إلى بعث الثقة والطمأنينة في نفوس أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة والذين يسعون دائماً إلى حماية أموالهم واستثماراتهم من إجراءات قد تتخذها الحكومات في بعض الدول كالتأميم<sup>2</sup>.

لقد لاقت هذه الاتفاقية إقبالا منقطع النظير في دول العالم فقد انضمت إليها منذ البداية 18 دولة أوروبية و34 دولة أفريقية و11 دولة آسيوية و4 دول أمريكية من بينها الولايات المتحدة الأمريكية، وبقيت بعيدة عنها الدول الاشتراكية باستثناء رومانيا ومعظم دول أمريكا اللاتينية وأستراليا وكندا والهند ونيوزلندا وما تزال الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية تتكاثر سنة بعد سنة، وأهم ما حققته الاتفاقية هو إدخال نظام التحكيم بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي أي بين شخص من القانون العام وشخص من القانون الخاص في التشريعات الداخلية للدول الموقعة عليها، ثم لم تعد جزء من التشريع الداخلي فحسب بل لها الأولوية كاتفاقية دولية على التشريعات الداخلية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد أمين الهوا ري وأحمد عبد الحميد عشوش، دروس في التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1987، ص95..

<sup>2</sup> - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى 2002، ص 137.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف 2001، ص 38.

كانت الدول العربية قد أقبلت على الانضمام إلى الاتفاقية واشنطن في وقت مبكر وأول هذه الدول المنضمّة: سوريا وتونس 1966، ثمّ المغرب 1967 فالصومال 1968 الأردن ومصر 1962 ثم السودان 1973، البحرين 1976، الكويت 1979، فالإمارات 1982، لبنان 1983 ثم عمان والجزائر 1995<sup>1</sup>، وهناك 156 دولة موقعة على هذه الاتفاقيات حتى تاريخ 2007/05/09<sup>2</sup>.

### ج- الانضمام إلى الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار :

هذه الاتفاقية التي صادقت عليها الجزائر<sup>3</sup>، كانت تهدف إلى ضرورة التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية وعدم مساهمة الاستثمار الأجنبي، عن طريق إنشاء وكالة دولية تعمل على توفير الضمانات اللازمة للاستثمار والقيام بنشاطات مناسبة لتشجيع تدفق الاستثمارات إلى الدول الأعضاء فيما بينهم وقد نص الملحق الثاني من هذه الاتفاقية على تسوية المنازعات بين العضو والوكالة عن طريق المفاوضات والتوفيق، وفي حالة عدم الاتفاق يجوز للأطراف اللجوء إلى التحكيم<sup>4</sup>.

كما تنص المادة 04 من الملحق الثاني للاتفاقية على أنه: تلتزم هيئة التحكيم في النزاع، وفق نصوص هذه الاتفاقية، وقواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق أو القانون المحلي للعضو المعني، كما يمكنها إذا اتفق الأطراف على ذلك أن تطبق مبادئ العدل والإنصاف.

غير أن هذه الاتفاقية تصرف التحكيم ومسألة القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تكون فيها الوكالة التي يعهد إليها القيام بنشاطات الاستثمار وأحد

<sup>1</sup> - أمر رقم 95/04 المؤرخ في 21 / 01 / 1995 المتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية واشنطن الخاصة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر، ع 07، لسنة 1995.

<sup>2</sup> - راجع في هذا الصدد : عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الثالثة منقحة ومحدثة 2008، ص 67.

<sup>3</sup> - أمر رقم 95/05 المؤرخ في 21 / 01 / 1995 المتضمن الانضمام إلى الاتفاقية الخاصة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات AMGI ، ج ر. ع 07، سنة 1995 حيث صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 95 / 345، المؤرخ في 30 / 10 / 1995، ج ر، ع 66 لسنة 95.

<sup>4</sup> - راجع المواد 2. 3، من الملحق الثاني من المرسوم، رقم 95 / 345، المشار إليه سابقا.

الأطراف المتعاقدة، ولم تمتد إلى العلاقات التعاقدية بين الأطراف المصادقة على هذه الاتفاقية.

ثانياً: التنظيم الإقليمي للتحكيم في مجال الاستثمار.

### 1- اتفاقيات التحكيم الإقليمية:

هناك اتفاقيات عديدة عقدت على المستوى الإقليمي منها ما تم بين دول أمريكا اللاتينية، كاتفاقية بنما للتحكيم التجاري الدولي وفي نطاق الوطن العربي هناك اتفاقيات عديدة نصت على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل الخلافات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة أو بين مواطني تلك الدول والتي رأيناها سابقاً، إلى جانب المراكز التحكيمية التي أنشأتها.

#### أ- اتفاقية بنما للتحكيم التجاري الدولي :

إن دول أمريكا اللاتينية كانت لديها عقدة مبدأ كالفو المناهض للتحكيم ولكن مرونة التحكيم وخروجه من حظيرة الأغنياء والدور الذي اخذ يلعبه في تسهيل التوظيف في دول العالم الثالث، فضلاً عن الدعم العظيم الذي قدمته له الأمم المتحدة، أعاد الثقة بالتحكيم وهكذا تراجع مبدأ كالفو وتراجعت المخاوف التي ولدها حكم أرامكو وأبو ظبي.

ويمكن القول أن معاهدة نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية قد تفرعت

في ثلاث معاهدات تحكيمية إقليمية :

- معاهدة جنيف الأوروبية 1961.

- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي 1983.

- اتفاقية بنما الأمريكية سنة 1975.

وبدأت العقد من التحكيم في دول أمريكا اللاتينية تتحلل بانضمام دول أمريكا اللاتينية الواحدة تلو الأخرى إلى معاهدة نيويورك، وقد وضعت هذه الدول الأمريكية في بنما في 30 جانفي 1975 اتفاقية أمريكا للتحكيم التجاري الدولي، وقعتها 13 دولة وصادقت عليها 11 دولة، والاتفاقية قريبة جداً في نصوصها من اتفاقية نيويورك وهي في الواقع تكيف لمعاهدة نيويورك مع أوضاع أمريكا اللاتينية

وهي تحيل إلى قواعد إجراءات الهيئة الأمريكية للتحكيم التجاري التي تبنت قواعد الأونيسترال unicitral أي لجنة قانون التجارة الدولية في الأمم المتحدة مع تعديلات طفيفة على سبيل المثال سلطة التسمية (تسمية المحكمين) وهي في الأونيسترال محكمة لاهاي التحكيمية الدائمة بينما هي في نظام اتفاقية بنما الهيئة الأمريكية، هكذا فان قواعد تحكيم الأونيسترال هي إجراءات التحكيم وفقا لاتفاقية بنما<sup>1</sup>.

### ب- المراكز التحكيمية للدول النامية :

أنشأت الدول النامية مراكز تحكيمية إقليمية وهذا في الوقت الذي اكتفت فيه دول أخرى بالإحالة إلى المراكز الدائمة كالاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية<sup>2</sup>، تختص هذه الأجهزة بالنظر في النزاعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية ومن أمثلتها مركز اللجنة الاقتصادية لآسيا والشرق الأوسط، مركز القاهرة للتحكيم التجاري، مركز الرباط ولجنة اللاتينوأمريكية للتحكيم التجاري الدولي.

#### 1) مركز اللجنة الاقتصادية لآسيا والشرق الأوسط :

أنشئ هذا المركز استجابة لانشغالات الدول النامية للعمل على ترقية وتطوير التحكيم بين دول المنطقة<sup>3</sup>، ولم يكن لهذا المركز نظاما تحكيميا خاصا، بل اعتمد على قواعد وإجراءات الأنظمة المختلفة كلائحة تحكيم اللجنة الاقتصادية الأوروبية لسنة 1966<sup>4</sup>، وفقا لقاعدة منح الأطراف الحرية في تحديد الإجراءات الخاصة بتعيين المحكمين واختيار مكان التحكيم حسب نصوص المواد 2 و6 ولا تتدخل اللجنة حسب المادة 5 إلا في حالة اتفاق الأطراف على ذلك أو امتناعهم.

#### 2) مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي :

تم تأسيس مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في عام 1979<sup>5</sup> بناءا على قرار صادر عن اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا بدورها

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب : موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني ، المرجع السابق، ص 115.

<sup>2</sup> - رغم نص المادة 28 / 1 من الاتفاقية على إنشاء محكمة الاستثمار العربي.

<sup>3</sup> - ثروت حبيب دراسة في قانون التجارة الدولية منشأة المعارف الإسكندرية، 1975، ص 182.

<sup>4</sup> - ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 180.

<sup>5</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 180.

التي عقدت في الدوحة في يناير 1978، وذلك كجزء من نظام اللجنة المتعامل لتسوية المنازعات في المجال الاقتصادي والتجاري<sup>1</sup>.

ويأتي إنشاء المركز الإقليمي تكميلاً لسلسلة من الجهود من جانب الدول النامية منذ مؤتمر هافانا الذي عقد في 1947 - 1948 على مستوى الدولي والإقليمي داخل الأمم المتحدة وخارجها من أجل إيجاد نظام عادل وكفء لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية بما في ذلك الاستثمارات الأجنبية.

يمارس المركز العديد من الأنشطة، فهناك الأنشطة التشجيعية والتي تتلخص في نشر المعلومات عن المركز بغرض توضيح دوره وبقصد تعزيز التحكيم التجاري الدولي.

إن الهدف من المركز هو تشجيع الالتجاء إلى التحكيم وتنسيق الجهود والخدمات في هذه المناطق وتقديم المعونة للتحكيم الفردي خاصة الأخذ بقواعد اليونسترال، وإضفاء الاعتراف والقوة التنفيذية على الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم<sup>2</sup>.

هذا وقد تبنى المركز بصفة عامة قواعد اليونسترال أساساً لنظام التحكيم فيه، وهذا النظام يستند إلى إرادة الأطراف، فلا بد من وجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين الطرفين، أو في اتفاق مستقل عند وقوع النزاع وهذا الشرط يعبر فيه

<sup>1</sup> - Philippe le boulanger : le séminaire sur le centre régional de l'arbitrage commercial international du Caire " REV , ARB , 1986 , N°4 P 493 .

<sup>2</sup> - يعمل المركز كمؤسسة تحكيم في مجال التحكيم ويؤدي الوظائف التالية :

- إقامة التحكيم تحت إشراف المركز.
- النهوض بالتحكيم التجاري الدولي في المنطقة.
- تنسيق ومساعدة أنشطة مؤسسات التحكيم القائمة وخاصة فيما بين المؤسسات الموجودة داخل المنطقة.
- تقديم المساعدة في إجراء الحكيمات الخاصة، وخاصة التحكيميات التي تجري وفقاً لقواعد اليونسترال والتحكيم.
- المساعدة في تنفيذ أحكام التحكيم.
- تنظيم برامج وورش عمل بالتعاون مع غيره من المؤسسات والمنظمات لإعداد المحكمين الدوليين والكوادر القانونية من الإقليم الأفرو اسيوي.
- إجراء الدراسات والأبحاث الأكاديمية والتطبيقية.
- إنشاء مكتبة شاملة متخصصة في التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات.

الأطراف عن أي نزاع أو خلاف أو مطالبة ناشئة عن العقد أو متصلة به أو أي إخلال بالعقد أو إنهاء له في حالة عدم صحته، وسيتم حسم ذلك كله عن طريق التحكيم بواسطة قواعد التحكيم الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، وقد يضيف الأطراف إلى ذلك كيفية تعيين المحكمين وعددهم والقانون الواجب التطبيق واللغة التي ستستخدم في التحكيم ومكان التحكيم.

اعتمد مركز القاهرة قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي تم مراجعتها في سنة 2010<sup>1</sup> والتي طبقتها منذ نشأته وأجرى عليها تعديلات طفيفة تكفل صلاحيتها كقواعد التحكيم المؤسسي وتستجيب لحاجات ورغبات المتعاملين من متقاضين ومحكمين ومحامين ورجال أعمال، مواكبة بذلك آخر التطورات وأحدث الاتجاهات التي أسفر عنها التطبيق العملي والتي اعتمدها القانون المقارن في مجال التحكيم التجاري الدولي والذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من 1 مارس 2011.

إن أول نزاع عرض عليه كان بين وزير الزراعة المصري وشركة نمساوية بالحكم الصادر في 07 جويلية 1985، وحسب ما جاء به الأستاذ أبو العينين<sup>2</sup> رئيس المركز منذ إنشائه بلغ عدد الأحكام الصادر عنه 45 حكماً سنة 1994<sup>3</sup> و 104 سنة 1997 و 151 طلب مسجل في جانفي 2000<sup>4</sup> و 187 في أكتوبر 2000<sup>5</sup> و 320 في

<sup>1</sup> - تم إجراء هذه التعديلات في السنوات 1998 - 2000 - 2002 - 2006 وأصبحت سارية المفعول اعتباراً من 01 جانفي 1998 و 01 أكتوبر 2000 و 21 نوفمبر 2002 و أكتوبر 2006 على التوالي : انظر في هذا الصدد: عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية الكتاب الثالث، طبعة ثالثة، منقحة ومحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008

V. également : [http://WWW.CRCICA.ORG.EG/Arbitration rules h t m l](http://WWW.CRCICA.ORG.EG/Arbitration%20rules.htm).

<sup>2</sup> - L'arbitrage international et son rôle dans le règlement des conflits commerciaux et d'investissements d'après l'expérience du centre régional d'arbitrage international du Caire, R L A A I N ° 5 et 6 p 27 , spéc , p 30.

<sup>3</sup> - Rev. arabe de l'arb , vol 2 p 217.

<sup>4</sup> - Rev , arabe de l'arb , vol 3 p 224.

<sup>5</sup> - Nathalie Najjar, l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international Edition, DELTA, LIBAN, 2007 P 98.

ديسمبر 2002 هذه الأرقام المتزايدة تجعل من المركز أهم هيئة تحكيمية عملية على مستوى الوطن العربي.

توسعت اختصاصات ونشاطات هذا المركز ففي جويلية 1990 تم إنشاء معهد التحكيم والاستثمار تحت مظلة المركز، وفي جانفي 1991 تم إنشاء جمعية المحكمين العرب والأفارقة في مصر تحت مظلة المركز، وفي أكتوبر 1992<sup>1</sup>، تم إنشاء فرع المركز للتحكيم البحري بمدينة الإسكندرية، وفي نوفمبر 1997 تم إنشاء الاتحاد العربي للتحكيم الدولي تحت مظلة المركز وبمقره وفي فيفري 1999 تم إنشاء فرع تحت مظلة المركز للمجمع الملكي البريطاني للمحكمين الدوليين بلندن وفي جوان 2001 تم إنشاء مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي كفرع لمركز القاهرة، وفي أوت 2001 تم إنشاء مركز الوساطة والمصالحة كفرع لمركز القاهرة وفي فيفري 2003 تم إنشاء معهد الشرق الأوسط لتطوير القانون، فرع معهد القانون الدولي بالقاهرة، وفي سنة 2004 تم إنشاء مركز بورسعيد للتحكيم التجاري البحري كفرع لمركز القاهرة<sup>2</sup>.

يحتفظ مركز القاهرة بقائمة للمحكمين والخبراء الدوليين تتضمن شخصيات بارزة من جميع أنحاء العالم، وتشمل القائمة العديد من التخصصات المتنوعة مما يتيح فرصة واسعة للأطراف اختيار محكميهم وخبرائهم طبقا لطبيعة النزاع، ولا تكون الأطراف ملزمة باختيار محكميهم أو خبرائهم من هذه القائمة بينما يلتزم المركز بها عند ممارسة مهامه كسلطة تعيين طبقا لقواعده.

<sup>1</sup> - عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، 1998 ص 523.

- Voir également : Nathalie Najjar : l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international , op , cit pp 97.98.

<sup>2</sup> - <http://www.crcica.org.eg/branches.html>.

V. également : informations , Egypte : création d'un centre d'arbitrage à Alexandrie , Revu. arb, 1992 , p 505.

## 3- المركز العربي للتحكيم التجاري الدولي :

المركز العربي للتحكيم التجاري الدولي هو تأكيد على الأهمية البالغة التي أضحت للتحكيم في التجارة الدولية، فإنشاءه استغرق زمنا طويلا من البحث والتمحيص والمناقشات.

انطلق قرار إنشاء المركز من قناعة أصبحت عامة في الأوساط التجارية العربية، قناعة قائمة على إدراك لضرورة رعاية وإنماء التحكيم ليلعب دوره المحرك للتجارة الدولية، وانطلقت الفكرة من ملاحظة حجم التحكيم التي يكون فيها على الأقل طرف عربي، والتي تحال إلى الهيئات الدائمة التحكيمية، فإذا كانت التجارة العربية الدولية تغذي الهيئات الدائمة للتحكيم بهذا القرار الهائل من الدعاوى، فلماذا لا يكون للبلاد العربية مركزها التحكيمي<sup>1</sup>.

وهكذا تحولت الفكرة إلى مشروع لاتفاقية عربية للتحكيم الدولي جرى بحثه وإعداده في مجلس وزراء العدل العرب بعد قرار اتخذه هذا المجلس في سنة 1984<sup>2</sup>، وتم فيه الاتفاق على إنشاء هيئة دائمة للتحكيم التجاري الدولي، وكلفت الأمانة العامة للمجلس بإعداد دراسة علمية حول إنشاء هيئة دائمة للتحكيم التجاري وأرفقتها بمذكرة توضيحية.

وفي سنة 1985 قرر مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثالثة المنعقدة في الرباط<sup>3</sup>، الطلب من الدول العربية الأعضاء موافاة أمانة مجلس وزراء العدل العرب بملاحظاتها ومقترحاتها حول مشروع الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري وشكلت لجنة<sup>4</sup> لتقوم بدراسة مشروع الاتفاقية المذكورة وإدخال التعديلات اللازمة عليه.

<sup>1</sup> - نصت مقدمة اتفاقية عمان على أن منطلقها هو " الإيمان بأهمية إيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العالمية والإقليمية وعرض على تحقيق التوازن العادل في ميدان حل النزاعات التي يمكن أن تتولد على عقود التجارة الدولية وإيجاد الحلول العادلة لها "

<sup>2</sup> - القرار رقم 26 / د 2، بتاريخ 18 / 04 / 1984.

<sup>3</sup> - القرار رقم 24 / د 3، بتاريخ 25 / 04 / 1985.

<sup>4</sup> - شكلت اللجنة من :

وتولت اللجنة الحقوقية إعادة صياغة مشروع الاتفاقية آخذة بعين الاعتبار كل الملاحظات والآراء التي أعطتها الدول العربية على المشروع الذي وضعت أمانة مجلس وزراء العدل العرب، وفي الرابع عشر من شهر افريل 1987 وقعت في عمان الاتفاقية العربية للتحكيم الدولي بصيغتها النهائية وقد أنشأت هذه الأخيرة مؤسسة دائمة تسمى المركز العربي للتحكيم التجاري مقره الرباط<sup>1</sup> تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وتلحق إداريا وماليا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، إنما ذلك يطرح بعض التساؤل، فكيف يكون للمركز صاحب شخصية اعتبارية مستقلة وفي نفس الوقت يلحق إداريا وماليا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، فالشخصية الاعتبارية لا يمكن تصورها دون استقلالية إدارية ومالية.

تبنى نظام التحكيم في المركز العربي للتحكيم التجاري طريقتين لسلوك درب التحكيم<sup>2</sup>.

الشرط التحكيمي السابق للنزاع والاتفاق اللاحق لنشوء النزاع واقتراح النظام إدراج شرط التحكيم في الصيغة الآتية :

" كل النزاعات الناشئة عن هذا العقد تتم تسويتها من قبل المركز العربي للتحكيم التجاري وفقا للأحكام الواردة في الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري<sup>3</sup>.

- 
- الدكتور عبد الوهاب عبد الرزاق الجمهورية العراقية.
  - الدكتور أحمد أبو زقيه الجماهيرية العربية الليبية الشعبية.
  - الأستاذ أحمد المؤمني : المملكة الأردنية الهاشمية.
  - الدكتور شكري السباعي : المملكة المغربية.
  - الأستاذ : محمد الحسن : الجمهورية العربية السورية.
  - الأستاذ رشيد الصباغ الجمهورية التونسية.
- راجع في هذا الصدد عبد الحميد الأحذب، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 1214.

<sup>1</sup> - انظر المادة 12 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.

<sup>2</sup> - انظر المادة 3، فقرة 1 من الاتفاقية.

<sup>3</sup> - انظر المادة 3، فقرة 2 نفس الاتفاقية.

الملاحظ أن هذه الاتفاقية تطبق على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسيتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو لهم مقام رئيسة فيها<sup>1</sup>.

أما عن إجراءات التحكيم أمام المركز فيجب على طالب التحكيم أن يقدم طلبا كتابيا إلى رئيس المركز والذي يتولى بدوره مباشرة إجراء تبليغ الطرف الآخر للمشاركة في التحكيم<sup>2</sup>، ولقد منحت الأطراف حق تسمية المحكمين ضمن القائمة المحددة من قبل مجلس إدارة المركز، هذا وعن الفصل في الموضوع فان هيئة المحكمة تلتزم بالقواعد المنفق عليها في العقد مع تقييدها في كل الأحوال بالأعراف التجارية الدولية وقواعد العدالة<sup>3</sup>.

#### 4- لجنة الدول اللاتينوأمريكية للتحكيم التجاري:

أنشئت بدعم اللجنة الأمريكية للتحكيم وغرفة التجارة الدولية لها مركز رئيسي في واشنطن وفي مقرات منظمة الأمم المتحدة وفروع في كل دولة لاتينوأمريكية.

تختص لجنة الدول اللاتينوأمريكية للتحكيم التجاري الدولي، وفقا للمادة 3 من ميثاقها بتسوية الخلافات الناشئة عن العلاقات التجارية داخل إطارها الإقليمي وفقا لنظام التوفيق والتحكيم الذي تضمنته، والمفروض على كل دول المنطقة لتسوية النزاعات الخاصة بعلاقاتهم التجارية الدولية.

وبشأن قواعد ونظام سير التحكيم فيها، فإنها اعتمدت قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

<sup>1</sup> - انظر المادة 2، من الاتفاقية.

<sup>2</sup> - انظر المادة 17 من الاتفاقية.

<sup>3</sup> - انظر المادة 21، فقرة 1 من الاتفاقية.

**الفصل الثاني : التوجهات الجديدة للدول للتعاطي مع التحكيم في مجال الاستثمار :**  
 إن الدول النامية مع بداية الثمانينات<sup>1</sup> عادت تطمئن للتحكيم الدولي لتكيفه مع ظروفها الخاصة، سواء القانونية أم الاقتصادية بحيث لم يعد التحكيم هو قضاء أجنبي عن هذه الدول بل لقاء وتفاعل بين الأنظمة القانونية المتنوعة وبين الحقوقيين المتشبعين بالفكر القانوني ذي المنابع المتنوعة والذي يبحث عن الحق والعدل أخذاً بالأوضاع والأنظمة القانونية لكل بلد ظروفه وأوضاعه الاقتصادية والاجتماعية والمالية بعين الاعتبار.<sup>2</sup>

ولم يكن التحول خاصاً فقط بالدول النامية بل تعداها الدول المتقدمة، فقد قام المشرع الفرنسي بإصدار القانون رقم 80-354<sup>3</sup> للتحكيم التجاري الدولي، وتواصلت بعدها في سويسرا بقانون ديسمبر 1987<sup>4</sup>، وفي التشريعات العربية والإفريقية للدول النامية بموجب المرسوم الجبوتي الصادر في 13 فيفيري 1984، والمرسوم السعودي 83 ولائحته التنفيذية لسنة 1985<sup>5</sup>، المرسوم الجزائري 93-09<sup>6</sup> والقانون

<sup>1</sup> - Yves derains : " les tendances de jurisprudence en arbitrage international " J D I , 1993 , N°3 P289

حيث أوضح :

Au cours des vingt dernières années , et surtout dans les années 80 , l'arbitrage c'est affirmé comme le mode ordinaire de résolution des litiges de commerce international , l'intense activité législative qui s'est développée pendant la période pour moderniser les droits nationaux de l'arbitrage en témoigne"

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 357.

<sup>3</sup> - Décret n° 80 -354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le Nouveau code de procédure civile j orf du 18 mai 1980 p 1238.

<sup>4</sup> - Loi fédérale sur le droit privé du 18 décembre 1987 , j d I 1989 , p 557 à 963.

<sup>5</sup> - في 4 أبريل 1983 صادق مجلس الوزراء السعودي على نظام التحكيم الجديد في السعودية، في المرسوم الملكي رقم م / 46 السعودي بتاريخ: 25 / 04 / 1983 وصدرت لائحته التنفيذية بقرار مجلس الوزراء رقم 07 / 2021 بتاريخ 27 / 05 / 1985 ونشر في الجريدة الرسمية " أم القرى " بتاريخ 28 / 06 / 1985.

<sup>6</sup> - المرسوم التشريعي رقم 93 / 09 / 1993 المؤرخ 25 / 04 / 1993 يعدل ويتمم الأمر 154/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية وتنظيم أحكام التحكيم التجاري الدولي ج، ر، ج، رقم 27 لسنة 1993.

المصري 94-27<sup>1</sup>، ولقد ارتبط تحول المواقف بعوامل فرضها الوضع الاقتصادي الداخلي لهذه الدول ومقتضيات التعامل الدولي في السنوات الماضية، نتيجة العجز الذي عرفته في اقتصادها الوطني في توفير المداخل الوطنية بعد تراكم الديون والأزمة النفطية، لجأت إلى تطبيق سياسة اقتصادية جديدة لإصلاح القطاعات الاقتصادية اعتمدت على سياسة الانفتاح نحو الأسواق المالية لجعل الاقتصاد الوطني متوافقا مع القواعد الاقتصادية الدولية والتي كانت أحد نتائجها تكريس التحكيم التجاري الدولي (المبحث الأول).

لكن انضمام الدول النامية المبكر للاتفاقيات الدولية رغم عدم الاعتراف الرسمي بالتحكيم التجاري الدولي وذلك بإدراج فيها نظام التحكيم كوسيلة مفضلة لتسوية النزاعات الناشئة بين الطرفين وحماية الاستثمارات بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية وتدعيمها، يعتبر أول مواقف توجه هذه الدول نحو التحكيم نذكر على سبيل المثال اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين الدول اتحاد المغرب العربي، واتفاقية التعاون القانوني والقضائي لدول اتحاد المغرب العربي.

كما قامت بتأسيس العديد من مراكز التحكيم تتنوع بين المراكز الإقليمية والمختلطة في العلاقات الأوربية العربية كالغرف التحكيمية العربية التي نشأت مع العديد من الدول الأوربية (المبحث الثاني).

إذن فطالما أن التوجهات الجديدة للدول للتعاطي مع التحكيم التجاري الدولي، ارتبطت بعوامل اقتضاها واقع التعامل فهل أن التكريس القانوني للموقف الجديد اتجاه التحكيم في عقود الاستثمار على الصعيد الدولي والتشريع الوطني جاء بقواعد خاصة على غرار الأنظمة التشريعية الوطنية والقواعد الدولية للاتفاقيات والمراكز التحكيمية الدولية.

<sup>1</sup> - قانون رقم 27 لسنة 1994 المتضمن التحكيم في المواد المدنية والتجارية صدر في 18 افريل 1994 ج، ر، م 16، لسنة 1994.

**المبحث الأول : عوامل تحول المواقف.**

نظرا للقفزة النوعية التي عرفها نظام التحكيم التجاري الدولي كوسيلة فعالة لتسوية النزاعات في مجال الاستثمارات وانتشاره بشكل واسع في مختلف الدول بسبب توسع وازدهار المعاملات التجارية الدولية، مما أنتج اكتظاظا في النزاعات بين المتعاقدين<sup>1</sup> ولكسبه الثقة اللازمة لدى الدول من جهة والمستثمرين من جهة أخرى فان الدول النامية لم تبق في معزل عن هذا النظام والتطور الذي عرفه، إذ تبنته على حساب قضاءها الوطني، وهذا ليس بالصدفة وإنما نتيجة تأثرها بجملة من العوامل الاقتصادية (المطلب الأول) جعلتها تتحرك نحو إصلاحات اقتصادية واسعة، وأمام هذه الأخيرة على مستوى الهيكلية خاصة ظهرت ترسانة من القوانين والتنظيمات، وهذا من أجل إعطاء هذه الإصلاحات وعاءها القانوني الذي يتماشى والاتجاه الليبرالي (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: العوامل الاقتصادية**

إن المواقف الرسمية والقانونية للدول النامية بقيت معتمدة على سياسة اقتصادية تقليدية لم تعد متوافقة مع تطور القواعد المعمول بها في العلاقات الاقتصادية الدولية سواء التجارية أو تلك المتعلقة بتسوية النزاعات الناجمة عن الاستثمار بواسطة التحكيم، وأدى تعديلها إلى اعتماد التحكيم استجابة لمقتضيات وأعراف التعامل الدولي استنادا إلى عوامل اقتصادية دولية (الفرع الأول) وعوامل اقتصادية داخلية (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: العوامل الاقتصادية الدولية**

لقد أملت الضرورات الاقتصادية أحكامها في التعاملات الدولية بين كافة الدول وتبلورت مفاهيم التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي واتضح اختلافها عن المفاهيم المحلية، وأصبحت المفاهيم المحلية بالتالي مصدر قلق لتدفق التجارة الدولية وانسيابية

<sup>1</sup> - إبراهيم كمال، التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم وحتمية القانون التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 15 وما بعدها.

حركتها في شرايين العالم الذي أصبح أشد اتصالا وأكثر ارتباطا والذي ستحكمه اتفاقيات التجارة الدولية.

فالقضاء الوطني لم يعد له القدرة على التصدي لفض منازعات الاستثمار الدولية بالكفاءة والمقدرة والحسم اللازم لأنه مقيد بالقواعد الجامدة المحلية التي تختلف من دولة لأخرى اختلافا تاما من شأنه عرقلة التجارة الدولية عند النزاع؛ فكثيرا ما رفض المستثمرون الأجانب الامتثال للقضاء الداخلي في علاقاتهم التجارية مع الدول النامية نظرا لاستقلالها الحديث وفضلوا اللجوء إلى التحكيم وإسناد النزاعات التي تثور بينهم إلى محكمين متخصصين في المجالات التجارية، الفنية والقانونية، والتي لا يتقيد فيها المحكم بمواعيد وإجراءات التقاضي المقررة في القوانين الوطنية أمام المحاكم الداخلية<sup>1</sup>.

و رغم أن التحكيم لم يكن محل ثقة مختلف الأوساط التجارية للدول النامية إذ اعتبرته عدالة ليبرالية، إلا أن مصير المبادلات التجارية الدولية أصبح مرهونا باعتماده ولتعزيز العمل به أوصت المؤسسات العمومية عبر اللوائح الدولية المختلفة على توفير الضمان المطلوب لتسوية النزاعات بواسطة التحكيم بغية إقامة علاقات اقتصادية موسعة بين الدولة المتقدمة والدول النامية.

شعرت الدول النامية حديثة العهد بالاستقلال أنها تقتحم عالما جديدا مجهولا، لم تشارك في وضع قواعده وترتكز مواقعها بعيدا عن أية مساهمة حقيقية من جانبها وتكفي الإشارة إلى أن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية قد نشأت في باريس عام 1923، عندما كانت العاصمة الفرنسية مركزا لإمبراطورية مترامية الأطراف تمتد مستعمرات عديدة عبر البحار والمحيطات، كما قامت محكمة لندن كمؤسسة تحكيمية منافسة في عاصمة الإمبراطورية التي تميزت حينذاك بأنها لا تغيب عنها الشمس، وبعبارة أخرى فإن نظام التحكيم التجاري الدولي ارتبط زمنيا ومكانيا بالتراث الاستعماري الذي لم تملك دول القارات الثلاث (آسيا، إفريقيا،

<sup>1</sup> - عبيد صقر " تأملات في نظريات الناظمة للتحكيم " مجلة الأمن والقانون، تصدر عن كلية شرطة دبي سنة

وأمرىكا اللاتينية) إمكانية مناقشة والإسهام في تطويره إلا بعد انحصار المد الامبريالي في عقد الستينات من القرن الحالي<sup>1</sup>.

إلا أن دول العالم الثالث حتى بعد أن حققت استقلالها السياسي لم يكن من المتصور أن تغير بالسرعة ذاتها خصائص العلاقات الاقتصادية الدولية المتسمة بالتبعية للعالم الصناعي المتقدم، بما في ذلك الوضوح للقواعد التي استقرت في المبادلات التجارية الدولية والتي من مقوماتها الأساسية اللجوء إلى مراكز التحكيم الموجودة في أوروبا وأمريكا الشمالية لحل المنازعات التجارية الدولية في إطار النظم والقواعد المعمول بها هناك خاصة أن التجمع الأساسي الذي تمارس دول العالم الثالث قدرا من قوة الضغط السياسي لتعديل القواعد التي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية يتمثل في منظمة الأمم المتحدة بمختلف فروعها وأجهزتها ؛ وإذا كانت الأجهزة السياسية للأمم المتحدة قد استطاعت الإعداد للأسس نظام اقتصادي دولي جديد في صورة برامج ومواثيق صدرت في بداية حقبة السبعينات، فإن الأجهزة الفنية وعلى رأسها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، قد استطاعت أن تحول بعض النتائج المترتبة على ذلك التطور الحديث إلى واقع ملموس في قالب قواعد منضبطة المعالم كفيلة بتحقيق التوازن المطلوب بين المصالح المشروعة لدول العالم الثالث في مواجهة الدول الصناعية المتقدمة، ومن بين أبرز إنجازات اللجنة المذكورة في هذا المجال إعداد قواعد التي تحمل اسم اللجنة والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى القرار 98 للدورة الحادية والثلاثين في 15 ديسمبر 1976<sup>2</sup>.

إذا كان من المسلم به أن التجارة الدولية ليس أمامها سوى التحكيم كقضاء أصيل لحسم المنازعات إلا أن تعداد الأنظمة القانونية في العالم يجعل سلوك التجارة الدولية لهذا الدرب غير امن، من هنا أخذت منظمة الأمم المتحدة على عاتقها التقرب

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 118.

<sup>2</sup> - سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف الإسكندرية 1986، ص 15-16.

والتوفيق بين قواعد التحكيم في مختلف الأنظمة القانونية في العالم لصيها في إطار يضمن التجانس بينها وحسن سيرها ثم تنفيذ أحكامها.

وهكذا بعد أن أشرفت الأمم المتحدة على وضع اتفاقية نيويورك دعت اللجنة الاقتصادية والاجتماعية فيها، في قرار اتخذته سنة 1959 تحت رقم 27/708، حكومات الدول لتطوير تشريعاتها التحكيمية وأنظمة مراكز التحكيم لديها وتسهيل اللجوء إليها، وبعد تشكيل الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 للجنة القانون التجاري الدولي، انصرفت هذه اللجنة إلى السعي للتوفيق والتوحيد بين قوانين التحكيم الدولي في العالم مدرجة هذا الموضوع على رأس جدول أعمالها سنة 1968.

وبعون ومشورة 75 هيئة تحكيمية في العالم وضعت مسودة قواعد التحكيم التي بحثت في مؤتمر تحكيم دولي عقد في نيودلهي من 7 إلى 10 جانفي 1975، تمت خلالها مناقشة معمقة وشاملة لهذه القواعد من مختلف فقهاء الأنظمة القانونية في العالم بأسره، ولا سيما المجلس الدولي للتحكيم التجاري في العالم، واتخذت بنتيجة هذا المؤتمر توصية بسرعة انجاز ومنح هذه القواعد<sup>1</sup>، وقد أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة عندما أقرت هذه القواعد، أن الاعتراف بفائدة التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية والاقتناع بأن إرساء قواعد لتحكيم الحالات الخاصة تكون مقبولة في دول العالم التي لها أنظمة قانونية واقتصادية مختلفة من شأنها المساهمة بشكل فعال في تطوير علاقات اقتصادية دولية منسجمة.

<sup>1</sup> - وضعت لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة قواعد التحكيم الدولي في 28 / 09 / 1976 خلال ثلاث سنوات من العمل مع كبار الحقوقيين الدوليين وعبر مناقشات ومؤتمرات ولقاءات دولية، وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه القواعد في 15 / 12 / 1976 بمقتضى القرار رقم 98 للدورة الحادية والثلاثين، وجاءت هذه القواعد توفيقية لتكون مقبولة في البلدان الرأسمالية والدول التي كانت اشتراكية، البلدان الصناعية وبلدان العالم الثالث، البلدان المطبقة لأعراف القانون لأنجلو أمريكية والبلدان المطبقة للقوانين المدنية الأوروبية، وأخذت بعين الاعتبار اتفاقية نيويورك سنة 1958، اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961، اتفاقية واشنطن لحل خلافات الاستثمار الأجنبي واتفاقية موسكو لسنة 1972.

وكذلك راعت هذه القواعد أنظمة مراكز التحكيم الدولية، ولا سيما هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس، وهيئة التحكيم الأمريكية، راجع في هذا الصدد : عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 120 - 121.

لقد ارتبطت الدول النامية بعلاقات تعامل متنوعة عقود تعاون، استثمارات<sup>1</sup> مع الدول الرأسمالية، وذلك بعد فشل السياسة الجهوية لأشكال التعاون جنوب/ جنوب لتشجيع وتطوير التبادل التجاري لدول المنطقة تطبيقا للتوصيات الدولية كالتجربة المغربية والإفريقية<sup>2</sup> بسبب اختلاف الأنظمة السياسية وتفاوت المستويات الاقتصادية والمشاكل التي عرفتها آلية ترقية أشكال التعاون الاقتصادي.

ومع ما أصبحت تعرفه التجارة الدولية من تحرر عالمي، وتغيير التوزيع الجغرافي للتجارة العالمية، والتي انحصرت بين المجموعات الاقتصادية المتكثلة لم يكن أمام الدول النامية سوى دمج اقتصادياتها الداخلية في إطار النظام القائم على القواعد الاقتصادية للمنافسة العالمية، والتي كان أحد أهم نتائجها اعتماد التحكيم لتسوية النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية نظرا لفرصه كآلية وحيدة في العلاقات الدولية ولا سيما بعدما تطور نظامه القانوني في اتفاقيات دولية تنوعت مواضيعها بين العالمية والإقليمية، وهو ما منح التحكيم المكانة المتميزة التي بلغها اليوم وعليه فإن الارتباط الذي ساد بين الدول النامية والأنظمة المتفتحة على التحكيم ساهم بشكل كبير في تحول مواقفها وظهور بوادر توجهات جديدة نحو التحكيم التجاري الدولي عملا منها على إدماج الاقتصاد الوطني والقواعد الاقتصادية الدولية بين الدول من خلال توحيد النصوص القانونية انطلاقا من بداية الثمانينات بعد المشاكل التي عرفتها الاقتصاد الداخلي لتحقيق التنمية الاقتصادية.

#### الفرع الثاني: العوامل الاقتصادية الداخلية.

تبنت العديد من الدول النامية ومن ضمنها الجزائر وبعض الدول العربية الأخرى برامج شاملة للإصلاح الاقتصادي والهيكلية خلال السنوات الماضية كوسيلة لإزالة الاختلافات الهيكلية وإعادة التوازن الداخلي والخارجي إلى اقتصادياتها،

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، الوسائل السلمية لحل المنازعات الاقتصادية التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الاقتصادية، مركز الدراسات العربي الأوربي باريس، ط1، أكتوبر 1995، ص 6.

<sup>2</sup> - يوسف محمد، اتجاهات الاستثمار الدولي وأثارها على سياسة الإدماج الاقتصادي للبلدان المغربية المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، سنة 1992، عدد 2، ص 239.

ولتحقيق معدلات نمو اقتصادي حقيقي من دون تضخم، فشرعت في تطبيق قواعد جديدة لسير الاقتصاد وفقا للقواعد الدولية القائمة على المنافسة.

فلقد لجأت إلى الاقتراض الخارجي متطلبات الانشغالات الخاصة بالتنمية الاقتصادية لعجز الإيرادات على توفير الالتزامات المالية الضرورية<sup>1</sup> وذلك لاعتمادها بعد الاستقلال على سياسة تمويل التنمية المؤسساتية السريعة للقطاعات الجهوية كالمحروقات في الجزائر<sup>2</sup>، وتوسيع وتطوير النشاطات الاقتصادية في بعض الأنظمة الإفريقية مثل جيبوتي<sup>3</sup> والدول أمريكا اللاتينية مثل البرازيل<sup>4</sup> ووجهت المداخل المترتبة عليها في تغطية نفقات المشاريع الاستثمارية وتسديد ديون انجازها. ولقد تطور الوضع مع مطلع الثمانينات بعد ارتفاع فوائد الديون وتراكمها والتي حولت الدول النامية من مستفيدة إلى أسيرة خدمة الدين الخارجي وعلى سبيل المثال بلغت سنة 1984 في الجزائر 13% من أصل 59% من الصادرات<sup>5</sup>، كما سجلت 30% من إجمالي الصادرات في دول أمريكا اللاتينية<sup>6</sup>، و10,29% في جيبوتي<sup>7</sup>.

وتأزم الوضع الاقتصادي بالنسبة للدول المصدرة للبتترول بعد الصدمة البترولية الثانية سنة 1986 اثر الإستراتيجية النفطية لإغراق العربية السعودية للأسواق الدولية بنفطها، إذ انعكست سلبا على اقتصادياتها الوطنية في كل من الجزائر وتونس وليبيا وغيرها، فلقد أدت إلى انخفاض أسعار البترول في الأسواق

<sup>1</sup> - محمود العريان وشمس الدين طارق، الإصلاحات الهيكلية في البلاد النامية، مجلة التمويل والتنمية، سنة 1992، ص 17.

<sup>2</sup> - F.GHILES : la dette Algérienne dans les perspectives historiques " A A. N 1989, P 426 .

<sup>3</sup> - Pierre Maurice : Djibouti, chronique économique et démographique , annuaire des pays de L'océan Indien, 1982- 1983, p 454.

<sup>4</sup> - أسد علام وراجاباتيرانا، الإصلاح التجاري في أمريكا اللاتينية ومنظمة الكاريبي، مجلة التمويل والتنمية 1993، ص 44.

<sup>5</sup> - J. R. henry : chronique international, A.A.N, 1984 P 738.

<sup>6</sup> - CHARLES BOUSSAN, chronique des faits internationaux R.G.D.I, 1984, P 420.

<sup>7</sup> - René OTAYEK , chroniques politiques et constitutionnelles , Annuaire des pays de l'océan indien, 1982, 1983, volume ix , p 302.

الدولية، وسحب منها أهم الشركات الممولين لها، كما اضطرت إلى خفض أسعار بترولها مما أثر سلباً على الميزان التجاري للدخل الوطني، الأمر الذي أوجب التفكير في تجاوز العجز الاقتصادي وتوفير مصادر انتعاشه، واعتمدت في ذلك على المؤسسات المالية الدولية، حيث ساهم البنك العالمي في المفاوضات مع صندوق النقد الدولي بشأن تحديد شروط تسديد التمويل، وفتح الاقتصاد الوطني للأسواق الخارجية حيث شملت الحلول المقترحة إدخال تعديلات عميقة على الاقتصاد الوطني حيث أخذت بتطبيق قواعد استقلالية المؤسسات العمومية والسير بالقطاع العام نحو الخصوصية من خلال منح الاستقلالية للمؤسسات العمومية بحيث أصبحت خاضعة للقوانين الاقتصادية والتجارية السائدة في العلاقات الدولية بعيداً عن الضغوطات الإدارية، وفتح الأسواق الوطنية للاستثمارات الأجنبية وذلك من خلال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها كل من دولة مع صندوق النقد الدولي وتوجت هذه الإصلاحات في النصوص التشريعية التي تضمنت مواقف جديدة للتحكيم التجاري الدولي التي نتناولها في المطلب الثاني.

### المطلب الثاني : العوامل القانونية.

أمام الإصلاحات الاقتصادية التي عرفتها الدول النامية والتي فتحت لها المجال للاستثمار الأجنبي كضرورة ملحة لتحريك الآليات الجديدة للاقتصاد، المبنية على حرية السوق من أجل دفع الحركة الاقتصادية وتطويرها، فجاءت بترسانة من القوانين والتنظيمات وهذا من أجل إعطاء هذه الإصلاحات وعاءها القانوني الذي يتماشى والاتجاه الليبرالي.

ولقد برزت هذه المواقف الجديدة في نصوص قانونية عديدة منها ما فتحت المجال للجوء للتحكيم كالنصوص القانونية الخاصة باستقلالية المؤسسات تطبيقاً لفكرة الإصلاحات الهيكلية (الفرع الأول) والأخرى اعتمدت على النصوص القانونية لسياسة الانفتاح للاستثمارات الأجنبية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول : النصوص الخاصة بالإصلاحات الهيكلية :

إن المعنى السائد للإصلاحات الهيكلية يرتكز على قيام الدولة بتحويل ملكية الأجهزة العامة جزئيا أو كليا إلى القطاع الخاص إلا أن المفهوم الشامل لمنهج الخصخصة هو تقليص دور الدولة في النشاط الاقتصادي<sup>1</sup>، ارتبط هذا التحول بالمخلفات السلبية لأساليب التسيير السابقة حيث ارتكزت الجهود المحلية لمسيرى الاقتصاد الوطني على توفير وتغطية الاحتياجات والخدمات الاجتماعية بتكلفة تفوق نفقات الإنتاج والميزانية العامة<sup>2</sup>.

وانعكست هذه الإصلاحات لتغيير السياسة الاقتصادية في صدور العديد من القوانين منها :

- قانون 84-1230 للانسحاب التدريجي لدولة كوت ديفوار من القطاع الإنتاجي<sup>3</sup>.
- القانون الجزائري 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية<sup>4</sup>.
- الظهير المغربي 89-89 الصادر بقانون 90-01 المرخص لتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص<sup>5</sup>.
- القانون الليبي رقم 85 - 20 المتضمن خوصصة القطاع الصناعي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - تامر ملوح المطيري : الخصخصة في المملكة العربية السعودية الواقع والتطلعات والأبعاد الأجنبية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب 1996، مجلد 11، عدد 22، ص 126

<sup>2</sup> - أنظر النشرة الدورية الصادرة عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الصادرة سنة 1988، عدد 29، ص 4.

<sup>3</sup> - Bilan et perspective économique et social de la cote d'ivoire centre de promotion des investissements p15..

<sup>4</sup> - قانون رقم 88 - 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر، عدد 01، الصادرة في 13 جانفي 1988.

<sup>5</sup> - Edward van, chronique juridique Maroc, A.A.N 1990 P 863 .

<sup>6</sup> - Toufik Monastiri : chronique juridique Libye A. A.N , 1990, P 842 -.

لقد استهدفت هذه التشريعات إعادة هيكلة المؤسسات العامة التابعة للدولة بعد أن ظلت لفترة طويلة معتمدة في تمويلها على الدولة فهي لم تعد متوافقة حسب نظرة المتعاملين الأجانب وقواعد السوق القائمة على المنافسة الحرة.

وهذا ما أوضحته السلطات الجزائرية خلال اجتماع المجلس الشعبي الوطني عند اعتماد قانون استقلالية المؤسسات بتاريخ 12/01/1988، أسباب هذه التعديلات الاقتصادية في مشروع القانون أنها تستهدف تكيف الاقتصاد الوطني والتحويلات الاقتصادية التجارية الدولية، ولم يكن التوجه نحو خصوصية الاقتصاد الوطني بالتحول السهل بل تم عبر مراحل مختلفة، ظهرت بواره الأولى في الانسحاب الجزئي للدولة من المؤسسات العمومية لصالح المتعاملين الخواص في شكل مساهمات وطنية وأجنبية ومن أمثلتها القانون الجزائري 86-14<sup>1</sup> المعدل لقانون 82-13<sup>2</sup> الخاص بالشركات المختلطة الاقتصاد، القانون التونسي 84-20<sup>3</sup>، والظهير المغربي 84-01 الخاص بتأسيس الشركات المنجمية<sup>4</sup>.

أما عن موقف الجزائر، فقد توضح بعد التطور الهام للنصوص القانونية المختلفة فطبقا لقانون رقم 13/82 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بإنشاء الشركات المختلطة الاقتصاد في قطاعي الصناعة والخدمات باستثناء قطاع المحروقات الذي عرف إنشاء شركات مختلطة عن طريق اتفاقيات دولية، فإن هذا القانون كان يسمح للمستثمرين الأجانب بالاستثمار في الجزائر شريطة أن يأخذ هذا الاستثمار شكل شركة ذات اقتصاد مختلط، لأن الهدف من هذا القانون كان إلى جانب

<sup>1</sup> - القانون رقم 86/14 المؤرخ في 19 / 08 / 1986 المتعلق بأنشطة التقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بواسطة الأنابيب ج ر ج ج، ع 35 السنة الثالثة والعشرون بتاريخ 27/08/1886 ص 1483 وما بعدها.

<sup>2</sup> - القانون 82 / 13 / المؤرخ في 28 / 08 / 1982 والمتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها المعدل والمتمم بالقانون رقم 8/13، ج ر ج ع 35 لسنة 1982.

<sup>3</sup> - يتعلق بضبط النظام الخاص بشركات التصدير، المؤرخ في 9 ماي 1984، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع 31 المؤرخ في 11 ماي 1984، الموجود على الموقع: [www.legislation.tn/recherche/jort](http://www.legislation.tn/recherche/jort)

<sup>4</sup> - HASSAN ABOU ABDEL MADJID " MAROC " Annuaire de législation Française et étrangère 1988 p 317.

إشراك الطرف الأجنبي في رأس مال الشركة وفي النشاط العام لها، هو حملته على المساهمة في نقل التكنولوجيا<sup>1</sup> بيد أن النتائج المسجلة بعد صدور هذا القانون لم تكن ترقى إلى الأهداف التي كانت قد سطرته الحكومة آنذاك، ومما زاد الأمر سوءا هو الهبوط الحر لمداخيل البترول ابتداء من سنة 1986<sup>2</sup> الشيء الذي دفع بالبلاد إلى الاستدانة الخارجية والاستعانة برؤوس الأموال الأجنبية لتجاوز قلة الموارد المالية، إلا أن هذا القانون لم يعمر بدوره طويلا، بما أنه قد عدل واستبدل في نفس السنة بقانون آخر<sup>3</sup>.

ولإقناع المستثمرين الأجانب، فإن واضعي هذا القانون اقترحوا أحكاما جديدة كانت تهدف إلى حماية أكبر لمصالح الشريك الأجنبي باعتباره شريك أقلية ومقابل هذه الحماية فإن إنشاء شركة مختلطة في ظل هذا القانون كان لا بد أن تخضع في نشاطها إلى قواعد المرودية الاقتصادية والمالية وصولا إلى تحقيق ترقية للصادرات<sup>4</sup>، ولكن شيئا لم يحدث منذ ذلك التعديل، ذلك أن النتائج المنتظرة من هذا القانون كانت جد هزيلة<sup>5</sup>.

بالإضافة إلى أن طيلة تلك الفترة فقد شهد الاقتصاد قلة في الموارد العمومية وفي المداخيل البترولية التي ضاعفت بدورها من الوضعية المتدهورة للاقتصاد الوطني، مما عجل بالتطهير المالي للمؤسسات الذي أصبح أكثر من ضرورة ولم يكن

<sup>1</sup> - راجع المادة 6، من القانون 82 / 13، المؤرخ في 28 أوت سنة 1982 والمتعلق بتأسيس الشركات المختلطة للاقتصاد وسيرها المعدل والمتمم بالقانون رقم 86 / 13.

<sup>2</sup> - la moyenne annuelle du prix du baril de brut Algérien est tombé de U.S.D 21,07 EN 1991 à U.S.D 20 En 1992, puis U.S.D 17,65 en 1993 cités par : A. Belhimer , la dette extérieure de l'Algérie , thèse , Paris v , éd , casbah , 1997 p 10

<sup>3</sup> - راجع قانون 86 / 13، المؤرخ في 19 أوت 1986، ج ر ع 35 الصادر في 27 أوت 1986، ص 1016.

<sup>4</sup> - المادة 4 فقرة 8، من قانون 86 - 13، المصدر السابق.

<sup>5</sup> - Seules huit sociétés d'économie mixte avaient été constituées entre 1986 et 1989 dans les domaines et Avec les partenaires suivants : automobile ( société mixte avec fiat ) , télécom ( société suédoise ) , Hydraulique ( firme yougoslativie ) tourisme , partenaires du canada, d'Italie de chine, et de la Corée , du sud , audio visuel ( Koweït ) cités par A. Belhimer , op , cit p 340.

لدى السلطات العمومية من خيار آنذاك إلى اللجوء إلى ميكانزمات جديدة لتمويل الاقتصاد الوطني وإلى العمل بقواعد الاستقلالية وكان ذلك منذ سنة 1988<sup>1</sup>. أما على مستوى النقد فقد شهد القطاع الاقتصادي استقلالية أكبر بعد أن ألغى دستور 1989 احتكار الدولة وأعاد للملكية الخاصة المكانة الطبيعية التي تعود إليها، ومن ثمة فقد صدر قانون 90-10 الخاص بالنقد والقرض<sup>2</sup> الذي منح الاستثمار الأجنبي نظاما قانونيا جديدا وأعطى للمستثمر الأجنبي مركزا جديدا، ولكن بالرغم من الانفتاح الذي عبر عنه هذا القانون في اتجاه الاستثمار الأجنبي إلا أنه وبالنتيجة، لم تسجل البلاد ضخا لرؤوس الأموال الأجنبية بالقدر الكافي الذي كان ينتظر من هذا الانفتاح. بقي أن نشير إلى أنه أثناء وضع الاستثمارات حيز التنفيذ، من غير المستبعد أن تنشأ نزاعات بين الدولة المانحة لهذه المزايا والضمانات والمستثمر الأجنبي، وإذا رجعنا إلى قانون 82-13 الخاص بالشركات المختلطة الاقتصاد وطبقا للمادة 53 منه تخضع النزاعات الناشئة بين الشركة المختلطة الاقتصاد والمؤسسات الاشتراكية إلى التحكيم مثلما هو منصوص عليه في الأمر المؤرخ في 17 جوان 1975<sup>3</sup>، أما النزاعات التي قد تثور بين الأعضاء المؤسسين أي بين المؤسسة الاشتراكية والطرف الأجنبي، فإنما تعد من اختصاص المحاكم الوطنية تطبيقا للقانون الجزائري<sup>4</sup>. وفي نفس السنة أي سنة 1982، صدرت التعليمات الوزارية بتاريخ 18 نوفمبر 1982 تحت رقم 603 متضمنة الخطوط العريضة لسياسة الحكومة، تجاه شرط التحكيم حيث جاء تحت عنوان شرط التحكيم في العقود التي تبرم مع المؤسسات

<sup>1</sup> - M. Boussoumah , la notion d'entreprise publique en droit Algérien , RASJEP, N °1, 1989 , PP 29 – 87.

<sup>2</sup> - قانون رقم 90-10، المؤرخ في 14 افريل سنة 1990، ج ر، عدد 16، الصادرة في 18 افريل 1990 ص 520 وهو القانون الذي ألغى فيما بعد بمقتضى أمر رقم 03-11، المؤرخ في 29 أوت 2003، ح ر، عدد 52، الصادرة في 27 أوت 2003، ص 3، وما بعدها.

<sup>3</sup> - الأمر 44/75 المؤرخ في 17 جوان 1975 المتضمن التحكيم الإجباري الداخلي لبعض الهيئات، ج.ر.ج.ج، ع53، سنة 1975.

<sup>4</sup> - Mohand ISAAD , la loi du 27 Aout 1982 sur les sociétés d'économie mixte , in R.A.S.J.E, P 1984 , n°2 pp 263 – 278.

الأجنبية، فاعترفت هذه التعليلة للمؤسسات العمومية بأهليتها في اللجوء إلى التحكيم<sup>1</sup>، وحسنت الموقف والإشكال الوارد في المادة 3/442 حول الأشخاص الاعتباريين التابعين للقانون العام عندما قررت بأن المؤسسات العمومية ليست أشخاص القانون العام، إن هذه النزعة الايجابية نحو الأخذ بالإجراء التحكيمي قد تأكدت أكثر مع لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 27 مايو 1983<sup>2</sup>. وبمقتضى هذه اللائحة، فقد أصبح بإمكان المستثمرين الفرنسيين في علاقاتهم مع المؤسسات الجزائرية أن يستندوا في دعا ويهم إلى هذه اللائحة لتجنب إخضاع نزاعاتهم مع الطرف الوطني إلى اختصاص المحاكم الوطنية.

ولكن منذ سنة 1986 وعلى اثر التدهور الذي عرفه سعر البترول كما سبق وأن ذكرناه وبروز البوادر الأولى لاقتصاد دولي معولم بعد تفكك الاتحاد السوفيتي، شرعت السلطات العمومية في الجزائر في التفكير في وضع إصلاحات اقتصادية تؤدي إلى التخلي وبصفة مطلقة عن تدخل الدولة عن ممارسة احتكار لا حدود له على كل القطاعات وعن تردها إزاء الاستثمار الأجنبي<sup>3</sup>. وهذا التمشي الجديد للسلطات برز خاصة في قانون النقد والقرض، وهكذا فطبقا لأحكام المادتين 183 و185 من هذا القانون، فان مجلس النقد والقرض الذي أنشئ بمقتضاه هو الذي يحدد طرق تمويل الاستثمارات وهو الوحيد المخول منح رأي في المطابقة في أي انجاز للاستثمار بالنسبة للأشخاص الغير مقيمين باعتباره جهازا إداريا يتمتع بالشخصية

<sup>1</sup> - حيث جاء فيها:

"Le conseil interministeriel a admis que nos entreprises publiques nationales ou locales, ne sont pas assimilables à des personnes morales de droit public et qu'elles sont dotées de l'autonomie financière pouvaient comme par le passé, compromettre", voir : Zaalani Abdelmadjid, l'intervention des personnes publiques, op.cit, p 902.

<sup>2</sup> - Sur ce règlement, voir Ali Mebroukine, le règlement d'arbitrage algéro - français du 27 mai 1983. REV.ARB , 1986 PP 191 – 232 .

<sup>3</sup> - M.A.BE KHECHI : l'investissement et le droit en Algérie, lecture d'une mutation vers le libéralisme économique, in , lettre juridique n° 26 , 1995 , pp 3 – 10 .

المعنوية<sup>1</sup> ولكن بقطع النظر عن مدى اختصاص هذا الجهاز مراقبة المشروعية أو تقدير ملائمة الاستثمار بالنظر إلى الحوافز المقدمة، فإن الأعمال التي يتخذها هذا المجلس كانت تعد من الأعمال الإدارية الأحادية الجانب، ومثل هذا التكييف كان له انعكاس على مستوى مشروعية هذه الأعمال.

فمثلا، نصت المادة 50 من نفس القانون على أن قرارات الرفض تكون قابلة للطعن عن طريق الإبطال أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا خلال 60 يوم ابتداء من تاريخ التبليغ، وهو ما شكل ضمانا يمنحه القانون السالف الذكر لفائدة المستثمر الأجنبي.

لقد أدخل قانون 01/88 المتعلق باستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية أحكاما جديدة على المؤسسة كإخضاعها للقانون التجاري وإعطائها الاستقلالية المالية والإدارية وكذا حق التقاضي وإخضاعها لنظام الإفلاس إلا في بعض الحالات الاستثنائية، وبالتالي أصبحت تخضع لنظام جديد غير ذلك النظام الذي ساد في السنوات الماضية<sup>2</sup>، ورغم الطابع الجديد الذي أعطى للمؤسسات إلا أنها بقيت مرتبطة بالنظام الاشتراكي وهذا حسب المادة 2 منه فرغم الاستقلالية التي جاء بها إلا أنها لم تتسلخ كلية عن النظام الاشتراكي، وهذا ما يجعل تدخل الدولة ممكنا في أي ظروف لاسترجاع الآليات القديمة<sup>3</sup>، ولعل أهم ما اعتمدت عليه المؤسسة في إطار

<sup>1</sup> - راجع قانون رقم 90 - 10، المتعلق بالنقد والقرض والذي كما سبق وأن أشرنا، قد ألغى بمقتضى أمر رقم 03 - 11 هذا الأخير كرس نفس الاتجاه بالنسبة للتراخيص التي تعود لمجلس النقد والقرض كفائدة البنوك التي تريد فتح مكاتب لها في الجزائر في إطار تمويل الاستثمارات الأجنبية.

<sup>2</sup> - Zouaimia Rachid : l'ambivalence de l'entreprise publique en Algérie, REV. ALG. Des Sciences juridiques économiques et politiques n° 1 OPU Alger 1989 p 145 à 147.

Voir également Med BRAHIMI : quelques questions à la reforme de l'entreprise publiques " loi n° 88 -01 " revue Algérienne des sciences juridiques , économiques et politiques n°1, Opu Alger Mars 1989 , p. 89 à 143 .

<sup>3</sup> - لقد نصت المادة 02، من قانون 88 - 01، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ج ر، ج ج، ع 02 بتاريخ : 13 / 01 / 1988 على أن " المؤسسات العمومية الاقتصادية هي مؤسسات اشتراكية...." انظر في هذا الصدد :

Mohamed Brahimi : op. cit , p 101 à 103.

السوق هو الحرية الاقتصادية وحرية اللجوء إلى القضاء حسب ما تراه ملائما وهذا على خلاف النظام الذي كان يرغب المؤسسات الاشتراكية على التحكيم الداخلي ومنعها من التحكيم الدولي، فأتى التعامل مع الأجنبي من المهم إعطاء الحرية اللازمة لتسوية النزاعات حسب الوسيلة التي تراها مناسبة في مجال الاستثمارات وما مدى أخذ هذا القانون بنظام التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية النزاعات في مجال الاستثمار والتجارة الدولية.

إذا كان قانون الإجراءات المدنية واضحا من الناحية النظرية عندما نص صراحة على منع أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في المادة 442 فقرتها الثالثة، فإن بعض الاجتهادات لم تفوت الفرصة لإظهار آرائها في هذا الشأن خاصة في مضمون المادة 442 وعلاقتها بالمادة 20 فقرة 04 من قانون 01/88.

ذهب البعض إلى القول بأن المادة 20 من قانون 01/88 قد فتحت المجال إلى التحكيم الدولي في النزاعات الناشئة في مجال الاستثمارات عندما أحالت إلى نظام المصالحة المنصوص عليه في المادة 442 فقرة أولى من ق.م.ج.<sup>1</sup>، إذ الملاحظ أن هذه المادة جاءت عامة ولم تبيّن من هم الأشخاص، لذلك يحتمل أن يكون الشخص طبيعيا أو معنويا عاما أو خاصا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - التي نصت أنه "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها" والصحيح هو التحكيم وليس المصالحة.

A Mahiou : l'arbitrage en Algérie – op.cit p 711.

إذ يلاحظ أن المادة 442 / 1، مطابقة لنص المادة 2059، من القانون المدني الفرنسي وهي المادة التي صدرت بموجب قانون رقم 72 / 626 المؤرخ في 05 / 08 / 1972.

<sup>2</sup> - تحدد المادة 07 من ق ا م أشخاص القانون العام الذين يخضعون للقانون والقضاء الإداريين هم الدولة، الولاية، البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية.

كما تنص المادة 49 من القانون المدني الجزائري على الأشخاص الاعتبارية وهي الدولة الولاية البلدية المؤسسات والدواوين العامة ضمن الشروط التي يقرها القانون، المؤسسات الاشتراكية، التعاونيات والجمعيات وكل مجموعة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية.

وعليه بالرجوع إلى المادة 07 ق.ا.م.ج<sup>1</sup> والمادة 49 ق.م.ج<sup>2</sup> نستنتج الأشخاص التابعين للقانون العام حسب المادة 3/442 التي نصت على أنه :

" ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم "

إلا أن هذه الفقرة كذلك لا تخلو من الغموض لأنها تطرح إشكالية معرفة الأشخاص الاعتباريين فتقصد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 07 ق.ا.م.ج أم الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 49 ق.م.ج أم هما معا، إذا كانت تقصد المادة 49 فهل تدخل المؤسسة العمومية الاقتصادية حسب قانون 01/88 في مضمون هذه المادة 49 ق.م.ج مما يجعلنا نقول بوجود تطابق بين المواد 07 ق.ا.م.ج و 49 من ق.م.ج و 442 ف 3 ق ا م، إذا كانت المؤسسة العمومية الاقتصادية شخص من أشخاص القانون العام فلا يمكن لها اللجوء إلى التحكيم حتى ولو في ظل قانون 01/88 لأنها تخضع لمضمون المادة 442 ق.م.ج باعتبارها تمثل نظاما قانونيا معاديا لاتجاه التحكيم التجاري الدولي، وبالتالي تبقى خاضعة فقط لنظام التحكيم الإلزامي، أما إذا كانت تقصد الأشخاص الاعتباريين المنصوص عليها في المادة 07 ق.ا.م.ج فهذه المؤسسة العمومية الاقتصادية تفلت من المنع الوارد في المادة 3/442 وبالتالي يمكن لها اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، استنادا إلى نص المادة 1/442 التي هي مادة عامة وكذلك المادة 20 من قانون 01/88<sup>3</sup> وبالتالي تتطابق مع الحرية المعطاة للشخص بمفهوم المادة 01/442 ق ا م.ج وهذا ما يتماشى مع المواد 3/3 و 7 من قانون 01/88<sup>4</sup>.

إن تطور النصوص القانونية المنظمة للمؤسسات العمومية الاقتصادية رتبت تبعا للموقف من مسألة تسوية النزاعات بواسطة التحكيم التي ميزها الوضوح حيناً

<sup>1</sup> - الأمر رقم 154-66 المؤرخ في 08/06/1966 المشار إليه سابقاً

<sup>2</sup> - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ع 78 لسنة 1975

<sup>3</sup> - تنص المادة 20، من قانون 88 - 01 على أنه " تكون الممتلكات التابعة لخدمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها أو التصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة...." أنظر في هذا الصدد : محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 69.

<sup>4</sup> - Abdelmadjid Zaalani : l'intervention des personnes publiques et parapubliques dans l'arbitrage international commercial " point de vue du droit Algérien, précité, p 902.

والغموض أحيانا أخرى، لكن الموقف الرسمي توضح بشكل نهائي في القوانين الحديثة التي ألغت الكثير من الأحكام السابقة لا سيما القانون 91 - 21 المتعلق بأنشطة البحث والتنقيب عن المحروقات المعدل لقانون 86-14<sup>1</sup> السالف الذكر إذ أثارت المادة 2/12 المعدلة لأحكام المادة 63 إلى تكريس مبدأ التحكيم لتسوية النزاعات التي تنشأ بين الدولة وأحد أطراف عقد الاشتراك للمؤسسة الوطنية والشريك الأجنبي.

### الفرع الثاني: النصوص القانونية لسياسة الانفتاح نحو الاستثمارات الأجنبية.

إن جلب الاستثمارات الأجنبية بات متوقفا على تكييف الدول لنظمها القانونية بما يتماشى مع تشجيع الاستثمارات، وهذا ما تبنته العديد من الدول النامية، نذكر من بينها بورندي التي أصدرت القانون رقم 64/01 المؤرخ في 2008/09/10 والخاص بقانون الاستثمار، فقد نصت المادة 6 من هذا القانون أن الهدف من إصداره هو تشجيع الاستثمارات في هذه الدولة<sup>2</sup>.

كما تظهر حرية الاستثمار في الفصل الثاني من هذا القانون الذي جاء تحت عنوان الضمانات والمزايا بحيث تسمح المادة 16 بتكوين المناطق الحرة، وتظهر حماية الاستثمارات كذلك في أن المؤسسات التي استفادت من مزايا وأرباح في ظل قانون الاستثمار السابق تستمر في الاستفادة منها طيلة المدة المتفق عليها<sup>3</sup>، وهو ما يعني أن المشرع في هذه الدولة اعتمد على قاعدة التبات التشريعي من أجل الحفاظ على حقوق المستثمر<sup>4</sup> إضافة إلى الفصل الرابع الذي خصص لتسوية المنازعات،

<sup>1</sup> - قانون رقم 91-21، المتعلق بأنشطة البحث والتنقيب عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنايب ج.ر.ج.ح، لسنة 1991.

<sup>2</sup> - Article 2 de la loi 1/24 du 10 / 09 / 2008 portant code des investissements au Burundi.

<sup>3</sup> - هذا ما تنص عليه المادة 19، من قانون الاستثمار لدولة بورندي بقولها :

" les entreprises ayant été admises aux bénéfices des dispositions du code des investissements antérieur continuent à en bénéficier pendant la durée prévue pour l'octroi des avantages qui leur ont été accordés "

<sup>4</sup> - le principe de la stabilité juridique est le fait de rendre inopposable à l'investisseur étranger Les modifications ultérieures opérées unilatéralement par l'état d'accueil, des termes et des conditions spécifiques qui lui ont été consentis par cet état lois de la

وكغيرها من الدول تعمل الجزائر على توفير الإطار القانوني الذي يؤثر إيجابا على الاستثمارات الأجنبية حيث أصدرت تشريعا خاصا بترقية الاستثمار وهو المرسوم 93-12<sup>1</sup> الذي ألغي سنة 2001 بمقتضى الأمر 01-03<sup>2</sup> الذي أصبح يحمل عنوانا جديدا تطوير الاستثمار، ولا يتناول هذا القانون بالتنظيم الاستثمار الوطني فحسب، بل يشمل الاستثمار الأجنبي كذلك، وهو ما تؤكدته المادة الأولى منه<sup>3</sup>، ويشمل هذا القانون على العديد من الأحكام التي تهدف إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي منها تلك التي تضمنتها الفقرة الأولى من المادة 9<sup>4</sup> التي تعطي مجموعة من الحوافز للاستثمار منها الإعفاء من الحقوق الجمركية، الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة، الإعفاء من دفع حق نقل الملكية.

وبحسب الفقرة الثانية من هذه المادة تستفيد وبما فيها الأجنبية ولمدة ثلاث سنوات بعد معاينة الشروع في النشاط، الإعفاء من الضريبة على الأرباح، الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.

وحرصا منه لجلب الاستثمارات الأجنبية، خصص المشرع الجزائري الباب الثالث من القانون المتعلق بتطوير الاستثمار للضمانات الممنوحة للأجانب؛ وذلك أن المادة 14 منه أقرت مبدأ عدم التمييز في المعاملة والذي يعد من الأسس التي يقوم عليها قانون التجارة الدولي، لأن المساواة في المعاملة بين الاستثمار الوطني

constitution de l'investissement, voir Horchani Ferhat , l'investissement inter - arabe Tunis 1992.

<sup>1</sup> - المرسوم التشريعي رقم 93 - 12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار ج. ر. ع 64، ل 10 أكتوبر 1993 .

<sup>2</sup> - رقم 03/ 01 / 20، المؤرخ في 08 / 08 / 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار ج. ر. ج، ع 47، ل 22 أوت 2001، ص 4، الأمر المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 08-06 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، ج.ر، ع 47، الصادر بتاريخ 19 يوليو 2006.

<sup>3</sup> - التي تنص: " يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز أو الرخصة "

<sup>4</sup> - عدلت المادة 09، من الأمر 01 - 03، المتعلق بتطوير الاستثمار بموجب الأمر 06 / 08، المؤرخ في 15 / 07 / 2006 ج. ر. ج. ح رقم 47 لسنة 2006.

والاستثمار الأجنبي هي من العوامل التي تشجع هذا الأخير<sup>1</sup> وهو ما يمكن أن تساهم في تحقيقه الاتفاقيات التي تبرمها الجزائر مع الدول التي يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها لأن هذه الاتفاقيات قد تتضمن مزايا أخرى للمستثمر الأجنبي<sup>2</sup>.

وقصد طمأنة المستثمر الأجنبي على حقوقه في الجزائر فقد نزع الأمر 01 - 03 كل شك حول مسألة تسوية النزاعات فيما يتعلق بالاستثمارات تم تأكد انفتاح الدولة بقوة على الاستثمار الأجنبي من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية فقد جاء هذا القانون ليكرس بصفة واضحة وجلية التحكيم التجاري الدولي وتحقيقا لانشغالاتها وفي إطار التوجهات الجديدة عملت الدول النامية على تضمين قوانين الاستثمار أحكاما خاصة بالتحكيم في شكل ضمانات قضائية بعد التأكيد على ذلك من طرف اللجان الوطنية لإعداد قوانين الاستثمار إذ أوضحت اللجنة الفنية المصرية لوضع مشروع قانون التحكيم في المعاملات الدولية أن نظام التحكيم من شأنه أن يتيح السبل إلى سرعة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن العلاقات الدولية فضلا على أنه يؤمن للمستثمر الراحة والطمأنينة عند اتخاذ قراره الاستثماري حيث أنه يتفق مع القواعد الدولية السارية في هذا الشأن، كما يستهدف إلى تبسيط إجراءات الفصل في الدعاوى التي تعرقل العمل التجاري بصفة عامة.

كما أن الدراسة التي أعدها الأستاذ عماد بن رمضان في نوفمبر 1994 للحديث عن قانون الاستثمار التونسي 93-120<sup>3</sup> أوضحت أنه رغم ما تضمنه القانون الجديد من ضمانات أو محفزات إلا أنه لم يستجب بعد للانفعالات المرغوبة من المستثمرين الأجانب، ورأى من الضروري توفير ضمانات أخرى منها الانضمام

<sup>1</sup> - تنص المادة 14 ف1، من قانون 03/01 على مايلي " يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريين في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار "

<sup>2</sup> - تنص الفقرة الثانية من المادة 14 " ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقية التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولتهم الأصلية.

<sup>3</sup> -La loi n°93 – 120 du 27 / 11 / 1993 portant le code d'incitation aux investissements, voir courrier de Tunisie, document mai 1994, Agence tunisienne de communication extérieure p 39 .

إلى اتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها و عملت بعدها على إصدار قانون جديد للتحكيم التجاري الدولي<sup>1</sup>.

تميزت تشريعات الاستثمار في الدول النامية بأنها لم تختلف كثيرا فيما يخص تنظيم اتفاق التحكيم وشروط صحته وكذا تنظيم إجراءات التحكيم فهي لم تخرج عن إطار القواعد التالية، فمن حيث النزاع نصت هذه التشريعات على الاعتماد على التحكيم لتسوية النزاعات التي تثور بين البلد المستقبل والمستثمر الأجنبي وهذا ما نص عليه القانون التونسي 93 - 120<sup>2</sup>. المرسوم التشريعي 93 - 12 الجزائري وانفراد القانون الايفواري بتفصيله في المادة 20 من القانون رقم 487-2012 بأن مجال تطبيقه يشمل الشخص الطبيعي أو المعنوي الأجنبي<sup>3</sup>.

كما حددت قوانين الاستثمار إطار العمل بالتحكيم في الاتفاقيات المصادق عليها من طرف البلد المستقبل وهي الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار المبرمة بين البلد المستقبل والبلد الذي هو المستثمر هو من رعاياه في كل من القانون التونسي عدد 120/93 في مادته 67<sup>4</sup>؛ فقرة 2 والرسوم الجزائرية رقم 93 / 12 السالف

<sup>1</sup> -Imed Ben Ramdane : Avis d'expert – nouveau code tunisien d'incitation aux investissements, novembre 1994, p 20.

<sup>2</sup> - قانون مجلة تشجيع الاستثمار التونسي رقم 120 بتاريخ 1993/12/27.

<sup>3</sup> - Ordonnance N° 2012-487 du 07 Juin 2012 portant code des investissements consultable sur le site : [www.droitafrique.com/upload/coted'ivoir/RCI-code2012-desinvestissements](http://www.droitafrique.com/upload/coted'ivoir/RCI-code2012-desinvestissements).

<sup>4</sup> - تختص المحاكم التونسية بالنظر في كل خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية إلا في حالة اتفاق ينص عليه شرط التحكيم أو يخول لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة، أو تطبيقا للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات التالية :

- الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر .  
- أو الاتفاقيات الدولية الخاصة بتسوية الخلافات المتعلقة بالرصد المالية الناشئة بين الدول وتابعي دول أخرى المصادق عليها بالقانون عدد 33 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966.  
- أو الاتفاقيات المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات أو المصادق عليها بالمرسوم عدد 4 لسنة 1972 المؤرخة في 17 أكتوبر 1972 المصادق عليه بالقانون عدد 71 لسنة 1972 المؤرخ في 11 نوفمبر 1972.

- أو أي اتفاقية دولية أخرى تبرمها حكومة الجمهورية التونسية ويصادق عليها بصفة قانونية.

الذكر الملغى بموجب الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار في مادته 17<sup>1</sup> كذلك الاتفاقيات المتعددة الأطراف كاتفاقية واشنطن حول النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى وفقا للفقرة الثالثة من المادة 67 من القانون التونسي والمادة 20 من القانون 487-2012 الايفواري.

وطبقت الجزائر نفس القاعدة للإحالة إلى اتفاقية واشنطن رغم أن المرسوم التشريعي لسنة 1993 لم يشر إلى ذلك صراحة، إذ أن أشكال الممارسة هي التي تؤكد هذا الموقف، واعتادت في عقود التعاون المختلفة الإحالة إلى نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات رغم أنها لم تكن قد صادقت بعد على اتفاقية واشنطن؛ كما لا ننسى الاتفاقيات الخاصة بإنشاء الهيئات الإقليمية لضمان الاستثمارات كالهيئة العربية لضمان الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى التي نصت عليها مختلف قوانين الاستثمار كالقانون التونسي في المادة 67 الفقرة الرابعة والقانون الايفواري.

لكن بالرغم من التوجه القديم الحديث نحو الأخذ بالتحكيم فلا شك أن إخضاع بعض المنازعات المتعلقة بالاستثمار في علاقة الدولة بالمستثمرين الأجانب إلى المحاكم الوطنية هو الأصل، والبرهان على ذلك ما جاء في المادة 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، وإن كان من الفقهاء يرى أن قراءة متأنية للإصلاحات الاقتصادية والقانونية والتي شرعت فيها السلطات العمومية الجزائرية منذ 1988 سواء على مستوى الإصلاحات ذاتها أو على مستوى انعكاساتها على المنازعات المتعلقة بالاستثمارات تؤكد مما لا شك فيه أن عبارة محاكم مختصة التي جاءت في المادة 41 من المرسوم 93-12<sup>2</sup> لا يمكن أن تعني إلا الهيئات التحكيمية

<sup>1</sup> - التي تنص : يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة أو التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل باتفاق بناء على تحكيم خاص.

<sup>2</sup> - لقد جاء نص المادة 41 حرفيا مايلي : "يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، إما بفعل المستثمر وإما نتيجة إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة....".

الدولية مثل هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات خاصة أن هذا المرسوم قد تمت المصادقة عليه سنة أشهر بعد دخول المرسوم التشريعي الذي أتم وعدل قانون الإجراءات المدنية حيز التنفيذ. إنها ملاحظة أردنا أن نسوقها في خصوص المادة 41 السالفة الذكر وإن كانت هذه المادة لا تبتعد في الواقع من حيث الصياغة عن المادة 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار إذ هي أيضا تتكلم عن الجهات القضائية المختصة دون تحديد نوع هذه الهيئات، إلا أنه لا أحد ينكر أن اللجوء إلى المحاكم الوطنية لم يكن غائبا على الإطلاق حتى وإن كانت التفسيرات المعطاة غالبا ما تصب في اتجاه القضاء التحكيمي.

تأكيدا على هذا التوجه بإصدار قانون رقم 16-09<sup>1</sup> يتعلّق بترقية الاستثمار، تضمن الإحالة إلى التحكيم بموجب المادة 24 منه التي تنص "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعدّدة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة أو التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينصّ على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على التحكيم". أقرت هذه المادة اختصاص القضاء الجزائري في منازعات الاستثمار التي يمكن أن تطرأ بين الجزائر والمستثمر الأجنبي سواء كان السبب من طرف المستثمر ذاته أو أي إجراء تتخذه الدولة الجزائرية ضده، فالقضاء هو صاحب الولاية العامة المختصة بالفصل في المنازعات التي تقع في الإقليم الجزائري، تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها، لكن بحكم أنّ المستثمر الأجنبي قد يحجم عن الاستثمار في دولة يعلم أنّ اللجوء إلى قضائها الوطني هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقه في حال وجود نزاع تبعا لذلك نزع المشرع الجزائري الاختصاص من القضاء الوطني على سبيل الاستثناء في حال وجود اتفاق ثنائي أو متعدّد الأطراف، يسمح باللجوء إلى المصالحة

<sup>1</sup> - قانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلّق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، ع 46 لسنة 2016.

للتسوية، أو اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات، أو أي بند تسوية آخر يتفق عليه الطرفان، فلهم كل الاختيار سواء باللجوء إلى التحكيم الحرّ أو اللجوء إلى هيئات تحكيمية دولية، أو في حال غياب اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، يشترط وجود اتفاق خاص بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي ينصّ على شرط التحكيم.

## المبحث الثاني : التكريس القانوني للموقف الجديد نحو قبول التحكيم في عقود الاستثمار:

تعتبر نهاية الثمانينات منعرجا هاما في تاريخ العلاقات الدولية وفي توجهاتها الإيديولوجية، فبعد قمة مالطا التي جمعت زعيما الاتحاد السوفيتي، والولايات المتحدة الأمريكية والتي أعلن فيها انهيار المعسكر الشرقي والتي انهارت معه الكثير من الدول النامية التي كانت تعتمد على مساعدتها المالية، الأمر الذي خلق أزمات اقتصادية خانقة، خلفت اضطرابات سياسية وأمنية، فسارعت لاحتوائها الأزمة بدءا بتحرير التجارة الخارجية من احتكار الدولة وتبني نظام الاقتصاد المتفتح، وقد عكس هذا التوجه الذي عرفته الدول النامية سواء في قوانينها الداخلية (المطلب الأول) أو في إطار الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها أو صادقت عليها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تكريس التحكيم في إطار القوانين الداخلية الجديدة

يعتبر التحكيم وسيلة هامة لفض نزاعات الاستثمار التي قد تطرأ بين مستثمر أجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، وانطلاقا من هذه الميزة التي يمتاز بها التحكيم، عملت الدول النامية بهدف انفتاحها على السوق الدولية، بتكريسه لأجل جذب الاستثمارات الأجنبية التي رأت فيه المخرج الوحيد لتحقيق تنميتها الاقتصادية ولقد تميزت نصوص التشريعية بخصائص ومميزات استمدت قواعدها من الأنظمة الوطنية والدولية المختلفة (الفرع الأول). فيما يتعلق بمختلف القواعد الخاصة بتحديد التحكيم التجاري الدولي وإجراءات سيره إلى صدوره الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : مضمون التحكيم في التشريعات الداخلية الجديدة

اقتضت التوجهات الجديدة لنتفتح التشريعات الوطنية نحو التحكيم توحيد المواقف والنصوص الدولية للتحكيم كالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، واتفاقية نيويورك، حيث تجسدت في حركة شبه عالمية للتعديلات التشريعية، لكن هذه التعديلات لم تكن خاصة بالدول النامية فقط بل أن التشريعات الأوروبية هي التي بادرت في البداية بإصدارها تشريعات خاصة بالتحكيم التجاري كالقانون الفرنسي

80-354<sup>1</sup>، وتواصلت بعدها سويسرا بقانون 18 ديسمبر 1987<sup>2</sup>، العربية السعودية بالمرسوم 83 ولائحته التنفيذية رقم 2021/7 الصادر بتاريخ 05/27/1985<sup>3</sup>، القانون المصري 94 / 27<sup>4</sup> والمرسوم النيجيري لسنة 1988<sup>5</sup> وغيرها.

لكن قد تطرح هذه التعديلات التشريعية بعض المشاكل العملية لتقارب صدورها الزمني وطبيعة الموضوع فالتحكيم هنا خاص بالعلاقات التجارية الدولية ومنظم بقواعد وإجراءات وطنية ربما قد تختلف من حيث محتواها أو شروط تطبيقها من دولة إلى أخرى وهو ما يعقد من المسألة في المعاملات التجارية الدولية، صحيح أن ترك إعداد تشريعات التحكيم للسلطات الداخلية مسألة بديهية فصيافة وإعداد النصوص القانونية الداخلية مسألة سيادية، لكن فيما يتعلق بالمعاملات الدولية يصبح توحيد المواقف الداخلية للتشريعات الوطنية في نفس سياقها مسألة إلزامية تطبيقاً للمبادئ التقليدية في تنفيذ الالتزامات بحسن نية، وهو ما يحقق تسهيل العمل بالتحكيم في المعاملات التجارية الدولية.

ولقد أنهت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وفي إطار الانشغالات المعروضة بوضعها قانوناً نموذجياً، استمد من الأعراف السائدة في المعاملات التجارية الدولية، وأوصت الدول أن تأخذ بعين الاعتبار القواعد الواردة فيه ليس كوثيقة إلزامية بل اختيارية.

فقلة تجربة الدول النامية في هذا المجال جعلها تعتمد على هذا القانون في صياغة تشريعاتها الوطنية، لكن لم تكن المرجع الوحيد بل استعانت ببعض القوانين

<sup>1</sup> - Decret 80-354 du 14 Mai 1980 relatif à l'arbitrage.

<sup>2</sup> - loi fédérale sur le droit privé de 18 décembre 1987 , art , p 975 , 963.

Voir également: p. Lalive et E. Gaillard, le nouveau droit de l'arbitrage en suisse, clunet, 1989 p 905 .

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 412.

<sup>4</sup> - معوض عبد التواب: المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 1997، ص

<sup>5</sup> - Philippe fouchard , art cit , p 13.

الأجنبية كالقانون الفرنسي 80-354 والسويسري لسنة 18 ديسمبر 1987 السالفي الذكر لذلك نصنف التشريعات الوطنية الجديدة من حيث المصادر إلى :

**البند الأول : مصادر تشريعات التحكيم الجديدة.**

إن دول العالم الثالث ومنها العالم العربي في الثلاثين سنة الأخيرة غير كل قوانينه التحكيمية وذهب إلى نظام قانوني عصري للتحكيم يمكن تصنيفه كما يلي :

**أولاً: مجموعة القوانين التحكيمية المستوحاة من الأنظمة الأجنبية.**

و هي مجموع التشريعات التي اقتبست بعض أحكامها من التشريعات الأجنبية فمنها من اعتمدت مصدرا واحدا فقط كالقانون اللبناني الذي احتوى الكثير من أحكامه من أحكام القانون الفرنسي 80-354 فيما يتعلق بتحديد دولية التحكيم، وذلك في نص المادة 809 من القانون اللبناني الجديد المقابلة للمادة 1492 منه، وقواعد تنفيذ الأحكام الدولية<sup>1</sup> وكذلك القانون الايفواري رقم 93 - 671 الذي أعاد تفصيل المواد 1443 إلى 1507 من القانون الفرنسي<sup>2</sup> وهناك تشريعات أخرى ذات المصدر المزدوج وهو وضع المرسوم الجزائري 93 - 09<sup>3</sup> الذي جاء ثمرة لدمج محكم بين المرسوم الفرنسي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي والنص السويسري المتضمن القانون الدولي الخاص لسنة 1987، وحتى القانون النموذجي الذي أقرته وأوصت به لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، ويظهر هذا جليا من خلال المادة 458 مكرر التي اعتبرت التحكيم دوليا ليس كما فعل المشرع الفرنسي بمجرد أنه يتعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية وإنما أضاف على هذا المعيار الاقتصادي معيارا جغرافيا مفاده أن يكون موطن (الشخص الطبيعي) أو مقر (الشخص الاعتباري) أحد

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، وثائق تحكيمية، المرجع السابق، ص 584.

<sup>2</sup> - Philippe fouchard , art cit , p 14 .

<sup>3</sup> - المرسوم التشريعي 93 - 09 المؤرخ في 25 افريل سنة 1993 والمعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر، ع 27 الصادر في 27 افريل 1993. أنظر في هذا الصدد :

Mostefa trari tani , les règles d'arbitrage international en Algérie , commentaire du décret législatif 93- 09 du 25 avril 1993 , revue algérienne 1997 n° 1 , p 268 .

الطرفين على الأقل خارج الوطن، وهذا المعيار الأخير أخذ به المشرع السويسري ومن شأنه تهذيب المعيار الفرنسي الذي وسع بصورة مبالغ فيها من نطاق الدولية حتى أصبح التحكيم بين فرنسيين دوليا بمجرد أن العقد الذي يحتويه تنجر عنه تدفق للأموال والخدمات عبر الحدود الدولية وهو الشرح الذي أعطته محكمة النقض الفرنسية<sup>1</sup> لعبارة "صالح التجارة الدولية" الواردة في التعريف.

بالإضافة إلى هذا يحتوي النص على عدة أحكام جعلت النص الجزائي محاولة توفيقية بين هذين الاتجاهين الأساسيين للتحكيم التجاري في أوروبا القارية وفي القانون المقارن عموما.

وبقي الحال على هذا إلى أن صدر في 25 فيفري 2008<sup>2</sup> قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليحل محل القانون القديم متضمنا فصلا خاصا ليس عن التحكيم فحسب، بل عن الطرق البديلة لحل المنازعات من الصلح إلى الوساطة إلى التحكيم، مسايرا تطور هذه الوسائل البديلة كل منها على حدا، فأخذ التحكيم يحتل مكانة كبيرة لا سيما التحكيم الدولي الذي صار هو القضاء الأساسي للاستثمارات الدولية، فخصص فصلا للتحكيم الداخلي وآخر للتحكيم الدولي، وأصبح القانون الجديد متأثر بقانون التحكيم الفرنسي ويكون المشرع الجزائي قد اختار التوجه الفرنسي للتحكيم وهو الاتجاه الذي سلكه المغرب وتونس ولبنان<sup>3</sup>.

ثانيا: مجموعة القوانين المستوحاة من القانون النموذجي الذي وضعته اليونسترال.

إن هذا النوع من التشريعات يعد تطبيقا لتوجه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI التي اعتمدت بالقرار رقم 98/31 من قبل الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 15 ديسمبر 1976 التي تنص على : توجي باستعمال

<sup>1</sup> - cass. civ , 17 mai 1927 , dp , 1928 , 1.2. 5 , concl .Matter , note H. Capitant : cass. civ. 19 fév. 1930 .

<sup>2</sup> - القانون 08 - 09، المؤرخ في 25 / 02 / 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21 مؤرخة في: 2008/04/23.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، التحكيم في البلدان العربية، الجزائر - الإمارات العربية المتحدة - السودان، ملحق الكتاب الأول، ط 3 منقحة ومحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان 2009، ص 08.

قواعد التحكيم للجنة القانون التجاري الدولي في تسوية المنازعات الناشئة في إطار عقود العلاقات التجارية الدولية، وذلك خاصة بالإشارة في العقود التجارية إلى قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ونميز بالنسبة لهذه التشريعات بين نوعين:

- التشريعات التي استوحت بعض الأحكام فقط من القانون النموذجي أو تأثرت في صياغة نصوصها به. وهو وضع أغلب البلاد الإفريقية، آسيا، المحيط الهادي والقانون المكسيكي الصادر في 1999/07/22.<sup>1</sup>

- التشريعات التي أخذت مباشرة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كقانون وطني وكان ذلك وضع دولة البحرين بموجب المرسوم الصادر في 16 أوت 1994.

**البند الثاني: خصائص التشريعات الداخلية الجديدة.**

تمتاز التشريعات الداخلية للتحكيم بمجموعة من الخصائص يمكن تلخيصها فيما يلي :

1) الاعتراف الرسمي بالتحكيم الدولي في أشكال وصياغة مختلفة إذ حظرت المادة 7 من القانون التونسي على المؤسسات ذات الطابع الإداري والجماعات المحلية اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها الداخلية، إلا إذا كانت العلاقة ناتجة عن علاقات اقتصادية دولية<sup>2</sup> بينما أشارت النصوص الأخرى صراحة إلى جواز التحكيم الدولي للدولة والأشخاص المعنوية العامة المادة 809 من أصول المرافعات المدنية اللبنانية<sup>3</sup> والمادة

<sup>1</sup> - Philipe fouchard , art , cit , p 14 .

<sup>2</sup> - قانون رقم 93 / 42، بتاريخ 26 / 04 / 1993، نشر في الجريدة الرسمية، بتاريخ 04 / 05 / 1993، ص 580 ودخل حيز التنفيذ بعد مرور ستة أشهر من تاريخ صدوره وقد جاء هذا القانون بعد مرحلة طويلة 15 عاما من التحضير لتعديل أحكام التحكيم التي وضعت خلالها عدة مشاريع قوانين لم تر النور، وقد اختار المشرع التونسي صيغة تقنين الأحكام في نص مستقل يسمى في تونس مجلة التحكيم، بعد أن ألغى المشرع التونسي أحكام التحكيم المواد 258 إلى 284 من مجلة قانون المرافعات المدنية والتجارية فجاء قانون التحكيم مؤلفا من 82 مادة يسميها فصلا.

<sup>3</sup> - الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 83 / 90، والذي نص على أن يعمل به ابتداء من 01 / 01 / 1985 وقد جاء هذا القانون متأثرا بالقانون الفرنسي كثيرا في التحكيم الدولي وتنفيذ الأحكام الدولية وقليل في التحكيم الداخلي

1006 من القانون 08-09 الجزائري في 23/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد<sup>1</sup>، ورغم أن القانون المصري 27/94 والجيبوتي والبرازيلي لم يشيروا مباشرة إلى ذلك لكن النص على التحكيم الدولي يفيد جوازه.

(2) ميزت بعض التشريعات بين التحكيم الدولي والداخلي وأفردت لكل نوع نصوصاً مستقلة مستعملة المعيار الجغرافي إذ يعد التحكيم داخلياً ذلك الذي يجري داخل الوطن عكس الدولي وهذا في الفصل 48 من القانون التونسي الجديد<sup>2</sup> والمادة 10 من نظام التحكيم السعودي، والتي أضافت المادة 19 منها تطبيق القانون الوطني على قواعد إجراءات التحكيم<sup>3</sup>.

(3) الاعتراف بالتحكيم المؤسسي إذ يسمح للأطراف في حال عدم اختيارهم لقواعد وإجراءات التحكيم، أو امتناعهم عن ذلك اللجوء المباشر إلى نظام تحكيم أحد المراكز التحكيمية الدائمة .

---

وهذا ما جعله يقبل باحتكام المصالح الحكومية والدولة في التجارة الدولية. تمّ تفحصه على الموقع: [data,lebaneselaws.com](http://data.lebaneselaws.com)

<sup>1</sup> - التي تنص في فقرتها الثانية " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية " .

<sup>2</sup> - التي تنص يكون التحكيم دولياً في إحدى الحالات التالية :

أ - إذا كان محل عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن انعقادها واقعا في دولتين مختلفتين

ب - إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي فيها محل عمل الأطراف

(1) - مكان التحكيم إذا نصت عليه اتفاق التحكيم أو وقع تحديده وفقاً لها

(2) - أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أو ثق صلة به.

ج - إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاقية التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

د - بصفة عامة إذا تعلق التحكيم بالتجارة الدولية.

<sup>3</sup> - Abdel Hamid. el Ahdeb , l'arbitrage en Arabie saoudite sous le régime de la nouvelle loi de 1983 et son décret d'application de 1985 , rev , arb , 1985 n°4 p 640.

مع العلم أنّ هذا القانون قد تمّ تعديله بموجب المرسوم الملكي رقم 34 المؤرخ في 24/05/1433هـ الموافق لـ

16 أبريل 2012، تمّ الاطلاع عليه على الموقع: [www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?filerd:332943](http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?filerd:332943)

### الفرع الثاني: نظام التحكيم في التشريعات الداخلية الجديدة للدول.

إن التحكيم التجاري الدولي، كوسيلة لفض منازعات الاستثمار أصبح يقف على قدم المساواة مع المحاكم الوطنية، بل أصبح باعتباره الوسيلة الطبيعية التي يلجأ إليها المتنازعون على مسرح التجارة الدولية، متقدما على قضاء الدولة. ويشهد هذا التطور والازدهار الذي لحق بنظام التحكيم الدولي على الصعيد الوطني، قيام الدول المختلفة بتبني تشريعات وطنية حديثة تنظم التحكيم التجاري الدولي على نحو من التطور والتشجيع لم يسبق له مثيل<sup>1</sup>.

وقد ساهم هذا التطور والازدهار الذي لحق بنظام التحكيم التجاري الدولي إلى تبني العديد من المفاهيم والمبادئ التي كرسها التشريعات الداخلية للدول (البند الأول) مشيرين إلى قواعد وسير إجراءات التحكيم وفق هذه التشريعات (البند الثاني).

### البند الأول: توجهات جديدة للتحكيم في مجال الاستثمار

نظرا لأهمية التحكيم في مجال الاستثمارات الدولية التي تزداد يوما بعد يوم، فقد اهتمت به دول نامية ودول عربية كثيرة، حيث وضعت تشريعات وطنية تتلاءم مع القواعد الدولية للتحكيم ومع متطلبات الاستثمار الدولي، وتبنت العديد من المفاهيم والمبادئ القانونية، وتدور هذه الأخيرة حول النقاط التالية:

### أولاً: عولمة التحكيم

تزامن تحول وجهة نظر بعض حكومات الدول النامية نحو قبول التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض منازعات الاستثمار بوقوع أمران يعتبران غاية في الأهمية.

<sup>1</sup> - Yves derains, les tendances de la jurisprudence arbitrale international, clunet 1993, p 822 et S Spéc « Au cours de vingt dernières années et surtout dans les années 1980, l'arbitrage s'est affirmé comme le mode ordinaire de résolutoin de litiges du commence international. L'intense activité législative qui s'est developée pendant cette période pour moderniser les droits nationaux de l'arbitrage en témoigne ».

مشار إليه في: حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن انفاق التحكيم من حيث استقلاليته وأثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 07.

أولهما زوال مفهوم النظام الاقتصادي الدولي الجديد<sup>1</sup>، عن أجندة حكومات الدول النامية، بما يمثله من معاداة لفكرة التحكيم التجاري الدولي.

وثانيهما صعود العولمة<sup>2</sup>، كظاهرة اقتصادية، تعبر عن مجموعة من المفاهيم الليبرالية والتي تعكس ملامح النظام الدولي الذي بدأ يتشكل مع قرب انتهاء الحرب الباردة، على اعتبار أنها تشكل بديلا عن النظام الاقتصادي الدولي الجديد وبما تمثله من دعم لفكرة التحكيم التجاري الدولي.

ويعتبر كلا الأمرين من نفس التطور ويرتبطان ببعضهما البعض بشكل وثيق، إذ أن صعود النظام الاقتصادي الجديد يعني معاداة التحكيم وهبوطه يعني صعود العولمة والتحكيم، وبالتالي فإن العولمة تعتبر بديلا عن النظام الاقتصادي الدولي الجديد بسبب عجزه عن تحقيق الأهداف التي كانت الدول النامية تسعى إلى تحقيقها من وراءه.

بدأ مصطلح النظام الاقتصادي الدولي الجديد<sup>3</sup>، بالظهور لأول مرة عام 1973م، وتحديدا في المؤتمر الرابع لرؤساء دول وحكومات دول عدم الانحياز الذي

<sup>1</sup> - يتضمن مصطلح النظام الاقتصادي الجديد معاني عديدة تكمل بعضها بعضا، فهو من وجهة نظر الدول النامية، يعني إعادة توزيع الموارد والسلطة على نحو يلبي احتياجات الدول النامية، وهذا يعكس الهدف من مطالبة هذه الدول بالنظام الجديد، ومن وجهة نظر منظمة اليونسكو، يقترن بفكرة التنظيم القائم على الاعتراف بالحقوق والواجبات، بحيث يؤدي إلى بناء مجتمع أكثر استقرارا، ويكفل حماية كل فرد من مخاطر الظروف، وتعسف السلطة، ومن وجهة نظر علمية، يتسع ليشمل المجال الاقتصادي والاجتماعي، والثقافي، إذ يمس إنتاج السلع وتبادلها ومشكلات النقد، وابتكار المعلومات ونشرها وتبادلها، والقدرة على امتلاك ناصية المعارف العلمية والتكنولوجية.

<sup>2</sup> - نتحدث عن أثر العولمة في تحول نظر الدول النامية نحو التحكيم كظاهرة اقتصادية، وليس كظاهرة قانونية، والعولمة كظاهرة اقتصادية تعني صعود الليبرالية الجديدة، والتي تمثل إيديولوجياتها الاقتصادية، ويرى الأستاذ الأطرش في بحث بعنوان، حول تحديات الاتجاه نحو العولمة الاقتصادية، المستقبل العربي، العدد 260، سنة 2000، ص 33، أن العولمة الاقتصادية هي اندماج أسواق العالم في حقول انتقال السلع والخدمات والوسائل والقوى العاملة ضمن إطار من رأسمالية حرية الأسواق، بحيث تصبح هذه الأسواق سوقا واحدة كسوق القومية.

<sup>3</sup> - لا بد من التمييز بين النظام الاقتصادي الدولي الجديد وبين نظام الاقتصادي الدولي، فيرمز مصطلح النظام الاقتصادي الدولي الجديد إلى مجموعة من المفاهيم التي قام بصياغتها دول الانحياز والمؤتمر الذي انعقد في الجزائر سنة 1973م، أما مصطلح النظام الاقتصادي الدولي يرمز إلى مجموعة من المفاهيم الليبرالية، التي ترجع

انعقد في الجزائر ومن أهم المبادئ التي قام عليها النظام الاقتصادي الدولي الجديد أهمهما:

- تعاون جميع الدول أعضاء المجتمع الدولي أوسع تعاون، على أساس من الإنصاف بما يكفل إزالة الفوارق السائدة في العالم، وضمان الرخاء للجميع.
- اشتراك جميع بلدان العالم على قدم المساواة، اشتراكا تاما وفعالا في حل مشاكل العالم الاقتصادية، لما فيه المصلحة المشتركة لجميع تلك البلدان.
- تمتع كل بلد بالسيادة الدائمة على موارده الطبيعية، وعلى كل الأنشطة الاقتصادية.
- تمكين الدول النامية من الحصول على منجزات العلم والتكنولوجيا العصريين.

وبصدد حديثنا عن أثر زوال النظام الاقتصادي العالمي الجديد، على تحول حكومات الدول النامية نحو الأخذ بالتحكيم، نستطيع القول أن ثمة ربط مباشر بين الأمرين، إذ أن الدول النامية كانت تهدف من وراء المبادئ المعلنة في النظام الاقتصادي العالمي الجديد، تحقيق نوع من العدالة والمساواة بينها وبين الدول الرأسمالية المتطورة في كافة المجالات والحقوق ومن ضمنها الحقل القانوني، وكانت هذه الدول لا تتفك عن توجيه الانتقادات للتحكيم، على اعتبار أنه وسيلة لفض منازعات الاستثمار الدولية، تهدف بشكل أساسي إلى خدمة الدول الرأسمالية القوية، على حساب الدول النامية الضعيفة، وبما أن الحكومات الدولية النامية فشلت في هدفها السالف الذكر<sup>1</sup>، فإنها قد وجدت نفسها مضطرة إلى اتباع النماذج الليبرالية في التنمية الاقتصادية، وما يترتب على هذه النماذج من مفاهيم، وقد أصبح ضمن مطالب الدول

---

السوق في أصل نشأتها إلى الدول الغربية المتقدمة اقتصاديا، مثل اقتصاد السوق الحر، تحرير التجارة، إزالة الحواجز الجمركية بين الدول خصخصة المشروعات المملوكة للدول.

<sup>1</sup> - جاء هذا الفشل بعد سنوات قليلة من انتهاء أعمال مؤتمر رؤساء دول وحكومات دول عدم الانحياز الذي انعقد في الجزائر سنة 1973م، وقد اعترفت حكومات الدول النامية بهذا الفشل بشكل ضمني، وذلك عن طريق المطالبة مرة أخرى بضرورة إقامة نظام اقتصادي دولي جديد، في مؤتمر رؤساء وحكومات دول عدم الانحياز السابع الذي انعقد في هافانا عام 1979م، في هذا الصدد راجع: إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، عمان، 2014، ص 40.

النامية المتكررة بضرورة وجود نظام اقتصادي دولي جديد، ضرورة أن يضمن هذا النظام وجود قواعد ومبادئ قانونية تحكم كافة العلاقات وخصوصا الاقتصادية التي تنشأ في إطار هذا النظام، وتحدد آلية التطبيق، بحيث تضمن هذه القواعد القانونية قيام علاقات اقتصادية دولية جديدة على أساس العدل والمساواة بين الدول النامية والدول الرأسمالية.

وترتب على فشل مشروع النظام الاقتصادي الدولي الجديد، أن قامت الدول النامية بالحد من الانتقادات الموجهة للتحكيم، وبالتالي قبولها بشكل تدريجي بمبدأ التحكيم التجاري الدولي، كجزء من المنظومة القانونية المقترنة بعملية التحول الاقتصادي، أما إذا بحثنا عن أثر العولمة كظاهرة اقتصادية، على تحول حكومات الدول النامية نحو التحكيم نقول أن العولمة باعتبارها تشكل بديلا عن النظام الاقتصادي الدولي الجديد، قد ساهمت في التأثير على الحقل القانوني<sup>1</sup>، في معظم دول العالم، خصوصا الدول النامية حيث أصبح أكثر عالمية، بمعنى أنها أدت إلى خلق تغيير عالمي بحيث أثرت على الثقافة القانونية، وشكل الشرعية القانونية.

وقد شمل هذا التأثير مجالات عديدة في الحقل القانوني في بعض الدول النامية ومن ضمنها التحكيم، ذلك أن التحكيم التجاري الدولي قد أصبح في ظل تسارع ظاهرة العولمة، حقيقة وضرورة من الضرورات التعامل بين الدول وأداة لا بد منها لتنمية والازدهار<sup>2</sup>.

ويتضح أثر العولمة في تحول موقف الدول النامية اتجاه التحكيم، من خلال قيام بعض الدول النامية، بالعمل على إصدار قانون خاص يضمن منازعات التجارة الدولية، يعرف باسم قانون التحكيم، ذلك أنه تبنى هذه الدول لفكرة إصدار مثل هذا القانون، إنما يعني تأثر هذه الدول بظاهرة العولمة، وهو ما أدى إلى تحول وجهة

<sup>1</sup> - يعنى بمصطلح الحقل القانوني: طاقم المؤسسات والمتدربين، وأصحاب الخبرة الذين يعملون في ظل أي قانون يتم انتاجه أو تفسيره، وبهذا فإن مصطلح الحقل القانوني يتضمن المهنيين القانونيين والقضاة والأكاديميين القانونيين.

<sup>2</sup> - راجع تفصيلا: اقبال الفلوجي، على عتبة العولمة والقرن المقبل، من أجل مصداقية التحكيم العربي، المستقبل العربي، العدد 248 سنة 1999، ص 57-68.

نظرها نحو إصدار قانون يعتبر في حد ذاته مظهرا من مظاهرها، إذ بدونها ما كان يمكن أن يرى هذا القانون النور.

ومن نتائج عولمة التحكيم أن أصبحت معظم الدول ومن بينها الجزائر تعمل على تكييف نظمها القانونية مع المنظومة القانونية العالمية التي تأخذ بالتحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار، وهي تمثل حاجة العالم اليوم إلى عدالة واضحة ونزاهة وسريعة قد لا تتوافر دائما لدى الدول وخاصة منها السائرة في طريق النمو، سواء لأن مؤسساتها لا تحترم المبادئ الخاصة التي من شأنها أن تضمن حماية للأجانب، أو لأن أنظمتها القانونية تختلف عن الأنظمة المعمولة بها عالميا، أو لرداءة بعض التشريعات الوطنية كسوء صياغتها مثلا أو عدم استقرار تلك التشريعات وتخوف أوساط السوق العالمية من بعض الدول قواعد غير قانونية غير ملائمة أو التهديد بتغييرها، كل هذه الأسباب عجلت بعولمة التحكيم التي تعتبر الضمان الوحيد في نظر المستثمر في حال نشوب نزاع بينها وبين الدولة المضيفة للاستثمار<sup>1</sup>.

### ثانيا: تزواج البعد القانوني والاقتصادي للتحكيم في مجال الاستثمار

يتميز التحكيم الوطني عن التحكيم الدولي في كون الأول هو ذلك الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، فعندئذ يتولاه محكمون وطنيون ويصدرون أحكامهم داخل الدولة وفقا للقواعد الإجرائية المعمول بها داخل الدولة، ولذلك فإن التحكيم الوطني لا يثير صعوبات أو إشكاليات معتبرة كونه يخضع للقانون الوطني ولا يجد تنفيذه خارج حدود الدولة، ثم أن القاضي الوطني لا يتصدى لموضوع النزاع لأن دوره سيقصر فقط على بحث مدى توافر شروط التنفيذ ولا سيما ملائمة مقتضيات التنفيذ مع النظام العام للدولة.

أما التحكيم الدولي، فهو ذلك الذي يتصدى للفصل في النزاع الذي ينتمي بعناصره لأكثر من دولة، ولما كان بهذه الطبيعة فهو يثير صعوبات جمة على أكثر

<sup>1</sup> - حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006، ص 223.

من صعيد، تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوعه، تحديد مكان التحكيم، تعيين المحكمين بجنسياتهم المختلفة، وغير ذلك من المسائل التي لا يصادقها التحكيم الوطني.

وهنا يمكن القول بأن الدول تختلف تباعا في إقرار المعيار الذي تستخدمه لوصم التحكيم بعنصر الدولية وثمة معايير متعارف عليها في مختلف الأنظمة القانونية تتطرق إليها من خلال النقاط التالية:

**1- المعيار الاقتصادي :** يعتبر التحكيم دوليا في ظل هذا المعيار والذي يفى بأنه إذا كان العقد يتصل بمصالح التجارة الدولية، ويرجع الفضل في تدشين هذا المعيار لمحكمة النقض الفرنسية حيث حرصت في العديد من أحكامها على إبراز ما المقصود بمصالح التجارة الدولية حيث أشارت على ضرورة أن يكون العقد منطويا على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة، فلكي يكون العقد دوليا ينبغي أن يؤدي إلى العقد حركة مد وجزر عبر الحدود مثلا استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، أو بصفة عامة يترتب عليه حركة زهاب وإياب البضائع والأموال عبر الحدود<sup>1</sup>.

فالمعيار الاقتصادي يعد المعيار الحديث لدولية التحكيم في الفقه الحديث والذي أخذ به القضاء الفرنسي وهذا المعيار يتعلق بطبيعة النزاع، فأخذ القانون الفرنسي للمرافعات بالمعيار الاقتصادي في نطاق التجارة الدولية<sup>2</sup>.

حيث يعتبر الحكم الصادر في قضية Pélissier du Besse عن محكمة النقض الفرنسية أول الأحكام التي وضعت معالم فكرة المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل العقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 102

<sup>2</sup> - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 100.

<sup>3</sup> - تتعلق وقائع الحكم بالنزاع حول مشروعية الاتفاق على الوفاء بالأجرة بالجنية الأسترليني بمناسبة عقد إيجار عقار في الجزائر، حيث كان المؤجر انجليزيا والمستأجر فرنسا، وكان مكان الوفاء بالأجرة في مدينة لندن أو مدينة الجزائر، وعلى الرغم من اختلاف جنسية الأطراف واختلاف مكان الوفاء عن مكانه التنفيذ، فإن محكمة

ونصت على هذا المعيار المادة الأولى من القانون الجيبوتي<sup>1</sup> والمادة الأولى من القانون المصري 94 / 27<sup>2</sup> وفي القوانين العربية الأخرى كالفصل 48 من القانون التونسي والمادة 485 مكرر 1 من المرسوم الجزائري 93 - 09 القديم. كما نجد المشرع الجزائري بموجب القانون 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup> في المادة 1039 ينص على أنه " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل " بهذا يكون المشرع قد عرف الطابع الدولي للتحكيم على أساس طبيعة النزاع، أي لكي يكون التحكيم دوليا يجب أن يتعلق بنزاع دولي يتعلق بعملية اقتصادية تمس اقتصاد أكثر من دولة، ما يمكن ملاحظته من هذا التعريف أن المشرع قد تخلى عن المعيار القانوني، وبالتالي وسع من مفهوم دولية التحكيم، ولعل السبب في ذلك يعود إلى عدم حرمان المؤسسات المقيمة بالجزائر من اللجوء إلى التحكيم إذا كانت تقوم بعمليات اقتصادية تتعدى الحدود الوطنية ولكن قد يتبادر إلى الذهن التساؤل حول سبب عدم احتفاظ المشرع بالمعيار الاقتصادي منفردا فلكي يكون التحكيم دوليا يكفي أن يكون متعلقا بنزاع يمس بمصالح التجارة الدولية أي أن يكون متصلا بعملية اقتصادية تتضمن حركة الأموال، بل يجب أن يتعلق بنزاع موضوعه عملية اقتصادية تمس بالمصالح الاقتصادية لأكثر من دولة، ولو أن هذا التعريف في نظرنا هو تعريف مطاطي حيث أن مصطلح المصلحة الاقتصادية للدولة ذاته يحتاج إلى تعريف، كما أن المساس باقتصاد الدولة هو أمر نسبي حيث قد يعتبر بعض

---

النقض متأثرة في ذلك برأي المحامي العام وهو السيد " Matter التي انتهت لما قرره المحامي بعدم مشروعية ذلك الشرط لأن المنازعة ليست دولية حيث أن استئجار العقار لم يؤدي إلى دخول بضائع أو نفود إلى فرنسا فلقد كانت العملية عملية وطنية بحتة انظر في هذا الصدد: حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 17 مايو 1927 المنشور في : 1927.01 D P 25 تعليق Capitant

<sup>1</sup> - Yves Derain , op cit , p 533 , voir également : le code djiboutien de l'arbitrage rev , arb, 1984 , p 470 .

<sup>2</sup> - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup> - قانون رقم 08 - 09، المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المشار إليه سابقا.

العمليات الاقتصادية ماسة باقتصاد الدولة عند بعض الدول ولا تعتبر كذلك عند دول أخرى، كما يؤدي هذا التعريف أيضا إلى الخلط بين مفهوم دولية التحكيم ومفهوم الدولة ذاته خاصة أن الاقتصاد العالمي في يومنا هذا تتحكم فيه الشركات المتعددة الجنسيات بدرجة أولى وليس الدول<sup>1</sup>؛ فالمشرع الجزائري اعتمد معيارا أوسع وهو المصالح الاقتصادية لدولتين وما يعنيه المشرع هنا ليس ما انصرف إليه البعض من أن الاتفاقية تعني دولتين مباشرة ولكن ما تعنيه هو اقتصادها ككل حسب نص المادة 1039 من هذا القانون وهو ما يقارب التشريع الفرنسي<sup>2</sup>.

**2- المعيار القانوني :** يعتبر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدها اللجنة في 21 جوان 1985 من القوانين التي تبنت المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم. فبعد أن حددت المادة الأولى فقرة أولى نطاق تطبيق القانون النموذجي بأنه يطبق على التحكيم التجاري الدولي، نصت ذات المادة في الفقرة الثالثة منها على أن: يكون أي تحكيم دوليا:

- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.
- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:
- \* مكان التحكيم إذا كان محدد في اتفاق التحكيم أو طبقا له.
- \* أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.
- أو إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

<sup>1</sup> - بودودة سعاد، التحكيم التجاري الدولي، كضمان من ضمانات الاستثمار، رسالة ماجستير في الحقوق كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، 2011، ص 5.

<sup>2</sup> - وهو تعريف أوضح وأفضل من التعريف الجزائري وإن كنا لا نرى أن المشرع الجزائري يستهدف بتعريف المادة 1039 مفهوما آخر يختلف عن مفهوم النص الفرنسي.

- لأغراض الفقرة الثالثة من هذه المادة.

\* إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل، فتكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم

\* إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته المعتاد ويتضح مما تقدم أن القانون النموذجي حدد المجالات التي يعد فيها التحكيم دوليا وهي كالتالي:

أ- الحالة الأولى : إذا كان مقر عمل طرفي التحكيم واقعا في دولتين مختلفتين فإذا كان مقر عمل طرفي التحكيم في دولة واحدة يعد التحكيم وطنيا لا يخضع للقانون النموذجي، فمثلا إذا اتفقت شركة مصرية مع شركة مصرية أخرى في العقد على التحكيم فان الاتفاق على التحكيم يكون وطنيا لا ينظمه القانون النموذجي لأنه يخرج عن نطاق الدولية، أما في حالة اتفاق شركة مصرية مع أخرى فرنسية على التحكيم فهنا نكون أمام تحكيم دولي يخضع لأحكام القانون النموذجي، فالعبرة هنا بمكان أو مقر أعمال الطرفين واقعا في دولتين مختلفتين أو دولة واحدة وفق الاتفاق على التحكيم<sup>1</sup>.

أما في حالة وجود أكثر من مقر عمل لطرفي التحكيم فتكون العبرة هنا بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم أي بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم. و إن لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل الإقامة المعتادة.

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

- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقا له.

حيث نجد أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اعتمد على معيار مكاني من أجل تحديد دولية التحكيم، فبمجرد اتفاق الأطراف على إجراء التحكيم في مكان خارج الدولة التي يقع مقر عمل كلاهما يعد دوليا.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 97.

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

- تستند المادة الأولى فقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم على معيار موضوعي من أجل تحديد دولية التحكيم، ويتحقق هذا المعيار في فرضين اثنين وهما :

○ الفرض الأول : أن يكون المكان الموجود خارج الدولة التي يوجد فيها مقر عمل الطرفين ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة مع العلاقة التجارية.

○ الفرض الثاني: الذي تواجهه المادة 3 في فقرة 2 فهو يتعلق بالحالة التي يكون المكان موضوع النزاع الأوثق الصلة به واقعا خارج الدولة التي يوجد فيها مقر عمل الطرفين<sup>1</sup>.

**ج - الحالة الثالثة : دولية التحكيم المستندة إلى إرادة الأطراف :** حيث تنص المادة الأولى الفقرة الثالثة في الجملة " ج " أن التحكيم يعد دوليا إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

إن إطلاق العنان لإرادة الأطراف في الاتفاق على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة لخلع الدولية عليه مسألة لا تخلو من الانتقاء ذلك أن هذه الإرادة تستطيع أن تحول التحكيم الداخلي إلى تحكيم دولي، وهو أمر لا يجوز تركه لإرادة الأطراف لما قد يترتب عليه من تهرب وإفلات الأفراد من القواعد الآمرة الواردة في شأن التحكيم، وهذا الحل الذي يتبناه القانون النموذجي للتحكيم هدفه أساسا توسيع نطاق تطبيق القانون على أكثر عدد من الحالات فانه لم يكن يهدف إلى وضع معيار موضوعي لدولية التحكيم، كما نجد في الحالة الأخيرة جعل تدويل التحكيم يستند على معيار إداري خالص ولعل هذا ما جعل ودفع البعض إلى فقد دولية التحكيم في القانون النموذجي ووصفها أحيانا بأنها وهمية أو دولية مجاملة<sup>2</sup>.

**( 3 ) - المعيار المزدوج :** نجد أن الاتفاقية الأوروبية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي والموقعة في جنيف 1961، في تعريف ما هو المقصود بالتحكيم الدولي لم تكتف هذه

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 98 - 100.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 100 - 101.

المعاهدة بالارتكاز على المعيار الاقتصادي وحده بل أنها أضافت إليه العنصر القانوني المنصب على ضرورة أن يكون للأطراف في اتفاق التحكيم محل إقامة معتادة أو مركز إدارة في دولتين مختلفتين، حيث يعتبر القانون المصري الجديد للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 من القوانين التي تتبع المعيار المزدوج لإضفاء الدولية على التحكيم.

لقد كان المشرع الجزائري بأخذ في تحديده لدولية التحكيم بمعيارين، المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني حيث نصت المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 93-09 على أنه " يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأول في الخارج" وبهذا يكون المشرع قد مزج بين المادة 1492 من ق.ا.م الفرنسي<sup>1</sup> الذي تنص على أنه يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية وهو المعيار الاقتصادي، والمادة 176 من القانون السويسري<sup>2</sup> المتعلق بالقانون الدولي الخاص التي تنص على أنه " يطبق القانون الجديد: أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إبرام مشاركة التحكيم " وهو المعيار القانوني ولم يحدد المشرع الجزائري الوقت الذي يتم فيه تحديد العنصر الأجنبي كما فعل المشرع السويسري الذي أخذ بالمعيار " وقت إبرام العقد " لكن ألغي هذا القانون بموجب القانون الجديد 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف ذكره.

إنّ فما يمكن استخلاصه من دراسة تحديد دولية التحكيم التجاري في التشريعات الوطنية للدول النامية أنها اعتمدت على معيارين اقتصادي وأخر جغرافي، فاعتمدت في ذلك على التشريعات الأوروبية كالتشريع الفرنسي والتشريع السويسري، والواضح والأكيد في تشريعات الدول النامية أن معظمها نصت على شرط التلازم

<sup>1</sup> - Décret n°81 -500 du 12 mai 1981 jorf du 14 Mai1981 rectificatif JORF 21 Mai 1981 article 1492 qui dispose " est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international", modifié par l'article 1504 du décret 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF, n° 0011 du 14 janvier 2011, page 777. consultable sur le site : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup> - Pierre Lalive : le chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé : l'arbitrage international, pp 209 – 212.

للمعيارين من خلال ما نصت عليه في قوانينها، فنجد مثلا قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 قد عرف التحكيم الدولي بالتفصيل في المادة 3 منه<sup>1</sup> وكذلك التشريع التونسي " إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات اقتصادية.. وذلك في الأحوال التالية..." وأيضاً القانون اللبناني، والقانون الجزائري 93 - 09 الذي ألغي بموجب قانون 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي لم يضع هذا الأخير تعريفاً محدداً للتحكيم التجاري رغم أنه خصص الفصل السادس من باب التحكيم للأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بل اكتفى في نص 1039 منه والذي يعرف التحكيم الدولي فقط بالإشارة إلى المصالح الاقتصادية ومن تم يثور التساؤل عما إذا كانت كل المصالح الاقتصادية تدخل تحت تعريف التحكيم التجاري الدولي ولم تكن تلك المصالح من طبيعة تجارية بالمعنى الوارد في قانون التجارة، وقد تميل إلى هذا التفسير الواسع الذي يتجاوز مفهوم التجارة الدولية الوارد في المادة 1492 من القانون الفرنسي<sup>2</sup>، رغم أن نص المادة 1039 يعرف التحكيم الدولي ويقف عند هذا الحد.

أما قانون التحكيم المصري، فإن المادة 2 منه تقضي بأن يكون التحكيم تجارياً إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدي كانت أو غير عقدي،

<sup>1</sup> - التي تنص : يعد التحكيم دولياً الذي يكون موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال التالية :

1 - إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام التحكيم وفي حالة تعدد مراكز الأعمال تكون العبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم.

2 - إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل مصر أو خارجها، وفي رأينا وجوب إلغاء هذا النص لأنه ينصرف إلى الشكل دون النظر إلى طبيعة موضوع النزاع.

3- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

4 - إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة.

أ - مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم وأشار إلى كيفية تعيينه، ونرى إلغاء هذا النص أيضاً لأنه لا يبنى على طبيعة موضوع النزاع.

ب - مكان تنفيذ جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين.

ج - المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

<sup>2</sup> - تقابلها المادة 1504 من ق.إ.م.ف الساري المفعول.

ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها، ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية، وعمليات البنوك، والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط... الخ<sup>1</sup>. وفيما عدا النص على التحكيم يمكن أن يكون موضوعه علاقات غير عقدية أيضا، فلا نرى أن ما أورد القانون المصري من تفصيل حول موضوع العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي قد أضاف جديدا إلى تعبير " المصالح الاقتصادية " الوارد في المادة 1039 من القانون الجزائري الجديد. وقد ننصح باستبعاد الإشارة إلى التحكيم التجاري كلية والاقتصار في النص على تنظيم التحكيم الدولي، لأنه اشترط تجارية التحكيم أو تجارية المنازعة موضوع التحكيم دون تعريف هذه المصطلحات على وجه الدقة هو تعقيد لا مبرر له ولا جدوى منه ويفتح الباب أمام خلافات دون طائل، ولا سيما أن التحكيم الدولي يقتصر على العلاقات الاقتصادية.

#### البند الثاني: قواعد وإجراءات التحكيم في التشريعات الداخلية الجديدة

تميزت التشريعات الوطنية للدول النامية بالطابع الاختياري والإرادي لتحديد قواعد سير التحكيم والقانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم، وتشكيل المحكمة التحكيمية وعلى موضوع النزاع.

ولقد ترتب على هذه القاعدة حل مشكل تنازع القوانين خلال التفاوض بشأن قواعد الإسناد التي تحكم العقد إذ تجعله منظما بقواعد مادية مرنة متكيفة والمعاملات التجارية الدولية.

كما تعمل على تحرير المحكم من النظام القانوني للمحاكم الوطنية، وتسهيل عليه اللجوء إلى الأعراف والقواعد الدولية المحددة في اتفاق التحكيم.

<sup>1</sup> - أكثم أمين الخولي، تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، العدد الخامس يناير 2010، ص 99.

## أولاً: القواعد الخاصة باتفاق التحكيم.

إن نقطة البداية في اللجوء إلى نظام التحكيم في منازعات عقود الاستثمار هو الاتفاق على مبدأ التحكيم واختياره سبيلاً لحل منازعات معينة، ودون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجري أو يتم، لذلك فإن أول ما ينبغي على المحكم القيام به هو أن يتحقق من وجود اتفاق التحكيم، وإن يحدد القانون الواجب التطبيق عليه، للتأكد من صحته، فاتفاق التحكيم الباطل، أو غير الموجود لا يسمح لمحكم أن يمارس اختصاصه بشأن هذا التحكيم وحتى لو افترضنا قيام المحكم بتولي مهمة الفصل في مثل هذا النزاع بطريق التحكيم وإصدار قرار أو حكم فلا يمكن للقاضي أن يأمر بتنفيذ مثل هذا الحكم الذي صدر دون وجود اتفاق تحكيم، أو بناء على اتفاق تحكيم غير صحيح<sup>1</sup>، وقد تعددت التشريعات التي أوردها الفقه لاتفاق التحكيم إلا أنها جميعها تتفق على أنه اتفاق التحكيم يشمل ما يسمى بشرط التحكيم *clause compromissoire* وهو ما يأتي في صورة شرط أو بند من شروط أو بنود العقد الأصلي موضوع النزاع بين طرفيه، وبموجب هذا الشرط يتفق طرفا النزاع على اللجوء إلى التحكيم لفضل النزاع الذي سوف يثور مستقبلاً، كما يشمل كذلك على ما يسمى بمشارطة أو اتفاق التحكيم (*Le compromis*) وهو الاتفاق الذي يبرم استقلالاً على العقد الأصلي، وبموجبه يتفق أطراف النزاع القائم فعلاً على عرضه لحله بطرق التحكيم، وتجمع بين الصورتين عبارة اتفاق التحكيم<sup>2</sup>.

إلا أنه بالرجوع إلى القوانين المقارنة بالتحكيم التجاري الدولي، نجد أنها لم تعرف اتفاق التحكيم بل أكدت مجملها أن اتفاق التحكيم قد يبرم حين نشوب النزاع أو

<sup>1</sup> - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 232.

<sup>2</sup> - عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص للتحكيم، طبيعته، نشأته انعقاده صحته، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص 7 - 8.

و نود الإشارة وفي الواقع أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً في التطبيق من الناحية العملية لأنه يبرم في وقت تسوده روح الود، بعكس المشارطة التي تبرم بعد وقوع النزاع مما يصعب معه إبرام اتفاق التحكيم.

قبله أي أن يكون اتفاقاً قائماً أو مستقبلياً وهذا ما نستقرئه من القانون الفرنسي لسنة 2011<sup>1</sup> في المادتين 1508 و 1509<sup>2</sup>.

أما المشرع المصري فقد عرفه في المادة 1/09 من القانون رقم 27/94 المتضمن التحكيم التجاري الدولي حيث نصت على أنه: "هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية"<sup>3</sup>.

أما المشرع الجزائري، فقد حذا حذو المشرع الفرنسي، إذ لم يعرف اتفاق التحكيم في المرسوم التشريعي 93 / 09 ولا في القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ألغى المرسوم التشريعي 93 / 09 رغم أنه حديث العهد بالتحكيم التجاري الدولي فالمادة 458 مكرر 18.6.1 نصت على أن اتفاق التحكيم سواء كان شرط التحكيم أو اتفاق مستقل يسري على النزاعات القائمة

<sup>1</sup> - Decret 2011-48 du 13 janvier 2011 portant reforme à l'arbitrage, précité.

<sup>2</sup> - اللتان تقابلان نصّ المادتين 1493 و 1494 على التوالي:

Article 1508 : la convention d'arbitrage peut directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

article 1509 : " la convention d'arbitrage peut directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, à suivre dans l'instance arbitrale.

Dans le silence de la convention d'arbitrage le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.

<sup>3</sup> - أمال أحمد الغزائري : دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري، السعودي، الفرنسي، الإيطالي، منشأة المعارف الإسكندرية 1993، ص 24.

فالمشرع المصري تأثر عند تعريفه لاتفاق التحكيم بالقانون الاتفاقي الدولي، فانفاقية نيويورك عرفته في المادة 2/1/2 بأنه :

" تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب التي تلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، يقصد باتفاق مكتوب بشرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات.

كما عرفه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة 1 / 07 بأنه " علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورته شرط التحكيم واردة في عقد أو في صورة اتفاق مستقل " يظهر بأن تعريف التحكيم موحد على مستوى القانون الاتفاقي الدولي.

والمستقبلية، بشرط أن يكون مكتوباً وهو ما نصت عليه المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية، يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تحيز الإثبات بالكتابة.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها أمام القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً".

وهو نفس الطريق الذي أخذته التشريعات الأخرى كنص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي الجديد<sup>1</sup>، والمادة الثانية من القانون الجيبوتي<sup>2</sup> والفصل 48 من مجلة التحكيم التونسية<sup>3</sup>.

### 1- الكيان القانوني المستقل لاتفاق التحكيم:

يقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد على أنه يعتبر عقداً قائماً بذاته رغم أنه ليس إلا جزءاً، من هذا العقد وأحد بنوده<sup>4</sup>.

وتستند استقلالية اتفاق التحكيم إلى أن هذا الاتفاق يشكل عقداً ضمن العقد الآخر، وبتعبير آخر فإن اتفاق التحكيم يشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي، ويرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوعاً مختلفاً عن الآخر، فعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي المتعلق به في أغلب الأعم في الحالات، إلا أنه يتميز عنه بمحله الخاص به، فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت وهو محل منفصل عن العقد الأصلي الذي يضاف إليه على نحو يجعل كل منهما عقداً متميزاً عن الآخر،

<sup>1</sup> - التي تنص "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أم في صورة مشاركة تحكيم مستقلة".

<sup>2</sup> - Yves Derain , le code djiboutien art cit , p 474.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 56.

<sup>4</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 106.

وإن تضمنتها وثيقة واحدة، حيث أن العمل الإجرائي هو محل شرط التحكيم والذي يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية<sup>1</sup>، وبناءاً على ذلك فإن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته أو بطلانه أو فسخه لا تؤثر على شرط التحكيم، سواء أكان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي أم كان مستقلاً عنه في صورة اتفاق، ذلك لأن اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، يفصل في موضوع يختلف تماماً عن موضوع العقد الأصلي، فاتفاق التحكيم يعد تصرفاً قائماً بذاته، يستقل تماماً بكيانه عن العقد الأصلي. وسيترتب على مبدأ الاستقلال 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 غير نافذ أو باطل ولا أثر له فضلاً عن تقرير الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي<sup>2</sup>.

وقد بذلت الكثير من الجهود الدولية لدعم شرط التحكيم، تشجيعاً لنظام التحكيم ككل، فقد تبناه القانون النموذجي بالنص عليه في المادة 1/16 " ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد، كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"<sup>3</sup>.

فمن خلال النص يتبين أنه يشير وبصريح العبارة إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>4</sup>. كما أشارت الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 إلى المبدأ المذكور في الفقرة الثالثة من المادة 5 حيث نصت على أنه " المحكم له سلطة تقرير

<sup>1</sup> - مصطفى الجمال - امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، العدد 7.

<sup>2</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 106.

<sup>3</sup> - نص القانون منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التالي: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>4</sup> - لقد كرست اللائحة التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في صيغتها المعدلة في عام 2010، المادة 23 منها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بصفة واضحة لا تدع مجالاً لأي جدل فقهي. هذه اللائحة منشورة على موقع اللجنة.

اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي سيكون شرط التحكيم جزءاً منه " ونستنتج من هذا النص أنها إشارة إلى أن سلطة المحكم التي هي بالأصل تستمد من اتفاق التحكيم الذي يعد مستقلاً عن العقد الأصلي<sup>1</sup>، أما قواعد غرفة التجارة الدولية (CCI) فقد تبنت مبدأ الاستقلالية عندما نصت في الفقرة (4) من المادة (8) على أن الادعاء ببطلان العقد الأصلي أو انعدامه لا ينفي اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم ويبقى مختصاً حتى في حالة انعدام العقد، وبناءً على هذا الأساس فإن للمحكم سلطة النظر في اختصاصه تطبيقاً لمبدأ استقلالية الشرط التحكيمي<sup>2</sup>.

ولقد تدعم هذا المبدأ أيضاً على مستوى القضاء، فقد أصبح مستقراً لدى القضاء، وهذا يظهر من خلال الأحكام الصادرة في هذا الشأن، فقد حكمت محكمة باريس في 1964/02/21 أنه: "إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير، أدى إلى منع التصدير وعدم إمكان المصدر شحن البضاعة، مما ترتب عليه فسخ عقد البيع إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح في العقد ومن ثم فإن شرط التحكيم يبقى صحيحاً، وتكون هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بالفصل في النزاع، وكذلك فإن بطلان اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي ولا يمتد إليه".

كما جرى القضاء الفرنسي على أن تجديد الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان أو انقضاء شرط التحكيم، وذلك لا يكون التجديد دون استناد القضاء إلى مبدأ شرط التحكيم عن العقد الأصلي، كما أنه إذا وقع صلح في موضوع العقد الأصلي فلا يترتب سقوط شرط التحكيم.

وقد أكد الحكم التحكيمي في عقد امتياز البترول بين ليبيا وشركة (Texaco and California Oil Company) بعد تأمين حقول البترول على بقاء اتفاق التحكيم

<sup>1</sup> - يرى جانب من الفقه أنّ اتفاقية جنيف لم تتضمن ما يفيد أنّها كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فرغم أنّها نصّت صراحة على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، إلّا أنّهما مبدأين مختلفين، ويمكن القول بأنّ المادة 3/5 من هذه الاتفاقية تعترف ضمناً بالاستقلالية. راجع في هذا الصدد: حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 29، سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 196.

<sup>2</sup> - هذا النظام منشور على موقع المركز [www.iccbo.org](http://www.iccbo.org)

الذي يحيل إلى اختصاص محكمة التحكيم، رغم حوالة عقد الامتياز نتيجة عملية التأميم.

وأقرت كذلك محكمة النقض الفرنسية، في حكم صادر 1982/02/04 على أنه لا يطبق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على تفسير شرط التحكيم المدرج في هذا العقد<sup>1</sup>.

وقد اتجهت الكثير من الدول إلى الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي تماشياً مع اتجاه الفقه والقضاء الحديث في ترسيخ هذا المبدأ وجاءت به في نصوص صريحة في تشريعاتها الوطنية.

فالمادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 نصت على أنه " يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - حيث تبين مدى أخذ بهذا المبدأ في فرنسا والتطور الذي حدث في موقفها من مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي والتطور الحاصل في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1981 إذ دعمت محكمة النقض الفرنسية مبدأ استقلالية، اتفاق التحكيم في قضية " Gosset " حيث أقرت بتاريخ 1963/ 05/07 " مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم" أو " سلطان اتفاق التحكيم" حيث ردت على طرفي النزاع : نزاع حول تنفيذ حكم التحكيم صدر في إيطاليا بناء على شرط التحكيم ورد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطاليا، إذ قضى الحكم بتعويض للمصدر الإيطالي بسبب خطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته، حيث تمسك المستورد الفرنسي بعدم تنفيذ الحكم التحكيمي لأن العقد الأصلي باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام الفرنسي المتعلق بقواعد الاستيراد، وبالتالي بطلان شرط التحكيم الوارد في هذا العقد الأصلي ومن ثم عدم تنفيذ الحكم التحكيمي " لكن رفضت محكمة النقض الفرنسية ذلك مؤكدة في قرارها على ما يلي :

« En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait , présente toujours , sauf circonstances exceptionnelles , une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte voir : jean Robert : op cit , p 250 – 251

<sup>2</sup> - إنّ المشرع الفرنسي ينصّ بصفة واضحة لا تدع مجالاً للشك على مبدأ استقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، وفي نفس المعنى، انظر، أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 94 – 95.

Borhan Atallah, Dix ans d'applications de la loi égyptienne de 1994 relative à l'arbitrage, Bulletin de la CCI, vol 14, n° 2, 2003, p 15.

وفي قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 تقضي المادة 22 منه بأن شرط التحكيم يعد اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته<sup>1</sup>.

أما موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ فقد نصت عليه المادة 458 مكرر 1 الفقرة الخامسة من المرسوم التشريعي 09/93 التي تمّ إلغائه بموجب القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي سار على خطى القانون السابق حيث نص المادة 1040 منه فقرتها الأخيرة أنه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي " مع العلم أنه لم يتبنى نظرية استقلالية الشرط التحكيمي في التحكيم الداخلي وتبنّاها في التحكيم الدولي بشكل واضح وصريح<sup>2</sup>.

وقد استمد المشرع الجزائري هذه الفقرة جزئياً من المادة 3/178 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد التي نصت أنه:

La validité de la convention d'arbitrage ne peut être contestée pour le seul motif que le contrat principal ne serait pas valable.

ومن هنا يظهر بأن المشرع الجزائري قد حذا حذو التشريعات المقارنة من جهة وسائر موقف الفقه والقضاء وكذا موقف القانون الدولي الاتفاقي، وعليه يقر المشرع الجزائري بأن اتفاق التحكيم يستمر في ترتيب أثاره، وحتى ولو كان العقد الدولي المبرم والذي أنشأ هذا الشرط أو الاتفاق مشوباً بعيب يؤدي إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً بسبب مخالفته شرط موضوعي أو شكلي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - نود الإشارة إلى أن هناك حكم سابق لمحكمة التمييز الأردنية رقم 86/389 منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 1987، ص 301 مفاده بأنه إذا كان العقد الأصلي باطلاً أو أبطل أو فسخ لأي سبب فإن ذات الأثر ينصرف على شرط التحكيم باعتباره تابعاً له أو جزءاً منه فينقضي العقد برمته بما في ذلك شرط التحكيم.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب : موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية الجزائر، الإمارات العربية المتحدة، السودان، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 48.

<sup>3</sup> - Terki Nouredine : l'arbitrage commercial international en Algérie, op cit , p 39.

وحتى التشريعات الوطنية الأخرى أخذت بنفس المبدأ كنص المادة 61 من القانون التونسي<sup>1</sup>.

والمادة 812 من القانون اللبناني<sup>2</sup> ونص المادة 88 من التشريع السويسري لسنة 1987<sup>3</sup>.

## 2- آثار الاتفاق التحكيمي:

ينتج اتفاق التحكيم آثاره في اقتياد أطرافه أمام محكميهم بمجرد أن تصبح الخصومة عالقة الأثر الايجابي، مما يستدعي عدم اختصاص القاضي للنظر في موضوع النزاع (الأثر السلبي) منذ هذه اللحظة؛ فإذا أبرم اتفاق التحكيم لتسوية نزاعهما، فإن المحاكم الوطنية يمنع عليها النظر في هذا النزاع أصلاً.

يستمد مبدأ نقل الاختصاص وجوده من الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي، إذ وضعت قاعدة موضوعية موحدة تسمو على التشريعات الداخلية للدول، حيث تلتزم بها محاكم هذه الدول فاتفاقية نيويورك لسنة 1958، استبعدت اختصاص القضاء الوطني في نظر النزاع الذي أبرم بشأنه اتفاق أو شرط التحكيم وهذا حسب نص المادة 02 / 3 من الاتفاقية<sup>4</sup>.

---

- كما اعتبرت المادة 1040 من القانون 08-09 تقنية لما توصل إليه القضاء الدولي مما يؤدي إلى القول بأن المشرع الجزائري كرس اتفاق التحكيم بالمفهوم الليبرالي السائد في أنظمة التحكيم التجاري الدولي في الدول الغربية الليبرالية كفرنسا.

<sup>1</sup> - حيث كرس المشرع التونسي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي على طريقة القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي أخذت منه معظم أحكام القانون التونسي، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 61 من قانون التحكيم الصادرة في 26 أبريل 1993: "تبت هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلّق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها، ولهذا الغرض ينظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروطه الأخرى، والحكم ببطان العقد لا يترتب عنه قانوناً بطلان الشرط التحكيمي".

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب: موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 815.

<sup>3</sup> - ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 92.

<sup>4</sup> - التي تنص إذا عرض النزاع على محكمة في إحدى الدول المتعاقدة، وكان يتعلق بموضوع اتفق الطرفان على عرضه للتحكيم، بالمعنى المقصود في هذه المادة، على المحكمة أن تحيل النزاع على التحكيم إذا طلب أحد الطرفين ذلك إلا إذا رأت المحكمة أن الاتفاق ملغى أو غير ذي مفعول أو غير صالح للتطبيق.

فهذا النص سد الباب أمام لجوء أحد الأطراف إلى رفع دعوى قضائية والتمسك بها مع وجود اتفاق التحكيم، مما يؤدي إلى تجريد التحكيم من قيمته العملية والقانونية.

ولقد كرس هذا المبدأ من طرف الكثير من التشريعات الوطنية عند وجود اتفاق التحكيم سواء في التحكيم الدولي أو الداخلي وهذا ما أخذ به التشريع الفرنسي. وكيفه بعض أهل الفقه الفرنسي بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم في القانون التجاري الدولي<sup>1</sup>.

أما المشرع المصري في المادة 13 من قانون التحكيم الجديد<sup>2</sup>، فقد رتب عدم قبول الدعوى المرفوعة أمام القضاء في حالة وجود اتفاق التحكيم ولكن استثنى في المادة 14 من نفس القانون حالة طلب أحد طرفي التحكيم اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم، أو أثناء سيرها، وهذا ما يبين حدود عدم اختصاص القضاء المصري.

إلا أن نظرية عدم اختصاص المحاكم لها حدود فهي غير مطلقة<sup>3</sup>، فبعض الدول ترى بأن عدم الاختصاص لا يكون إلا بطلب طرفي النزاع، إذ يمكن تجاوز اتفاق التحكيم بين الطرفين وعرضه على القضاء العادي، وهذا ما تأخذ به الولايات المتحدة الأمريكية، وقد اختلفت الأنظمة القانونية في تكييف عدم الصلاحية، فقد رتبت

<sup>1</sup> - فالمادة 1448 من ق.م.ف. الساري المفعول، رغم أنها وردت في إطار التحكيم الداخلي إلا أنها تنطبق على التحكيم التجاري الدولي إذ تنص على أنه:

" Lorsqu' un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'état , celle -ci doit se déclarer incompétent si le tribunal arbitral n' est pas encore saisi , la juridiction doit également se déclarer incompétente à nous que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle dans les deux cas , la juridiction ne peut relever d'office son incompétence "

<sup>2</sup> - التي تنص على أنه : " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا رفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى ولا يجوز رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم ."

<sup>3</sup> - لكن اعتبرت قاعدة مطلقة في قوانين بعض الدول، حيث قررت عدم اختصاص المحاكم في أي مرحلة تكون فيها الدعوى وهذا ما اعتمده القانون الروماني، اليوغسلافي والهولندي وغيرها من القوانين.

فرنسا عدم الاختصاص بينما رتبت مصر عدم القبول، وهذا الموقف الأخير، يعني بأن الأصل هو اختصاص المحكمة، لكن لوجود اتفاق التحكيم لا تقبل الدعوى إلا في حالة البطلان أو مساس بالنظام العام حيث في هذه الحالة تسترجع المحاكم الوطنية اختصاصها<sup>1</sup>.

أما عن موقف المشرع الجزائري من نقل الاختصاص فبانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 تكون قد اعتمدت هذا المبدأ وهو عدم اختصاص القضاء الوطني أصلا وما مدى نطاق عدم الاختصاص، سوف نبين الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم والمتمثل في تقرير اختصاص المحكمة التحكيمية والأثر السلبي وهو عدم اختصاص القضاء الوطني وعليه وحسب الأثر الايجابي تصبح المحكمة التحكيمية هي المختصة أصلا بنظر النزاع وبالتالي النظر قبل ذلك في مدى اختصاصها وهذا ما نصت عليه المادة 1044 من ق. ا. م. ا. ج.<sup>2</sup>

وباعتماد الجزائر نظام التحكيم التجاري الدولي لم تعد تتذرع بالحصانة القضائية ولا بفكرة السيادة بل أصبحت تفضل اللجوء إلى التحكيم على حساب قضاءها الوطني، وتذهب إلى أبعد من ذلك بإعطاء الأولوية للطرف الأجنبي لاختيار وسيلة التسوية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 452.

<sup>2</sup> - التي تنص على أنه : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعد الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع تفضل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع "

<sup>3</sup> - مثلا المادة 07 من الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد البلجيكي للكسمبورغي تنص على أنه : " عندما تخضع مسألة تتعلق بالاستثمارات في نفس الوقت لأحكام هذا الاتفاق وللتشريع الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة أو لاتفاقيات دولية قائمة أو تنظم إليها الأطراف في المستقبل، يمكن لمستثمري الطرف الأخر التمسك بالأحكام التي تناسبه أكثر " وهذا دليل على النزول عن الحصانة التي كانت تدعيها الجزائر في ظل النظام الموجه خاصة بعد تعديل المادة 442 / 3 ق. ا. م. ج.

أما عن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم فيتمثل في عدم اختصاص القضاء الوطني في نظر النزاع الذي يكون قد أبرم بشأنه اتفاق التحكيم حيث إذا عرض عليه النزاع وجب عليه الحكم بعدم اختصاصه وهذا ما نصت عليه المادة 1045 من ق.ا.م.ج.<sup>1</sup> أما بالنسبة للقوانين التي لم تشر بنص صريح لأثار اتفاق التحكيم كقانون التحكيم اللبناني حيث أثار الدكتور عبد الحميد الأحذب أن القاعدة في هذه الحالة تستمد من الاتفاقيات الدولية؛ وبانضمام لبنان إلى اتفاقية التعاون القضائي في 1983/04/06 واتفاقية نيويورك التي كرست نفس المبادئ تلتزم بأحكام القاعدة الخاصة بآثار الاتفاق التحكيمي.<sup>2</sup>

### ثانياً: الخصومة التحكيمية.

الخصومة التحكيمية هي تلك العلاقة الثلاثية التي يقيمها رفع النزاع إلى المحكم وتترتب عليها حقوق والتزامات على كل الأطراف بما فيهم المحكم، والتي قد تمدد اعتباراً من لحظة مباشرة تعيين المحكم أو المحكمين في حال عدم تعيينهم بصورة مباشرة أو وجود إشكالات تحول دون ذلك، فيتعين اللجوء إلى سلطة قضائية أو تحكيمية لتشكيل محكمة التحكيم الهدف من الخصومة أن يقوم المحكم، على وجه الخصوص، بالفصل في النزاع المعروض عليه بقرار ضمن الإجراءات والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - التي تنص : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف "

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 818.

<sup>3</sup> - مصطفى تراري ثاني ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر اثر صدور المرسوم التشريعي رقم 93/09 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، مجلة دراسات قانونية ، ع 01 جوان 2002.

## 1- تشكيل محكمة التحكيم

كما نعرف بأن نظام التحكيم يتأسس ويقوم على مبدأ الرضائية الذي يمنح أطراف النزاع المساهمة الفعالة في تشكيل هيئة التحكيم<sup>1</sup>؛ هذا بالإضافة إلى أن البعض من عقود الاستثمار في القوانين المقارنة عند تشكيل هيئة التحكيم فإنها تقوم بالإحالة إلى القواعد الإجرائية الخاصة ببعض محاكم التحكيم تقوم بالإحالة مثلا إلى قواعد إجراءات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أو إلى الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1980.

حيث يعتبر تشكيل أو تعيين هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في منازعة الاستثمار الخطوة الأولى في إجراءات التحكيم، وهناك عدة مسائل يمكن بحثها بصدد تشكيل هيئة التحكيم وأهمها عدد المحكمين وطريقة تعيينهم والشروط الواجب توافرها فيهم.

إن مبدأ الرضائية الذي يقوم عليه نظام التحكيم في جوانب نشاطه وإجراءاته أصبح قاعدة من القواعد المستقر عليها في أغلب القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم. كما أكد هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية المنظمة والمهتمة بنظام التحكيم، كاتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 التي عبرت عن ذلك بوضوح بالبند الثالث من الفقرة الثالثة في المادة الرابعة منها والتي تقضي بحرية أطراف اتفاق التحكيم في تحديد قواعد الإجراءات التي يتعين على المحكمين إتباعها، وكذا ما أقرته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي المؤرخ

<sup>1</sup> - لم يقرر المشرع الجزائري ضمن قواعد التحكيم المنظمة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أي نص يشير إلى مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع بناء على إرادة أطراف النزاع، على خلاف المشرع المصري الذي نص على إقرار هذا المبدأ ضمن المادة 13 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التي تنص على : يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا رفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

و هو نفس الموقف المقرر ضمن القانون الأردني للتحكيم رقم 31 لسنة 2001 الذي نص على ذلك في المادة 12 منه على : " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم رد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى ".

في 21 يونيو 1985 في نموذج القانون ضمن المادة 19 منه التي تنص على أن يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم<sup>1</sup>.

ويعتبر شكل أو تعيين هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في منازعات الاستثمارات الخطوة الأولى في إجراءات التحكيم، وهي خطوة تقوم على مبدئين أساسيين<sup>2</sup>:

أولهما أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فإذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين فإنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه. وثانيهما مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين فلا يكون لأحدهما الأفضلية على الآخر أي لا يمكن لأحدهما أن يختار جميع المحكمين دون الآخر.

على أن بعض عقود الاستثمار تخول مهمة اختيار المحكم إلى أحد المراكز الدولية للتحكيم، ويعتبر هذا الإجراء بمثابة قبول من جانبهم للقواعد التي تقرها هذه المراكز وتتنازلا في نفس الوقت للحق والسلطة المخولة لهم في هذا الأمر بموجب القوانين الوطنية والدولية، كإحالة إلى قواعد إجراءات محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية التي يكمل ما اتفق الأطراف عليه من قواعد للإجراءات، أو تطبق إجراءاتها الكاملة عند انعدام الاتفاق بين الأطراف<sup>3</sup>.

ومن العقود التي أخذت بهذا الأسلوب، العقود المبرمة بين مصر وشركة بان أمريكان سنة 1964، حيث نصت المادة 42 الفقرة الخامسة من هذا العقد على أنه: ".....و إذا لم يقر الطرف الثاني بتعيين محكم له كما ذكر آنفا فان الطرف الأول

1 - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 79.

2 - منير عبد المجيد : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1995، ص 115.

3 - حيث تنص المادة 08 فقرة 01 من نظام غرفة التجارة الدولية على ما يلي:

" إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية فإنها تخضع لهذا النظام "

الحق في أن يتقدم إلى المحكمة التابعة لغرفة التجارة الدولية طلبا لتعيين محكم ثان.....<sup>1</sup>.

ولضمان الأداء الفعال لإجراءات التحكيم وتيسير عملية اتخاذ القرارات المتوقعة على عملية اختيار المحكمين التي تخضع كمبدأ أساسي لسلطان إرادة أطراف اتفاق التحكيم، على أن ذلك يجب أن ينطوي على شروط وإجراءات محددة في تعيين هذه الهيئة والتي يلتزم الأطراف بإتباعها وتنفيذها.

وعادة تتكون هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، إذ يقوم كل طرف بتعيين محكمة، ثم يقوم محكما الطرفين بتعيين المحكم الثالث الذي يطلق عليه أحيانا الوازع وأحيانا المرجع أو الفيصل.

على أن ذلك لا يعني استبعاد تشكيل هيئة التحكيم من محكم فردي يتولى لوحده مهمة الفصل في النزاع، وهو أسلوب يعتمد عادة لتيسير عملية اتخاذ القرارات والاقتصاد في النفقات إلا أنه لا يكفل في المقابل تمثيل الخلفيات الثقافية لأطراف النزاع في حالة تعدادها<sup>2</sup>.

وعلى اعتبار أن المحكمين ليسوا طرفا في اتفاق التحكيم، ومن ثم فإن مباشرتهم لإجراءات التحكيم الخاضعة لإرادة الأطراف مرهون بقبولهم لهذه الإجراءات<sup>3</sup>؛ وجدوى ذلك أن قبول المحكمين لمباشرة التحكيم يتطلب أن تكون هناك علاقة تعاقدية أخرى تخضع لقانون الإرادة وتختلف تماما عن اتفاق التحكيم وتستقل عنه. إن تدخل الإرادة الفردية للأطراف في اختيار المحكمين تثير التساؤل حول حيادية المحكمين واستقلالهم، خاصة بالنسبة للمسألة الشائعة التي يتم منها اختيار كل

<sup>1</sup> - غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور يصدها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004، ص 382.

<sup>2</sup> - في هذا الإطار نصت المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

<sup>3</sup> - وقد اشترط المشرع الجزائري قبول المحكمين لمهمة التحكيم لصحة تشكيل هيئة التحكيم وذلك في المادة 105 ف 01 من ق.ا.م. التي تنص على "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليهم".

طرف من الطرفين محكما، وهو ما حدا بالبعض إلى اعتبار المحكم الذي اختاره كل طرف يمثل هذا الطرف، ولأن نجاح المحكم في أداء مهمته يتوقف على فصله بين كونه مختارا من قبل أحد الطرفين وبين حياده واستقلاله عن الطرف الذي اختاره فصفته كمحكم توجب عليه الحذر والحرص على الفصل بين الطرفين حتى لا يتحول من محكم إلى محام عن أحد الطرفين، لذا فان عدم حياد المحكم أو استقلاله يمكن أن يفتح الباب لإمكانية ردّ هذا المحكم<sup>1</sup>.

وعلى وجه الخصوص، فيما يتعلق بعقود الاستثمار المبرمة بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة لهم كقاعدة عامة، لا تتطلب تلك العقود عند الفصل في النزاعات أية صفات معينة في المحكمين، إلا أن بعض هذه العقود تتطلب توافر بعض الشروط ومثالها شرط الجنسية المغايرة، شرط انتفاء وجود مصلحة في النزاع وشرط الكفاءة.

فبالنسبة لشرط الجنسية المغايرة، تشترط غالبية العقود الدولية فيما يتعلق بأعضاء التحكيم (المحكم الثالث)، ألا يكونوا من رعايا أحد الأطراف في النزاع، وذلك لضمان حيادية أعضاء التحكيم وعدالتهم وعدم تحيزهم للطرف الذي يحملون جنسيته، وتأكيدا لهذه الغاية توجب بعض العقود علاقات دبلوماسية بين دولة المحكم وكل من الدولة المتعاقدة ودولة الشركة، وقد تجسد هذا الاشتراط في العقد المبرم بين مصر وشركة بان أمريكان سنة 1963.

وقد سارت على ذات النهج اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 فبعد أن خولت المادة 38 من هذه الاتفاقية رئيس المجلس الإداري بناء على طلب صاحب المصلحة سلطة تعيين أعضاء التحكيم الذين يتم تعيينهم خلال تسعين يوما من تسجيل طلب التحكيم، أضافت يجب على المحكمين المعنيين من قبل الرئيس وفقا لأحكام هذه المادة ألا يكونوا من رعايا الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع.

<sup>1</sup> - أحمد ولد الجيلالي، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار في التشريعات الوطنية ومعاهدة واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار لعام 1965 رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، 2004، ص 113.

كما أوجبت المادة 39 ألا يكونوا من رعايا الدول المتعاقدة التي هي طرف في النزاع، أو الدول التي رعاياها طرف في النزاع إلا إذا اتفقت الأطراف على خلاف ذلك<sup>1</sup>.

أما شرط الكفاءة، وهذا ما نصت عليه اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965؛ فيما يتعلق بالمواصفات التي يجب توافرها في المحكمين الذين تدرج أسماءهم في القوائم<sup>2</sup>.

إضافة إلى شرط عدم وجود مصلحة في النزاع وهذا يعد ضمانا لعدالتهم وذلك عبرت عنه بعض العقود بعبارات متباينة فمنها ما أوجب انتفاء المصالح الاقتصادية في شؤون البترول ومنها ما قضى بضرورة عدم وجود صلة بأطراف النزاع<sup>3</sup>. وبالنتيجة نخلص إلى أن جميع هذه الشروط تهدف إلى ضمان الحيادية والموضوعية ونزاهة المحكمين المختارين للعمل في النزاعات الناتجة عن عقود الاستثمار الأجنبية لا سيما وأن الفصل في هذه المنازعات له خصوصية معينة. وقد نصت على هذه الشروط معظم الدول النامية منها نص المادة 5 و6 من القانون الجيبوتي<sup>4</sup>، والفصل 10 من القانون التونسي<sup>5</sup>، والمادة 16 من القانون المصري<sup>6</sup>.

وقد نص القانون التونسي على إمكانية تعيين شخصا اعتباريا في اتفاقية التحكيم، إن مثل هذا التعيين منتقد، إذ يرى الأستاذ أحمد عبد الرحمان الملحم أن المحكم لا بد أن يكون شخصا طبيعيا لا معنويا، وإن المحكم يرد بذات الأسباب التي

<sup>1</sup> - غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، مرجع سابق، ص 383 وما بعدها.

<sup>2</sup> - تنص المادة 14 فقرة 1 من الاتفاقية " على أن الأشخاص المختارين للعمل الواردة أسماءهم بالقوائم يجب أن يكونوا من ذوي المراكز الأدبية ومن المنظور إليهم، بعين الاعتبار والمعترف لهم بالكفاية الذاتية من الناحية القانونية والتجارية والصناعية والمالية ومن الذين يعتمد عليهم في إصدار الأحكام بغير تحيز".

<sup>3</sup> - راجع نص المادة 45 فقرة 2 من اتفاقية مصر وشركة فيليبس سنة 1963.

<sup>4</sup> - Yves Derain , art cit , p 543 .

<sup>5</sup> - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 28-29.

<sup>6</sup> - معوض عبد التواب، نفس المرجع، ص 29.

يرد بها القاضي وهذا لا يتوفر إلاّ عند الشخص الطبيعي<sup>1</sup>. كما يسمح القانون التونسي للقاضي أن يكون محكماً بشرط عدم الإخلال بالوظائف الأصلية، وبترخيص مسبق من السلطة المختصة قبل القيام بمهمة التحكيم<sup>2</sup>.

## 2- إجراءات سير النزاع التحكيمي:

يقصد بإجراءات سير النزاع تلك القواعد الإجرائية التي يتعين إتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم ولحين صدور القرار الفاصل في النزاع، وتختلف تلك الإجراءات باختلاف نوع التحكيم، والجهة التي تضطلع به فإذا ما أنيطت مهمة التحكيم بإحدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة، فلا يكون لإرادة الخصوم عندئذ دور حاسم في صياغة القواعد الإجرائية التي تنظم وتحكم إجراءات سير المنازعة، فاللجوء إلى المراكز الدائمة يتطلب ضرورة الامتثال للإجراءات المقررة في لوائحها<sup>3</sup>.

أما في التحكيم الحر حيث يضطلع أطراف النزاع بتعيين أعضاء التحكيم لهؤلاء الأطراف الدور الرئيسي في صياغة القواعد الإجرائية، أو في اختيار القانون الذي يحكم سير المنازعة أي كان ذلك الاختيار صريحاً أم ضمناً، والقانون محل التحكيم الدور الاحتياطي في هذا الصدد<sup>4</sup>.

وعبر البعض عن طبيعة وخصوصية هذه الإجراءات بالقول أن الإجراءات التي تبدأ بعد اكتمال تشكيل هيئة التحكيم هي إجراءات التحكيم بالمعنى الدقيق أي

<sup>1</sup> - أحمد عبد الرحمان الملحم ، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، يونيو 1994، السنة الثامنة عشر، العدد 2، تصدر عن المجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص 209.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 279.

<sup>3</sup> - أبو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها.

<sup>4</sup> - فؤاد أبو طالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 366 - 367.

الإجراءات التي يتعين إتباعها حماية للحكم الذي يصدر في الخصومة حتى لا يكون عرضة للطعن بالبطلان أو الحكم ببطلانه<sup>1</sup>.

ولما كان الأصل التزام الخصوم بتقديم الأدلة المثبتة لادعاءاتهم فهئية التحكيم ليست ملزمة بناء على ذلك بتبنيهم أو الإشارة لهم في هذا الأمر، على أن ذلك لا يمنع من قيام هيئة التحكيم بطلب المستندات المعنية واللازمة منهم وأن تجري كل ما تراه مناسباً ولازماً من تحقيقات للتوصل إلى حقيقة معطيات النزاع<sup>2</sup>، وهو الاختصاص الذي أقرته بعض التشريعات الخاصة بتنظيم أحكام التحكيم صراحة وبصفة مباشرة لتوليها مهمة البحث عن الأدلة المساعدة والمهمة في التواصل لحسم النزاع<sup>3</sup>؛ ولا مانع في نفس السياق من إمكانية اتفاق طرفي النزاع وبموافقة هيئة التحكيم الاستعانة بقضاء الدولة للمساعدة في الحصول والبحث عن الأدلة المطلوبة واللازمة في النزاع المطروح وهو أمر لا يقلل من عمل هيئة التحكيم ولا يعد تدخلاً في اختصاصها على الإطلاق<sup>4</sup>.

وإذا كانت طبيعة تلك الإجراءات التي تتحكم وتنظم سير النزاع أمام هيئة التحكيم وتحدد خطوات عملها على أنها تظل إجراءات محكمة ومقيدة بطبيعة القواعد القانونية المختارة أو المنظومة بتنفيذها والتي تختلف اختلاف نظام ونوع التحكيم الذي يضطلع النزاع به، وذلك أن الأصل في تحديد تلك القواعد القانونية النافذة على إجراءات النزاع وسيره تخضع كمبدأ عام لسلطان إرادة الأطراف بإحالة

<sup>1</sup> - وقد نصت المادة 1043 من ق.م.ا. الجزائر في هذا الشأن على ما يلي " يمكن أن نضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة واستناداً على نظام تحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي يحدده الأطراف في الاتفاقية ".

<sup>2</sup> - راجع في ذلك هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004، ص 501.

<sup>3</sup> - وقد نصت المادة 1047 من ق.م.ا. ج على ذلك صراحة: " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة "

<sup>4</sup> - وقد نصت المادة 1048 من ق.م.ا. ج على ذلك بقولها: " إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف هيئة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي ".

تنظيم الإجراءات التي تحكم سير المرافعات أمام هيئة التحكيم ومكانها وميعاد تقديم المستندات وطريق سماع الشهود وإجراءات التحقيق والاستعانة بخبراء وغيرها، وقد ذهب البعض إلى توسيع نطاق هذه الحرية المعترف بها للأطراف في تحديد القانون والإجراءات واجبة التطبيق إلى القول بإمكانية أطراف النزاع لصياغة القواعد الإجرائية التي يجب على المحكمين إتباعها بأنفسهم بما يجعلهم بمثابة المشرعين لأنفسهم، وليس ما يمنع من اختيار قانون دولة ليس لها الصلة بالأطراف أو العقد الذي نشأ عن النزاع أو باتفاق التحكيم أو إجراءات التحكيم ذاتها.

غير أن هذا الطرح قد يكون مبالغ فيه بعض الشيء وغير مقبول لدى البعض على أساس أنه أمر غير مألوف في الواقع العملي، وذلك بسبب عدم إمكانية توقع كافة المسائل التفصيلية التي يمكن أن يثيرها النزاع أمام هيئة التحكيم، كما أن صياغة مثل ذلك القواعد بشكل فردي من الأطراف قد يشكل تعارضا مع بعض القواعد الإجرائية الآمرة أو تلك التي تتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ والتي لا يجوز للأطراف الخروج عليها وإلا كان اتفاق التحكيم عرضة للبطلان<sup>1</sup>؛ في حين أن إرادة الأطراف لا يكون لها ذلك الامتياز وتلك الحرية في اختيار قانون وإجراءات سير الخصومة في الحالة التي يعهد بالتحكيم إلى مركز دائم للتحكيم، وعندئذ فإن إجراءات التحكيم تجرى وفقا للائحة التحكيم المعمول بها في المراكز أو الهيئة المختارة وكأنها مستقلة عن كل قانون وطني للتحكيم، ومع أن نظام اختصاص مراكز التحكيم يقوم على رضا الأطراف إلا أنه وفي حالة رفض أحد الأطراف المشاركة في إجراءات التحكيم فإن لهذه المراكز أن تبدأ وتستمر في إجراءات التحكيم ضد رغبة الطرف المعارض، ولكن عندما يتعلق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ضد الطرف المعارض المتغيب، فإن سلطة هذه المراكز تزول ليحل محلها قانون التحكيم الوطني المستند عليه نظام التحكيم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 93.

<sup>2</sup> - سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، ط 1، 2000، ص 468.

كما قد يكون لهيئة التحكيم حصة ودورا في اختيار القانون أو القواعد الإجرائية المطبقة على المنازعة التحكيمية متى سكت أو أغفل الأطراف تحديد تلك القواعد أو تحديد القانون الذي يحكمها فلهيئة التحكيم أن تضع نفسها في هذه الحالة القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لموضوع النزاع، ولها أن تصوغ هذه القواعد جملة عند اتصالها بالنزاع أو تضع ما تدعوا الحاجة إليه منها وفقا لما تقتضيه معطيات المنازعة ولها أن تقرر الاعتماد على نظام معين لأحد مراكز التحكيم الدولية كما لها أن تعتمد في ذلك على الإجراءات النافذة والمقررة في قانون دولة من الدول، كما قد تخول هذه السلطة لهيئة التحكيم بناء على رغبة الأطراف بأن يعهد للمحكمن باختيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق وفقا لما يرونه مناسباً، أو بتكملة نصوص القانون الإجرائي الذي اختاره الأطراف وهو ما يخول للمحكم سلطة واسعة في إدارة الإجراءات شرط أن يتعارض ذلك مع اختيار الخصوم ومبدأ حقوق الدفاع وضمائمات التقاضي.

ويحدد هذا الاتجاه تطبيقاً وإقراراً له ضمن العديد من التشريعات الوطنية للتحكيم<sup>1</sup>، وبعض الاتفاقيات الدولية المعنية والمهتمة بإقرار نظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الاستثمارية<sup>2</sup>؛ ولا يمكن بأي حال استبعاد القانون الوطني الخاص بالتحكيم كآلية يسند إليها لتنظيم إجراءات التحكيم وقد اختلفت وتعارضت الآراء الفقهية حول إقرار هذا المبدأ واستبعاده ذلك أن الغالب لدى أطراف النزاع الاتفاق على تحديد مقر التحكيم أي تحديد البلد الذي تجرى فيه إجراءات التحكيم، إلا أنه يحدث أن يتغاضى الأطراف على تحديد القانون الذي يحكم تلك الإجراءات، وفي هذا

<sup>1</sup> - حيث تنص المادة 1043 من ق.ا.م.ا.ج على أنه " يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي يحدده الأطراف في الاتفاقية، إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم "

<sup>2</sup> - ان هذا الاتجاه مقرر في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 الذي تقرر ضمن المادة 02 ف 06 منها بأن " تفصل هيئة التحكيم في كل المسائل المتعلقة باختصاصها وتحدد الإجراءات الخاصة بها "

الشأن ذهب الفقه الغالب إلى القول بأنه من الجائز استخلاص أن الإرادة الضمنية للأطراف قد اتجهت إلى اختيار قانون الدولة مقر التحكيم ليكون القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ذلك أنه يتعين الرجوع إلى النظام القانوني السائد في دولة مقر التحكيم بالقدر اللازم عند عدم كفاية القواعد الإجرائية المختارة من قبل الأطراف، والعلة في ذلك تكمن في أن القانون المختار قد لا يحيط بكافة المسائل الإجرائية التي يثيرها النزاع ومن ثم فإنه يتم الرجوع إلى قانون الدولة التي يجرى على إقليمها التحكيم لإكمال هذا النقص<sup>1</sup>، في حين يعارض البعض الآخر تولية وإخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم على أساس أنه لا يتلاءم والحاجات الحقيقية للتحكيم التجاري الدولي، وذلك بحجة أن القوانين الوطنية للتحكيم غالباً ما تكون موجزة ومختصرة ولا تقدم للأطراف أو المحكمين القدر الكافي من البيانات والقواعد الإجرائية التي يتطلبها نظام خاص كنظام التحكيم<sup>2</sup>.

ومهما كانت الاتجاهات التي قيلت في هذا الشأن فإننا نرى أن دور قانون التحكيم الوطني يلعب بلا شك دوراً مهماً حتى وإن كان احتياطياً وتكميلياً للقصور أو النقص الذي يكون قد شاب قانون إرادة الأطراف المتنازعة، إلا أن إقراره كقانون مكمل أو أساسي لإدارة إجراءات التحكيم سيشكل إضافة إيجابية في حسن سير هذه الإجراءات وتحقيق ضمانات عدم مخالفتها للقواعد الآمرة في الدولة التي تم التحكيم على إقليمها، مما قد يترتب عنه بطلان اتفاق أو شرط التحكيم وبالتالي عرقلة الفصل في النزاع المطروح.

### ثالثاً: القانون الواجب التطبيق.

لعل من أهم المسائل التي تثور أمام المحكم، مسألة القانون الواجب التطبيق بشقيها: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والقانون الذي يحكم الإجراءات.

<sup>1</sup> - سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 471. وكذا أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> - سراج حسن محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص 480.

**1- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع :** تتفق التشريعات الوطنية على أصالة إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، وفي حالة تخلف هذا القانون يعقد الاختصاص للهيئة التحكيمية ؛ ونصت في هذا الصدد المادة 1050 من ق.ا.م.ا ج " بأن تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"<sup>1</sup>.

أما المشرع الفرنسي، وبخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فقد تعرّض له من خلال المادة 1511 من ق.ا.م.ف.ساري المفعول<sup>2</sup> الذي ينصّ على أنّ حق اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع تعود بالدرجة الأولى إلى إرادة الأطراف الذين لهم كامل حرية التصرف في هذا الحق، ويجب على المحكم أن يلتزم بتلك القواعد القانونية المحددة في الاتفاق المبرم فيما بينهم، خاصة إذا صدر تعبير صريح عن إرادة الأطراف يدلي بذلك، بينما إذا لم يصدر تعبير صريح وجب على المحكم أن يستنتج هذه القواعد القانونية من خلال تفسيره لإرادة الأطراف التي عبرت عنها وقت الاتفاق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - إن استعمال نص المادة 1050 من ق.ا.م.ا ج لعبارة قواعد القانون عوض القانون الواجب التطبيق، أوله البعض على أنه فتح المجال للأخذ بالمبادئ العامة للقانون أو ما يعبر عنه اليوم بقانون التجار ( lex mercatoria)، وما يميز هذا النص عن القانون الفرنسي، أنه جعل الأطراف التجارية مسألة تخضع لتقدير المحكم الذي يقرر ملائمتها من عدمها، بينما المرسوم الفرنسي جعل تطبيقا تلقائيا، عملا بالنظرية الواسعة لأطراف التجارة الدولية التي دافع عليها جانبا من الفقه الفرنسي : أنظر في هذا الصدد :

E. loquin , la réalité des usages du commerce international , rev , Int , dr , eco , 1989 , p 163 .

<sup>2</sup> - qui prévoit "le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, ou à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées, il tient compte dans tous les cas les usages du commerce".

<sup>3</sup> - Ph. fouchard , E. gaillard , B.Goldman : op. cit , p 799, Eric Loquin, l'arbitrage du commerce international, pratique des affaires, joly édition, France, 2015, p 337.

كذلك المشرع المصري فقد أعطى الأولوية للأطراف لتحديد القانون المطبق على النزاع وعند اختيار قانون موضوعي معين، يتم استبعاد قواعد التنزع لذلك القانون، وهذا حسب إرادة الأطراف طبقا لما جاء في نصّ المادة 39 فقرتها الأولى<sup>1</sup>.

## 2- القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة :

تتفق أغلب القواعد الداخلية للدول، على إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة أي حرية الأطراف في تحديد قانون الإجراءات، أو الإحالة على قانون أو نظام معين، ولهذا سوف نبين الأصل وهو قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ثم في غياب قانون الإرادة نبين الضوابط الأخرى المعتمدة في القوانين الداخلية للدول.

كمبدأ عام فقد نصت المادة 1043 من ق.ا.م.ا ج على أنه يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إسنادا على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم<sup>2</sup>.

ومن النص نستنتج أن المشرع الجزائري يقر بمبدأ حرية الاختيار صراحة، فالقانون الذي ينظم إجراءات التحكيم قد يكون القانون الوطني الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف وفقا لمبدأ الحرية، وبهذا يكون قد أخذ بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1494 من ق.ا.م.ف القديم (أصبحت المادة 1509 من المرسوم 2011-48) التي نصت صراحة على ذلك، حيث أن القانون المنظم لإجراءات التحكيم يمكن أن يتفق الأطراف على أي قانون يريدونه سواء وطني أو دولة أخرى.

<sup>1</sup> - التي تنص " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنزع القوانين مالم يتفق على غير ذلك " .

<sup>2</sup> - نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ حرفيا هذه المادة من نص المادة 1494 من ق.ا.م.ف القديم وبالتالي احتفظ بنفس الاختيارات الثلاثة التي جاءت في المادة والتي تركز إرادة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم بتحديد مباشرة إجراءات التحكيم، مع الإشارة هنا إلى نفس العرافيل التي يمكن أن تحدث سواء بعدم تضمين كل القواعد الإجرائية ماديا في اتفاق أو شرط التحكيم. أنظر في هذا الصدد :

Terki Noureddine : l'arbitrage commercial international en Algérie , op cit , p 94.

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

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال الاستثمارات، نجد أن هذا الخيار مكرسا بصدد قانون الإرادة والإحالة إلى نظام تحكيمي لدى هيئة من الهيئات المتخصصة<sup>1</sup> وكذلك نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983<sup>2</sup> المشار إليه سابقا، العقود المبرمة في مجال استغلال المحروقات في ظل النظام القديم، التي كانت تحال على الأنظمة التحكيمية المتخصصة مثل الغرفة التجارية الدولية بباريس<sup>3</sup>.

وفي غياب الخيارات السابقة، يمكن كذلك تنفيذا لإرادة الأطراف اختيار القواعد الإجرائية لقانون وطني معين وهذا بتضمين اتفاق التحكيم هذا الشرط مع مراعاة واحترام حقوق الدفاع وكذا النظام العام الدولي وهذا تحت طائلة بطلان اتفاق التحكيم أو الحكم التحكيمي.

ومن خلال هذه الخيارات، نلاحظ أن المشرع الجزائري استبعد الإحالة على القواعد الإجرائية لقانون مكان إجراء التحكيم، بل أعطى المشرع احتياطا

<sup>1</sup> - هناك بعض الاتفاقيات تحيل إلى القواعد الإجرائية وفقا لنظام ( CNUDCI ) مثل المادة 3/8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، والمادة 2/7 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، والمادة 3 /7 من الاتفاقية الجزائرية القطرية وغيرها من الاتفاقيات، كما أن هناك اتفاقيات أخرى تحيل إلى نظام التحكيم لدى ( CIRDI ) إذا لم يتم تشكيل هيئة تحكيمية خاصة مثل المادة 2/8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والمادة 2/7 من الاتفاقية الجزائرية القطرية.

<sup>2</sup> - Terki Noureddine: l'arbitrage commercial international en Algérie, op cit, p 95 .

<sup>3</sup> - Belkacem Bouzana, op cit, p 364 à 391.

إذ أبرمت عقود كثيرة في سنوات السبعينات بين شركة سونطراك والشركات الأجنبية تمت إحالة النزاعات إلى النظام التحكيمي لدى الغرفة التجارية الدولية بباريس.

الاختصاص للهيئة التحكيمية لاختيار الإجراءات المناسبة، جاء هذا الحل استثناءً، في حالة غياب دور إرادة الأطراف أو عدم الإشارة إلى ذلك سواء بوضع الإجراءات مباشرة دون الاستناد إلى قانون معين أو بالإحالة على قانون أو نظام تحكيمي معين وحتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجديته وتغاديا لأي فراغ فقد نصت أغلب القوانين الوطنية المقارنة على دور هيئة التحكيم في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة سواء بالإحالة على قانون وطني معين، أو على نظام تحكيمي معين؛ فالمادة 2/1509 من ق.م.ف الجديد تنص على أنه :

Dans le silence de la convention, d'arbitrage le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.

وكذلك بالنسبة للمشرع المصري في المادة 25 من قانون التحكيم الذي نصت على أنه " فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة ".

أما المشرع الجزائري فقد ساير نفس الاتجاه في المادة 1043 ف 2 من ق.ا.م. ج عندما نصت على أنه " إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"<sup>1</sup>.

لكن في رأينا أن إعطاء الحرية لهيئة التحكيم في اختيار القانون المناسب في غياب الإرادة الصريحة للأطراف يجعلنا نؤكد على أهمية حسن اختيار المحكمين، لأن إعطاء السلطة لهيئة التحكيم لم تحسن اختيار المحكمين، أو الانحياز لقانون معين لا يخدم الأطراف المتعاقدة رغم إمكانية التمسك بفكرة النظام العام الدولي أثناء مخالفة القانون الإجرائي له.

<sup>1</sup> - وهي فقرة مأخوذة حرفيا من المادة 2/1494 من القانون الفرنسي القديم، وتقابلها المادة 1509 من القانون الفرنسي الساري المفعول، أنظر في هذا الصدد :

Terki Noureddine : l'arbitrage commercial international en Algérie op , cit , p 260.

كما أنها لا تختلف عن نص المادة 25 من القانون المصري.

## رابعاً: الطبيعة القانونية لحكم التحكيم.

تقتضي دراسة الطبيعة القانونية لحكم التحكيم البحث في الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لصحة هذا الحكم ومن تم تحديد الآثار العملية لحكم التحكيم والمتجسدة في إجراءات تنفيذه.

**1- القواعد الخاصة بحكم التحكيم:** لم يرد في مختلف التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم ما يشير إلى وضع تعريف محدد لحكم التحكيم، على أن البعض حاول صياغة تعريف للحكم التحكيمي والمستخلص من أحد الأحكام الصادرة عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 05 مارس 1994 بإقراره أن " حكم التحكيم يقصد به أعمال المحكمين التي تفصل بشكل حاسم كلياً أو جزئياً في النزاع الذي عرض عليهم سواء كان هذا الحكم في الموضوع أوفي الاختصاص أو في مسألة إجرائية تؤدي إلى إنهاء خصومة التحكيم"<sup>1</sup>.

وتتطلب صياغة حكم التحكيم الخضوع لمجموعة من القواعد الشكلية فيصدر حكم التحكيم مكتوباً وفي هذا النطاق يتعين اتفاق الأطراف على اللغة التي يصدر بها هذا الحكم، وفي حالة غياب الاتفاق يتعين الرجوع إلى القواعد الإجرائية المعتمدة للتحكيم لتحديد اللغة المستخدمة، وهو الأمر الذي أقرته بعض الهيئات الدولية للتحكيم وقوانين التحكيم الوطنية<sup>2</sup>.

والعبرة من إقرار شرط الكتابة هو تبرير وجود حكم التحكيم، لأن صدوره شفهيًا ينفي عنه وصف حكم التحكيم، كما أن الحكم الشفهي لا يكتسي حجية الشيء

<sup>1</sup> - لتفصيل أكثر في قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 25 مارس 1994 في قضية Sardisud، انظر: عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 452.

<sup>2</sup> - نصت المادة 1/43 من قانون التحكيم المصري رقم 94/27 على أنه " يصدر حكم التحكيم كتابة...." كما نص القانون الأردني رقم 31 لسنة 2001 المادة 41 منه " يتم تدوين حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمين، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفي بتوقيع أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية". أما المشرع الجزائري فلم يشر ضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم إلى ما يفيد بضرورة الالتزام بشرط الكتابة في حكم التحكيم على أن ذلك يستخلص من المادة 1052 من ق. ا. م. جالتى تنص " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقاً باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها ". و هو ما يؤكد شرط الكتابة لهذا الحكم في قانون التحكيم الجزائري.

المقضي فيه ؛ ولا يكون قابلاً للتنفيذ لاشتراط كافة القوانين لتنفيذه صورة أصلية من الحكم.

كما أن للحكم الصادر في التحكيم شأنه شأن الأحكام القضائية العادية يجب أن تتوفر فيه بعض البيانات الشكلية والبيانات الموضوعية<sup>1</sup>؛ وتحرض المحاكم التي يطلب منها الصيغة التنفيذية اللازمة لتنفيذ الحكم التحكيمي، على التأكد من وجودها قبل أن تأذن بتنفيذه.

فلقد أوجبت التشريعات الوطنية للدول ضرورة تضمين الحكم بيانات معينة حددتها على سبيل الحصر وهي تنقسم عموماً إلى نوعين من البيانات:

بيانات شكلية وأخرى موضوعية، ومن بين هذه التشريعات نذكر على سبيل المثال ما أورده المشرع المصري من خلال المادة 43 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 حيث تنص على أنه " يجب أن يشمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم، وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم ؛ وصورة من اتفاق التحكيم وملخص بطلبات الخصوم، وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره، وأسبابه، إذا كان ذكرها واجبا" وبالرغم من ورود هذه البيانات على سبيل الحصر إلا أن إغفال أحد هذه البيانات لا يؤدي تلقائياً إلى بطلان التحكيم.

أما بالنسبة لقانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 فقد نصت المادة 41 منه " يجب أن يشمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، وموجز عن اتفاق التحكيم وملخص لطلبات وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجبا، على أن يتضمن الحكم تحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الأطراف".

كذلك هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم الجزائري في المادة 1028 من ق.م.ج الذي تنص على يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية :

<sup>1</sup> - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 124.

- 1 - اسم ولقب المحكم أو المحكمين .
  - 2- تاريخ صدور الحكم .
  - 3- مكان إصداره .
  - 4- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي .
  - 5 - أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء .
- ولا يكتسي الحكم التحكيمي الطابع القانوني الصحيح إلا إذا شارك في تحديد منطوقه أغلبية هيئة التحكيم المكافين بمهمة الفصل في النزاع محل الحكم<sup>1</sup> .
- ولا تثار مسألة الأغلبية في حالة استفراد محكم واحد بتشكيل هيئة التحكيم، على أنه إذا أحيل النزاع إلى محكمة تحكيم تضم ثلاث محكمين أو أكثر فهذه الأغلبية تمثل اثنين من ثلاثة، فيما عدا مسائل الإجراءات حيث يجوز أن يصدر القرار من المحكم الرئيسي وحده إذا لم تتوفر الأغلبية أو إذا أجازت هيئة التحكيم ذلك .
- و قد نص قانون التحكيم الجزائري على مبدأ الأغلبية في نص المادة 1026 ق.ا.م.ا بقولها " تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات " .
- كما يجب أن يشمل حكم التحكيم على الأسباب التي بني عليها الحكم، إلا إذا اتفقت الأطراف على خلاف ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري، وبمعنى آخر فالقاعدة هي وجوب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفقت الأطراف على خلاف ذلك<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - ذلك أن قاعدة الأغلبية قاعدة متعلقة بالنظام العام الدولي وترتبط بإجراءات التقاضي وحسن سير العدالة أمام قضاء التحكيم، ويفترض منع مخالفتها، انظر في هذا الصدد : منير عبد المجيد : الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي بدون دار النشر، 2005 ص 259 .

<sup>2</sup> - غسان علي علي : الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، مرجع سابق، ص 399 وما بعدها .  
وأنظر حكم محكمة استئناف القاهرة في دعوى التحكيم رقم 27 جلسة 19/01/1997، مجلة التحكيم العربي التي تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الرابع، أغسطس 2001، ص 210 .

كما أخذ المشرع الأردني بذات الاتجاه في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في المادة 41 منه فنصت على ما يلي : " يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم"<sup>1</sup>.

كذلك الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نص في هذا الشأن في المادة 1027 من ق.ا.م. على انه " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

فيرمي تسبب حكم التحكيم إلى تحقيق عدة أهداف فهو يرجع إلى المحكم في التفكير والتروي في الحكم قبل إصداره كما أنه يقدم للخصوم برهانا على عدالة الحكم مما يدفعهم إلى احترامه عند قناعتهم بعدالته<sup>2</sup>.

وفضلا عن هذه الأسباب فان حكم التحكيم يجب أن يتضمن توقيع أغلبية أعضاء هيئة التحكيم يجب امتناع بعض المحكمين عن التوقيع وجب الإشارة إلى ذلك من قبل المحكمين الآخرين، ولا تأثير على صحة الحكم برغم ذلك يبقى منتجا لكافة آثاره<sup>3</sup>.

وفي نهاية الأمر تنتهي كل الإجراءات والبيانات الإلزامية الواجب توافرها في الحكم التحكيمي بالمنطوق وهو النتيجة النهائية التي انتهت إليها هيئة التحكيم في حسم النزاع، ويجب ألا يخرج المنطوق عن موضوع النزاع وإلا تعرض الحكم للبطلان،

<sup>1</sup> - ومن القوانين التي أخذت بهذه القاعدة سويسرا، هولندا، فرنسا، اليابان، إيطاليا، إسبانيا والكويت، ومن القوانين التي خرجت عن هذه القاعدة القانون النمساوي، السويدي والدنمركي والنرويجي.

<sup>2</sup> - إن القانون الأمريكي والإنجليزي لا يشترطان تسبب أحكام التحكيم كما استقر القضاء في فرنسا على أن عدم التسبب وإن كان يتعارض مع النظام العام الدولي في فرنسا إلا أنه لا يمس النظام العام الدولي، أنظر في هذا الصدد : منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 258.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1029 من ق.ا.م.ا.ج على ما يلي : " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين".

وإذا تعددت المسائل المتنازع عليها فيجب تجزئة المنطوق بحيث يفصل كل جزء في كل منازعة على حدى ويفيد ذكر منطوق الحكم في تنفيذه<sup>1</sup>.

## 2- تنفيذ حكم التحكيم:

إن تنفيذ الحكم التحكيمي يعد بمنزلة لحظة الحقيقة في اختيار فاعلية نظام التحكيم وتجسيد الواقع العملي للثمرة المنشودة من خصومة التحكيم، ومن تم فقد حرصت العديد من القوانين الوطنية المهتمة والمنظمة لأحكام التحكيم بتحديد أحكام وقواعد خاصة تعنى بتنظيم إجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئة تحكيمية والأسس المعتمدة في تبني تلك الأحكام وتيسير نفاذها.

ولا تختلف الإجراءات القانونية المقررة لتنفيذ أحكام التحكيم سواء كانت هذه الأحكام وطنية أو أحكام تحكيم أجنبية، ذلك أن المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات الوطنية المقارنة الخاصة بالتحكيم أقر ونظم قواعد محددة لإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بالخارج متى اثبت من تمسك بها بوجودها كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي<sup>2</sup>.

ويتطلب أمر إضفاء الصبغة التنفيذية على الحكم التحكيمي ضرورة التقيد بمجموعة من الإجراءات وتضفي الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ؛ إذا كان الحكم صادرا بشأن تحكيم داخلي أو وطني مع إيداع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة<sup>3</sup>. أما إذا كان صادرا

<sup>1</sup> - غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، مرجع سابق، ص 401.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1054 من ق.ا.م.ا ج في هذا الشأن على : " تطبيق أحكام المواد 1035 و 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي "

<sup>3</sup> - تنص المادة 1053 من ق.ا.م.ا ج على " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي بهمه التعجيل ".

بشأن تحكيم دولي فان رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، وفي محكمة التنفيذ إذا كان مقرها موجودا خارج الإقليم الوطني<sup>1</sup>. وفي هذه الحالة الأخيرة على صاحب طلب التنفيذ تقديم أصل حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما تستوفي صحتها لأمانة الجهة القضائية المختصة<sup>2</sup>.

ويخرج الأمر الصادر من رئيس المحكمة المختصة القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي عن نطاق الأعمال القضائية، لأنه لا يفصل في موضوع النزاع بل تقتصر مهامه فقط على التحقق من مدى توافر الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم، ذلك أن أمر التنفيذ لا علاقة له بموضوع النزاع محل التحكيم وليس جزءا من العملية التحكيمية. ومتى استوفى طالب التنفيذ الشروط القانونية لصحة التنفيذ وجب تحصل هذا الأخير على طلبه وذلك بإمهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية دون الإخلال بحقه في طلب النفاذ المعجل لهذا الحكم، متى كان من الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، على أنه يحدث أن يعترض إجراءات التنفيذ بعض العراقيل التي تمنع نفاذه برغم امهاره بالصيغة التنفيذية كامتناع الطرف الخاسر من الانصياع طواعية لما أقره حكم التحكيم<sup>3</sup>.

وفي هذا الإطار حرصت بعض الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم على تنظيم الطرق والوسائل لتنفيذ الأحكام التحكيمية بغية المساهمة في استقرار نظام التحكيم وتدعيمه وضممان فعاليته لا سيما تلك الأحكام التي تكون الدولة كسلطة ذات سيادة طرفا فيها، فإن التنفيذ يواجه في أغلب الحالات عدة عراقيل أهمها مبدأ الحصانة وسيادة الدولة، على أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 كانت من بين الاتفاقيات الدولية

<sup>1</sup> - حيث تنص المادة 1051 من ق.ا.م.ا ج على مايلي " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بوجودها أو كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني ".

<sup>2</sup> - أنظر في هذا الصدد المادة 1052 والمادة 1053 من ق.ا.م.ا ج.

<sup>3</sup> - راجع المادتين 1036 و1037 من ق.ا.م.ا ج.

التي اهتمت بمسألة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، فجعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي واعتمدت استثناءات على عدم نفاذه بعد إقامة الدليل أو تحقق سبب من الأسباب التي عدتها على سبيل الحصر<sup>1</sup>، حيث تؤكد المادة الثالثة منها على مبدأ فعالية الحكم التحكيمي من خلال إقرار ضمان تنفيذه من قبل كل الدول المتعاقدة ونصها كما يلي " تقر كل دولة من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار، ووفقاً للشروط المقررة في المواد الآتية، ولا تفرض لاعتماد القرارات التحكيمية التي تطبق عليها هذه الاتفاقية أو لتنفيذها شروط أشد صرامة بشكل محسوس من الشروط والمصاريف المفروضة لاعتماد القرارات التحكيمية الوطنية أو لتنفيذها ".

على أن المادة الخامسة من ذات الاتفاقية فرضت وأقرت شروطاً كاستثناء عن المبدأ العام وهو اعتماد القرار التحكيمي وقيدت الرفض أو الامتناع عن التنفيذ ضمن شروط محددة على سبيل الحصر وذلك متى أقام الطرف الممتنع عن التنفيذ الدليل على ما يلي :

إن أطراف اتفاق التحكيم وفقاً للقانون المطبق عليهم يصنفون من عديمي الأهلية أو كان اتفاق التحكيم غير صحيح ومخالف للقانون الذي أخضعه له أطرافه أو عدم الإشارة إلى ذلك بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار:

إذا تبين من الطرف المطلوب تنفيذ قرار التحكيم عليه أنه لم يلتقي بتبليغاً صحيحاً بتعيين المحكم وبإجراءات التحكيم أو قدم ما يثبت تعذره عن تقديم دفعه أمام هيئة التحكيم.

- إذا قضى قرار التحكيم بما لم يقره أطراف التحكيم من طلبات أو خلافات لم تحدده ولم تذكر في اتفاق التحكيم أو أنه قرار تجاوز في حكمه حدود اتفاق التحكيم على أن ذلك لا يمنع الاعتراف وتنفيذ بعض أجزاء القرار التحكيمي التي لها الصلة بالقضايا

<sup>1</sup> - راجع نصوص الاتفاقية بالجريدة الرسمية الجزائرية ع 48 المؤرخة في 23 نوفمبر 1988.

المعروضة على التحكيم وأمكن فصلها عن تلك التي لم يتم الاتفاق بعرضها على التحكيم.

- في حالة عدم مطابقة تشكيل هيئة أو محكمة التحكيم وإجراءاته لما ورد في اتفاق التحكيم أو جاء مخالفا لقانون مقر التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

- إن قرار التحكيم لم يصبح ملزما للأطراف بسبب تدخل سلطة البلد الذي صدر فيه وفقا لقانونه وقامت بإلغائه وتعليق العمل به.

كما يمكن أن تعلن السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه اعتماد وتنفيذ القرار التحكيمي رفضها ذلك استنادا إلى :

- إن موضوع الخلاف حسب قانون هذا البلد ليس من شأنه أن يسوى بطريق التحكيم.

- إن اعتماد القرار أو تنفيذه فيه مخالفة للنظام العام في هذا البلد.

وإذا كانت تلك الضمانات التي أحيط بها قرار التحكيم في مختلف قوانين التحكيم الوطنية والاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم قواعد وإجراءات التحكيم الدولي لم يمنع بأن يكون هذا القرار محلا لدعوى البطلان، الأمر الذي وضع تحت مسمى إقرار مبدأ أو حق القضاء الوطني في أعمال الرقابة على أحكام التحكيم من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن في حكم التحكيم سواء كان وطنيا أو دوليا، وهو ما أقرته ونظمت له إجراءات وأحكام مختلفة ضمن قواعد القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم<sup>1</sup>.

على أن تعرض حكم التحكيم لدعوى البطلان لا يعني بأي حال من الأحوال مراجعة تقدير المحكمين، إذ أن ما انتهى إليه المحكمون كحكم فاصل في النزاع يكون بعيدا عن أي رقابة أو تعديل وهو ما يعني أن الطلبات التي تبنى عليها دعوى البطلان لا يعني بأي حال من الأحوال مراجعة تقدير المحكمين، إذ أن ما انتهى إليه المحكمون كحكم فاصل في النزاع يكون بعيدا عن أي رقابة أو تعديل وهو ما يعني أن الطلبات التي تبنى عليها دعوى البطلان هي طلبات ترمي إلى الإبطال وليس إلى

<sup>1</sup> - أنظر المادة 1058 من ق.م. ا ج التي تنص على " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه "

الإصلاح والتعديل وهو الأمر الذي يصدق عليه القول بأن دعوى البطلان في أحكام التحكيم تقترب إلى حد كبير من طرق الطعن بالنقض في الأحكام القضائية وتطبيقا لهذا المبدأ فقد كان لقواعد الأونيسترال بموجب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الدور الفعال في إقرار وتعداد الحالات التي يتعين على مقدم الطلب الطعن إثباتها بموجب المادة 34 منها.

وفيما عداها فلا يجوز الاحتجاج أو تعريض قرار التحكيم لدعوى البطلان والتي تم حصرها في أحد الأسباب التالية<sup>1</sup>:

- إن أحد طرفي اتفاق التحكيم يفتقر إلى أهلية أو أن اتفاق التحكيم غير صحيح.
  - إن الطرف صاحب الدعوى أو طلب البطلان لم يبلغ بشكل صحيح تعيين أحد المحكمين أو إجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب أو لآخر أن يعرض دفوعه وطلباته.
  - إذا فصلت هيئة التحكيم بما يخالف المقرر بقرار التحكيم.
  - إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو أحد أعضائها من المحكمين جاء مخالفا لاتفاق التحكيم أو لقانون مقر التحكيم.
- كما يمكن للمحكمة القضاء بالبطلان إذا وحدث :
- أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانون هذه الدولة محل التنفيذ.
  - أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة.

<sup>1</sup> - هي تقريبا الأسباب التي حددها المشرع الجزائري كشرط لجواز الطعن في الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم وبالتبعية الطعن في التحكيم وفقا لما قضت به أحكام المادة 1050 من ق. ا. م ا ج كما يلي : " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ الا في الحالات الآتية :

- 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
- 2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
- 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
- 4 - إذا لم يراع مبدأ اللوجاهية.
- 5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكما أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
- 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

وهي ضوابط تشكل في مجملها حدا من الضمانات لقرار التحكيم حتى لا تترك مسألة الفصل في دعوى البطلان تحت سلطة قاضي بلد التنفيذ التي ربما يتمادى في فرض حق الرقابة مما يشكل خرقا لقرار التحكيم.

### المطلب الثاني: تكريس التحكيم في مجال الاستثمار في ظل الاتفاقيات الدولية

بما أن منازعات الاستثمار تعتبر ذات طابع اقتصادي، فإنه من الأفضل والمستحسن تجنب أي نظام شكلي وجامد، الذي لا يهتم إلا بإصدار الحكم النهائي الذي يحدد فيه المحكوم له عليه، ففي هذا الحكم الذي تصدر بحسم النزاع بالطريقة التي تمنح الحق لطرف، وتنسب الخطأ للآخر، فإنه من الأفضل في الموضوعات الاقتصادية أن نصل إلى حلول تحقق العدالة والتسوية، وتوفق فيما بين الأطراف المتنازعة<sup>1</sup>، وبما أن معظم الدول المستوردة لرأس المال، تحبذ عدم الارتباط بمواثيق دولية والتي تحملها التزامات معينة، بخصوص معاملة الاستثمارات الأجنبية الخاصة في اقليمها، وتفضل هذه الدول في تنظيم علاقاتها مع المستثمرين الأجانب عن طريق الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية التي تتضمن من القواعد ما يتناسب وظروفها المختلفة<sup>2</sup>، فإن شرط الذي يتضمن اتفاقيات الاستثمار، يعد ضمانا أفضل للمستثمرين الأجانب، لأن هذا الشرط يكون ملزما ولا يمكن العدول عنه، أو الادعاء من قبل الدولة المضيفة بحصانة السيادة<sup>3</sup>.

فالنصوص ذات المصدر الدولي، وأهمها الاتفاقيات الدولية، كثيرا ما تتضمن التعبير عن القواعد الحاكمة للمعاملات الدولية، ومثل هذه الاتفاقيات تطبق بحسبانها نصوصا قانونية وطنية كلما تعلق الأمر بنزاع بين أطراف ينتمون إلى دولة مصادقة على الاتفاقية، فضلا عن هذه الاتفاقيات قد يكون لها قيمة قانونية أعلى من القانون الوطني أو على الأقل مساوية له<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - حازم جمعة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية القاهرة، 1996، ص 190 وما بعدها.

<sup>2</sup> - عصام الدين مصطفى بسيم، المرجع السابق، ص 197.

<sup>3</sup> - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 19.

<sup>4</sup> - فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، المرجع السابق، ص 230.

كما أنه وفي بعض العقود أجريت عدة تحكيمات استنادا إلى شرط التحكيم الوارد بها وبما أن التحكيم وسيلة قضائية لها استقلاليتها، فلا يجوز لأي طرف من أطراف العلاقة الاستثمارية اللجوء إليه دون اتفاق على هذا النوع من القضاء، بين الأطراف محل المنازعة أيًا كانوا أفراد، أو هيئات، أو دولاً<sup>1</sup>.

وإدراكا من الدول المصدرة لرأس المال على أهمية الدور الذي تضطلع بها الاتفاقيات الثنائية في جلب الاستثمارات الأجنبية، لذلك قامت بإبرامها والمصادقة عليها وتضمين بنود متعلقة بضمانات قضائية (الفرع الأول) ولا يقتصر الأمر على الاتفاقيات الثنائية فحسب، بل بادرت هذه الدول إلى الانضمام والمصادقة على الاتفاقيات المتعددة الأطراف (الفرع الثاني) مشيرين إلى أهم مراكز التحكيم الدولية في (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: تكريس التحكيم في إطار الاتفاقيات الثنائية

لقد انضمت معظم الدول العربية إلى العديد من الاتفاقيات الدولية التي تجيز التحكيم وتعتمده كنظام وطريق مواز لنظام القضاء بل تعتبره نظاما وطريقا وحيدا للعديد من القضايا ذات الطابع الدولي، لذلك سعت هذه الدول، وبهدف طمأنة وجذب الاستثمارات الأجنبية إلى إبرام اتفاقيات ثنائية بينها وبين دول المستثمرين، وذلك محاولة منها لتحرير التجارة الداخلية، والتخلي عن دورها الاقتصادي وخصوصا في حقل الإنتاج السلعي، وكذا محاولة تغيير نظم التعامل مع الاستثمار الأجنبي المباشر، عن طريق تقليل الصعوبات، وتيسير سبل تدفق هذا الاستثمار في الدول النامية المضيفة للاستثمار فتقوم بإعطائه الاستقلالية والأمان، وتجعله قابل للتنبؤ وأكثر شفافية واستقراراً<sup>2</sup>.

وهذه الاتفاقيات في أغلبها تنص على اعتماد التحكيم وسيلة لفض النزاع الاستثماري عند وقوعه، لأن العقود الاستثمارية، يغلب عليها السمة التجارية المؤقتة،

<sup>1</sup> - فؤاد محمد أبو طالب، نفس المرجع، نفس الصفحة.

<sup>2</sup> - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2006، ص 466.

فإقامة أحد طرفي العقد إقامة طارئة في بلد العقد، والغرض من بقاؤه هو تنفيذ العقد الاستثماري، وبعد نهايته يتم مغادرته لهذا البلد، الذي يستلزم البحث وراء إيجاد الضمانات التي تحافظ على حقه في هذا التعاقد.

ويرجع تاريخ أول اتفاقية في هذا النوع إلى عام 1959، وقد تم إبرامها بين ألمانيا وباكستان التي دخلت حيز التنفيذ في 1962/11/28<sup>1</sup>.

ومع نهاية عقد الستينات من القرن العشرين قد تم توقيع 65 اتفاقية مماثلة، وقد اشتملت غالبية هذه الاتفاقيات على التسوية التحكيمية للنزاعات بين الدول الأطراف، في حين لم تشمل على بنود تنص على تسوية النزاعات التي يمكن أن تثور بين إحدى الدولتين المتعاقدين ومواطني أو شركات الدولة المتعاقدة الأخرى.

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

وقد شهد عام 1969 إبرام أول اتفاقية استثمار ثنائية تشتمل على القبول من جانب كل دولة طرف على إخضاع المنازعات مع مواطني الدولة الطرف الأخرى لقضاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وقد أبرمتها الحكومة الإيطالية مع دولة تشاد في شهر يونيو من عام 1969<sup>2</sup>.

ثم جاء العقد الأخير هذا القرن العشرين ليشهد زيادة هائلة في عدد هذه الاتفاقيات الثنائية، حيث لا تكاد توجد دولة من دول العالم سواء أكانت متقدمة أو

<sup>1</sup> - مصلح أحمد طراونة: فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، 2013، ص 180.

<sup>2</sup> - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 467.

نامية إلا وتعد طرفا في اتفاقية أو أكثر من هذه الاتفاقيات، ووصل عدد الاتفاقيات الاستثمار الثنائية الموقعة حتى نهاية عام 2016 إلى 2959 اتفاقية<sup>1</sup>.

هذا وتتضمن معظم هذه الاتفاقيات الثنائية للاستثمار شروطا لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين دولة عضو في الاتفاقية ومستثمر من رعايا الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية وفي الأغلبية السائدة من هذه الاتفاقيات تتضمن هذه الشروط جواز اللجوء إلى واحد من هذه 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، حيث تعبر هذه الشروط عن قبول كلتا الدولتين الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

من هذا القبيل ما نصت عليه المادة التاسعة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين نيجيريا وهولندا عام 1992م من أنه يقبل كل طرف متعاقد بموجب هذه الاتفاقية أن يحيل أي نزاع قانوني يثور بين ذلك المتعاقد وأحد مواطني الطرف الآخر المتعاقد فيما يتعلق بالاستثمار في إقليم الطرف المتعاقد الأول إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من أجل تسوية عن طريق التوفيق أو التحكيم وفق أحكام اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965م<sup>2</sup>.

أيضا ما نصت عليه اتفاقية الاستثمار المبرمة بين مصر ومالي سنة 1999 في المادة التاسعة منها الخاصة بتسوية الخلافات بالاستثمار بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من طرف المتعاقد الآخر من أنه: "إذا تعذر تسوية النزاع وديا بطريق مباشر بين طرفي النزاع في غضون ستة أشهر من تاريخ الإخطار كتابة فإن النزاع يتم عرضه باختيار المستثمر على أي من:

<sup>1</sup> - تقرير الاستثمار العالمي 2015، عرض عام، اصلاح حكومة نظام الاستثمارات الدولي، ص 26، تم زيارته على الموقع: [unctad.org/en/publicationsLibrary/wir2015overview-ar.pdf](http://unctad.org/en/publicationsLibrary/wir2015overview-ar.pdf) يوم 01 سبتمبر 2017.

<sup>2</sup> - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق ص 468.

أ- محكمة مختصة في إقليم الطرف المضيف للاستثمار.

ب- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والمنشأ وفق أحكام اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965، ولهذا الغرض يقوم كل طرف متعاقد بإعطاء موافقته على أن كل نزاع يتعلق بالاستثمارات يخضع لهذه الإجراءات الخاصة بالتحكيم<sup>1</sup>.

وتسعى الجزائر كغيرها من البلدان إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية عن طريق إبرامها لعدة اتفاقيات ثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار، حيث ارتبطت مع عدد كبير من الدول سواء مصنعة أو في طريق النمو، وذلك من أجل تبادل الخبرات واستقبال رؤوس الأموال، حيث تشمل جل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في الميدان الاقتصادي على بنود تسوية المنازعات، في حالة نشوؤها وذلك بتعداد طرق من بينها اللجوء إلى القضاء الوطني أو اللجوء إلى التحكيم الدولي.

حيث نصت المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار على ما يلي: "... إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم..."<sup>2</sup>، فحسب نص المادة في حال وجود اتفاقيات ثنائية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، في هذه الحالة تتم تسوية المنازعات الاستثمارية بناء عليها، لأنها تعتبر من أكثر الأدوات القانونية التي توفر ضمانات إجرائية للاستثمارات الأجنبية وفي نفس الوقت الأكثر طمأنة وتحفيز للمستثمر الأجنبي بهدف إنشاء استثماره في الجزائر نظرا للحماية الفعالة التي توفرها له الاتفاقيات بالمقارنة مع الحماية التي يتضمنها التشريع الداخلي.

فأبرمت الجزائر منذ سنة 1990 إلى غاية الآن أزيد من 34 اتفاقية متعلقة بتجنب الازدواج الضريبي و46 أخرى متعلقة بتشجيع والحماية المتبادلة

<sup>2</sup> - نص الاتفاقية منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، اع 34 المؤرخ في 24 أغسطس سنة 2000، ص 3623.

<sup>2</sup> - وتقابلها المادة 17 من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى بموجب القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار المشار إليه سابقا.

للاستثمارات، مع جميع أنحاء العالم، مع الدول العربية، دول افريقية وأوروبية، آسيوية وأمريكية، ولهذا الحجم دلالات عن نية الحكومة الجزائرية في الاستفادة أكثر من القانون الاتفاقي الاستثماري<sup>1</sup>.

لا تكاد تخلوا الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر على بند التحكيم كوسيلة، يتم اللجوء إليها في النزاعات التي تثور بين المستثمر الأجنبي والجزائر، ومن الأمثلة عن هذه الاتفاقيات نورد النماذج التالية:

- الاتفاقية المتعلقة بتشجيع الاستثمار بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية<sup>2</sup>، الصادرة بتاريخ 1990/10/17، وإن كانت هذه الاتفاقية قد أخذت بالتحكيم كأداة لتسوية النزاعات فإنها اعترفت بالضمانة لشركة التأمين الامريكية المؤمنة لحقوق المستثمر أو المورد الأمريكي، واعترفت هذه الاتفاقية لطرفي العلاقة بمحاولة تسوية الخلافات التي تثور بينها بالأسلوب الودي وذلك قبل إحالة على هيئة التحكيم.

- اتفاقية تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر والاتحاد البلجيكي للوكسمبورغي لسنة 1991م<sup>3</sup>، وخصصت المادة 11 منها لتسوية الخلافات ودعت الأطراف إلى البحث عن التسوية الودية وفي حالة الاتفاق يحال النزاع على التحكيم المحدد في طلب الاتفاقية.

- اتفاقية ترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر وإيطاليا<sup>4</sup>، الموقع عليها في 1991/05/18م، تناول الفصل السادس من هذه الاتفاقية تسوية الخلافات، حيث دعت إلى البحث التسوية بالطرق الدبلوماسية لأي نزاع يثور بين إحدى الدولتين

1 - أنظر في خصوص هذه الاتفاقيات، موقع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار [www.andi.dz](http://www.andi.dz)

2 - المرسوم الرئاسي رقم 319/90 المؤرخ في 1990/10/17 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والولايات المتحدة الامريكية حول تشجيع الاستثمارات، ج ر ج ع 45 لسنة 1995.

3 - المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في 1991/10/05 الذي يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي للوكسمبورغي حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 1991/04/24 ج ر ج ع 46 سنة 1991.

4 - المرسوم الرئاسي رقم 346/91 المؤرخ في 1991/10/15، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 1991/05/18، ج ر ج ع 46 سنة 1997.

المتعاقدتين ومستثمر من الدولة المتعاقدة الأخرى، وفي حالة الفشل فقط يحال النزاع على واحدة من الهيئات التي ذكرتها الفقرة الثانية من المادة الثانية والمتمثلة في الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي تم الاستثمار على إقليمها، أو على المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات، قصد تطبيق إجراءات التوفيق أو التحكيم، أو محكمة تحكيمية أنشئت لهذا الغرض<sup>1</sup>.

- اتفاقية حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر ومصر<sup>2</sup>، التي نصت في المادة 10 منها على أن الخلاف المتعلق بتفسير وتطبيق الاتفاقيات يسوى بقدر الإمكان بالطرق الدبلوماسية، وفي غياب الحل الودي في مهلة 06 أشهر، فإنه يحال بطلب من أحدهما إلى محكمة التحكيم كما تناولت الاتفاقية تعيين المحكمين، والإجراءات الخاصة بالتحكيم إلى غاية صدور القرارات التحكيمية بصفة نهائية وإلزامية.

ولم تكف الجزائر بهذا القدر من الاتفاقيات الثنائية بل أبرمت مجموعة من الاتفاقيات مع دول أجنبية أخرى خاصة فرنسا<sup>3</sup>، رومانيا<sup>4</sup>، إسبانيا<sup>5</sup>،

<sup>1</sup> - انظر المادة 08 من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 11/10/1998 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليها في القاهرة بتاريخ 29 مارس سنة 1997، ح ر ج ج ع 76.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 02/01/1994 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات ج، ر ج ج ع 01.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 94/328 المؤرخ في 22 أكتوبر سنة 1994 المتضمن المصادقة على الاتفاق المرسوم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا الموقع في الجزائر في 28 جوان 1994، والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ح ر ج ج ع 69.

<sup>5</sup> - مرسوم رئاسي رقم 95/88 المؤرخ في 25/03/95 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23/12/1994، ح ر ج ج ع 23.

الأردن<sup>1</sup>، قطر<sup>2</sup>، مالي<sup>3</sup>، سوريا<sup>4</sup>، كوت ديفوار<sup>5</sup>، نيجر<sup>6</sup>، ألمانيا<sup>7</sup>،  
الموزمبيق<sup>8</sup>، كوريا<sup>9</sup>، إفريقيا الجنوبية<sup>10</sup>، اليمن<sup>11</sup>، ماليزيا<sup>12</sup>،  
الأرجنتين<sup>13</sup>، سلطنة عمان<sup>14</sup>، أندونيسيا<sup>15</sup>، الإمارات العربية  
المتحدة<sup>16</sup>، بلغاريا<sup>17</sup>، جمهورية التشيك<sup>18</sup>، الصين<sup>19</sup>، البحرين<sup>20</sup>، نيجيريا<sup>21</sup>،

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 97-103 المؤرخ في 5 أبريل 1997 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 1 أوت 1996 ج ر ج ع 20.

<sup>2</sup> ( مرسوم رئاسي 97-229 المؤرخ في 23/06/1997 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 1996/10/24، ج ر ج ع 43.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 98/431 المؤرخ في 27/12/1998 يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في بامكو بتاريخ 1996/07/11، ج ر ج ع 97.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 2000/245 المؤرخ في 22/08/2000، ج.ر.ج.ج ع 52.

<sup>5</sup> - مرسوم رئاسي رقم 2000/246 المؤرخ في 22/08/2000، ج.ر.ج.ج ع 52.

<sup>6</sup> - مرسوم رئاسي رقم 2000/247 المؤرخ في 22/08/2000، ج.ر.ج.ج ع 52.

<sup>7</sup> - مرسوم رئاسي رقم 2000/280 المؤرخ في 07/10/2000، ج.ر.ج.ج ع 58.

<sup>8</sup> - مرسوم رئاسي رقم 201/01 المؤرخ في 23/07/2001، ج.ر.ج.ج ع 40.

<sup>9</sup> - مرسوم رئاسي رقم 204/01 المؤرخ في 23/07/2001، ج.ر.ج.ج ع 40.

<sup>10</sup> - مرسوم رئاسي رقم 206/01 المؤرخ في 23/07/2001، ج.ر.ج.ج ع 41.

<sup>11</sup> - مرسوم رئاسي رقم 211/01 المؤرخ في 23/07/2001، ج.ر.ج.ج ع 42.

<sup>12</sup> - مرسوم رئاسي رقم 212/01 المؤرخ في 23/07/2001، ج.ر.ج.ج ع 42.

<sup>13</sup> - مرسوم رئاسي رقم 336/01 المؤرخ في 13/11/2001، ج.ر.ج.ج ع 69.

<sup>14</sup> - مرسوم رئاسي رقم 223/02 المؤرخ في 22/07/2002، ج.ر.ج.ج ع 44.

<sup>15</sup> - مرسوم رئاسي رقم 226/02 المؤرخ في 22/07/2002، ج.ر.ج.ج ع 45.

<sup>16</sup> - مرسوم رئاسي رقم 227/02 المؤرخ في 22/07/2002، ج.ر.ج.ج ع 45.

<sup>17</sup> - مرسوم رئاسي رقم 123/02 المؤرخ في 07/04/2002، ج.ر.ج.ج ع 25.

<sup>18</sup> - مرسوم رئاسي رقم 124/02 المؤرخ في 07/04/2007، ج.ر.ج.ج ع 25.

<sup>19</sup> - مرسوم رئاسي رقم 392/02 المؤرخ في 25/11/2002، ج.ر.ج.ج ع 77.

<sup>20</sup> - مرسوم رئاسي رقم 65/03 المؤرخ في 08/02/2003، ج.ر.ج.ج ع 10.

<sup>21</sup> - مرسوم رئاسي رقم 94/03 المؤرخ في 03/03/2003، ج.ر.ج.ج ع 16.

السودان<sup>1</sup>، ليبيا<sup>2</sup>، الكويت<sup>3</sup>، الدانمرك<sup>4</sup>، النمسا<sup>5</sup>، السويد<sup>6</sup>، إيران<sup>7</sup>، البرتغال<sup>8</sup>، سويسرا<sup>9</sup>، روسيا<sup>10</sup>، تونس<sup>11</sup>، فنلندا<sup>12</sup>، سربيا<sup>13</sup>، موريتانيا<sup>14</sup>، السعودية<sup>15</sup>، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى<sup>16</sup>.

نشير فقط أن اعتمادنا على هذه الاتفاقيات على سبيل المثال لا غير فكل الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر تضمنت شرط اللجوء إلى التحكيم، وهو عامل فرض على الجزائر نتيجة عدة عوامل ولعل أهمها التنافس المحموم بين مختلف الدول

- 
- 1 - مرسوم رئاسي رقم 115/03 المؤرخ في 17/03/2003، ج.ر.ج.ج ع 19.
  - 2 - مرسوم رئاسي رقم 121/03 المؤرخ في 17/03/2003، ج.ر.ج.ج ع 20.
  - 3 - مرسوم رئاسي رقم 209/03 المؤرخ في 05/05/2003، ج.ر.ج.ج ع 33.
  - 4 - مرسوم رئاسي رقم 370//03 المؤرخ في 23/10/2003، ج.ر.ج.ج ع 66.
  - 5 - مرسوم رئاسي رقم 525//03 المؤرخ في 30/12/2003، ج.ر.ج.ج ع 62.
  - 6 - مرسوم رئاسي رقم 327/04 المؤرخ في 10/10/2004، ج.ر.ج.ج ع 65.
  - 7 - مرسوم رئاسي رقم 431/04 المؤرخ في 29/12/2004، ج.ر.ج.ج ع 84.
  - 8 - مرسوم رئاسي رقم 75/05 المؤرخ في 26/02/2005، ج.ر.ج.ج ع 15.
  - 9 - مرسوم رئاسي رقم 192/05 المؤرخ في 28/05/2005، ج.ر.ج.ج ع 37.
  - 10 - مرسوم رئاسي رقم 235/05 المؤرخ في 23/06/2005، ج.ر.ج.ج ع 45.
  - 11 - مرسوم رئاسي رقم 128/06 المؤرخ في 03/04/2006، ج.ر.ج.ج ع 21.
  - 12 - مرسوم رئاسي رقم 404/06 المؤرخ في 14/01/2006، ج.ر.ج.ج رقم 73.
  - 13 - مرسوم رئاسي رقم 334/13 المؤرخ في 30/09/2013، ج.ر.ج.ج، رقم 49.
  - 14 - مرسوم رئاسي رقم 336-15 المؤرخ في 27/12/2015 المتضمن التصديق على الاتفاقية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الإسلامية الموريتانية من أجل تفادي الازدواج الضريبي وتجنب التهرب والغش الضريبي فيما يتعلّق بالضرائب على الدخل والثورة، ج.ر.ج.ج، ع 70.
  - 15 - مرسوم رئاسي رقم 337-15، المؤرخ في 27/12/2015، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة العربية السعودية لتجنب الازدواج الضريبي ولمنع التهرب الضريبي غي شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال، ج.ر.ج.ج، ع 01.
  - 16 - مرسوم رئاسي رقم 156-16، المؤرخ في 26 ماي 2016، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية لتجنب الازدواج الضريبي ولمنع التهرب الضريبي غي شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال، الموقعة في الجزائر في 18 فيفري سنة 2015، ج.ر.ج.ج، ع 33.

لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية الأمر الذي أدى بالجزائر إلى الانضمام إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف.

وبالرغم من أن معظم الاتفاقيات الثنائية كانت تحرص على تفضيل التحكيم كأسلوب لتسوية النزاعات التي تثور بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، إلا أنها تبقى على اختصاص الجهة القضائية المختصة للدولة التي يقع فيها الاستثمار كإجراء يترك الأطراف العلاقة سلطة اختياره، مما يعني أن المستثمر الأجنبي يخضع من حيث الأصل لقوانين الدولة المضيفة وهو ما يعطي من حيث المبدأ الاختصاص للقضاء الداخلي، غير أنه وبغرض توفير الحماية للاستثمار الأجنبي باتت الاتفاقيات الثنائية للاستثمار تدرج ضمن أحكامها حق المستثمر الأجنبي إحالة أي نزاع يثور بينه وبين الدولة المضيفة على التحكيم التجاري الدولي.

إن حماية الاستثمارات الأجنبية يجب ألا تتم على حساب سيادة الدولة المضيفة للاستثمارات وهو ما يجد تفسيراً له في وجوب البحث عن التسوية بأحد الأساليب الودية قبل إحالة النزاع على التحكيم، وحيث يصبح من حق المستثمر أن يحيل النزاع أمام التحكيم المؤسسي مثل نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو التحكيم الخاص كالقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي المنشأة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب التوصية رقم 2215 بتاريخ 17/06/1966، غير أن حق المستثمر الأجنبي في الإحالة على التحكيم يتوقف على وجوب أن تكون الدولة قد التزمت بذلك إما من خلال تشريعاتها، وتكون طرفاً في اتفاقيات استثمار ثنائية مع الدولة التي يحمل المستثمر الأجنبي الطرف في النزاع جنسيتها.

#### الفرع الثاني : اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف :

مع بداية العقد الأخير من القرن الماضي، أدركت الدول أهمية توسيع نطاق الحماية للمستثمرين الأجانب، فأبرمت العديد من الاتفاقيات الاستثمار المتعددة، ولم تكف بهذا الحد، وإنما ضمنت أيضاً أحكامها شروطاً تقضي باللجوء إلى التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الاستثمارية، فهذه الشروط تعتبر عرضاً من جانب الدولة

الطرف في الاتفاقية، يكتسي الطابع الإلزامي باقترانه بقبول أحد مواطني الدول المتعاقدة الأخرى ومن أبرز هذه الاتفاقيات :

- اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة (Nafta) لعام 1992 بهدف إنشاء منطقة تجارية حرة التي دخلت حيز التنفيذ في 01.01.1994 إذا أشارت المادة 1122 منها إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات بين أحد أطرافها ومستثمر من دولة أخرى طرفا في الاتفاقية.

- اتفاقية ميثاق الطاقة (ECT) بغية تشجيع وتعزيز التعاون الدولي في مجال الطاقة أبرمت عام 1994 ودخلت حيز التنفيذ في 16/04/1998<sup>1</sup>.

ونظمت المادة 26 من الاتفاقية آلية تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدولة والمستثمر من بينها التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إذا أعطت للمستثمر في حالة النزاع الخيار بين اللجوء إلى المحاكم الوطنية، أو لأي جهة محايدة يتم الاتفاق عليها مسبقا أو اللجوء إلى التحكيم<sup>2</sup>.

- اتفاقية التجارة الحرة بين جمهورية الدومينيك، أمريكا الوسطى، الولايات المتحدة الأمريكية (DR - CAFTA).

أبرمت هذه الاتفاقية بتاريخ 2004/08/05 بين كل من الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية الدومينيك وجمهورية أمريكا الوسطى (التي تضم 5 دول

<sup>1</sup> - الدولة الموقعة على اتفاقية ميثاق الطاقة : ألبانيا، أرمينيا، أستراليا، النمسا، أذربيجان، وبيلاروس، بلجيكا، البوسنة والهرسك، بلغاريا، كرواتيا، قبرص، الجمهورية التشيك، الدانمرك، استونيا، والاتحاد الأوروبي، فنلندا، فرنسا، جورجيا، ألمانيا، اليونان، هنغاريا، أيسلندا، إيرلندا، إيطاليا، اليابان، كازاخستان، فيرغيزستان، لاتفيا، ليختشتاين، لوكسمبورغ، مالطا، مولدوفا، منغوليا، هولندا، النرويج، بولندا، البرتغال، رومانيا، الاتحاد الروسي، سلوفاكيا، سلوفينيا، اسبانيا، السويد، سويسرا، طاجيكستان، جمهورية يوغسلافيا السابقة، مقدونيا، تركيا وتركمانستان وأوكرانيا، المملكة المتحدة وأوزبكستان، ليتوانيا.

<sup>2</sup> - وهي : ( ICSID ) 5 دول من 52 دولة موقعة على اتفاقية ميثاق الطاقة ليست أطرافا في اتفاقية المركز - روسيا، بولندا، طاجيكستان، ليختشتاين، فيرغيزستان، أنظر في هذا الصدد : مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق ص. 197.

كوستاريكا، السلفادور، جواتيمالا، لهندوراس، نيكاراغوا) ؛ يهدف إنشاء منطقة تجارية حرة، وإلغاء التعريفات الجمركية بين الدول السبع<sup>1</sup>.

تجسيدا لذلك أعطت المادة 3/16/10 من الاتفاقية للمستثمر الحق في اللجوء إلى التحكيم كخيار لتسوية النزاعات مع الدولة المضيفة العضو في اتفاقية DR .CAFTA

- اتفاقية قرطاجة للتجارة الحرة التي أبرمت بين المكسيك وفنزويلا وكولومبيا سنة 1994 وقد نظمت المادة 16 و 17 من ملحق الاتفاقية آليات تسوية النزاعات الاستثمارية إذ أعطت للمستثمر الحق في اختيار بين التحكيم المركز الدولي أو وفقا لقواعد اليونسترال unictral.

أما فيما يخص الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر فنذكر منها الاتفاقية المغربية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، اتفاق الشراكة من أجل تنمية افريقيا، اتفاق الشراكة مع دول الاتحاد الأوروبي، ونظرا لتعدد الاتفاقيات ذات البعد الدولي التي أبرمتها الجزائر فإننا نسلط الضوء على دراسة أهمها فنجد اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، واتفاقية الشراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي.

**البند الأول: اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين الجزائر ودول المغرب العربي:**

رغبة من الجزائر في تشجيع الاستثمارات الأجنبية القادمة إليها من الخارج، وتعزيزها منها لخيار الشراكة والتعاون الإقليمي بين دول المغرب العربي، وكذا إيماناً بضرورة توثيق العلاقات الاقتصادية الإقليمية، أبرمت الجزائر معاهدة مع دول

<sup>1</sup> - دخلت حيز التنفيذ عام 2006 بالنسبة لكل من الولايات المتحدة الأمريكية، السلفادور، جواتيمالا، Dr- CAFTA اتفاقية الهندوراس، نيكاراغوا، أما جمهورية الدومينيكا فأصبحت فيها الاتفاقية سارية المفعول ابتداء من 2007/03/01، أما كوستاريكا ابتداء من 2009/01/01، متوفرة على الموقع : <http://www.Uster.gov/Trade-agrments/free-Trade-agrments/cafta-dr-dominicain-republie-central-america-fa>

المغرب العربي تهدف إلى إقامة اتحاد المغرب العربي<sup>1</sup>، وبعد عام ونصف من دخول هذه المعاهدة حيز النفاذ، فكرت دول اتحاد المغرب العربي في تعزيز هذا الاتحاد أكثر وبحثه من مختلف الجوانب، فتم إبرام اتفاقية تتعلق بالاستثمارات تطبيقاً لنص المادة الثانية، الفقرة الثالثة من معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي<sup>2</sup>، وتمت المصادقة على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 سنة 1990م، بين خمسة دول هي الجزائر، تونس، ليبيا، المغرب، موريتانيا، حيث أصبحت هذه الاتفاقية تعرف بالاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي<sup>3</sup>.

فاعتمادنا على هذه الاتفاقية كنموذج للاتفاقيات المتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، لأنها تزامنت مع فترة الإصلاحات الاقتصادية التي عرفت الجزائر، كما أنها تعد أول اتفاقية متعددة الأطراف توقعها الجزائر وتصادق عليها في مجال الاستثمارات عملت الدول المصادقة على هذه الاتفاقية على محاولة ضبط بعض المفاهيم والمصطلحات كخطوة أولى تضمنها الفصل الأول من الاتفاقية تحت عنوان "تعريف"، وما يلاحظ على هذه المفاهيم أنها لم تخلو من بعض النقائص سواء من الناحية القانونية أو الفعلية، ومن بين ما ورد من تعريف في الاتفاقية مثلاً تعريف الاستثمار: "هو استخدام رأس المال في إحدى المجالات المسموح بها في بلدان اتحاد المغرب العربي"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - وثيقة حول معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي، RA.S.J.E.P، عدد 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

<sup>2</sup> - تنص المادة 2 في ف 3 من معاهدة إنشاء المغرب العربي على ضرورة تحقيق التنمية الصناعية والتجارية والاجتماعية للدول الأعضاء بهدف التكامل والاندماج الاقتصادي لبلدان المغرب العربي.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي 420/90 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 يوليو 1990، ج ر ج ج ع 6 سنة 1991.

<sup>4</sup> - راجع الفقرة الرابعة من الفصل الأول من الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغاربي المشار إليها سابقاً.

وعرفت المستثمر بأنه المواطن الذي يملك رأس المال ويقوم باستثماره في إحدى بلدان اتحاد المغرب العربي<sup>1</sup>، والمواطن في مفهومها هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية<sup>2</sup>.

لقد تضمنت هذه الاتفاقية جملة من المبادئ المتعلقة بمعاملة الاستثمارات المتبادلة بين دول اتحاد المغرب العربي أهمها مبدأ الحرية، شرط الدولة أكثر رعاية، المعاملة المنصفة والعادلة وعدم التمييز.

وفي إطار حماية الاستثمارات المتبادلة بين دول اتحاد المغرب العربي، كرست الاتفاقية مجموعة من الضمانات بهدف تشجيع الاستثمار والمستثمر المغربي ومن هذه الضمانات ما هي ضمانات مالية وأخرى غير مالية تشمل على ضمانات قانونية.

لقد أعطت الاتفاقية المغربية أهمية خاصة للضمانات المالية وقدمتها على الضمانات الأخرى إدراكا منها لمدى أهمية هذا الضمان بالنسبة للمستثمر الذي يريد أن يضمن عدم تعرض أمواله للخسارة أو الحجز ومن بين هذه الضمانات نذكر ضمان حرية تحويل الرساميل<sup>3</sup>، ضمان التعويض عن الأضرار<sup>4</sup>، إقرار بعض الامتيازات الخاصة للدولة المستثمرة<sup>5</sup>.

أما عن الضمانات غير المالية فتتمثل في الضمانات القانونية مثل ضمانات نزع الملكية والضمانات القضائية التي تنصب في مجال النزاعات والخلافات التي يمكن أن تنشأ في مجال الاستثمار وبالتالي ضمان تسوية عادلة لهذه الخلافات، وحسب الاتفاقية المغربية لضمان وتشجيع الاستثمار بين دول الاتحاد المغربي تكون هدف التسوية بطريقتين تضمنها الفصل الخامس من الاتفاقية، تحت عنوان، الضمانات القضائية وتسوية النزاعات.

<sup>1</sup> - راجع الفقرة الخامسة من الفصل الأول من الاتفاقية.

<sup>2</sup> - راجع الفقرة الأولى من الفصل الأول من الاتفاقية.

<sup>3</sup> - راجع المادة 11 من الفصل الثالث من الاتفاقية المشار إليها سابقا.

<sup>4</sup> - راجع المادة 12 فقرة أولى من الاتفاقية.

<sup>5</sup> - راجع المادة 14 من الاتفاقية.

أ- التسوية الودية للخلافات التي تنشأ بين دول الاتحاد المغربي:

تنص المادة 20 الفقرة الأولى من الاتفاقية المغربية على: "يقع بقدر الإمكان تسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة والخاصة بتطبيق أو تفسير الاتفاقية بالطرق الودية".

ويفهم من نص المادة أن التسوية الودية للنزاعات التي تنشأ بين دول الاتحاد هي تسوية اجبارية قبل اللجوء إلى القضاء، إلا أن الاتفاقية لم تبين ماهي هذه الطرق الودية، وبصفة عامة يمكن اعتبار التفاوض المباشر طريقة من الطرق الودية المعمول بها على المستويات الدولية.

ب- التسوية القضائية التي تنشأ بين دول الاتحاد المغربي:

تضمنتها الفقرة الثانية من المادة 20 من الاتفاقية المغربية، حيث تنص: "وإذا تعذر تسوية الخلاف بتلك الطرق يتم عرضه بطلب الأطراف المتعاقدة أمام الهيئة لدول الاتحاد أو على هيئة التحكيم".

يفهم من هذه الفقرة أن التسوية القضائية للخلافات التي تنشأ بين دول الاتحاد المغربي تكون بطريقتين يمكن للأطراف المتنازعة اختيار الطريقة القضائية المناسبة لهم وتتمثلان في:

- اللجوء إلى الهيئة القضائية لدول اتحاد المغرب العربي تتألف من قاضيين اثنين عن كل دولة تعينها الدولة المعنية بالنزاع لمدة 6 سنوات، تختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بتفسير وتطبيق المعاهدة والاتفاقية المبرمة في ظل الاتحاد وتكون أحكامها ملزمة ونهائية<sup>1</sup>.

- اللجوء إلى هيئة التحكيم التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 20 من الاتفاقية واعتبرته تحكيم خاص، بحيث أن الأطراف الذين يقومون بتأسيسه، حيث يعين كل طرف خلال شهرين عضو بالهيئة ابتداء من تاريخ تسليم طلب التحكيم<sup>2</sup>، ويعينان

<sup>1</sup> - راجع المادة 13 من الاتفاقية المغربية المشار إليها سابقا.

<sup>2</sup> - راجع الفقرة الثالثة من المادة 20 من الاتفاقية.

بدورهما خلال شهر رئيسا لهيئة التحكيم على أن لا يكون من مواطني أحد طرفي النزاع، وتكون قرارات هيئة التحكيم نهائية وملزمة<sup>1</sup>.

ج- تسوية النزاعات التي تنشأ بين أحد الأطراف ومستثمري أحد الأطراف الأخرى: إذا وجد نزاع بين أحد الأطراف المتعاقدة ومستثمر أحد الأطراف الأخرى فالأطراف الخيار، إما اللجوء إلى الهيئة القضائية للدول الاتحاد المغرب الغربي أو اللجوء إلى هيئات أخرى<sup>2</sup>.

- محكمة الاستثمار العربية، طبقا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية<sup>3</sup>.

- هيئات التوفيق والتحكيم الدولية المتخصصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار ويقصد من وراء ذلك، المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

#### البند الثاني : اتفاق الشراكة الاورومتوسطية

يعتبر الاتحاد الأوروبي قطبا اقتصاديا قويا، ذلك لتوافر عناصر الانتماء الاقتصادي فيه على عوامل الوحدة التامة، من تحرير التبادل التجاري بين الدول وتوحيد السياسات الاقتصادية بين الدول الأعضاء، هذا من جهة، كما تمثل الدول العربية بالأخص في شمال إفريقيا (الجزائر، تونس، المغرب) منطقة ذات أهمية كبرى لموقعها الاستراتيجي ودورها الفعال في المنطقة من جهة أخرى<sup>4</sup>، ولما عجزت اتفاقيات التعاون السابقة المبرمة بين الاتحاد الأوروبي ودول المغرب العربي بصفة عامة على استيعاب التغييرات الحالية، أضحت من الضروري اعتماد صورة جديدة للمعاملات الاقتصادية والمبادلات التجارية التي تم اعتمادها في إعلان

<sup>1</sup> - راجع الفقرة الرابعة من المادة 20 من الاتفاقية.

<sup>2</sup> - راجع نص المادة 20 من الاتفاقية المغربية المشار إليها سابقا.

<sup>3</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 306/95 المؤرخ في 07/10/1995 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج.ر. عدد 59، سنة 1995.

<sup>4</sup> - إسماعيل شعباني، محتوى الشراكة الأورو-عربية، تحليل اتفاقيات تونس والمغرب وأفاق الشراكة الأورو جزائرية، مجلة العلوم التجارية رقم 01 سنة 2002 المعهد الوطني للتجارة، ص 3.

برشلونة<sup>1</sup> الذي كان يهدف إلى إقامة تبادل حر بين الاتحاد الأوروبي ودول البحر الأبيض المتوسط

ومن هذا المنطلق تربط دول الاتحاد الأوروبي بدول المغرب العربي بصفة عامة اتفاقيات شراكة بدأت في التسعينات<sup>2</sup>، حيث كان انضمام كل من تونس والمغرب إلى مشروع منطقة التبادل الحر مع الاتحاد الأوروبي في إطار اتفاقيات الشراكة التي أخذت شكل مفاوضات أحادية والتي كان الغرض منها دمج هذه الدول في الفضاء الاقتصادي الأوروبي منذ سنة 1995<sup>3</sup>.

لقد حاولت الجزائر عدة مرات عقد اتفاقيات مع الاتحاد الأوروبي باعتباره الشريك الأول للجزائر إذ أن أكثر من 60 بالمئة من مبادلاتها التجارية تتم مع بلدان الاتحاد، فكانت الجولة 17 من المفاوضات المنعقدة في 2001/12/19 ببروكسل جولة التوقيع بالأحرف الأولى وتم التوقيع النهائي عليها بفالونسيا الإسبانية في 22 أبريل 2002 لتدخل حيز التنفيذ في الفاتح سبتمبر 2005<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انعقد مؤتمر برشلونة يومي 27/28 نوفمبر 1995 بحضور وزراء خارجية الدول الـ 15 للاتحاد الأوروبي والدول الـ 12 المطلة على البحر الأبيض المتوسط (الجزائر/المغرب/تونس/قبرص/مصر/إسرائيل/الأردن/لبنان/مالطا/سوريا/تركيا/فلسطين/).

<sup>2</sup> - Amar Baghzouz :le partenariat euro-méditerranéen :enjeux et perspectives pour les pays du Maghreb ;une décennie de relations internationales 90-2000-ouvrages collectif s/la direction du prof ,ABEDLAZIZ DJERAD , publication du centre de documentation et de recherche administrative,alger 2001, p150

<sup>3</sup> - نشير هنا إلى أن المحاولات الرسمية لإقامة روابط مؤسسية بين الاتحاد الأوروبي وبلدان جنوب البحر الأبيض المتوسط تمت في أوائل السنين إذ تم التوقيع على عدد من اتفاقيات المشاركة الخاصة والتجارة مع كافة البلدان في المنطقة باستثناء الجزائر وقد تركزت هذه الاتفاقيات أساسا على العلاقات التجارية وكانت محددة المدة ولم تشمل أهدافا إقليمية وخلال الفترة 1975-1977، تم التوقيع على اتفاقية تعاون جديدة غير محددة المدة سمحت بدخول السلع المصنعة لأغلب بلدان منطقة جنوبي البحر الأبيض المتوسط معفاة من الرسوم الجمركية إلى الاتحاد الأوروبي، عبد القادر دربال، بلقاسم زايري، تأثير الشراكة الأورومتوسطية على اءه وتأهيل القطاع الصناعي في الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير عدد 01 لسنة 2002 جامعة فرحات عباس سطيف ص3.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 05-159 المؤرخ في أبريل 2005 يتضمن التصديق على اتفاقية الأورومتوسطية لتأسيس شراكة بين الجزائر من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى الموقعة بفالونسيا يوم 2002/04/22 ج ر ع 31 الصادرة في 2005/04/31

لقد تضمن الاتفاق ثلاث مجالات للشراكة، الأول متعلق بالشراكة السياسية والأمنية والثاني بالشراكة الاقتصادية والمالية والثالث خاص بالشراكة في الجانب الاجتماعي والإنساني<sup>1</sup>.

أما عن الشراكة في المجال الاقتصادي والمالي يهدف هذا الأخير إلى تحقيق نمو اقتصادي وتقليل الفوارق بين معادلات النمو في دول أوروبا ودول جنوب المتوسط وقد تم التركيز على عدة نقاط أهمها :

- إقامة منطقة للتجارة الحرة، إقامة آليات لتشجيع نقل التكنولوجيا من الدول الأكثر تقدماً إلى بلدان المتوسط، تأهيل الإصلاحات الرامية إلى تحديث الاقتصاد، ترقية الاستثمار ورفع حجم القروض التي يمكن أن يمدّها بنك الاستثمار الأوروبي والإعانات التي يمكن للدول الأوروبية مدها لدول جنوب المتوسط لتسريع عملية التنمية الاقتصادية في هذه الدول.

وفي حالة حدوث خلاف متعلق بتنفيذ اتفاق الشراكة الاورومتوسطية وتفسيره يمكن لمجلس الشراكة تسوية الخلاف باتخاذ القرار بهذا الشأن، بحيث يتعين على طرف اتخاذ التدابير اللازمة لضمان تطبيق هذا القرار المشار إليه.

وفي حالة تعذر تسوية الخلاف يمكن لكل طرف إشعار الطرف الآخر بتعيين حكم ويلزم عندئذ هذا الأخير بتعيين حكم ثان في غضون شهرين، ولأغراض تطبيق هذا الإجراء يتم اعتبار المجموعة والدول الأعضاء كطرف واحد في النزاع.

ويتعين مجلس الشراكة حكماً ثالثاً وتتخذ قرارات الحكام بالأغلبية ويتعين على كل طرف في النزاع اتخاذ التدابير المطلوبة لتطبيق قرار التحكيم<sup>2</sup>.

من خلال ما تقدّم نلاحظ أنّ الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر أو صادقت عليها تضمنت شرط التحكيم، حيث وفرت للمستثمر الأجنبي ضمانات له أكثر أماناً وطمأنينة له، لاتصافها بالحياد والاستقلالية، حيث يمكن له اللجوء إلى هيئات تحكيمية

<sup>1</sup> - يوسف محمد، الشراكة الاورومتوسطية وأثارها على بلدان اتحاد المغرب العربي، مجلة الادارة مجلد 10، ع2، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2002 ص 49.

<sup>2</sup> - راجع المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المشار إليه سابقاً.

لحلّ النزاع الذي ينشأ بينه وبين الدولة الجزائرية، وقبول الجزائر بذلك لم يكن خياراً عن قناعة راسخة بقدر ما هو مفروض عليها خاصة مع سعيها لخلق بيئة استثمارية وتعزيز انفتاحها على العالم الخارجي، كما تضافرت الجهود في إقناع المستثمر الأجنبي بالانضمام والمصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف، كما قامت بالانضمام إلى أهم الهيئات الدولية التحكيمية والتي تحظى بثقة كبيرة لدى المستثمر الأجنبي على النحو الذي سنراه من خلال الفرع التالي.

### الفرع الثالث: دور مراكز التحكيم الدولية في تسوية منازعات الاستثمار

انطلاقاً من القناعة الكاملة بالدور الهام الذي يلعبه التحكيم في حل منازعات الاستثمار، ثم إنشاء العديد من المراكز الدولية والإقليمية لتكون من مراكز التحكيم المؤسسي لتسوية منازعات الاستثمار، ومن ضمن المراكز الدولية الهامة نجد في المقدمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار C.I.R.D.I (البند الأول) وغرفة التجارة الدولية بباريس C.C.I (البند الثاني).

### البند الأول: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الدولية C.I.R.D.I

أنشئ مركز تسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي بموجب اتفاقية واشنطن عام 1965م في وقت كانت فيه قضية التنمية للعالم الثالث في حاجة ماسة إلى الاستثمارات الأجنبية.

يهدف المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عموماً إلى تقديم تسهيلات التحكيم في المنازعات الاستثمارية التي قد تنشأ بين الدول المتعاقدة والمستثمرين من مواطني الدول المتعاقدة الأخرى، ذلك أن إيجاد وسيلة محايدة لتسوية تلك المنازعات من شأنه دعم الثقة المتبادلة بين طرف الاستثمار، كما يساعد في الوقت ذاته على زيادة تدفق رأس المال الدولي الذي ترغب في اجتذابه<sup>1</sup>، وتراعي الاتفاقية في سبيل تحقيق هذا الهدف إجراء الموازنة الدقيقة بين مصالح الدول المستقطبة للاستثمار

<sup>1</sup> - عصام الدين مصطفى بسيم، المرجع السابق، ص 201.

والمصالح المشروعة للمستثمرين<sup>1</sup>، حيث تعبر الاتفاقية في أحكامها القانونية المختلفة عن محاولة التوفيق بين مصلحتين حاجة المستثمر الأجنبي للضمان، وحاجة الدول النامية إلى رأس المال الأجنبي.

### أولاً: اختصاص المركز

يختص المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية عموماً بنظر المنازعات القانونية التي تنشأ مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة ومستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى<sup>2</sup>، ويترتب على ذلك استبعاد المنازعات ذات الطبيعة السياسية من نطاق اختصاص المركز، إذ ينبغي لانعقاد اختصاصه أن يكون النزاع قانونياً وذات صلة واضحة ومباشرة بالاستثمار: بيد أن الاتفاقية لم تحدد ماهية عمليات الاستثمار التي تختص بالمنازعات الناشئة عنها، لذا يذهب جانب من الفقه إلى التوسع في تفسير تلك العمليات وتوسيع اختصاص المركز ليشمل المنازعات التي تدخل في نطاق عقد الاستثمار وما يرتبط به من عمليات مكملة أو لازمة لتنفيذه، والمثل على ذلك النظر في المنازعات المترتبة على تنفيذ عقود الاستيراد والتصدير والقروض والضمانات وعقود المقاولات وعقود نقل التكنولوجيا<sup>3</sup>.

ولا ينعقد الاختصاص للمركز بنظر المنازعات الاستثمارية بمجرد نشوئها، بل ينبغي لذلك أن يوافق طرف المنازعة صراحة على إحالتها إلى المركز، ولا بد من التنويه هنا إلى تصديق الدولة على اتفاقية إنشاء المركز لا يعد قبولاً منها لاختصاصه ولا يلقي على عاتقها التزام بتقديم أي نزاع استثماري إليه سواء في الحاضر أو المستقبل<sup>4</sup>، فاختصاص المركز من حيث الأصل اختصاص اختياري يتوقف على رغبة الطرفين في اللجوء إليه.

<sup>1</sup> - دريد محمد محمد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، المرجع السابق، ص. 328.

<sup>2</sup> - انظر المادة 25 من اتفاقية المركز.

<sup>3</sup> - إبراهيم شحاتة، دور البنك الدولي في تسوية منازعات الاستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، السنة 41 (1985)، ص 8، 9.

<sup>4</sup> - دريد محمد السامرائي، المرجع السابق، ص 329.

ويتم التعبير عن هذه الموافقة كتابة، وفيما عدا ذلك لم تحدد الاتفاقية أي شكل خاص لتلك الموافقة.

أما عن طبيعة أطراف المنازعة من خلال المادة 25 من اتفاقية المركز وضعت شرطين هما أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة والثاني أن يكون الطرف الآخر مواطناً، وكمواطنين من دولة أخرى<sup>1</sup>.

عموماً حتى ينعقد اختصاص المركز شريطة أن تكون المنازعة قانونية، حاصلة عن نزاع له علاقة بالاستثمار ويشترط التراضي المكتوب بين أطراف النزاع، يتضمن موافقة أطراف النزاع على تسوية بطريق التحكيم لدى المركز.

### ثانياً: إجراءات التحكيم

تطبق هيئة التحكيم عند النظر في النزاع المعروض عليها القواعد الإجرائية التي تتضمنها الاتفاقية فضلاً عن قواعد التحكيم التي يقرها المجلس الإداري للمركز، أما من الناحية الموضوعية فإنه ينبغي على هيئة التحكيم أن تطبق القواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف، فإن لم يتفقا على قواعد معينة فإنه يصار إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المستقطبة للاستثمار التي تكون طرفاً في النزاع، إضافة إلى قواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق<sup>2</sup>، بيد أننا نحبذ أن تضطلع هيئة التحكيم بتطبيق أحكام القانون الوطني للدولة عند عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تطبيق قواعد قانونية أخرى، ذلك أن الأصل أن يسري هذا القانون على النزاع المعروض على الهيئة إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك، وحيث أنه لا يوجد لمثل هذا الاتفاق فلا يكون هناك مناص من تطبيق القانون الوطني للدولة، وتصدر الهيئة قرارها بأغلبية الآراء خلال تسعين يوماً من انتهاء الإجراءات، وللعضو الذي يكون له رأي مخالف أن يرفق رأيه بالحكم<sup>3</sup>، ويكون قرار التحكيم ملزماً لأطرافه استناداً إلى أحكام

<sup>1</sup> - جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق ص 11.

<sup>2</sup> - أنظر الفقرة 1 من المادة 42 من الاتفاقية، أنظر أيضاً قبائلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012/2013، ص 325.

<sup>3</sup> - أنظر الفقرة 4 من المادة 48 من الاتفاقية.

المادة 53 من الاتفاقية<sup>1</sup>، فطالما أن الدول قد ألزمت نفسها اختياريًا باتفاقية تأسيس المركز واللجوء إليه فإنها تلتزم بأحكام التحكيم الصادرة عنه، ومع ذلك فإنه يجوز لكل طرف خلال خمسة وأربعين يومًا من تاريخ صدور الحكم أن يطلب من السكرتير العام للمركز تصحيحه أو إصدار قرار تكميلي في المسألة التي أهملها، كما أنه يجوز للطرف الذي يكتشف وقائع جديدة يمكن أن تؤثر في قرار التحكيم أن يتقدم بطلب إعادة النظر في الحكم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم وبشرط عدم مرور ثلاث سنوات من تاريخ صدوره<sup>2</sup>.

كما منحت اتفاقية واشنطن أطراف النزاع الحق في طلب بطلان حكم التحكيم الصادر عن المركز الدولي بصدد تسوية النزاع القائم بينهم، ذلك أن الحكم هو في المقام الأول من عمل الإنسان قد يكتنفه السهو أو الخطأ<sup>3</sup>.

من أجل هذا فتحت الاتفاقية طريق الإلغاء قصد مراجعة أحكام التحكيم وفقا للحالات المحددة حصرا في المادة 52 فقرتها الأولى حيث يجوز طلب إبطال الحكم لأحد الأسباب التالية، التشكيل المعيب للمحكمة، مخالفة المحكمة لقواعد الإجراءات الأساسية بشكل جسيم، ارتشاء أحد أعضاء المحكمة، تجاوز المحكمة لاختصاصها بطريقة واضحة، إغفال القرار ذكر الأسباب التي بني عليها.

### ثالثا: تقدير دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تتسم المنازعات الاستثمارية بطبيعتها الخاصة الناجمة عن اختلاف المركز القانوني لأطرافها، فأحدهما دولة ذات سيادة بينما الآخر في الغالب شخص من أشخاص القانون الخاص، عليه فإنه يلزم لنجاح أية هيئة دولية تضطلع بمهمة تسوية مثل هذه المنازعات أنه تعمل قدر المستطاع على التوفيق بين المصالح المشروعة للمستثمر وحاجته للضمان، وبيان سيادة الدولة المستقطبة للاستثمار وحاجتها إلى

<sup>1</sup> - التي تنص على أنه "يكون الحكم ملزما بالنسبة إلى أطرافه ولا يجوز أن يكون محلا لأية طريقة من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الاتفاقية، ويتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه إلا إذا كان تنفيذه مرفوقا بمقتضى الأحكام المناسبة في هذه الاتفاقية".

<sup>2</sup> - أنظر الفقرة الأولى من المادة 51 من الاتفاقية.

<sup>3</sup> - قبائلي الطيب، المرجع السابق ص 404.

رأس المال الأجنبي، وتسير اتفاقية إنشاء المركز على هذا الاتجاه، حيث تمت صياغة الالتزامات القانونية التي تقررها في شكل جعل للاختيار نصيبا وافرا مع المحافظة في الوقت ذاته على الحماية المطلوبة للاستثمارات الأجنبية، إذ تستطيع أية دولة أن تصبح طرفا في الاتفاقية، من دون أن تلتزم بتقديم أي نزاع استثماري إلى المركز والواقع أن المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار يعد حاليا من أفضل الوسائل المتاحة لتسوية المنازعات الاستثمارية لذلك فقد لجأت كثير من الدول المستقطبة للاستثمار إلى تقرير اختصاص المركز بنظر تلك المنازعات سواء في قوانينها الوطنية أو في عقود الاستثمار التي تبرمها مع الأجانب، وتكرس بعض الدول المصدرة لرأس المال هذا الاتجاه أيضا في الاتفاقيات الثنائية التي تعقدها لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية.

وقد بلغ عدد القضايا التي سجلت أمام المركز عند بدأ نشاطه حتى 31 ديسمبر 2016 بـ 597 قضية معظمها حسمت عن طريق التحكيم<sup>1</sup>، وقد كرست اللجوء إلى التحكيم أمام المركز، نظرا للدور الذي يلعبه في المساهمة في تعزيز وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، خاصة مع وحدة المنافسة الدولية لاستقطاب الرساميل الأجنبية.

### البند الثاني: غرفة التجارة الدولية في باريس CCI

كان لغرفة التجارة الدولية في باريس السبق في إنشاء مركز دولي للتحكيم يتمتع بالسمعة العالمية في حل النزاعات التجارية الدولية، وكذلك منذ إنشاء محكمة التحكيم التابعة للغرفة عام 1923م، ومنذ ذلك الحين ظلت هذه المحكمة تعمل كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية وذات الجنسيات المختلفة في مجال العلاقات التجارية الدولية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - Affaires du CIRDI statistiques (Numéro 2017-1 sur le site. ICSID secretariat @ World BANK.org visite le 12.08.2017.

<sup>2</sup> - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 150.  
أنظر أيضا: زوال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2015 2016 ص 624.

ونتج عن طول خبرة الغرفة في قضايا التحكيم أن أنشأت نظاما موحدًا وقضايا محددة للتحكيم ترشد بها الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم عن طريق الغرفة، كما وضعت العديد من القواعد والأحكام وشروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود الدولية وضعها في صياغة عقودهم، وأهم هذه القواعد:

1- أوصت غرفة التجارة الدولية الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إليها للتحكيم في المنازعات التي تنشأ في العقود الدولية التي تتضمن عقودهم الشرط النموذجي التالي "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حلها نهائياً وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو عدة حكام يتم تعيينهم وفقاً لذلك النظام".

2- أن تشمل عقودهم شرط التحكيم النموذجي التالي "يسوي أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو عن خرقه أو إنهائه أو بطلانه عن طريق التحكيم وفقاً لنظام لجنة القانون التجاري للتحكيم، كما هو ساري حالياً، تكون سلطة التعيين لغرفة التجارة الدولية التي تتصرف تبعاً للإجراءات التي اعتمدها الغرفة"<sup>1</sup>.

3- عيّنت الغرفة بإنشاء المركز الدولي للخبرة الفنية وذلك ليخدم الخبرة الفنية لأطراف العقود الدولية، وأدرجت له شرطاً نموذجياً: "اتفقت أطراف هذا العقد على اللجوء عند الضرورة إلى المركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية والخاصة بالخبرة الفنية".

4- وضعت غرفة التجارة الدولية نظاماً للتوفيق في حالة رغبة أطراف العقد في تدخل طرف ثالث محايد عند حدوث نزاع من أجل مساعدتهم للوصول إلى تسوية سلمية.

يتمتع الأطراف بالحرية الكاملة في النظام الذي وضعتته الغرفة بشأن التحكيم سواء من حيث اختيار المحكمين أو اختيار مكان التحكيم لغرفة التجارة الدولية في أي مكان في العالم وبكل لغات العالم الرسمية، القواعد التي وضعتها الغرفة تضمن سلامة وسلاسة الإجراءات بهدف تحقيق الحياد والنزاهة والكفاءة في تسوية

<sup>1</sup> - خالد محمد القاضي، المرجع نفسه ص150.

المنازعات بين الطرفين فلا يخاف المتنازع أمامها من التحيز أو المحاباة أو إلى التفرقة بين المتنازعين بسبب المصالح السياسية أو المصلحية<sup>1</sup>.

من أبرز المبادرات التي قامت بها الجزائر في مجال التحكيم المؤسسي انضمامها إلى غرفة التجارة الدولية CCI حيث أنشأت لجنة وطنية على مستوى غرفة التجارة الدولية سنة 2000، مقرها في باريس، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "علي هارون": "وأخيرا وبعد ثلاثون سنة تذكرنا مدى ضرورة إنشاء لجنة وطنية على مستوى غرفة التجارة الدولية<sup>2</sup>.

ويرى الأستاذ "محمّد إسعد"<sup>3</sup>، في تدخله حول تطور قانون التحكيم في الجزائر أن العولمة تفرض على المؤسسات الوطنية التكيف مع قوانين التحكيم إذا أرادت تحفيز الاستثمارات الأجنبية، ويرى أن إنشاء الجزائر للجنة الوطنية الجزائرية التابعة لغرفة التجارة الدولية جاء لتأكيد الأهمية التي يكتسبها التحكيم من جهة وأنه يمثل ضماناً أساسية بالنسبة للمستثمرين الأجانب من جهة أخرى.

حرصاً على الجزائر على جذب الاستثمارات الأجنبية إليها، أجازت عرض المنازعات الاستثمارية على تحكيم غرفة التجارة الدولية في إطار الاتفاقيات الثنائية الدولية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 11 من الاتفاقية الجزائرية الإسبانية "إذا لم يكن ممكناً حل النزاع... فإن المستثمر يستطيع بناء على اختياره تقديمه لمحكمة تحكيمية طبقاً لتنظيم

<sup>1</sup> - والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية سنة 2015-2016، -، 314.

<sup>2</sup> - Ali Haroun, trente ans après) semaine sur l'arbitrage international à Alger le 25/02/2001

<sup>3</sup> - Mohand ISSAD "comment régler les litiges" Revue mensuelle, édictée par la C.A.CI Fev 2001, n°119, P 09.

مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية باستكهولم، لتحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس...<sup>1</sup>.

أما عن عدد القضايا التي سجلت في غرفة التجارة الدولية بباريس في سنة 2016 هي 966 حالة جديدة وبهذا الرقم تكون الغرفة قد حطمت الرقم القياسي في عدد القضايا المعروضة عليها خلال 94 سنة من تاريخ هذه المؤسسة.

وقد لوحظ أن هناك زيادة معتبرة في عدد القضايا، التي تعتبر فيها دول أمريكا اللاتينية طرف فيها بـ 16 %، حيث تشير الإحصائيات أن البرازيل قد احتلت المركز الثالث في الترتيب العالمي بـ 123 قضية تبتعتها المكسيك بـ 105 قضية، كذلك هو الحال بالنسبة لدول آسيا وإفريقيا فقد شهدت زيادة في عدد القضايا المحالة إلى المركز بلغت 22 %، أما بالنسبة لدول شمال إفريقيا فقد عرفت نسبة 50 % زيادة في عدد القضايا<sup>2</sup>، من بينها الجزائر فحاليا تتواجد حوالي 20 قضية تحكيم دولي تعتبر الجزائر طرفا فيها وهذا حسب تصريح عضو غرفة التحكيم الدولية بباريس السيد محمد شملول<sup>3</sup>.

ومن بين أشهر قضايا التحكيم الدولي التي كانت الجزائر طرفا فيها وتم إيداعها بغرفة التجارة الدولية بباريس نذكر قضية سونا طراك ضد مجمع "غازنتورال" الإسباني وذلك بخصوص أسعار الغاز الجزائري المسوق في إسبانيا وخرجت سونا طراك منتصرة في هذه القضية كما أحييت إلى التحكيم الدولي رغم أن هذه القضية دامت لقرابة أربعة سنوات وذلك من سنة 2007م، إلى نهاية 2010م، حيث قضت غرفة التحكيم الدولي بباريس بأن يدفع الطرف الإسباني ما قيمته 5.1 مليار أورو لسونا طراك.

<sup>1</sup> - راجع المرسوم الرئاسي رقم 88/95 الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلقة بالترقية والحماية الصيادلة للاستثمارات، المشار إليه سابقا.

<sup>2</sup> - ACEFIG, cour de la CCI révèle un nombre record de cas d'arbitrage en 2016, le 03/02/2017 consultable sur le site. [http://www.iccwbo.be/icc-reveals-record-number-of-new-artitratio n-cases-filed-in-2016](http://www.iccwbo.be/icc-reveals-record-number-of-new-artitratio-n-cases-filed-in-2016)

<sup>3</sup> - 3.5 مليار دولار خسائر الجزائر في التحكيم الدولي، بقلم دليله بلخير وحسان حويشة منشور على الموقع: [www.echorok.online.com/araarticles](http://www.echorok.online.com/araarticles).

وهناك أيضا قضية شركة سونا طراك مع شركة ايديسون الإيطالية وقد خسرها الطرف الجزائري، وكانت تتعلق بأسعار الغاز الطبيعي، حيث قضى التحكيم الدولي لصالح الطرف الإيطالي الذي استفاد من عائدات مالية قدرها ثلاث مائة "300" مليون أورو دون احتساب الضرائب لعام 2013م.

وثمة قضية أخرى متعلقة بشركة سونا طراك حيث لجأ مجمع "بي-أش-آل" الإسباني للمنشآت إلى التحكيم الدولي ضد شركة سونا طراك لدى الغرفة الدولية بباريس نهاية 2012م وهذا على خلفية جزء غير مدفوع من إشعال إضافة وتحسينات بمركز الاتفاقيات بوهران حيث طالبت بمبلغ قدره مائتين وتسع وستون 269 مليون أورو ومائة وتسع وتسعون 199 مليون أورو كمخلفات تراكمية للفوائد ودين أصلي للأشغال يقدر بـ 70 مليون أورو، وقد رفض المجمع الاسباني جملة وتفصيلا خيار الحل الودي لهذه القضية (1).

وأخيرا حرصا من الجزائر على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية إلى إقليمها نظرا لحاجتها الملحة لها، لتحقيق التنمية الاقتصادية، حيث يعتمد الاقتصاد الجزائري نسبة 96 % من مداخيل النفط الذي يعد ثروة غير متجددة، فرض عليها أن تتماشى مع التحولات الاقتصادية العالمية وتشجيع الانتقال الحر لرؤوس الأموال الذي قد يؤدي في كثير من الأوقات إلى نشوب نزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له، هاته الأخيرة عملت كل ما في وسعها على ضمان راحة المستثمر، فوفرت له في قوانين الاستثمار، وبموجب الاتفاقيات الدولية، آلية لحل النزاعات بعيدا عن قضاء الدولة الذي أصبح غير محبذ لدى المستثمر الأجنبي لاعتبارات مختلفة ومن أجل توفير الضمان القضائي للمستثمر الأجنبي، لم تكتف الجزائر بإجازة اللجوء إلى التحكيم في إطار قوانينها الداخلية، بل أقرت إمكانية اللجوء إلى التحكيم أمام الهيئات التحكيمية الدولية التي تحظى بالقبول والتوافق لدى كافة المستثمرين الأجانب.

<sup>1</sup> - 3.5 مليار دولار خسائر الجزائر في التحكيم الدولي، راجع الموقع السابق.

# الباب الثاني

تقييم مساهمة منظومة التحكيم

في حل منازعات الاستثمار

إذا كان التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ليس بالأسلوب الجديد، فقد عرفته الحضارات القديمة، إلا أن النصف الثاني من القرن العشرين قد شهد نهضة غير مسبوقة للأخذ بمنظومة التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار ، فعلى الرغم من أن مصطلح التحكيم التجاري الدولي استخدم لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة لتحكيم التجاري الذي انعقد بنيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبي ، فإن منظومة التحكيم قد اتجهت لتصبح نظاما قضائيا عالميا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية ، فتعددت المنظمات والهيئات التي تمارس عملية التحكيم وتعددت الاتفاقيات الدولية التي تضمن للتحكيم وقراراته ذات الاحترام الواجب لأحكام القضاء العادي .

وارتبطت منظومة التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجلب الاستثمارات الأجنبية و نادى كثير من الفقه بضرورة استقلالها عن فروع القانون التقليدية وإدخالها تحت مسمى القانون الاقتصادي ، وإذا كانت الاعتبارات السياسية والاقتصادية قد دعت إلى التوسع في الأخذ بمنظومة التحكيم نتيجة اعتراف الجميع بضرورتها وأهميتها لأنها تمثل القضاء الأصيل في موضوع عقود الاستثمارات الأجنبية، إلا أن التطبيقات العملية لها أظهرت العديد من المشاكل على الدولة المضيفة للاستثمار، والتي من الضروري توخي الحذر قبل الموافقة على التحكيم وقد حاولنا تقييم منظومة التحكيم التجاري الدولي برصد بعضا من إسهاماتها الايجابية (الفصل الأول) وبعضا من رهاناتها (الفصل الثاني).

## الفصل الأول: المساهمة الايجابية

إن لمنظومة التحكيم مجموعة من الايجابيات اللامتناهية التي تسعى الدول إلى تحقيقها والتي تجعل من التحكيم الدولي قضاء جدير بحل منازعات الاستثمار لهذا سوف نقوم بدراسة بعضا من هذه الايجابيات التي تكسب التحكيم خصوصية في نظر المستثمر، فنسلط الضوء على دور التحكيم من حيث إمكانية سرعة الفصل في النزاع (المبحث الأول) ومساهمته في معالجة اختلال التوازن لعقود الاستثمار (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: من حيث إمكانية سرعة الفصل في النزاع

ليس هناك من يجادل في أنّ التحكيم قد أضحى القضاء المفضل لدى المتعاملين في مجال الاستثمار الدولي، حيث يشعرون بأنه وليد إرادتهم ويتجاوب مع مصالحهم المشتركة، ويبعدهم عن تعقيدات قضاء الدولة ونهايته المؤلمة لأحدهم على الأقل.

وتلك الأفضلية ساندتها اعتبارات وضرورات مختلفة، ليس فقط من جانب المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال، والمال، بل كذلك من جانب الدولة ذاتها اضطرت إلى الاعتراف بالتحكيم والسعي في التصالح معه، وعدم الاصطدام مع آليات الاستثمار الدولي، وحتى لا يؤدي ذلك إلى عزلتها الاقتصادية. وإذا كان للدولة سلطاتها على نظمها الداخلية، فليس الأمر كذلك بالنسبة للنظم التي خلقها المجتمع الدولي للمال والأعمال. إن سلطات الدولة لا يمكن أن تمارس، في المجال الدولي، بنفس السهولة الموجودة في المستوى الداخلي، فعلى الدولة أن تأخذ في الحسبان ردود فعل الدول الأخرى، وأيضاً ردود فعل المجتمع التجاري الدولي<sup>1</sup>. وسوف يتبين ذلك من خلال المطالب التالية:

#### المطلب الأول: آلية التدويل وإسهاماتها في تذليل نزاعات الاستثمار

لقد ساهم التحكيم التجاري الدولي عند فصله في المنازعات المرتبطة بعقود الاستثمار الدولية في تدويل النظام القانوني لهذه الأخيرة. وذلك من خلال إعماله لقواعد قانونية لا تنتمي للأنظمة القانونية الوطنية، وهذا ما يعتبره البعض بمثابة عولمة للقانون الواجب التطبيق على تلك العقود.<sup>2</sup>

فإيماننا من المحكمين، وحتى من مشرعي الدول أنفسهم بأنه من الصعوبة تطبيق قواعد قانونية لا تتفق مع طبيعة المسائل التي تثيرها العلاقات الاقتصادية

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2006، ص 105.

<sup>2</sup> - محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 108.

الدولية، فقد بدأ استقصاء الحلول لمنازعات هذه الأخيرة يتمّ بالرجوع لبعض العادات والقواعد التي ليس لها نظير في الأنظمة الوطنية، ما دعا بعض الفقه<sup>1</sup> إلى القول بأن بالتحكيم قد أضحي أحد العوامل الرئيسية في خلق وتطبيق قانون التجارة الدولية التي تشكل القواعد المادية حجر الزاوية فيه.

فالتحكيم التجاري يمثل على هذا النحو تعبيراً عن رغبة المستثمرين في التحرر من الأحكام الوضعية التي تضمنتها النظم القانونية الوطنية وإخضاعها للقواعد عبر الدولية.

وعليه، فالتساؤل الذي يبقى قائماً في هذا الإطار: ما هو دور التحكيم في تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار الدولية، وهذا ما سنجيب عنه في الفرع الأول، وكذلك ما هو المنهج الذي يعتمده المحكم في هذا الخصوص، وهو ما سنتناوله بالإجابة في إطار الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار

إن الطريق الوحيد للمستثمر الأجنبي من أجل التخلّص من كلّ القيود التي تقرّها النظم القانونية الوطنية التي أضحت لا تواكب التطور الحاصل على الصعيد الدولي يكمن في ضرورة الانعتاق من النظم القانونية الوطنية، وذلك باللجوء لقضاء التحكيم الذي يسمح لأطراف عقد الاستثمار الدولي باختيار القواعد القانونية التي تخدم مصالح الدولة والمستثمر الأجنبي على حدّ السواء. ولاشكّ أن تلك القواعد هي القواعد عبر الدولية.

#### البند الأول: التدويل والقانون الأنسب للعقد

يؤكد جانب من الفقه على أن القواعد القانونية التي نشأت بعيدة عن سلطان الدولة، والتي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية بما فيها العلاقات القائمة بين الدول من جهة أو المشروعات الأجنبية من جهة ثانية، هي ظاهرة قد فرضت نفسها في ظل المعطيات الاقتصادية الحديثة.

<sup>1</sup> - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 345.

فلابدّ من خضوع عقود الاستثمار الدولية لنظام قانوني مستقل عن كلّ الأنظمة القانونية، سواء كانت قوانين الدولة المتعاقدة أو قوانين وطنية محايدة، فالأطراف في هذا النوع من العقود يتواجدون في مراكز قانونية غير متكافئة، مما يعني أن إخضاعها لأحد تلك الأنظمة سيهدد ذاتيتها طالما أن القوانين الوطنية وضعت أساساً لمواجهة العلاقات الناشئة عن أطراف يتساوون في مراكزهم. ولم توضع أصلاً لمواجهة هذه العلاقات، التي يختلّ مبدأ المساواة القانونية بين الأطراف فيها.<sup>1</sup>

ولا يقتصر الفشل في حكم العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب على القوانين الوطنية، بل إن هذا الفشل من نصيب قواعد القانون الدولي العام التي لا تقدر هي الأخرى على تقديم الحلول الملائمة لهذه النوعية من العقود على اعتبار أنها جاءت لتنظيم العلاقات القائمة بين الدول فيما بينها، ولما كان المشروع الأجنبي المتعامل مع الدولة من أشخاص القانون الخاص، فمن غير الممكن إعمال تلك القواعد بشأن العلاقات التي يبرمها هذا المستثمر، حتى وإن كان متفوقاً من حيث مركزه الاقتصادي، لعدم تمتّعه بوصف الدولة.

وأمام قصور وعدم ملائمة كلّ من القوانين الوطنية والقانون الدولي العام لحكم هذه العقود، كان لزاماً البحث عن نظام قانوني آخر مستقلّ عن النظامين السابقين ليتولى تنظيمها وحل النزاعات الناشئة بين أطرافها، وذلك على نحوٍ يحقق التوازن بينهما وبدون الإضرار بمصالح الأطراف.

وعليه، فقد اتجه الفقه الغربي إلى التأكيد على أنّ النظام القانوني الذي يتعيّن إخضاع عقود الاستثمار الدولية له هو نظام عبر دولي لا تنتمي قواعده لا للقانون الوطني ولا للقانون الدولي، ويجد مصدره في الأعراف التجارية والمبادئ العامة عبر الدولية<sup>2</sup> بوصفها أكثر ملائمة واستجابة لمتطلبات العلاقات عبر الدولية، وهذا الحل

<sup>1</sup> - حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية. الطبعة الأولى القاهرة 1996 ص 1740.

<sup>2</sup> - يجب أن نشير إلى أنّ المترادفات التي تدلّ على هذه القواعد كثيرة، فقد سماها الفقيه Ph. Fouchard القانون غير الوطني Droit anational، والأستاذ E. Gaillard القواعد فوق الوطنية Règles transnationales، والأستاذ Goldman قانون عبر الدول Droit transnational. أما في الفقه العربي،

هو الوحيد الذي بإمكانه تجسيد وتأكيد الاستقرار واليقين في المعاملات الدولية العابرة للحدود، لأنه يمثل الإطار الطبيعي لها<sup>1</sup>.

فإذا لم تقم الأطراف باختيار قانون معين، فهذا المسلك يجب تفسيره على أنه يفيد رغبتهم في استبعاد هذا القانون، وبما أن القانون الدولي لا يصلح في حد ذاته كقانون يحكم عقود الاستثمار، فإن الحل الأمثل هو إخضاعها لقانون لا ينتمي لا للدول المتعاقدة ولا للقانون الدولي العام، ويطلق على هذا النظام القانوني الجديد قانون عبر الدول<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من إقراره بالطبيعة الخاصة لعقود الدولة عموماً وعقود الاستثمار على وجه الخصوص، يتجه الفقه المناصر لفكرة تدويل عقد الاستثمار إلى أن تلك الطبيعة لا تتعارض مع منهج هذه القواعد، على الأقل عند الاتفاق على تطبيقها أو اللجوء المحكم إلى ذلك عند السكوت المطلق للأطراف عن اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على رابطة العقدية<sup>3</sup>.

ويشير هذا الاتجاه إلى أن الممارسات التعاقدية الدولية بين الدولة والمستثمرين

---

يسمياها الدكتور محسن شفيق "المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي للتجار"، والدكتور تروت حبيب "قانون التجار ذو الطابع الدولي"، والدكتور أحمد عبد الكريم سلامة "القانون الموضوعي للتجارة الدولية".  
أنظر في هذا الصدد: إياد محمد بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2004، ص 540

<sup>1</sup> - عشوس أحمد عبد الحميد، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب، الجامعة الإسكندرية، 2003، ص 153.

<sup>2</sup> - حيث أن هذا القانون يعبر على مجموعة المبادئ المستمدة، سواء من البحث في القواعد المشتركة لمختلف الأنظمة القانونية، أو عبارة عن قواعد موضوعية مصدرها دولي يشمل مجموع الاتفاقيات والعقود النموذجية والشروط العامة المبرمة في مجال معين، بالإضافة إلى العرف التجاري الدولي السائد في علاقة معينة، وهذه التعددية في المصادر تجعل من القواعد خليطاً ذو صبغة دولية ليس مستمداً من سلطة أي دولة، تتولى تطبيقها هيئات التحكيم الدولية.

أنظر في هذا الصدد: شريف هنية، إعمال القواعد العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية متخصصة محكمة، السنة الخاصة، المجلد 10، عدد 02، 2014، ص 149.

<sup>3</sup> - إبراهيم نادر محمد، مراكز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 351

الأجانب قد أضافت قواعد أخرى قد أثرت النظام القانوني عبر الدولي، كما أن التدخل المتزايد لهؤلاء في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية لم يقيد من نطاق استقلالية هذا النظام، بل ساعد على ازدهاره وتطوره.

وتتضمن غالبية العقود المبرمة في إطار البترول الإشارة الصريحة إلى تطبيق أفضل الممارسات المتبعة بشكل عام في نطاق صناعة البترول، وقانون البترول يعدّ جزءاً من القانون التجاري الدولي الذي تشكل من العادات العابرة للدولة والمتبعة على نحو عالمي في المجال الخاص بالبترول، فهذا دليل على قبول الأطراف صراحة بإعمال القواعد عبر الدولية على عقودهم.<sup>1</sup>

ويلاحظ أيضاً في مجال عقود الاستثمار الدولية، عدم تركيز الأطراف لشرط اختيار القانون، وذلك باستخدامهم لصيغ يعبرون بها عن رغبتهم في عدم تطبيق أي قانون داخلي على روابطهم العقدية، وهي صياغة يرى فيها المحكم أحياناً اتفاقاً على إخضاع ذلك العقد للقواعد عبر الدولية. ومن أمثلة الشروط التي يدرجها أطراف هذه العقود في اتفاقهم، شرط الاتفاق على المبادئ العامة في الأمم المتحدة، مبادئ قانون التجار الدولي، مبادئ الود وحسن النية، والأخذ بعين الاعتبار الصفة عبر الدولية لعلاقات الأطراف ومبادئ القانون والعادات السائدة في العالم المتقدم، وغيرها من العبارات التي تصبّ في نفس المعنى.<sup>2</sup>

وهكذا أضحت تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار واقعاً لا بدّ منه في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة، سواء في حالة اتفاق الأطراف المتعاقدة على اختيار قواعد غير وطنية لتتطبق عليها، أو حتى عند تخلف اتفاق الأطراف حول القانون الواجب التطبيق، إذ يجوز لهيئة التحكيم أن تقوم باختيار العقود المعمول بها في مجال التبادل الدولي بالاعتماد على الأعراف والعادات السائدة فيها، وكذا المبادئ العامة

<sup>1</sup> - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 757.

<sup>2</sup> - فوزي قدور نعيمة، مطفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، ع 10، العراق، سنة 2011، ص

المعتمدة بشأنها.

### البند الثاني: الحفاظ على مصالح الدول المتعاقدة في ظل تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار

القاعدة العامة في مجال عقود الاستثمار الدولية أن للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون الأنسب المطبق على عقدهم، ويعدّ من المغالاة غير المقبولة تقييد تلك الحرية بإسناد الروابط العقدية إسناداً جامداً ومسبقاً للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وذلك حتى في الحالات التي تتفق فيها الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي أولاً، ثم اختيار القواعد عبر الدولية التي تحكم العقد المبرم ثانياً، وبالتالي لا ضرر على الدولة من ذلك، لأنه هي من ارتضى تطبيقها.

وعليه، وجب احترام اتفاق الأطراف وإعمال القواعد القانونية التي اختارها هؤلاء لتطبق على عقدهم، وحتى في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فإن هذا لا يمنع هيئة التحكيم من تطبيق المبادئ والأعراف عبر الدولية السائدة، وذلك عندما يتضح لها وجود نقص في القانون المختار، أو لتفسير النصوص التشريعية الغامضة فيه، خاصة وأنّ معظم النظم الداخلية تعاني عادة من قصور في الأحكام الخاصة بتنظيم موضوعات عقود الاستثمار، وبهذا فقط تتحقق الحكمة من لجوء الأطراف إلى قضاء التحكيم فتحسم جميع المنازعات الناشئة عن علاقاتهم العقدية من جهة وتحفظ توقعاتها المشروعة من جهة أخرى، وتجنب المحكمين الوقوع تحت طائلة إنكار العدالة من جهة ثالثة.

إن القواعد عبر الدولية في العصر الحديث لم تعد تخلق من منطق سياسة مسبقة الحكم أو عن رغبة لتغليب مصالح فوق أخرى بقدر تلبية حاجات معينة عن طريق منهج برجماتي.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب أن نفرّق بين القواعد عبر الدولية وقرارات التحكيم الصادرة بعد الحرب العالمية الثانية، والتي كانت تستبعد تطبيق القوانين الوطنية التي تسعى للسيطرة على مقدرات واقتصاديات العالم الثالث وموارده الطبيعية ومرافقه العامة. أنظر في هذا الصدد: أياد محمود بردان، المرجع السابق، ص 546.

وأما في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق، وجب على المحكم في هذه الحالة البحث على أكثر القوانين ارتباطاً بالعقد، مما يعني إمكانية تطبيق الأحكام الواردة في قانون الدولة المتعاقدة، وليس هناك أيّ مجال للقول بأن اللجوء إلى التحكيم يعني ارتضاء الأطراف باستبعاد النظم القانونية الوضعية لحل نزاعاتهم، وإخضاعها بدلا من ذلك للأعراف الدولية، وذلك لأن التدويل انصب هنا على الجانب الإجرائي فقط وليس له علاقة بالتدويل الموضوعي للعقد، لذا يتعيّن على المحكم الوقوف عند هذا المقصد وعدم تجاوزه واعتبار تبني الأطراف لشرط التحكيم دليل على رغبتهم الضمنية في إخضاع عقدهم للقواعد عبر الدولية، إلا إذا كانت إرادتهم صريحة في اختيارها حسما لمنازعاتهم.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: منهج أعمال القواعد عبر الدولية أمام التحكيم

إن المنهج التنازعي بات في حكم المتجاوز، مما يستدعي البحث عن حل يكون

<sup>1</sup> - وفي هذا المعنى، يقول الدكتور René DAVID:

« Il y a là à vrai dire une confusion. Les commerçants souhaitent fréquemment, comme nous avons vu, obtenir une solution de leur litige autre que celle que donneraient les tribunaux étatiques, mais cette solution doit être celle que donne un système de droit (droit corporatif ou jus gentium) aussi rigoureux que les droit étatiques, ce n'est pas une solution en équité ». Voir : R. DAVID, Op. cit., p. 29.

وفي الفقه العربي، راجع: أحمد سلامة، قانون التحكيم الداخلي والدولي، تنظير وتطبيق مقارنة، 2002، لم يذكر الناشر.

"لا تجد التجارة الدولية والاستثمارات المالية أحسن الظروف لنموها وازدهارها، إلا إذا فلتت من ريقة وقيود القوانين الداخلية التي وضعت بصفة أصلية للمعاملات البسيطة، وهي قوانين تبدو مختلفة عن مجارة فنون التجارة الدولية الحديثة، ويبدو أن القضاء التحكيمي هو الأداة الفنية لتجاوز ذلك التخلف وتقديم العلاج الناجح لعدم كفاية تلك القوانين وتخلفها، بحسبان أنه ليس حارسا على نظام قانوني وطني يعينه. ولكن كيف يتجه جانب من الفقه المعاصر إلى القول أن هناك قانونا ذا نشأة تلقائية بدأ يلوح في أفق الأنظمة القانونية، وهو قانون مهني أرسى قواعده الواقع العملي في أوساط المتعاملين في التجارة الدولية من عادات وأعراف وشروط عامة.

... ومع وجود هذا القانون الذاتي للتجارة الدولية والملائم لعملياتها، فما الطريق إلى تطبيقه وإعماله (ص 116) ... مجرد إدراج شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، ولجوء الأطراف إلى التحكيم له دلالات في اتجاه رغبة الأطراف إلى إخضاع النزاع لقانون ذاتي مستقل يتكون من عادات ... (ص 117) ... ولقد وصل الأمر ببعض إلى القول أنّ تطبيق تلك القواعد الذاتية، أو ما يسمى بالقانون التجاري الدولي يصبح واجبا بمجرد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وعلى نحو أكثر دقة بمجرد تضمين العقد الدولي شرطا للتحكيم ... وهكذا يبدو التحكيم كأنه المخاطب الأصيل بقواعد قانون التجارة الدولية، والمنوط به تطبيقها".

ملائماً لمتطلبات التجارة الدولية بصفة عامة، ولمتطلبات حل منازعات الاستثمار الأجنبية بصفة خاصة، وإذا كانت القواعد الموضوعية في القوانين الوطنية لا تلي ما يصبو إليه مجتمع التجار ورجال الأعمال الدوليين فإن قواعد من صنع هذا المجتمع تلزم المحكم الدولي بتطبيقها على النزاع، من منطلق أنه لا يملك قانون اختصاص يرجع إليه على خلاف القاضي الوطني، كما أنه لا يخضع لسيادة أي دولة ولا يحكم باسمها.

وإذا كان القاضي الوطني ملزماً بإتباع منهج التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية الدولية المطروح النزاع بشأنها أمامه، فإن المحكم يتمتع علاوة على هذا المنهج بمنهج آخر يمنح له سلطة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق. يسمى هذا المنهج بالمنهج المباشر الذي بدأ يشير إليه العديد من قرارات التحكيم الحديثة، من هذا المنطلق سنحاول الإحاطة بمفهوم المنهج المباشر في (البند الأول)، ثم نبرز أهمية هذا المنهج أمام قضاء التحكيم (البند الثاني).

#### البند الأول: تطبيق المحكم لضابط المنهج المباشر

إن تمتع القواعد عبر الدولية بقوة الإلزام الذاتية أصبح يتيح للمحكم إمكانية تطبيقها تطبيقاً مباشراً على المنازعات العقدية المطروحة أمامه، وذلك دون الحاجة إلى إعمال منهج التنازع وقواعد الإسناد.<sup>1</sup>

والملاحظ أن المنهج المباشر جاء متفقاً إلى حد كبير، مع متطلبات التجارة الدولية التي تحتاج لتطورها إلى توافر عامل السرعة البعيد عن التعقيد من جهة، وإلى قواعد ملائمة جاءت في الأصل لتتنطبق على الروابط العقدية السارية في نطاقها من ناحية أخرى.

لقد كرّست جل القوانين والاتفاقيات الدولية بتدعيم من الفقه والقضاء الدوليين سلطة المحكم في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون أن تلزمهم بالجوء إلى قواعد تنازع القوانين.

<sup>1</sup> - B. Goldman, La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international, Réalité et perspective, J. D. I., 1979, p. 475.

حيث نصت المادة 149 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه يفصل المحكم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من قبل الأطراف، وفي حالة تخلف هذا الاختيار وفقا للقواعد التي يقدر أنه من الملائم إعمالها، ويراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية<sup>1</sup>.

وكما هو واضح من النص أعطى المشرع الفرنسي للمحكم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة دون أن يلزمه في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين<sup>2</sup>. وقد تبني المشرع الجزائري نفس الاتجاه من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد نصت المادة 1050 منه على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

وكما هو واضح من النص الذي أعطى المشرع الجزائري للمحكمين الحق في أن يحددوا مباشرة القانون واجب التطبيق دون أن يلزمهم في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، كما أنه لم يقيد من سلطة المحكمين بالقيود الوارد في القانون المصري الذي يفرض على المحكمين الفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع<sup>3</sup>، بالإضافة إلى أن المشرع قد استخدم تعبير "قواعد القانون والأعراف" بدلا

<sup>1</sup> - المادة 1496 تقابلها المادة 1411 بعد تعديلها بمقتضى المادة الثانية من المرسوم 48/2011 وصياغتها باللغة الفرنسية:

Article 1511 modifié par le décret N° 2011-48, du 13 janvier 2011, art. 2 : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisi, ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées, il tient compte, dans tous les cas, des usagers du commerce ».

<sup>2</sup> - Gaillard Emanuel, trente ans de Lex Mercatoria pour une application sélective des principes généraux du droit, J. D. I., N° 01, 1995, p. 05 et s.

<sup>3</sup> - حيث أن قانون التحكيم المصري لسنة 1997، نص في مادته 3/39 على أنه: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع". إن هذا النص قد استخدم مصطلح "القانون" بدلا من "قواعد القانون" التي اعتمدها المشرع الجزائري، مما يدل على أن سلطة المحكمين تقتصر على تطبيق قانون وطني معين. أنظر في ذلك: محمد عدلي، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في

من تعبير "القانون"، وبالتالي يُمكن القول أن المحكم ليس ملزماً بتطبيق قانون وطني معين.

كما سارت بعض قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية على نفس النهج، من ذلك ما تضمنته قواعد التحكيم السارية لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم<sup>1</sup>، وكذا قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بعد التعديل الذي أصبح سارياً ابتداءً من تاريخ 1998/01/01، حيث أصبحت تنص الفقرة الأولى من المادة 17 على أنه للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على المحكم تطبيقها على موضوع النزاع، فإذا لم يوجد مثل ذلك الاتفاق طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تراها ملائمة في هذا الخصوص". وذلك بعد أن كانت المادة 03/13 تنص على أنه "للأطراف حرية تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف فطبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص".

كما لاقى هذا المنهج تأييد الفقه، حيث اعتبر الأستاذ أبو زيد رضوان بأن تطبيق المحكم الدولي لأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع، يعني أن البنين القانوني لقرار التحكيم "منبت الصلة" بأي من القوانين الوطنية، أي أن يكون قراراً طليقاً إلا من عادات وأعراف التجارة الدولية، وبمعنى آخر، فإن هذه العادات والأعراف ستكون بمثابة قانون القاضي، بالنسبة للمحكم الدولي<sup>2</sup>. وإن كانت القواعد عبر الدولية تعتبر قانون التحكيم، فإن تطبيقها، حسب البعض، يكون دائماً مفترضاً بمجرد اللجوء إلى مركز التحكيم. فمنح الاختصاص لمركز تحكيم دولي يعبر عن إرادة ضمنية في تركيز العلاقة القانونية في النظام الذي تكونه العادات الدولية<sup>3</sup>.

القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011، ص 259.

<sup>1</sup> - التي نصت في المادة 29 على أنه:

« A défaut de la désignation du droit applicable par les parties, le tribunal arbitral appliquera le droit ou les droits qu'il jugera appropriés ».

<sup>2</sup> - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1981، ص 167.

<sup>3</sup> - Yves Derains, Le statut des usages de commerce devant les juridictions arbitrales, Rev. Arb., 1973, p. 126.

وإلى جانب الأساس الأول المتمثل في اعتبار القواعد عبر الدولية بمثابة قانون المحكم، فقد قدّم هذا الاتجاه أساساً آخر يتمثل في اعتبار اللجوء إلى التحكيم عن طريق إدراج شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دليلاً على رغبة الأطراف في تطبيق قانون ذاتي ومستقل يلائم تلك العقود.

وعليه، فإن المحكم يستمد سلطته في التطبيق المباشر لهذا القانون من اتفاق التحكيم ذاته، إذ يعتبر وجود هذا الاتفاق مبرراً كافياً لجعل هيئات التحكيم تقوم بتطبيقه، ولو لم يشر إليه الأطراف صراحة.<sup>1</sup>

فالتحكيم التجاري الدولي ربما لن يستجيب تماماً لرغبات المتعاملين في حقل التجارة الدولية، إلا إذا أعطى مكاناً فسيحاً لتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية، وبهذا يتيح لأطراف النزاع حل نزاعاتهم طبقاً لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي.

ويقول الأستاذ B. Goldman عن أهمية اتفاق التحكيم الدولي في تدويل القانون الواجب التطبيق وتطبيق *Lex Mercatoria* إنه بموجب الاتفاق ذاته، فإن محاكم التحكيم مطالبة بأن تلعب دور جوهري في تطبيق وتطوير قانون التجارة الدولية.<sup>2</sup>

ويتجه بعض الفقه إلى أنّ تطبيق القواعد عبر الدولية مرهون بالحالات التي يتخلف فيها الأطراف عن تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>3</sup>، إلا أن الواقع العملي يثبت عدم صحة هذا الاتجاه، ذلك أن لجوء المحكم إلى تطبيق تلك القواعد غير متوقف في جميع الحالات على وجوب ذلك التعيين، وفي حالات كثيرة يكون تطبيقها حتمياً من أجل تكملة النقص المحتمل في القوانين الوطنية، أو لتعديل أحكام هذه الأخيرة حتى لا تتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية.

<sup>1</sup> - أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 195.

<sup>2</sup> - « Il e, résulte qu'en vertu de cette clause elle-même, les tribunaux arbitraux sont appelés à jouer un rôle essentiel dans l'application et le développement de la *Lex Mercatoria* ». Voir : B. Goldman, Art. préc., p. 481.

<sup>3</sup> - أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 195.

إن تطبيق القواعد عبر الدولية أمام هيئات التحكيم بإعمال المنهج المباشر لا يحتاج إلى اختيار المتعاقدين له. بل بالإمكان تطبيقها حتى في حالة سكوت هؤلاء عن اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق، وذلك بمجرد تعلق النزاع بعقد من عقود الاستثمار الدولية، لأن التنظيم الموضوعي والمباشر الذي يتضمنه هذا المنهج يجعل منه منهجا مستقلاً عن قواعد التنازع، إضافة إلى كونه منهجاً يتضمن قواعد غير وطنية أعدت خصيصاً لتطبق على هذه العقود.<sup>1</sup>

على أن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقودها المبرمة مع الطرف الأجنبي عند سكوتها المطلق عن الاختيار، لا يحول أيضاً دون إمكانية استعانة المحكم بالقواعد عبر الدولية لتكملة النقص الذي قد يشوب قواعد القانون الداخلي أو إذا ظهر له عدم ملائمة هذه الأخيرة لحكم العقد، وأن القاعدة عبر الدولية هي الأكثر تحقيقاً لتلك الملائمة، إذ من المعلوم أن قانون الدولة الطرف، وإن كان أكثر القوانين ارتباطاً بالعقد، فإن هذا لا يعني دوماً أنه الأكثر ملائمة لحماية مصالحها.

في هذا المقام، نذكر قضية شركة Klockner الألمانية المقامة ضد جمهورية الكاميرون، حيث فصلت هذه الأخيرة في مرافعاتها أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بعدم التطبيق الاستثنائي لقانونها الوطني على عقدها المبرم مع هذه الشركة، حيث طلبت الاستعانة بقواعد القانون الدولي، مما يعني أن قانونها لم يكن يخدم مصالحها وأن القواعد عبر الدولية كانت هي الأكثر حماية لها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - نعيمة فوزي، التحكيم التجاري الدولي ودوره في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، أكتوبر 2011، ص 211.

<sup>2</sup> - ففي هذه القضية أبرم بروتوكول بين الحكومة الكاميرونية، ومجموعة شركات Klockner سنة 1971، من أجل إنشاء شركة مشتركة تدعى SOCAMÉ لتشغيل مصنع السماد، وهذه الأخيرة يملك 51% من أسهمها مستثمرون أوروبيون، و49% المتبقية مملوكة للحكومة الكاميرونية، وتضمن هذا البروتوكول شرط تحكيم أمام المركز، وفي مارس 1973، قامت الشركة بنقل جميع حقوقها والتزاماتها المستمدة من البروتوكول إلى شركة SOCAMÉ، وبهذا فقد المستثمرون الأوروبيون سيطرتهم على الشركة.

وفي ديسمبر 1977، أغلق مصنع السماد بسبب نقص الطلب، وضعف الأداء المالي، تقدمت شركة Klockner بطلب تحكيم أمام المركز ضد الكاميرون في 10/04/1981، وعقب تشكيل المحكمة المختصة للفصل في النزاع،

وفي قضية أخرى بين شركة *Compania del desarrollo de Santa Elena* وجمهورية *Costa Rica*، حيث فصلت هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار *CIRDI* بتاريخ 17 فيفري 2000 في النزاع القائم بينهما، حيث طالبت حكومة كوستاريكا بتطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي، كقانون واجب التطبيق على العقد لأنها رأت في تطبيق القواعد عبر الدولية تحقيقاً لمصلحتها، لذلك أقرت باختصاصها في حكم النزاع، لأن مضمون تلك القواعد هي أكثر ملائمة للدولة المتعاقدة مقارنة بقانونها الوطني.<sup>1</sup>

وما يدعم جوازية التطبيق الجامع لكل من القانون الداخلي والقواعد عبر الدولية على عقود الاستثمار عند تخلف الأطراف عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، هو اتجاه اتفاقية واشنطن الموقعة في عام 1965، حيث تضمنت الجملة الثانية من المادة 1/42 من الاتفاقية<sup>2</sup> قاعدة احتياطية لتواجه بها المحكمة هذه الحالة، وهي الإشارة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع إلى جانب تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.<sup>3</sup>

تقدمت الشركة بطلب مفاده أنها دائنة لحكومة الكاميرون بمبلغ 207 مليون فرنك فرنسي، بينما اعتبر الجانب الكاميروني أن عدم وفاء الشركة بالتزاماتها كاملة يعد مبرراً لعدم دفع قيمة الدين كاملاً لها، كما طالبت الكاميرون بتطبيق قانونها الداخلي إلى جانب القانون الدولي للفصل في النزاع، فاستجابت هيئة التحكيم لذلك وطبقت كل من القانون الكاميروني والقواعد عبر الدولية عند فصلها في النزاع. لتفاصيل أكثر عن القضية، أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقوبة المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 133 وما يليها، كذلك مصطلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 37.

<sup>1</sup> - فوزي قدور نعيمة، مطفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديد، المرجع السابق ص 19.

<sup>2</sup> - التي تنص على "تفصل المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق".

<sup>3</sup> - بالنسبة للفقهاء *B. Goldman* يرى أن الإشارة إلى القانون الدولي لا يعني أبداً بأن الأطراف قد اختاروا القانون الدولي العام، بل أنهم قد أرادوا إخضاع علاقاتهم لمبادئ عامة تؤلف قانوناً عبر دولي، وهو أمر مغاير تماماً. وقد قال المؤلف نفسه بأن الإشارة إلى "المبادئ العامة للقانون الدولي" أو "مبادئ القانون الدولي" يجب أن يتمّ فهمها على أنها عنصر مكوّن للقانون التجاري الدولي *Lex Mercatoria*. أنظر في هذا الصدد:

*B. Goldman, la Lex Mercatoria dans les contrats et les arbitrages internationaux, réalités*

وعلا بنص المادة 1/42 المشار إليها أعلاه، ذهبت هيئات التحكيم في كثير من القضايا المعروضة عليها إلى التطبيق الجامع لكل من قانون الدولة المتعاقدة والقواعد عبر الدولية عند سكوت الإدارة عن اختيار القانون الأنسب.

تأكد هذا التطبيق في قضية AMCO ASIA ضد إندونيسيا، حيث انتهت هيئة التحكيم إلى التزامها بتطبيق القانون الإندونيسي ومبادئ القانون الدولي واجبة التطبيق.<sup>1</sup>

**البند الثاني: أهمية أعمال منهج التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية أمام قضاء التحكيم**

إن تمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة، والتي تكمن في عدم التكافؤ الاقتصادي بين الطرفين والذي يرجح لصالح المستثمر الأجنبي، وعدم التكافؤ القانوني لصالح الدولة المتعاقدة، هو الذي جعل نظامها القانوني محل خلاف واسع، ليس فقط في أروقة الفقه وإنما حتى بين أطرافها، إذ وبينما تسعى الدولة إلى أعمال قانونها الوطني لتحقيق التنمية الاقتصادية بها، يسعى الطرف الأجنبي إلى تطبيق قواعد قانونية بعيدة عن صنع الدولة حتى يضمن أكبر قدر من الحقوق والضمانات.<sup>2</sup> وعلى الرغم من أنّ أعمال قواعد قانونية غير وطنية على عقود الاستثمار قد يكون في كثير من الأحيان في غير مصالح الدولة، إلا أن ضرورات تحقيق التنمية والحاجة الملحة لرؤوس الأموال جعلت الدول مجبرة على الرضوخ لمطالب المستثمرين في تدويل النظام القانوني للعقود المبرمة معهم، حتى وإن رأى الكثير بأن هذا المنحى فيه تأثير على مصالحها.

ومع ذلك، لا بد من التأكيد على أن منهج التنازع وإعمال النظام القانوني الوطني أصبح يعاني اليوم من أزمة حقيقية، وهي أزمة صنعتها الدول بنفسها، كما

et perspectives.

مشار إليه في: وليد بن حميدة، مبادئ اليونيدورا للعقود التجارية الدولية والتحكيم عبر الدولي، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن عشر، بيروت، أبريل 2013.

<sup>1</sup> - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 368.

<sup>2</sup> - فوزي قدور نعيمة، مطفر جابر الراوي، المرجع السابق، ص 19.

يتعين التتويه بأن تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار ليس دوماً في صالح المستثمر الأجنبي وفي غير صالح الدولة، ذلك أن اعتبار القواعد عبر الدولية جاءت لخدمة مصالح الأقوياء اقتصادياً، هو اعتبار يجانب الصواب لأنها قواعد قانونية تتمتع بخاصية العمومية والتجريد، وأن تطبيقها ليس دوماً في خدمة مصالح الكبار، وهذا ما أثبتته العديد من قرارات التحكيم، كما أن إصرار الدولة على تطبيقها لقانونها الوطني من شأنه أن يضرّ بمصالحها الاقتصادية، بدلا من تحقيق التنمية التي تسعى إليها.

ومن خلال استقراء واقع منازعات عقود الاستثمار الدولية بدا جلياً اتجاه المتعاقدين إلى تسوية تلك المنازعات عن طريق التحكيم، وذلك للمزايا التي يحققها هذا القضاء بالمقارنة مع القضاء الوطني، ولعل أهم تلك المزايا هو إعماله لقواعد قانونية تتناسب وتتلاءم مع مقتضيات تلك العقود.<sup>1</sup>

ويتمتع التحكيم بحرية كبيرة في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق، وليس مجرد القانون واجب التطبيق، وهو ما يسمح له بإمكانية التطبيق المباشر لقواعد عبر دولية، سواء بصفة استثنائية أو تطبيقاً جامعاً مع القواعد القانونية الوطنية<sup>2</sup>، وبذلك يحقق جانبا جوهريا في تسوية النزاعات مع مراعاة طبيعة المعاملات الاقتصادية الدولية، وذلك خلافا لمنهج القضاء الوطني في حله للنزاعات<sup>3</sup> ولجوء المحكم إلى تطبيق تلك القواعد تطبيقاً مباشراً، لا يبرره فقط ما تقتضيه مقتضيات ومصالح التجارة الدولية التي أصبح واقعها لا يتماشى مع القواعد الوطنية التي أعدت خصيصاً لحكم الروابط الداخلية بشأنها، بل له ما يبرره في النظم القانونية الوطنية ذاتها، والتي أصبحت تثير للمحكّمين مكنة تطبيق قواعد قانونية على النزاعات المطروحة أمامهم، حتى وإن كانت لا تنتمي للنظام القانوني للدولة، حتى أننا نجد الدولة نفسها في بعض الأحيان تتسامح بتطبيقها إلى حد الخروج عن كثير من

<sup>1</sup> - J. Ponnier, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit privé conventionnel, Thèse, Paris, 1992, p. 361.

<sup>2</sup> - محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 239 - 240.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 266.

قواعدها الأمرة نسبياً، لتتحول في أحيان أخرى إلى قواعد ذات طابع أمر ومطلق في نطاق العلاقات الدولية الخاصة.<sup>1</sup>

نخلص مما تقدم إلى أن المتغيرات الاقتصادية التي نعيش في كنفها هي أمر واقع يقتضي مشاركة الجميع في آلياتها، سواء تعلق الأمر بدول متقدمة أو نامية. وعليه، فلا بد من المساهمة في النظام القانوني عبر الدولي ونظام التحكيم التجاري الدولي بدلاً من معاداتهما، وهذا من شأنه مساعدة الدول على خلق قواعد قانونية من خلال ممارستها، وهي قواعد لن يتخلف قضاء التحكيم عن إعمالها متى تثبت له اتصافها بالقيمة المعيارية وملاءمتها لحكم النزاع.

### المطلب الثاني: الحياد والاستقلال

إن أساس التحكيم هو قيامه على الثقة المتبادلة بين أطرافه في محكميهم، لذلك يجب أن يتوافر في المحكم الحياد، والاستقلالية عن الخصوم<sup>2</sup>، وهذا ما يتوافق مع طبيعة مهمته التي يؤديها، وهذه الخصائص يجب أن تكون لصيقة بأعضاء هيئة التحكيم، ولا يمكن تجاوزهما كما هو الحال عند القضاة.

وإن كان هذان المبدعان يختلطان في بعض الأذهان، فإنهما مختلفان، فالحياد ليس هو الاستقلال والعكس أيضاً صحيح، فمهما أمران متباينان ولكنهما أيضاً متقاربان، تجمع بينهما أواصر قوية، إذ يصعب فك الارتباط بينهما، خاصة فيما يتعلق بالآثار القانونية التي تترتب عن عدم تحققهما، فانتماؤهما في المحكم يجعل مصداقية عملية التحكيم موضع شك، ويفقد المحكم النزاهة التي هي حق من حقوق الإنسان، هذا الحق المقرر لمصلحة الأطراف، لا لفائدة المحكم.

وسنتناول في هذا المطلب ملامح حياد واستقلال المحكم (الفرع الأول)، وواجب الإفصاح (الفرع الثاني)، بعض التطبيقات لحياد المحكم واستقلاله (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> - بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص 182.

<sup>2</sup> - Jean - François Poudret et Sébastien Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, L.G.D.J., 2002, p. 366.

## الفرع الأول: بعض الملامح لحياد واستقلال المحكم

الحياد مسألة شخصية داخلية تسكن دواخل المحكم، وهو حالة نفسية وذهنية ومجموعة من العواطف تجاه هذا الطرف دون الطرف الآخر.<sup>1</sup>

يؤثر على سير عملية التحكيم وعلى نتيجة الحكم، وهو يعني عدم التحيز لأي من الخصمين، أو الميل إلى نظرة هذا دون ذلك، ويستقي هذا الشرط من المبادئ القانونية العامة، وهي المثل الأعلى وأساسه المنطق، يلتزم به المحكم دون إلزام ويتحلى به دون إجبار.

أما الاستقلال، فهو مسألة موضوعية محسوسة وملموسة، فهو عنصر خارجي، ويقوم هذا الشرط الأخير قرينة قوية على توفر الشرط الثاني غير المحسوس، وهو شرط الحياد<sup>2</sup>، وكأمثلة على شرط الاستقلال قيام روابط الأسرة، أو علاقة التبعية، أو اشتراك المصالح، أو اقتسام المنافع، إلى غيرها من الأمور التي تؤثر على حياد المحكم.

والحياد المشروط في المحكم ليس هو نفسه الحياد المشروط في القاضي، فالغالب ما يكون أساس التحكيم إسناد فضّ النزاع برغبة الطرفين إلى شخص أمين، حريص على الحفاظ على العلاقة بين الطرفين.

<sup>1</sup> - عرفت محكمة استئناف القاهرة "تكون الحيادة عبارة عن ميل نفسي أو ذهني للمحكم يكون لصالح أو ضد أحد أطراف النزاع أو الغير أو الدولة، بحيث يرجح معه عدم استطاعة المحكم الحكم بغير ميل لأحد ممن ذكروا أو ضده". قضية رقم 78 لسنة 120 ق تحكيم بتاريخ 2004/03/30، الدائرة 91 تجاري، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 32 ص 69.

وجاء في القرار عدد 2008/221، بتاريخ 05 ماي 2008، عن محكمة استئناف مدريد "أن الاستقلالية مفهوم موضوعي جدير بالاهتمام على أساس العلاقات التي تربط المحكم بالأطراف والحيادية موقف بالضرورة غير موضوعي من تجاه المحكم فيما يخصّ النزاع المحال عليه". منشور ملخصه في تعليق البروفيسور برناردو كريمانس في مجلة التحكيم، العدد 4، 2009، ص 817.

<sup>2</sup> - يمكن الإشارة إلى ما جاء به الفيلسوف Alexandre Kojeve، المشار إليه في كتاب Thomas Clay: « Un homme aura beau être intelligent, énergétique, prévoyant, beau ou autre chose, on ne le choisira pas, s'il est présumé être partial inversement, si on le sait juste, on peut fermer les yeux sur tous les autres défauts ».

V. Thomas Clay « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable, impartialité du juge et de l'arbitre, étude de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 216.

وهذه الروابط بين المحكم وبين أحد الأطراف قد لا تؤثر على تعيين المحكم طالما أنها لم تكن مجهولة لدى الطرف الآخر.

فمبدأ الاستقلال، إذن، دعامة ورافعة قوية تؤديان عند تحقق هذا المبدأ إلى الحياد المنشود الذي به تكون سلامة التحكيم.

واستقلال المحكم ليس لازماً دائماً في كل أنحاء هيئة التحكيم، فإذا كانت الهيئة مكونة من ثلاثة محكمين، الأول والثاني مختاران من الأطراف، والثالث مختار باتفاق المحكمين المختارين أو من الجهة القضائية المختصة، فمن الطبيعي أن المحكمين المختارين من الأطراف قد لا يكونان محايدين لأنه في غالب الأحوال يكونان مرتبطان بالأطراف، مما يجعل الانحياز مفترضاً فيهما، بينما المحكم الثالث فلزوماً يجب أن يكون محايداً حياً مطلقاً، ويقال الشيء نفسه بالنسبة للمحكم الوحيد أو المرجح الذي يجب أن يتحقق فيه الحياد الكامل.

وتختلف النظرة إلى حياد المحكم بحسب الاختلاف الذي عرفته الطبيعة القانونية للتحكيم من تعاقدية إلى قضائية، إذ الطبيعة التعاقدية تجعل المحكم المختار من أحد الأطراف غير محايد عن الطرف الذي اختاره، بينما إذا كانت طبيعة التحكيم قضائية، فإن المحكم كالقاضي يجب أن يكون محايداً حتى بالنسبة للطرف الذي اختاره.<sup>1</sup>

وإذا كان شرط الاستقلال مظهر من المظاهر الخارجية يسهل إثباته بجميع وسائل الإثبات القانونية، فإن شرط الحياد الذي هو حالة ذهنية أو عاطفية، فمن الصعب إثباته، لأن الحياد ليس مظهراً خارجياً، فهو أمر نفسي داخلي، لذلك فإنه يصعب كشفه، ولا يثبت إلا في حالات استثنائية صارخة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصوم التحكيم وحدود سلطته، دار النهضة العربية، 1997، ص 160.

وهو ما نصت عليه مدونة أخلاقيات المحامين الدوليين التي وضعتها لجنة المحامين الدوليين سنة 1987، وكذا قواعد سلوكيات التحكيم أصدرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

<sup>2</sup> - إسماعيل إبراهيم الزبيدي، المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيدة الواجبة في القاضي، مجلة التحكيم، العدد 4، أكتوبر 2009، ص 41.

ويجدر التنويه باهتمام المشرعين والقانون النموذجي وأنظمة التحكيم المؤسساتي بشرط الحياد، إما تصريحاً، وإما تلميحاً بوضع بعض المؤشرات كمؤشر الجنسية. إذ وحدة الجنسية بين الأطراف والمحكمين قد تقوم قرينة على الانحياز إلا أنه حسب رأينا فهي قرينة بسيطة وضعيفة لأنه ليس بالضرورة أن يكون المحكم الذي يحمل جنسية تختلف عن جنسية الطرف الذي عينه محايداً والعكس أيضاً صحيح، فقد يكون المحكم وأحد الأطراف لهما جنسية واحدة ويكون المحكم محايداً. إلا أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن قواعد التحكيم تميل إلى أنه من الأفضل أن يكون المحكمون من جنسية ليست هي جنسية الأطراف بقدر الإمكان، وإذا لم يكن من الممكن بالنسبة لكل المحكمين، فمن المستحسن أن يكون المحكم الثالث من جنسية ليست هي جنسية الطرفين لأن في ذلك تبيد للشك ودرء للشبهة.<sup>1</sup>

ويطرح كثيراً حياد المحكم في دعاوى التحكيم الناشئة بين الشركات الأجنبية والدول النامية التي تسمى دائماً محكماً يكون موظفاً أو خبيراً أو قاضياً من تابعيها، وهذا الأمر يطرح موضوع حياد هؤلاء المحكمين، والملفت للنظر أن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية التي تطلب من المحكمين تصريحاً بحيادهم واستقلال عن تسميتهم، تقبل مثلاً هؤلاء المحكمين برغم ارتباطاتهم القانونية الوثيقة بالطرف الذي سماهم.

والملاحظ أن بلد ميلاد المحكم أو البلد الذي يحمل جنسيته لا يمثل الأهمية التي كانت تعلق على حياده، وهذا ما نصت عليه المادة 11، الفقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي Unictal على أنه "لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، ومع ذلك فإن

<sup>1</sup> - نص نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية على أنه "لا تفصل هيئة التحكيم في المنازعات نفسها، وتتولى الهيئة تعيين المحكمين أو تسميتهم ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا على خلافها كلياً أو جزئياً، مراعية جنسية المحكمين أو محل إقامتهم أو غير ذلك من العلاقات مع البلاد التي ينتمي إليها الأطراف أو المحكمون الآخرون".

الجنسية تعتمد عملياً كمقياس للحياد<sup>1</sup>. ولكن العرف والواقع الذي فرض نفسه هو أن يكون المحكم من جنسية مختلفة عن جنسية طرفي النزاع، وقد نصت القواعد التحكيمية لليونسترال على ذلك بكثيرٍ من الرفق، إذ قالت: "تراعى سلطة التعيين وهي بصدد اختيار المحكم، الاعتبارات التي من شأنها ضمان اختيار محكم مستقل ومحيد، وأن تأخذ بعين الاعتبار أنه من المستحسن أن يكون المحكم من جنسية غير جنسية أحد أطراف النزاع"<sup>2</sup>، حتى لا تعين محاكمتها مرة أخرى محكماً من جنسية أحد الطرفين.

وقد نصّ نظام محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه "يعين المحكم الواحد أو رئيس محكمة التحكيم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف"<sup>3</sup>.

وفي نفس المنحى، ذهب نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المأخوذ من قواعد تحكيم اليونسترال، وكذلك فعل نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي، إذ نصّ نظامها على أنه<sup>4</sup>: "إذا كان الأطراف من جنسيات مختلفة، فإنّ المحكم الرئيس الذي يجري تعيينه يقتضي أن لا يكون حاملاً أيّ من جنسيات الأطراف، إلا إذا اتفق الأطراف، الذين هم ليسوا من نفس الجنسية، كتابة على غير ذلك".

فحياد المحكم ليست ضمانته في جنسيته، ولكن المظاهر لها اعتبارها، والشكل ليس أهمّ من المضمون، ولكن للشكل أحكامه وآثاره. وموضوع الجنسية المحايدة أصبح مسلماً به كمؤشر وأساس لحياد المحكم، يبقى سؤال، وهو هل أن المحكم الذي يصرّح عن علاقته السابقة بالطرف الذي سماه يبقى حيادياً، بغضّ النظر عن الجنسية؟

<sup>1</sup> - إذا كان الخلاف بين شركة جزائرية وشركة مصرية، فإن المحكم الثالث يجب أن يكون من جنسية حيادية، أي من غير جنسيتي الشركتين وذلك يفضي في كثيرٍ من الأحيان إلى إيجاد محكم له جنسية حيادية، ولكنه لا يعرف عن القانون المطبق على أساس النزاع.

<sup>2</sup> - المادة 6، الفقرة 4، من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

<sup>3</sup> - المادة 9، الفقرة 5، من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، النافذ اعتباراً من 1 جانفي 1998.

<sup>4</sup> - المادة 6، الفقرة 1، من نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي، النافذ اعتباراً من 1 جانفي 1998.

بالطبع كلَّ محكمٍ يجب أن يبيّن عند تسميته أية علاقة كانت تربطه بالطرف الذي سماه، والتي من شأنها أن تؤثر على حياده في ذهن الطرف الآخر، فإذا اطّلع الطرف الآخر على تصريح المحكم، وقبّل بما صرّح به ولم يعترض على حياده، فإنّ حياد المحكم يصبح محضاً، والمحكم، حين بصرح عند تسميته، يجب أن يصرّح بكلّ الأسباب التي يُمكن أن تكون مدعاة لعزله، ولا يصبح حياده محضاً إلا إذا قبل الطرف الآخر بتصريحه هذا.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: واجب المحكم في الكشف أو الإفصاح عن أي اعتبارات قد تثير الشكوك في نزاهته

لضمان فعالية الحياد، اهتم المشرعون وقواعد اليونسترال وأغلب أنظمة الغرف والهيئات والمؤسسات التحكيمية بمبدأ الالتزام بالإفصاح، وهو أن يقبل المحكم مهمة التحكيم<sup>2</sup> ويعلن عن كلّ الظروف والملابسات التي من شأنها أن تكون محط شكوك حول حياده واستقلاله، أو أنّه لا تتوافر فيه المواصفات التي اتفق عليها الأطراف، أو ليست لديه المؤهلات للبت في القضية، كجهله للغة التحكيم، أو عدم تمكنه من تقنيات النزاع، أو عدم معرفته للقانون الواجب التطبيق، والالتزام بالإفصاح، خصوصاً فيما يتعلّق بالحياد والاستقلال، هو التزام قانوني وأدبي في نفس الوقت.<sup>3</sup>

ولمركز القاهرة الإقليمي التجاري الدولي ميثاق لسلوكيات المحكم، وهو يتضمّن معظم القواعد المتعارف عليها دولياً في هذا الشأن، والجامع بين هذه القواعد جميعها أن تؤدي عند الالتزام بها إلى تحقيق أكبر قدر مستطاع من النزاهة والحياد والاستقلال للمحكّمين.

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 930.

<sup>2</sup> - وحسب رأينا، فإنّ كلّ محكمٍ تمّ تعيينه يجب أن يوقّع على قبول المهمة كتابةً، وحتى بالنسبة للمحكم المعيّن من القضاء، إذ من حق هذا المحكم أن لا يقبل المهمة.

<sup>3</sup> - بعض مؤسسات التحكيم ترسل نموذج الإفصاح ليقوّعه المرشح للتحكيم، والذي يتضمّن أنّه لا توجد لديه أية ظروف يُمكن أن تثير الشك في حيده واستقلاله.

وتنص المادة الثانية من قواعد مركز القاهرة الإقليمي لسلوكيات المحكم على أنه "لا يجوز للمحكم قبول التعيين أو الاختيار كمحكم إلا بعد التأكد من القدرة والصلاحية لأداء هذه المهمة دون تحييز، ومن إمكان تخصيص الوقت والاهتمام اللازمين لذلك".

وتلزم المادة الثالثة من القواعد نفسها "على من يرشح ليكون محكماً أن يصرح لمن يتصل به في أمر هذا الترشيح بكل الظروف التي من شأنها احتمال إثارة الشكوك لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله. وعلى المحكم بمجرد تعيينه أو اختياره التصريح بهذه الظروف لأطراف النزاع إلا إذا كان قد سبق إحاطتهم علماً بذلك، وعليه بالأخص التصريح بما يلي: علاقات العمل والعلاقات الاجتماعية المباشرة السابقة والحالية مع أي من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين، علاقات القرابة والمصاهرة مع أي من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين، الارتباطات السابقة على موضوع التحكيم، ويسري هذا الالتزام بالتصريح بالنسبة إلى تلك الظروف التي تجد بعد بدء إجراءات التحكيم".

ومن هنا كان الحرص الزائد من جانب التشريعات الوطنية على النص القاطع بوجوب التزام المحكم الحياد والاستقلال<sup>1</sup>. حيث جعل المشرع الجزائري على عاتق المحكم التزام مهم ألا وهو إخطار الأطراف عن كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيده واستقلاله من تلقاء نفسه، بحيث لا يمكنه مباشرة مهامه إلا بعد إبلاغهم بهذه الظروف، وقبل الأطراف صراحةً قيامه بالمهمة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1015 من ق.إ.م.إ.ج. بأنه "إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

وبذلك، جعل المشرع الجزائري من الاستقلالية أحد الأسباب التي تسمح لأطراف التحكيم طلب ردّ المحكم التي تحوم حوله شبهة عدم الاستقلال، حيث نصّ في البند الثالث من المادة 1016 ق.إ.م.إ.ج. على أنه "عندما تتبين من الظروف شبهة

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 400.

مشروعة في استقلاليتها، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".

كما اشترطت أحكام قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 استقلال المحكم وحياده، وجعلت إخلال المحكم بهذا الشرط سبباً لردّه، أو سبباً لتعريض حكمه للإبطال، وذلك في موضعين، الأول عندما ألزمت المادة 16، الفقرة الثالثة المحكم بالإفصاح عن أي ظروف قد تثير شكوك حول استقلاله أو حياده، حيث نصت على أن يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابةً، ويجب عليه أن يفصح عن أي ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيادته، والثاني في المادة 183، الفقرة الأولى عندما قرر أن فقدان المحكم للحيادة والاستقلال يجيز رده عند نظر الدعوى.

ويتبين من فحوى النص أن الإفصاح التزم حتمي<sup>1</sup> على المحكم، فالأمر لا يتوقف على مطالبة المحتكمين له بالفصل بينهم، بل يشترط لالتزام المحكم بالقيام مهمة التحكيم أن يقبل هذه المهمة كتابةً، والكتابة هنا مشروطة لإثبات قبول المحكم لمهمته، ولم يحدّد المشرع شكلاً معيناً لهذه الكتابة، فمن الجائز أن تثبت في صلب عقد التحكيم، أو في صورة خطاب يُرسله المحكم إلى الخصوم في خصومة التحكيم، كما يجوز أن يكون قبول المحكم لمهمة التحكيم صريحاً أو ضمناً<sup>2</sup>.

وتتسع دائرة الإفصاح ليشمل علاقات التحكيم السابقة والآتية بالأطراف وبممثلهم، كما يمتدّ الإفصاح إلى علاقة المحكم بمحامي الأطراف ومساعدتهم ومستشاريهم وأقاربهم ومعاونيهم، কিفما كانت هذه الصلات عائلية أو مهنية أو مالية.

<sup>1</sup> - إن الصيغة التي استعملها المشرع المصري حين تعرض إلى الالتزام بالإفصاح هي صيغة الوجوب مما يعني أن هذا الالتزام يدخل في إطار القواعد الأمرة، ولا يمكن مخالفته، ومما ينتج عنه أنّ هذا المبدأ ليس ملكاً للمحكم، بل هو ملكاً لكل الأطراف ولعملية التحكيم، ولحسن سيرها، مما يقتضي معه القول أن سكوت الأطراف على المطالبة بالإفصاح لا يشكل تنازلاً عن هذا المبدأ، حيث يرى بعض الفقه أن المشرعين لم يتعرضوا إلى هذه المسألة بشيء من التفصيل حتى يرتفع الغموض الذي يكتنف النصوص. أنظر في هذا الصدد: هدى مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 162.

<sup>2</sup> - محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 160.

أما عن الفترة الزمنية التي يتعين الإعلان فيها عن الإفصاح، فتبتدئ بمجرد الترشيح إلى مهمة التحكيم، وإلى حين صدور الحكم التحكيمي، إذ قد تحدث وقائع جديدة لم تكن قائمة إلى أن حدثت أثناء سير عملية التحكيم.

أما الجزاء عن الإخلال بالالتزام بالإفصاح، فإنه يمكن أن يؤدي إلى تجريح المحكم إذا ظهرت للأطراف وقائع أو أسباب أو علامات تثير شكوكاً حول حياد المحكم واستقلاله، وتم السكوت عنها من جانب المحكم.

كما أنه يُمكن أن يكون الجزاء على الإخلال بالإفصاح هو بطلان الحكم التحكيمي إذا استمرّ السكوت عن الظروف والوقائع الموجبة للإفصاح إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي، حيث تمّ اكتشافها.<sup>1</sup>

إلى جانب هذين الجزاءين، فإنه يمكن أن يكون المحكم محط مساءلة في إطار القواعد العامة للمسؤولية<sup>2</sup> حينما يكون الإخلال بالالتزام بالإفصاح سبباً لبطلان الحكم التحكيمي، لأنّ البطلان في هذه الحالة يكون مؤسساً على إخفاء وقائع مؤثرة من طرف المحكم الدولي وأدى البطلان إلى إلحاق ضرر بأحد الأطراف مما وجب معه جبر هذا الضرر.

إن الحديث عن حياد المحكم واستقلاله يجرّنا إلى الكلام عن سلوك المحكم قبل التعيين وبعده، لأنّ أهمّ مصدر لقواعد هذا السلوك هو حياد المحكم واستقلاله، ومن بين صور هذا السلوك، النزاهة والالتزام بكتمان السرّ وغيرهما من الأدبيات والأخلاقيات التي ما فتئت مراكز التحكيم تضعها وتصوغها على شكل موثيق يلتزم بها المحكمون، ومن ضمن هذه الموثيق، نذكر على سبيل المثال، ميثاق السلوك في

<sup>1</sup> - يجب المحافظة باستمرار على ربط الثقة بين المحكم والأطراف، يجب أن يكون الأطراف مطلعين خلال كل فترة التحكيم على العلاقات التي بنظريتهم، يُمكن أن يكون لها آثار على حكم المحكم، والتي من شأنها أن تؤثر على استقلاليته نظراً لعدم استقلالية المحكم - تقرر إبطال الحكم التحكيمي الجزئي الصادر عنه. ( C. Paris 1<sup>er</sup>. ) (Ch. C, 12 février 2009 : J. 8. P. Avax C. tecnimont RG n° 07/22164 منشور في مجلة التحكيم، العدد الثالث، سنة 2009، ص 888.

<sup>2</sup> - وقع الاختلاف حول الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، البعض يعتبرها مسؤولية تعاقدية والآخرين يعتبرونها مسؤولية تقصيرية.

التحكيم التجاري<sup>1</sup> الذي يتضمن قواعد إرشادية للمحكمين ولرؤساء الهيئات التحكيمية في إدارة عملية التحكيم.<sup>2</sup>

كما أنّ نقابة المحامين الدوليين قد وضعت من جانبها قواعد سلوك المحكمين الدوليين تتميز هذه القواعد بأنها وضعت ثلاث قوائم<sup>3</sup>، حمراء وبرتقالية وخضراء: الأولى (الحمراء) تتضمن عقبات في وجه مواصلة التحكيم حتى ولو تمّ الإفصاح عنها كما سبق له أن أعطى رأيه في النزاع المعروض عليه، والثانية (البرتقالية) تدرج ضمنها الحالات والظروف الأقلّ خطورة من تلك الواردة في القائمة الأولى، بحيث يجب على المحكم الإفصاح عليها، إلا أنه بعد الإفصاح وعدم الاعتراض عليها من الأطراف أو أحدهم لا يشكل ذلك عائقاً أساساً لعملية التحكيم، أما القائمة الأخيرة (الخضراء)، بحيث تحتوي على مسائل لا تستوجب الإفصاح عنها، وإن تمّ ذلك فلا يعدو أن يكون إلا من قبيل الاحتياط، كأن يكون المحكم يمارس مهنة المحاماة في مكتب سبق له أن رفع دعوى ضد أحد أطراف التحكيم في مسألة ليست لها أي علاقة بالنزاع المعروض على التحكيم.

### الفرع الثالث: بعض التطبيقات لحياد المحكم واستقلاله

إذا كان من القواعد العامة أن القاضي محايد عن الأطراف لا يصنع لهم الحجة ولا يشاركهم في تهيئة وسائل الدفاع، إلا أنه في بعض الأحيان يخرج عن هذا الحياد في تسيير الإجراءات ويقدم توجيهاً لأحد الأطراف، مراعاة لما يفرضه احترام حقوق الدفاع، كما وأنّ القاضي لا يحكم بعلمه والشيء نفسه بالنسبة للمحكم مع بعض

<sup>1</sup> - وضعه اتحاد التحكيم الأمريكي بالتعاون مع نقابة المحامين الأمريكية الفيدرالية.

<sup>2</sup> - كقبول المحكم للمهمة دون قدرته أو صلاحيته لأداء المهمة، وتوفير الظروف الملائمة لأطراف التحكيم على قدم المساواة بدون تحيز، وعدم التأثر بظروف خارجية أو خوف أو انتقاد أو مصلحة شخصية. وعدم الاتصال مع طرف في غياب الطرف الآخر، وعدم قبول الهدايا من أطراف التحكيم، وعدم استفادة المحكم من الأسرار التي اطلع عليها بمناسبة عملية التحكيم لفائدته.

<sup>3</sup> - حول هذه القوائم، أنظر:

Yougoné FRANCK Nicéphore, Arbitrage commercial international et développement, Thèse de Doctorat, Ecole doctorale de droit, Université Montesquieu Bordeaux IV, Soutenu le 11 septembre 2013, sur le site : <http://www.these.fr.2013/BOR/40028.pdf>. Visité le 20/02/2017.

الفوارق، فالقاضي لا يحكم بعلمه، إلا أن هذا المحكم قد يكون ذا خبرة في النزاع المعروف على التحكيم، ويكون ذلك سبباً لوقوع الاختيار عليه، فمن الطبيعي أن يستعمل خبرته الفنية ويعتمدها في تأسيس نظريته، لكن دون أن يتجاوز ذلك بالبحث لفائدة الطرف الذي عينه على معلومات بطرق خفية<sup>1</sup>. كما أنه لا غضاضة من أن يستعمل المحكم معلومات اكتسبها من خبرته في مجال من المجالات، كما هو الشأن بالنسبة للمحكم المشهور بأحكامه في نزاعات الاستثمارات التي لها عادات وأعراف يكون هذا المحكم ملماً ومحيطاً بها.

ومن الصور الشائعة على عدم الانحياز أن المحكم المرشح لرئاسة هيئة التحكيم من الطبيعي أن تكون له مراسلات أو اتصالات عبر مختلف الوسائل مع الأطراف أو محاميهم أو مع المحكمين الآخرين الذي قد يشاركونهم في تشكيل الهيئة، إذ لا يعتبر ذلك انحيازاً لشرط التحكيم، شريطة أن لا يُبدي رأيه المسبق في النزاع المعروف على التحكيم، والعلّة في ذلك أن الرابطة التي تربط كل الشركاء في عملية التحكيم مع المحكم المرشح هي رابطة تقتضيها سلوكيات التحكيم، مما وجب معه على المحكم الذي قام بهذه الاتصالات أو بأمورٍ أخرى أن يخبر بها من يعنيه الأمر خصوصاً إذا كانت مؤثرة على نتيجة الحكم.<sup>2</sup>

ويتمثل الخروج عن الحياد في الحالة التي يقوم فيها المحكم بإبلاغ الطرف الذي عينه باتجاه المحكمين أثناء النقاش في فضّ النزاع، وكان الطرف الذي عينه خاسراً في مشروع الحكم، فأسرع هذا الأخير ليبرم صلحاً مع الطرف الآخر، ويجعله

<sup>1</sup> - إسماعيل إبراهيم الزبيدي، المفهوم المختلف لحييدة المحكم عن الحييدة الواجبة في القاضي، المرجع السابق، ص 56.

<sup>2</sup> - وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس، الغرفة الأولى، الصادر في 13 مارس 2008، المركز المهني للصناعات الميكانيكية Centre technique des industries mécaniques ضد شركة SDT International، حيث جاء فيه: "على المحكم أن يعلن الأطراف بكلّ علاقة لا تتصف بالعلانية التي يُمكن أن يعتبرها الأطراف ذات تأثير على النتيجة التي قد يتوصل إليها المحكم". منشور في مجلة التحكيم، العدد الأول، سنة 2009، ص 639.

يدفع نصف المبالغ موضوع النزاع، في حين أنّ الهيئة كانت ستردّ الطلب ويعني هذا الطرف من دفع أي مبلغ.

ويُعتبر أيضاً تشغيل المحكم لدى أحد أطراف التحكيم مباشرة بعد صدور الحكم التحكيمي مساساً بالحياد أو الاستقلالية، مما يشكّل سبباً من أسباب بطلان الحكم التحكيمي، وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية.<sup>1</sup>

والبحت عن صور الحياد من عدمه، فإن محكمة النقض الفرنسية قد اعتبرت عدم إبلاغ المحكم الطرف الآخر بالرابط المهني الوثيق بين ابنة أحد المحكمين ومستشار الطرف في الدعوى مخالفاً لمبدأ حياد المحكم واستقلاله، مما يجعل الحكم التحكيمي باطلاً.<sup>2</sup>

لذا، نرى أنه من اللازم أن تجعل التشريعات وكلّ الأنظمة الالتزام بالإفصاح أمراً ضرورياً، بحيث يفصح المحكم كتابةً عن حياده واستقلالته عن الأطراف، ويعلن عما إذا كانت هناك شكوك تحوم حول حياده، لأن في ذلك ضمانة كبرى لنجاح عملية التحكيم وصدور حكم تحكيمي يكون في منأى من كلّ بطلان، وأن هذا الإفصاح هو الوسيلة الكبرى للرقابة الذاتية ويدعم الطبيعة القضائية للتحكيم والثقة فيه.

### المطلب الثالث: السرية والشفافية

تعتبر السرية في التحكيم من عوامل استقطاب الاستثمار الأجنبي نحو الدول التي تحتاج إلى تدفق الأموال الأجنبية لتدعيم تنميتها الاقتصادية، لكنها بدأت تواجه بعض الانتقادات أمام المطالبة بالشفافية والعلنية للسماح لمختلف الأطراف بالمشاركة في إجراءات التحكيم، خاصة عندما يتعلّق الأمر بمنازعات تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها العمومية طرفاً فيها، وتمس تسيير الأموال العمومية، وتتصب حول قضايا

<sup>1</sup> - حول هذه القضية، أنظر: Revue de l'arbitrage, 1996, p. 731.

<sup>2</sup> - C. Paris (1<sup>ère</sup> Ch. C.), 18 décembre 2008 : Avelines Conseil C, MASUY – RG, n° 07/14342.

منشورة في مجلة التحكيم، العدد الثالث، سنة 2009، ص 875.

حساسة ومصيرية، بحيث تصبح مبررات الشفافية أقوى من حجج السرية، كالتابع الخصوصي والتعاقدى للنزاع التحكيمي.

ويذهب البعض إلى حدّ اعتبار شفافية التحكيم في مجال الاستثمار إحدى أبرز السمات المستقبلية للتحكيم التجاري الدولي، إلى جانب الاعتماد على التطورات التكنولوجية الحديثة، إلا أنّ المستثمرين لا ينظرون إلى هذه المسألة من هذه الزاوية، بل يفضلون السرية حفاظاً على مصالحهم.

فكيف يُمكن للتحكيم في مجال الاستثمار أن يوفق بين خاصية السرية التي امتاز بها منذ زمنٍ بعيد، والمطالبة الملحة بالشفافية في إجراءات وتنفيذ الأحكام التحكيمية، وهل أن التخلي عن ميزة السرية في التحكيم التجاري الدولي يدفع نحو تطوره، أم أنه يفقده إحدى مزاياه وأقوى دوافع الانجذاب نحوها؟ هذا ما سوف نوضّحه من خلال النقاط التالية، نبين فيها مبدأ سرية التحكيم في مجال الاستثمار (الفرع الأول) والمبررات التي يقدمها المدافعون عن الشفافية (الفرع الثاني)

#### الفرع الأول: السرية هي الخاصية المميزة للتحكيم في مجال الاستثمار

لاشكّ أن لمجتمع التجار معطيات خاصة ومفاهيم معقدة وعلاقات مركبة، تثير عملية شائكة تتطلب تنظيمًا مستقلاً ينسجم مع المعطيات الاقتصادية المتغيرة، فلم يكن بالإمكان مواكبة التطورات المتلاحقة للتجارة الدولية، إلا عبر شرعة خاصة باتت حقيقة وضعية من العسير تجاهلها في العصر الحاضر، ونعني قانون التجارة الدولية وأداته القضائية، ونعني التحكيم بخصائصه المميزة، ومنها السرية التي تعد من أهم المزايا التي تدفع المتعاملين في مجال الاستثمار بأمر على قدر كبير من الخطورة والأهمية التقنية والإستراتيجية الاقتصادية، مما يلحق علانية عرض وثائق ومعلومات سرية ضرراً بسمعة ومصالح أطراف النزاع.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - راجع:

Jean François Guillemin, Les nouvelles attentes des entreprises en matière des règlements des conflits, Revue de l'arbitrage, 1996, n° 4, p. 585, et s.

رتيا بوعون، إعداد اليونسترال لمعيار قانوني في شأن الشفافية في التحكيم التعاقدى بين المستثمر والدولة، مجلة التحكيم العالمية، 2011، ص 251 وما يليها، حيث أشارت إلى الآراء المختلفة لفريق العمل المعني بالتحكيم

من هنا كان لابد من تحديد المفهوم الذي أعطي لسرية التحكيم من خلال التباين الحاد في المواقف الفقهية إزاء غموض هذا المفهوم (البند الأول) ومدى تكريس هذه الميزة في القوانين التشريعية والاتفاقيات الدولية و لدى أنظمة التحكيم (البند الثاني)

### البند الأول: مفهوم سرية التحكيم في مجال الاستثمار

تقتضي السرية في تحكيم الاستثمار، عدم تسرب كل ما يجري في الخصومة التحكيمية منذ المرحلة الإجرائية إلى غاية صدور القرار التحكيمي وتنفيذه، بل يجب التكتف حتى على وجود النزاع في حد ذاته، لأن وجود النزاع قد يؤثر على سمعة ونشاط المستثمر الطرف في الخصومة

كما يقصد بالسرية كل ما لا يعرفه الجمهور أو يسهل الحصول عليه "سرية موضوعية" وأن تكون المعلومة خاضعة للحفظ "سرية شكلية". وعليه يوجد شرطان لتحقيق السرية، الأول عدم نقل المعلومات للجمهور عن التحكيم، والثاني خضوع المعلومات للحماية والحفظ بعيداً عن أعين الجمهور.<sup>1</sup>

وجاء أيضاً إن مقتضى سرية التحكيم ألا يعلم أحدٌ عن وجود المنازعة وألا تكون المعلومات والمستندات المقدمة في التحكيم مفضاة (مكشوفة) Divulgués<sup>2</sup> وأن تتجنب كلّ علانية Publicité لإجراء التحكيم<sup>3</sup>، وقد عرفت هذه الخاصية تباين حاد بلغ أوجه في المواقف الفقهية المتباينة إزاء غموض اعتبر الكثيرون أنه واضح

---

والتوفيق في دورة اليونسترال الثالثة والخمسين لعام 2010 حول تعريف المعلومة السرية، إذ عبّرت الآراء عن أنه بسبب صعوبات توفير مبسط للمعلومات السرية من المفيد ذكر أمثلة من شأنها أن تساعد الهيئة التحكيمية، وعلى سبيل المثال، يُمكن تعريف المعلومات السرية بأنها "أي معلومات واقعية حساسة، غير متاحة للملأ"، في حين عبّر رأي آخر عن أنّ تحديد المعلومات السرية، ينبغي أن تتولاه الهيئة التحكيمية، بينما أوضحت بعض الآراء أن الاستثناءات لأسباب تتعلق بحماية السرية لا ينبغي أن تكون واسعة إلى حدّ يضعف المعيار الرئيسي الخاص بالشفافية.

<sup>1</sup> - François Pessemontet, Arbitrage et confidentialité, sur le site :

<http://www.unil.ch> « articles » ssj-FSA, p. 78, vu le 28/01/2017.

<sup>2</sup> - Alice Remy, L'arbitrage, entre confidentialité et transparence, 2013, sur le site : idc,u-Paris.fr/sites,p.08.Vu le 08/01/2017.

<sup>3</sup> - Lorene Delsaut, Adieu à la confidentialité de la procédure arbitrale ? Le 02 juillet 2009. Sur le site : m2bde.u-Paris10.fr/contest/adieu. Vu le 28/01/2017.

وبديهي لا حاجة إلى تفسيره ولاسيما في عالم التحكيم، فتحدث Rawding و Paulsson عن مخاطر<sup>1</sup> و Muller عن خداع للبصر<sup>2</sup> و Bagner عن بلبلة<sup>3</sup>. للوهلة الأولى، تبدو السرية وكأنها معدة ومهيأة سواء بحكم منطق الأمور أو بحكم منطق القانون أو من قبل الأطراف أو من خلال الأنظمة التحكيمية المعدة لضبط المسار النزاعي وصون إجراءاته. فهي وإن اعتبرها Fouchard، Gaillard، Goldman، إحدى الميزات الأكيدة والثابتة للتحكيم<sup>4</sup>، ويؤيده كل من Seraglini الذي اعتبرها سمة بارزة لمؤسسة التحكيم<sup>5</sup>، و R. David الذي ذهب إلى حد اعتبار أن القضاء التحكيمي هو وحده القادر على صون سرية المنازعة بالمقارنة مع منحى القضاء الرسمي<sup>6</sup>. و Cavalieros الذي اختصر خاصية السرية بمعادلة دقيقة وحساسة، اعتبر بموجبها أن الطبيعة الخاصة للتحكيم تساوي السرية<sup>7</sup>.

إلا أنها برأي Dévolvé طبيعية وبديهية يقتضى من الجميع التمسك بها في مختلف المراحل بعيداً عن ضجيج العالم<sup>8</sup>، وبحسب Goldman ضرورية، ولاسيما إزاء ظهور قانون التجارة الدولية<sup>9</sup>، بل هي بحسب Thomas Clay الذي اعتبر أن الاتفاق التحكيمي المبرم بين الأطراف واتفاقية التحكيم المبرمة بين الأطراف والمحكم، واتفاقية تنظيم الإجراءات التحكيمية المبرمة بين الأطراف والمؤسسة التحكيمية المعنية تتضمن بمجملها التزاماً ضمناً بالسرية يتناول مجمل المعلومات

<sup>1</sup> - J. Paulsson, N. Rawding, Les aléas de la confidentialité, Bull, CCI, Vol. 5, n° 1, 1994, p. 56 et s.

<sup>2</sup> - Ch. Muller, La confidentialité de l'arbitrage commercial international, un trompe-l'œil ? 23 ASA, Bulletin 2/2005, p. 216.

<sup>3</sup> - H. Bagner, L'improglgio de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international, Bull CCI, Vol 12, n° 1, 2001, p. 19.

<sup>4</sup> - Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, n° 1132.

<sup>5</sup> - Ch. Seraglini, Droit du commerce international, sous la direction de J. Beguin, Litec, 2005, n° 2431.

<sup>6</sup> - R. David, Op. cit., p. 18 et s.

<sup>7</sup> - Ph. Cavalieros, la confidentialité de l'arbitrage, Gazette du palais, 2005, p. 3963.

<sup>8</sup> - Jean Louis Dévolvé, Vraies et fausses confidences, ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage, Rev arb, 1996, n° 3, p. 381 et s.

<sup>9</sup> - B. Goldman, Frontières du droit et la Lex Mercatoria, Le droit subjectif en question, archives de philosophie du droit, 1964, T.9, p. 177 et s.

المتصلة بوجود التحكيم وبمضمون القرار، والتي لا يجوز رفعها أو التنازل عنها، إلا بموافقة أطراف النزاع.<sup>1</sup>

بالرغم من أنها أضحت بحسب Gaillard "مبدأ قانونياً مكماً"<sup>2</sup>، ومكرسة بحسب Cavalieros في قانون التجارة أو قانون التجارة الإجرائي، إن صحّ التعبير، تستجمع مجمل عناصر وصفات العرف الدولي، بحيث لا تقتصر على نظام قانوني محدّد.<sup>3</sup>

**البند الثاني: خاصية السرية بين الطبيعة القانونية والاتفاقية والتنظيمية المؤسساتية**  
اللافت في هذا الصدد، أنه بالرغم من التوافق العام على محورية دور خاصية السرية في ضمان فعالية إجراءات التحكيم، إلا أنها لم تتركس بوضوح كقاعدة أساسية في التحكيم في مجال الاستثمار سواء في التشريعات الوضعية أو لدى أنظمة المؤسسات التحكيمية التي غالباً ما اكتفت بتحديد الأطر العامة المتصلة بمختلف أوجه ومراحل المسار التحكيمي.<sup>4</sup>

تضمنت القواعد الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم بنوداً متعلّقة بسرية تحكيم الاستثمار، انصبّت في معظمها على محورين أساسيين، يتمثّل الأول في الطابع السري للجلسات، ويتمثّل الثاني في عدم نشر أحكام التحكيم إلا بموافقة طرفي النزاع، وغالباً ما تحذف بعض المعطيات من الحكم عند نشره.

<sup>1</sup> - T. Clay, L'arbitre, nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2001, p. 772.

<sup>2</sup> - E. Gaillard, Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial, D, 1987, p. 3967.

<sup>3</sup> - Ph. Cavalieros, Op. cit., p. 3967.

<sup>4</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري والداخلي، المرجع السابق، ص 131.

- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، الكتاب الثالث، وثائق تحكيمية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

- وعلى سبيل المثال، لا الحصر:

القانون الأساسي للهيئة الدولية للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (المادة 6)، في النظام الداخلي للهيئة الدولية لغرفة التجارة الدولية (المادة 1)، المخصصة لسرية أعمال هيئة التحكيم الدولية، في نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية CCI، النافذة من 1998/01/01 (المادة 7/20)، المادة (4/21)، في نظام المصالحة والتحكيم لمركز التحكيم في غرفة التجارة والصناعة في بيروت (المادة 6 والمادة 4/14)، في نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (37).

فقد نصّت المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري<sup>1</sup> على "تكون مداوات المحكمين سرية" وهو النص الحرفي للمادة 1479 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد (NCPC)<sup>2</sup>، حيث يقتصر النصان على الإشارة إلى سرية المداوات دون غيرها، فهل يُمكن أن تكون المرافعات علنية مثلاً؟ ما يزال الجدل قائماً حول هذه المسألة، فيما إذا كان عدم النص على السرية يبيح العلنية، أم أنّ مبدأ السرية عام في التحكيم التجاري الدولي ولا يجوز المساس به.

أما المشرع المصري، فقد نصّ في المادة 44 من قانون المرافعات على أنه "ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين"، بحيث يحقّ للأطراف المتنازعة اشتراط عدم نشر الأحكام، وهو الأمر غير الموجود في القضاء.<sup>3</sup>

ولم نجد في الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار التي أبرمتها الجزائر إلى غاية 2016<sup>4</sup>، ما يشير إلى السرية أو العلنية في التحكيم في مجال الاستثمار، بل أحوال معظمها طرفي النزاع في حالة نشوب النزاع إلى مراكز التحكيم الدولية، خاصة المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI)، باستثناء الاتفاقية الجزائرية الأمريكية لسنة 1990<sup>5</sup>، التي نصت على التحكيم الحر، أي تشكيل هيئة التحكيم من قبل الأطراف، وجاء في الفقرة الثانية من

<sup>1</sup> - قانون 08 - 09، المؤرخ في 25/02/2008، المصدر السابق.

<sup>2</sup> - Article 1479 ; « Les délibérations des arbitres sont secrètes », voir le nouveau code procédures civiles français, du 21 mai 1981, modifié par le décret N° 2011 - 48 du 13 janvier 2011, In ; <http://www.journal-officiel.gov.fr>.

<sup>3</sup> - لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص 37.

<sup>4</sup> - أبرمت الجزائر حوالي 45 اتفاقية ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار، يمكن الاطلاع عليها في الموقع: [www.andi.dz/index.php/ar/cadre-juridique/accords-conventions](http://www.andi.dz/index.php/ar/cadre-juridique/accords-conventions).

<sup>5</sup> - الاتفاق بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات، الموقع في واشنطن بتاريخ 22 جوان 1990، مصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 90 - 319، المؤرخ في 17 أكتوبر 1990، ج ر ع45، الصادر في 24 أكتوبر 1990.

المادة السادسة إشارة إلى عدم السماح بالمشاركة في التحكيم إلا لحكومتى البلدين، وهذا يعني سرية التحكيم في أحد أوجهها.

فخصوصية التحكيم أمام المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بطبيعته العابرة للدول جعلته من بين أولى النظم التي أدخلت بعض الليونة على قواعد السرية، حيث سمحت الفقرة 2 من المادة 32 من لائحة تحكيم المركز لغير أطراف النزاع بحضور الجلسات ومتابعتها، كما يظهر هذا المنهج اللين من قواعد سرية التحكيم في الفقرة 4 من المادة 48<sup>1</sup> من لائحة تحكيم المركز التي تقضي بإمكانية نشر الحكم التحكيمي إذا ما رغب الأطراف في ذلك، وفي حالة عدم اتفاقهم على ذلك، أو في انتظار اتفاقهم، يُمكن للمركز نشر مختصرات للأسس القانونية التي تتبناها الأطراف في موافقهم.

لقد اعتبر نشر قرارات المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بمثابة إجراء يهدف بالأساس إلى تشكيل مدونة قواعد خاصة بالأحكام التحكيمية توضح للمستثمرين، وكذا الدول المستقبلة للاستثمارات تفسير هيئات التحكيم للاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار، كما اعتبر شكلاً من أشكال الشفافية، خصوصاً وأنّ هذا التحكيم يقيم بصفة مباشرة مسؤولية الدول.<sup>2</sup>

وقد تضمنت المادة 48 المعدلة بموجب تعديل 2006<sup>3</sup>، إمكانية نشر ملخصات ومقتطفات لتضمن تحليل الوقائع والسند القانوني الذي أسست عليه محكمة التحكيم منطوق حكمها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - التي تنصّ على "... ولا ينشر المركز أية أحكام بدون موافقة أطراف النزاع".

<sup>2</sup> - Ziade R., « Comparaison entre trois règlements principaux d'arbitrage, CIRDI, CNUCED et CCI », in choix d'un règlement d'arbitrage, Revue de droit des affaires, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 29.

<sup>3</sup> - تمّ تعديل اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى في 15 أبريل 2006، للاطلاع على الاتفاقية المعدلة يمكن الرجوع إلى موقع:

[www.worldbank.org/iscd:CIRDI](http://www.worldbank.org/iscd:CIRDI).

<sup>4</sup> - جاء في المادة 48:

« Le centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties, toutefois le centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridiquement adopté par le tribunal ».

فمن المعلوم أن للمركز سجلاً عاماً تدرج فيه مختلف طلبات التحكيم، فضلاً عن التحكيمات السابقة، وذلك قيد النظر، ووصف عام للنزاع وأسماء الأطراف، وبالرغم من أن المركز لا يستطيع نشر القرارات التحكيمية بمعزل عن موافقة أطراف النزاع استناداً إلى الفقرة الخاصة من المادة 48، إلا أنه قد ينشر من خلال موقعه الإلكتروني غالبية القرارات والقواعد الأساسية المعتمدة من قبل المحكمين، كما أن سكرتارية المركز تشجع أطراف النزاع على نشر قراراتهم في مجلة *Foreign Investment Law Journal* وتدلّ الإحصاءات على أن المركز غالباً ما يكون مفوضاً من قبل الأطراف لنشر القرار التحكيمي، وفي حال رفض نشر القرار، يستطيع الخصم نشره في مجلات أخرى مثل *Journal de droit international*. فضلاً عن ذلك يستطيع المركز نشر مقتطفات من القواعد القانونية المعتمدة من قبل المحكمين في حال لم يتحصل على رضى الأطراف وموافقهم. وبالإجمال نلتمس من اجتهاد المركز محاولات عدة لإضعاف مبدأ السرية.<sup>1</sup>

ففي القضية *SOC Amco Asia, SOC Hong Kong. V. Indonésie*<sup>2</sup>، أثار تصريح المديرين في شركة AMCO إلى صحيفة يابانية مسألة السرية في التحكيم، إذ تقدّمت إندونيسيا بطلب من المحكمة التحكيمية بالزام AMCO بالعدول عن كل تصرف من شأنه إثارة الخلاف وأية دعاية من شأنها التعبير عن وجهة نظرها خارج السياق التحكيمي، مستندة إلى روح السرية التي يجب أن تسود الإجراءات التحكيمية المكونة من Goldman رئيساً وعضوية كل من Rubin وFoighel أن المقالة موضوع الخلاف لا يمكن أن تلحق ضرراً فعلياً بإندونيسيا التي سبق أن عبّرت بإسهاب عن موقفها في مقالات إندونيسية، وعليه، لم تستند الهيئة

<sup>1</sup> - محمود محمود المغربي، أزمة التحكيم، مجلة التحكيم العالمية، 2013، العدد السابع عشر، ص 231.

<sup>2</sup> - Soc Amco Asia, SOC Hong Kong, V. Indonésie, Clunet, 1987, p. 135.

E. Gaillard, Op. Cit., p. 157 et s. « Enfin quant à l'esprit de la confidentialité de la procédure arbitrale, il est vrai que la convention et la règlement d'arbitrage n'interdisent pas aux parties de révéler leur affaire, il doit être observé que les articles publiés en Indonésie ont donné aux lecteurs plus de détails sur la procédure arbitrale que celui publié dans le Hong Kong Business Standard ».

التحكيمية، كما يبدو من المعطيات النزاعية، إلى مبدأ السرية لرفض التدبير التحفظي الذي طالبت به إندونيسيا.

أما في قضية *Klockner V. Cameroun*<sup>1</sup>، وإثر نشر القرار التحكيمي الصادر لصالح جمهورية الكاميرون، بتاريخ 21 أكتوبر 1983، بمبادرة من مجلة *Clunet*، والمتضمن عبارات قاسية بعض الشيء، تقدّم الفريق الألماني بمراجعة إبطال القرار متذرعاً بالغياب الفاضح للحيادية في القرار التحكيمي، إلا أنّ اللجنة الناظرة في الطعن رغم رفضها إلغاء القرار لهذه الجهة، إلا أنها أكّدت أن هذا لا ينفى الأساس القانوني لمراجعة الإلغاء إذا ما أخذ في الاعتبار بخصوصية قسوة تقييم المحكمة لموقف الجهة المدعية والضرر اللاحق جراء ذلك، فقد أوضحت اللجنة المكونة من *Lalive* رئيساً وعضوية كل من *القشيري* و *Seidi-Hohenveldern* بصورة غير مباشرة على أهمية مبدأ السرية في التحكيم.

كما أكّدت اجتهادات غرفة التجارة الدولية في مناسبات عديدة على وجود مبدأ السرية في التحكيم منها القضية رقم 6932 لعام 1992، حيث رفضت الهيئة التحكيمية طلب أحد الفرقاء نشر القرار التحكيمي على نفقة الخصم معللة موقفها بأن التحكيم يهدف إلى البحث عن التسوية الرزينة والحذرة للنزاع القائم بين فريقين أو أكثر.<sup>2</sup>

بينما ذهب نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية *CCI*<sup>3</sup>، في اتجاه التوفيق بين حاجيات البحث العلمي ومصالح الأطراف، حيث جاء في المادة الرابعة من الملحق الثاني المتعلق بالنظام الداخلي للهيئة الدولية للتحكيم "يجوز لرئيس الهيئة أو أمينها العام أن يأذن للباحثين القائمين بأبحاث علمية في مجال قانون التجارة الدولية، بالاطلاع على أحكام التحكيم وغيرها من الوثائق ذات الفائدة العامة، فيما عدا

<sup>1</sup> - *Klockner. V. Cameroun, Clunet, 1987, p. 164.*

<sup>2</sup> - *Ph. Cavalieros, Op. Cit, p. 3966 et s.*

<sup>3</sup> - للاطلاع على نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (*CCI*) الساري المفعول، ابتداء من 01/01/1998، المعدل

سنة 2010، يمكن الرجوع للموقع: <http://www.iccwbo.org>

المذكرات والتقارير والمراسلات والمستندات المقدمة من الأطراف في إطار إجراءات التحكيم".

أما على مستوى الاجتهاد القضائي، فقد عرف القضاء الفرنسي نوعاً من التردد، بحيث أقرّ كمبدأ السرية في التحكيم التجاري الدولي مثلما جاء في القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 18 فيفري 1986، الذي أكدّ فيه أنه يدخل ضمن طبيعة إجراءات التحكيم في حدّ ذاتها ضمان نوع من السرية<sup>1</sup>، ثم عاد وألقى بعبء الإثبات على عاتق الأطراف، حيث أكدّ محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 22 جانفي 2004، أنه لا يوجد مبدأ راسخ لسرية التحكيم، بل يجب على الأطراف إثبات وجود مثل هذا المبدأ، وأن عدم إثارة المسألة من قبل الأطراف يعني تنازلهم عنه<sup>2</sup>.

كما أكدّ المحكمة العليا للسويد في قرار صادر بتاريخ 27 أكتوبر 2000، أنه يمكن اعتبار أي طرف من أطراف الدعوى التحكيمية مرتبطاً بالتزام السرية إلا إذا أبرم الطرفان اتفاقاً حول هذه النقطة<sup>3</sup>.

يتضح مما سبق أن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم، وحتى مواقف الفقه والقضاء، حددت مجال السرية في التحكيم التجاري الدولي، وحاولت أن ترفع بعض القيود عنها من خلال السماح بنشر مقتطفات من الأحكام، أو الترخيص للباحثين بالاطلاع عليها، لكنها ضيّقت مجالات العلنية، فربطتها أحياناً بموافقة جميع أطراف النزاع، ولم تسمح بالاطلاع على المذكرات والتقارير والمراسلات والمستندات أحياناً أخرى، مما يدلّ على حرصها على مصالح الأطراف، إلا أنه في تحكيم الاستثمار قد تخدم السرية طرفي النزاع، حيث يحافظ المستثمر الأجنبي على كلّ أسرار نشاطه، وتتجنب الدولة المضيفة للاستثمار الشفافية في معاملاتها التجارية

<sup>1</sup> - « Qu'il est en effet, de la nature même de la procédure d'arbitrage d'assumer la meilleure discrétion pour le règlement des différends d'ordre privé, ainsi que les deux parties en étaient convenues ».

Voir : CA, 18 février 1986, in : Revue de l'arbitrage, 1986, page 583, note G. Flecheux.

<sup>2</sup> - Cass de Paris, 22 janvier 2004, Revue de l'arbitrage, 2004, p. 647, Note ERIC Loquin.

<sup>3</sup> - Devolvé Jean Louis, Op. cit., p. 373.

تجنباً للانتقادات، ولبعض الأسباب السياسية الأخرى تواجه ضغوطاً من طرف الشعب أو ممثليه تدفعها إلى البحث عن حلول أخرى غير السرية في التحكيم، لأن الشعب لا يتحمل الخسائر الفادحة التي تتكبدها الدول جراء التحكيم التجاري الدولي. وعلى الرغم من التباين والاضطراب في مواقف الفقه والقضاء والقوانين الوطنية وأنظمة التحكيم، فإن الاتجاه السائد لا يكرس مبدأ السرية ضمناً وبداية خارج النص عليه صراحة، وعليه يتم الأخذ بنظام مركز التحكيم إذا تضمن ما يشير إلى هذا المبدأ.

وإلا فإنه يكون من أنجع الحلول أن تقوم هيئة التحكيم المشكلة للنظر في النزاع التحكيمي، في سياق مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الذي اعترفت لها به جميع القوانين المقارنة وأنظمة التحكيم، بدعوة الأطراف إلى إبرام الاتفاق، يحددون فيه حدود السرية المطلوبة في التحكيم، وما يجب أن تتضمنه من مذكرات ومستندات ووثائق ومرافعات وإجراءات وحكم التحكيم، قبل بداية الخصومة التحكيمية، إلا أن الشفافية في تحكيم الاستثمار تبقى مطلباً ملحاً للعديد من الأطراف ذات الصلة بالعملية التحكيمية.

### الفرع الثاني: مقتضيات الشفافية في تحكيم الاستثمار الدولي

إذا كانت القاعدة العامة في التحكيم التجاري الدولي هي السرية، إلا أن ذلك لا ينطبق على التحكيم الاستثماري الدولي تسوده قاعدة الشفافية والإفصاح عن المعلومات المرتبطة بالتحكيم وتأكيداً لأهمية الشفافية في التحكيم الاستثماري، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار رقم 109/68 في 16 ديسمبر 2013 قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول التي دخلت حيز التنفيذ في أبريل 2014، ما لم ينفق الأطراف على خلاف ذلك، طبقاً للمادة الأولى من هذه القواعد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - التي تنص: تطبق هذه الاتفاقية على التحكيم بين المستثمرين والدول أو منظمات التكامل الاقتصادي الإقليمي الذي يجري استناداً إلى معاهدة استثمارية قبل 1 أبريل 2014 (التحكيم بين المستثمرين والدول).

ونقصد بشفافية التحكيم الاستثماري أن يكون مفتوحاً للجمهور، الصحافة، المنظمات غير الحكومية، التي تدافع عن مشروعية بعض القضايا. ويجب إعلام كل هذه الأطراف والسماح لها بالتعبير في إطار التحكيم، لأن الآثار المترتبة على الأحكام التحكيمية تمس الجميع بشكل مباشر أو غير مباشر. فالدولة تتصرف باسم الشعب ولصالحه حسب دساتير معظم الدول، لذلك يجب أن يكون الشعب على علم بكل القرارات المصيرية التي تتخذها دولته بما تقتضيه مبادئ الديمقراطية المعاصرة. إن إعلام مختلف ممثلي الشعب بكل مراحل العملية التحكيمية (اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، حكم التحكيم وتنفيذه) يخفف على الدولة خاصة النامية المضيفة للاستثمار ضغوطات الشركات ويضمن تسيير المال العام بكل شفافية.

تتهم الدول النامية المستقبلية للاستثمارات الأجنبية بأنها لا تدافع بما فيه الكفاية عن الصالح العام في مواجهة المستثمرين الأجانب، علماً بأن الأمر يتعلق بأموال الشعب، مما يتطلب اطلاع الرأي العام عليها، خاصة عندما يتعلق الأمر بأموال طائلة تدفع بموجب أحكام التحكيم، للمستثمرين الأجانب من الخزينة العامة.<sup>1</sup>

كما بدأت تبرز اهتمامات السكان وممثلهم بنشر أحكام التحكيم الصادرة في قضايا الاستثمار، لأنها ترتب آثار مهمة ومؤكدة على السياسات العامة للدول، وعلى ميزانياتها، وبالتالي على المستوى للسكان والمجتمعات.<sup>2</sup>

لاشك أن نشر أحكام التحكيم يساهم في تطوير الاجتهاد التحكيمي وتوحيده على مستوى التحكيم التجاري الدولي، ويضع أمام الباحثين وسائل هامة للبحث، من خلال الأسس والقواعد والأسانيد التي تتضمنها الأحكام التحكيمية.

### البند الأول: شفافية التحكيم في مجال الاستثمار

يمكن اعتماد الشفافية في تحكيم الاستثمار بعدة طرق مختلفة، أهمها:

<sup>1</sup> - محمد عيساوي، حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطالب الشفافية، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة، ع18، جوان 2015، ص 117.

<sup>2</sup> - Fages Fabrico, La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière, rev arb, n° 01, du 01/01/2003, p. 05.

- الإعلان عن وجود دعوى تحكيمية بكل الوسائل المتاحة، بما فيها المواقع الإلكترونية، ولهيئة التحكيم في سبيل تيسير علانية الجلسات بثها لعامة الناس عبر وصلات الفيديو، وهذا ما عمد عليه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) منذ عام 2000 إلى نشر لائحة المنازعات المعروضة أمام التحكيم، وهي خطوة هامة نحو شفافية التحكيم في مجال الاستثمار.<sup>1</sup>

- السماح للغير بتقديم ملاحظات مكتوبة لهيئة التحكيم، ويتمثل هذا الغير في كل من له صلة بالقضية من نواب الشعب، منظمات المجتمع المدني، ... الخ.

- السماح للغير بحضور المرافعات العلنية، خاصة مع وجود الوسائل المتطورة التي لا تلزم الجمهور بالحضور إلى مكان إجراء التحكيم.

- نشر قرارات التحكيم المعمول بها لحد الآن، في مختلف أنظمة التحكيم، إن القرارات التحكيمية تظل سرية، ولا يتم نشرها إلا باتفاق الطرفين المتنازعين، حيث نصت المادة 48 الفقرة الخامسة من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، المعدلة سنة 2006، على عدم إمكانية نشر أحكام التحكيم كاملة إلا بموافقة الأطراف، ولكنها سمحت بنشر مقتطفات من هذه القرارات مبتورة أو مع تطهيرها مع بعض المعطيات، كأسماء الأطراف وبعض المعطيات المتعلقة بهم، وبناء على ذلك ينشر المركز ما يناهز نصف قراراته.<sup>2</sup>

نظراً للعدد الكبير من الدول التي انضمت إلى اتفاقية واشنطن، والنجاح الباهر الذي حققه تحكيم الاستثمار على مستوى المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI)، يستوجب على الدول المتعاقدة أن تعمل على تعديل المادة 48 من الاتفاقية للترخيص بنشر القرارات التحكيمية التي تصدر عن هيئات تحكيم المركز لتجسد التزامها بمبادئ الديمقراطية والشفافية أمام شعوبها،

<sup>1</sup> - Ignacio Torterola, L'exigence de la transparence dans le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Une prémonitoire, septembre 2010, sur le site : [www.iisd.org/itm.wp.pdf](http://www.iisd.org/itm.wp.pdf). P. 11. Vu le 05/02/2017.

<sup>2</sup> - « Transparence et participation des tierces personnes aux procédures des différends entre investisseurs et états », Document de travail sur l'investissement international, OCDE, n° 2005, sur le site : <http://dx.doi.org/10.1787/613762812565>.

فتسمح لها أو لممثليها بالاطلاع على ما رتبته هذه القرارات من أعباء مالية على ميزانيات دولهم وعلى المستوى المعيشي لمواطنيها.

### البند الثاني: التصلب النسبي لنظام اليونسترال إزاء مطلب الشفافية

لقد احتلت مسألة شفافية إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار مركز مناقشات المشاركين في الأشغال الخاصة، بمراجعة لائحة تحكيم اليونسترال، حيث نشأت عن عمل الفريق العامل المعني بالتحكيم والتوفيق التابع للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فرصة هامة لزيادة الشفافية في مجال التحكيم بين المستثمرين والدول، وبدأ الفريق العامل التابع لليونسترال عمله بشأن الشفافية في عام 2010، بولاية شددت على أهمية ضمان الشفافية في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وفي بيان خطي يدعم تلك الولاية لاحظت إحدى الدول الأعضاء أن الافتقار إلى الشفافية في التحكيم بين المستثمرين والدول يتعارض مع المبادئ الأساسية للحكم الرشيد وحقوق الإنسان التي تأسست عليها الأمم المتحدة، وتوَج ذلك العمل بنصين رئيسيين أولهما قواعد الشفافية في التحكيم القائم على المعاهدات بين المستثمرين والدول التي دخلت حيز التنفيذ في 1 أبريل 2014، والثانية اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية التي وضعتها اللجنة في صيغتها النهائية في يوليو 2014، وفتح باب توقيعها في 17 مارس 2015، ويرحب الفريق العامل المعني بمسألة حقوق الإنسان والشركات عبر الوطنية وغيرها من المؤسسات التجارية بقواعد الشفافية الجديدة هذه، والمبادئ التوجيهية وعمل اليونسترال بشأن الشفافية يدعمان كلاهما الشفافية الإجرائية والقانونية ويتبعان نهجاً عملياً لتحقيق ذلك الهدف، وتسعى قواعد اليونسترال الجديدة المتعلقة بالشفافية إلى معالجة قلق مستمر إزاء حالات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، ويتمثل هذا القلق تحديداً في طبيعة هذه الحالات التي تكون عادة سرية وغير تشاركية، لا تسمح بمشاركة أصحاب المصلحة المتأثرين أو بتوازن كاف بين جامعة الدول إلى ضمان أنها تحتفظ بما يكفي من القدرة السياسية والتنظيمية لحماية حقوق الإنسان وتوفير حماية المستثمرين. وللدول في قواعد اليونسترال الجديد واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين

المستثمرين والدول وسيلة عملية لتعزيز الحكم الرشيد واحترام حقوق الإنسان في إطار سياسات أعم تتماشى مع المبادئ التوجيهية.

وتوفر هذه القواعد عند تطبيقها نظاماً إجرائياً شفافاً تجري في إطاره عمليات التحكيم بموجب اتفاقيات الاستثمار، ويمكن استخدامها في عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول التي اعتمدت قواعد اليونسترال، وكذلك بموجب قواعد تحكيم مؤسساتية أخرى. كما يمكن للدول أن تدرجها في معاهدات الاستثمار المبرمة في 1 أفريل 2014 أو بعد هذا التاريخ.<sup>1</sup>

تُعدّ الشفافية في تحكيم الاستثمار حسب قواعد اليونسترال بعدة طرق، وعلى أوجه مختلفة، أهمها:

- نشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم، حيث يسارع كلٌّ من الطرفين المتنازعين إلى إرسال نسخة من الإشعار بالتحكيم إلى جهة إيداع المعلومات "الأمين العام للأمم المتحدة أو المؤسسة التي تسميها اليونسترال" المشار إليها في المادة 8 من هذه القواعد، وتتيح جهة الإيداع لعامة الناس الاطلاع على المعلومات المتعلقة بأسماء الطرفين المتنازعين والقطاع الاقتصادي المعني والمعاهدة التي ينظر بموجبها في الدعوى.<sup>2</sup>

- نشر الوثائق التي تقدّم إلى هيئة التحكيم والتي تصدرها هذه الأخيرة، بحيث تكون متاحة للناس والمتمثلة في الإشعار بالتحكيم والردّ على الإشعار بالتحكيم، وبيان الدعوى، وبيان الدفاع أو أية بيانات كتابية أو مذكرات كتابية أخرى مقدّمة من أي طرف متنازع وجدول بجميع إحراز الوثائق المذكورة أعلاه وتقارير الخبراء وبيانات الشهود، وأن مذكرات كتابية مقدّمة من الأطراف في المعاهدة غير المتنازعة ومن أطراف ثالثة، ومحاضر جلسات الاستماع والأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عن

<sup>1</sup> - المادة 1 من قواعد اليونسترال للتحكيم المتضمنة للفقرة 4 الجديدة في المادة 1 بصيغتها المعتمدة في عام 2013. (قواعد بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول).

<sup>2</sup> - المادة 2 من قواعد اليونسترال، المصدر السابق.

هيئة التحكيم<sup>1</sup>، كما يُتاح لعامة الناس الاطلاع على تلك الوثائق على أن يتحمل كل شخص التكاليف الإدارية للاطلاع أو الحصول على نسخ من الوثائق.<sup>2</sup>

- تكون جلسات الاستماع الخاصة بتقديم الأدلة أو المرافعات الشفوية علنية. فإذا اقتضت الضرورة حماية معلومات سرية أو سلامة عملية التحكيم تتخذ هيئة التحكيم الترتيبات اللازمة لعقد جزء جلسة الاستماع الذي يتطلب هذه الحماية في جلسة مغلقة.

ولهيئة التحكيم أن تتخذ ترتيبات لوجستية لتيسير علانية جلسات الاستماع تشمل عند الاقتضاء تنظيم بثها لعامة الناس بواسطة وصلات فيديو أو أي وسائل أخرى من هذا القبيل تراها مناسبة، ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم، بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين، أن تقرر عقد جميع جلسات الاستماع، أو بعضها، في شكل جلسات مغلقة، حيثما يصبح ذلك ضرورياً لأسباب لوجستية، وذلك مثلاً عندما تجعل الظروف من المتعذر تطبيق أي ترتيب من الترتيبات المتخذة أصلاً لكفالة علانية الجلسات.<sup>3</sup>

فإذا كانت القاعدة العامة في التحكيم الاستثماري هو الشفافية، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل وردت عليها بعض الاستثناءات، وهذا ما أقرته قواعد الشفافية، وذلك بجواز سرية بعض المعلومات المرتبطة بالتحكيم، والمتمثلة في المعلومات السرية أو المحمية<sup>4</sup>، التي تتألف من المعلومات التجارية السرية، المعلومات المحمية من إطلاع عامة الناس عليها بموجب معاهدة ثنائية أو متعددة.

المعلومات المحمية من إطلاع عامة الناس بموجب قانون الدولة المدعى عليها فيما يخص معلومات تلك الدولة، وبمقتضى أي قوانين أو قواعد ترى هيئة التحكيم

1 - المادة 3، الفقرة الأولى من قواعد اليونسترال، نفس المصدر.

2 - المادة 3، الفقرة الخامسة من قواعد اليونسترال، المصدر نفسه.

3 - المادة 6، من قواعد اليونسترال، المصدر السابق.

4 - المادة 7، من قواعد اليونسترال، نفس المصدر.

أنها تنطبق على كشف المعلومات، المعلومات التي يكون من شأن الكشف عنها عرقلة إنفاذ القوانين.

وتتمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية بعد التشاور مع أطراف النزاع فيما يعدّ معلومات سرية أو محمية فإذا أقرت ذلك اتخذت ترتيبات تمنع إطلاع عامة الناس عليها ولها أن تحدّد جلسات استماع مغلقة، وإذا رأت الهيئة عدم ضرورة حجب معلومات واردة في وثيقة قدّمها أي طرف طواعية في سجل إجراءات التحكيم، تسمح لهذا الطرف بسحب الوثيقة برمتها أو جزء منها.

ضف إلى ذلك المعلومات الضارة بالمصالح الأمنية<sup>1</sup> التي يجوز للدولة الطرف في التحكيم أن تطلب عدم إتاحة معلومات لعامة الناس إذا رأت في ذلك ضرر بمصالحها الأمنية والسياسية، وكذا المعلومات التي تمسّ سلامة عملية التحكيم لا يجوز إتاحتها للعموم، فيجوز لهيئة التحكيم، من تلقاء نفسها أو بناء على طرف متنازع، بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين متى كان ذلك ممكناً من الناحية العملية، أن تتخذ التدابير الملائمة من أجل تقييد أو تأخير نشر المعلومات متى كان هذا النشر من شأنه المساس بسلامة عملية التحكيم إما لأنه يمكن أن يعيق جمع الأدلة أو تقديمها أو يؤدي إلى ترهيب الشهود أو المحامين الذين يمثلون الطرفين المتنازعين أو هيئة التحكيم أو في ظروف استثنائية مماثلة.<sup>2</sup>

**خلاصة :** لم يعد مبدأ السرية مقبولاً كمبدأ عام غير قابل للتغيير في تحكيم الاستثمار بل يعتدّ إلا بما جاء النص عليه في اتفاقية التحكيم، أو في أنظمة تحكيم مختلف المراكز الدولية.

بعد أن كان هذا المبدأ، لعقود من الزمن، أحد المزايا الأساسية للتحكيم التجاري الدولي الذي يعتبر من عوامل جذب الاستثمار، لكنه بدأ يتراجع في العصر الحالي أمام زحف الشفافية والنشر والعلانية، خاصة عندما يتعلّق الأمر بمنازعات الاستثمار التي تكون الدولة والمؤسسات العامة طرفاً فيها، فتبدو إيجابيات الشفافية في التحكيم

<sup>1</sup> - المادة 7، الفقرة 5، من قواعد اليونسترال، المصدر نفسه.

<sup>2</sup> - المادة 7، الفقرة 6 و7 من قواعد اليونسترال.

في مجال الاستثمار أكبر من مزايا السرية، خاصة بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار التي تعمل على تلميع صورتها عبر الانفتاح على المجتمع المدني، فتحقق الاستقرار والسلم الاجتماعي، لكن اعتمادها يجب أن يتميز بالحدز والدقة، فلا يُمكن التضحية بمبدأ السرية دفعة واحدة بعد أن تبلور عبر الزمن كميزة من مزايا التحكيم التجاري الدولي، فقد يفقد التحكيم بريقه في ظل شفافية كاملة، لأنها في نهاية الأمر مطلب لأطراف خارجة عن العقد وعن النزاع، وليس مطلباً لأطراف النزاع التي فضّلت التحكيم على القضاء الوطني لعدة عوامل من بينها سرية العملية التحكيمية، وتبقى أبرز تحديات التحكيم المعاصر، قدرته على التوفيق بين خاصية السرية ومقتضيات الشفافية.

#### المطلب الرابع: زوال علاقة التصادم بين مؤسسة التحكيم والقضاء

شغلت العلاقة بين القضاء والتحكيم أذهان الفقه، وثارَت مناقشات عديدة حول أساس هذه العلاقة وطبيعتها، وهل يغلب عليها طابع المساعدة أم الطابع الرقابي وما حدود رقابة القضاء على المحكم، وهل تبدأ هذه الرقابة بعد صدور الحكم وانتهاء المحكم، أم يمارس القضاء رقابته منذ بداية عمله ويستمر أثناء سير الإجراءات، وبغية إزالة التصادم بين المؤسستين (القضاء والتحكيم) على نحو لا يشل فاعلية التحكيم.

على ضوء ما تقدّم، ما هو الدور الذي ينبغي على القضاء الوطني لعبه حتى

يساهم في تحقيق فاعلية التحكيم؟

للإجابة على هذا التساؤل، فإنّ دراستنا سنتصبّ على الحالات التي يتدخل فيها القاضي الوطني كمساعد للهيئة التحكيمية، بما فيها المحكّمين (الفرع الأول)، وقد يكون هذا التدخل كرقيب لأعمال التحكيم أثناء عملية التحكيم (الفرع الثاني)، وهناك ثمة رقابة لاحقة عن صدور القرار التحكيمي (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم الاستثماري الدولي

على الرغم من أن التشريعات، وكذا الاتفاقيات الدولية جعلت من نظام التحكيم كوسيلة بديلة لحسم النزاعات في مجال الاستثمارات الدولية بدل القضاء الوطني،

بحيث كلما وجدت اتفاقية التحكيم يمتنع القاضي الوطني من النظر في هذه الدعوى القضائية التي يكون موضوعها نزاعاً تحكيمياً.

غير أنّ الهيئة التحكيمية كقضاء استثنائي أثناء النظر في الدعوى التحكيمية، لا تستطيع أن تقوم ببعض الإجراءات، غالباً ما تكون حكراً للقضاء الوطني، نظراً لما تتمتع به من سلطة الإكراه، لذلك فإن التشريعات الوطنية المقارنة المتعلقة بالتحكيم مثل القانون الجزائري، ما تجيز لتدخل القضاء كمساعد للهيئة التحكيمية في حالة وجود صعوبات تعترض تشكيل المحكمة التحكيمية لاسيما في حالة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، ومن ثمّ فإنّ للقضاء الوطني، دور رئيسي في دعوى التحكيم سواء في سير إجراءات التحكيم، أو فيما يتعلّق من تدابير مؤقتة وحجز تحفظي، وأيضاً في استدعاء الشهود والإنابة القضائية.

#### البند الأول: دور القضاء في اختيار المحكم

الأصل المستقرّ عليه أن لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكم أو المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم، بحيث إذا لم يتمّ ذلك أو امتنع أحد الأطراف عن المشاركة في تعيين المحكم يمكن اللجوء إلى القضاء معاونة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم تحاشياً لإنكار العدالة، وهو ما تبنته معظم التشريعات الوضعية.

فعلى صعيد الوضع في فرنسا، ذهب المشرّع إلى إعطاء اختصاص إجراء التعيينات اللازمة للقضاء الفرنسي، إذا أنّ المادة 1493 من ق.إ.م.ف.<sup>1</sup> تعطي الاختصاص لرئيس محكمة باريس للقيام بالتعيينات حسب الحالات المنصوص عليها في المادة 1457 من ق.إ.م.ف.، بشرط أن يتمّ التحكيم في فرنسا.

وعلى نفس المنهاج، ذهب المشرع المصري إلى إعطاء محكمة استئناف القاهرة إجراء التعيينات اللازمة عندما يكون التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في

<sup>1</sup> - Qui dispose « directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457 ».

مصر أو خارجها، غير أنه يجوز اتفاق الأطراف على إعطاء الاختصاص لمحكمة أخرى في مصر.<sup>1</sup>

وقد سائر المشرع الجزائري الاتجاهات التشريعية الحديثة، حيث أقرّ أنه للقضاء الجزائري دوراً هاماً في مساعدة التحكيم من خلال المادة 1041 فقرة 02 من ق.إ.م.إ. والتي تنصّ على "في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهّمه التعجيل القيام بما يلي:

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

- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

إذن، ومن خلال هذا النصّ، فإنّ المشرع سمح للطرف الذي يهّمه التعجيل بأن يطلب المساعدة من القاضي الوطني، هذا الأخير لا يمكنه التدخل والتصدي إلا في حالة ثبوت عدم قيام الأطراف بتعيين المحكمين بسبب عدم اتفاقهم أو بسبب عدم وجود طريقة لتعيينهم ضمن اتفاقية التحكيم أو شرط التحكيم، أو عدم وجود طريقة لتعيين المحكمين ضمن النظام القانوني لهيئة التحكيم التي اتفق الأطراف على اللجوء إليها.

إن القاضي الوطني وتدخله هذا يلعب دور القاضي المساعد، وهذا مفهوم جديد لوظيفة القاضي الوطني إزاء خصومة التحكيم.

إذن، ففي مرحلة تشكيل محكمة التحكيم، يتخذ هذا التدخل مظهراً مساعداً فقط، أي أنه من حيث الأصل لا يلعب قاضي الدولة أي دور رقابي، فمهمته تنحصر أساساً

<sup>1</sup> - هذا حسب المادة 9، من قانون التحكيم المصري، رقم 97 لسنة 1994، المعدّل التي تنصّ على ما يلي: "يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر. وتظلّ المحكمة التي يعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم".

في هذه المرحلة في مساعدة الأطراف على تعيين المحكمين الذين يعهد إليهم مهمة الفصل في النزاع.

فالتبيعة الإسعافية لاختصاص القاضي الوطني تفرض عليه التقيد بمسألتين مهمتين، الأولى أنه لا يتدخل من تلقاء نفسه والثانية أنه لا يخرج عن حدود تعيين المحكمين، حيث أنه لا يسوغ له أن يتعدى هذه المسألة للفصل في مسألة الاختصاص أو للفصل في مسائل تتعلق بموضوع النزاع.

يُمكن ملاحظة أن المشرع الفرنسي قد عبّر عن الدور المساعد للقاضي الوطني، وذلك باستعماله لمصطلح *Juge d'appui*<sup>1</sup> للتعبير عن القاضي المختص بحلّ النزاع الناشئ بين الأطراف حول تعيين المحكمين، وقد تمّ استعمال هذا المصطلح أول مرة من طرف التحكيم السويسري ليكرّسه فيما بعد الفقه والقضاء الفرنسي اللذان استعملوا هذا المصطلح في وقت سابق<sup>2</sup>، ليستعمله المشرع الفرنسي لأول مرة بموجب المرسوم المؤرّخ في 2011/01/13، المتضمّن تعديل القانون الفرنسي للتحكيم، وذلك بناءً على توصيات اللجنة الفرنسية للتحكيم، والتي ذهبت إلى إطلاق مصطلح *Le juge d'appui* على رئيس محكمة باريس، في كل مرة يمنح له اختصاص التدخل لإزالة عوائق تشكيل محكمة التحكيم.<sup>3</sup>

إنّ ترجمة هذا المصطلح إلى اللغة العربية تفيد صراحة إلى قصد المشرع الفرنسي إلى الدور المساعد فقط، إذ أنّ مصطلح *Appui* ينصرف إلى العبارات الآتية: مساعد - داعم - مسعف.

لكن بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فإنّ نصّ المادة 1041 من ق.إ.م.إ، المتضمّن تحديد اختصاص القاضي الوطني في تعيين المحكمين لم يتضمّن صراحة

<sup>1</sup> - Ali Bencheneb, L'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droit algérien et français, Revue de droit des affaires internationales, International Business Law Journal, n°1, 2012, p. 20.

<sup>2</sup> - Gérard Pluyette, « 1981 – 2011, trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage », texte de la conférence A.F.A, le 15 octobre 2013, dans les salons de la maison des arts et métiers à Paris, p. 06, [www.aFa.arbitrage.com](http://www.aFa.arbitrage.com). Visité le 10/01/2017.

<sup>3</sup> - Antoine Kassis, La réforme du droit de l'arbitrage international, le Harmattan, 2008, Paris, p. 219.

استعمال مصطلح القاضي المساعد، حيث أنه قد استعمل مصطلح رئيس المحكمة، لكن هذا لا يعني عدم قبوله بالطبيعة المساعدة لاختصاص رئيس المحكمة، إذ أن هذه الطبيعة يمكن استنتاجها بسهولة من خلال شروط وكيفيات ممارسة رئيس المحكمة لاختصاصه الممنوح له بموجب هذه المادة.

ويُمكن وصف تدخل القضاء في هذه المرحلة بأنه احتياطي، ذلك أنه لا يجوز اللجوء لرئيس المحكمة إلا في حالة عدم الاتفاق أو عدم قيام أحد الأطراف بالتزاماته المتعلقة بالتعيين، والتي تؤدي مباشرة إلى عدم تشكيل هيئة التحكيم أو إلى عدم استمرارها<sup>1</sup>. كما قد يقوم القاضي بدور أساسي في تعيين المحكم الثالث، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل بشأنه<sup>2</sup>، وعادة ما تظهر هذه الحالة في التحكيم غير المؤسسي.

#### البند الثاني: التدخل للمساهمة في توفير أدلة الإثبات

إذا كان التحكيم يحتاج إلى القضاء في بداية طريقه، فإنه يظل بحاجة إليه خلال سيره، لسبب بسيط وهو عدم تمتع هيئة التحكيم بسلطة الالتزام يجعلها دائماً في حاجة لمعاونة القضاء في مجال الحصول على أدلة الإثبات في الدعوى، وهذه الأدلة تتمثل في الشهود، المستندات التي تحت يد أحد الخصوم أو الغير، والاستعانة بخبير لبيان وجه الحق في الدعوى.

والقانون الجزائري، كمثلته من القوانين المقارنة في مجال التحكيم قد منح للمحكمة التحكيمية سلطة البحث عن الأدلة في المادة 1047<sup>3</sup> من ق.إ.م.إ.ج. بمناسبة النزاع المطروح عليها. ولكن أياً كانت هذه الصلاحيات، فإن عدم تمتع هيئة التحكيم بسلطة الإلزام، يجعلها دائماً تحتاج إلى تدخل القضاء للمساهمة في توفير أدلة

<sup>1</sup> - نور الدين زرقون، الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين، مجلة دفتر السياسة والقانون، ع 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2015، ص 68.

<sup>2</sup> - Jose Carlos, Fernandez Rosas, Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, p. 138, téléchargé du site : <http://eprints.vcm.es>. Visité le 10/02/2017.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1047 من ق.إ.م.إ.ج. على أنه "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة".

الإثبات، وهذا ما نصّت عليه المادة 1048<sup>1</sup> من ق.إ.م.إ.ج. التي تقضي بأنه يجوز لمحكمة التحكيم أو الأطراف الاتفاق مع هذه الأخيرة أو الطرف المعني بالتعجيل، أن يطلب تدخل القضاء المختص إقليمياً، لتوفير الأدلة لفائدة الدعوى التحكيمية.

ومن خلال نصّ المادة 1048 من ق.إ.م.إ.ج. يتبيّن لنا أنّ المشرّع الجزائري قد منح لمحكمة التحكيم صلاحية طلب المساعدة من قبل القضاء المختصّ، كما منح للأطراف هذه الصلاحية في طلب التعاون مع القضاء المختص، أو من أحد الأطراف المعني بالتعجيل، بعد رخصة من المحكم الدولي، لطلب تدخل القضاء التحكيمي لتوفير الأدلة.

مع العلم أن المشرّع الجزائري لم ينصّ على صور الأدلة التي يمكن للقضاء أن يقدمها، لذلك يجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية لدولة القاضي المتدخل، باعتبار أن قانونه هو الواجب التطبيق.

فإذا افترضنا أنّ المحكمة التحكيمية طلبت من القضاء الجزائري التدخل للمساهمة في سير الدعوى التحكيمية، باعتبار أن العقد له صلة بالجزائر، سواء من حيث الإبرام أو التنفيذ، وليس حتماً أن يكون أحد أطراف العلاقة جزائرياً. ففي هذه الحالة سيطبّق القاضي الوطني قانونه في مجال جمع الأدلة المتمثّل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مثل إبلاغ الأدلة الكتابية<sup>2</sup>، وقد يتدخل القاضي عن طريق إجراء تحقيق<sup>3</sup> بناءً على طلب محكمة التحكيم أو بطلب من الخصوم، أو بطلب من أحد الخصوم المعني بالتعجيل بعد ترخيص من المحكمة

<sup>1</sup> - تنصّ المادة 1048 من ق.إ.م.إ.ج. على أنه "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو الطرف الذي يهّمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبّق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

<sup>2</sup> - أنظر المواد من 70 إلى 74 من ق.إ.م.إ.ج.

<sup>3</sup> - أنظر المواد من 82 إلى 106 من ق.إ.م.إ.ج.

التحكيمية، وقد يكون تدخل القضاء بالمعاينات والانتقال إلى الأماكن<sup>1</sup> التي لها صلة بالعقد الدولي، وقد يكون التدخل في سماع وإحضار الشهود<sup>2</sup>، أو الاستعانة بخبير<sup>3</sup>.

### البند الثالث: تدخل القضاء في مجال التدابير المؤقتة والتحفّضية

قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفّضية أو إصدار بعض الأحكام الوقائية تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة، أو التي تجعل الحكم يعدّ صدوره عديم الجدوى<sup>4</sup>.

لذلك، فإن مسألة اتخاذ تدابير مؤقتة وتحفّضية هي من المسائل التي حظيت باهتمام قوانين التحكيم المقارنة، إذ جعل قانون التحكيم المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المشار إليها في المادة 9 منه اختصاصاً باتخاذ هذه التدابير، إذا ما طلب أحد طرفي النزاع ذلك، وهذا وفقاً لنص المادة 14 من قانون التحكيم المصري، والتي نصّت على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن تأمر بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفّضية، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

كما تسمح المادة 24 من قانون التحكيم المصري لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناءً على طلب أحدهما، أن تأمر أيًا منهما باتخاذ ما تراه مناسباً من تدابير مؤقتة أو تحفّضية تقتضيها طبيعة النزاع.

والقانون الجزائري، مثله مثل القانون المصري، قد تطرّق إلى تدخل القضاء لمساعدة الهيئة التحكيمية في اتخاذ مثل هذه التدابير المؤقتة والتحفّضية، وذلك من خلال نصّ المادة 1046 من ق.إ.م.إ.ج. الذي أجاز للمحكمة التحكيمية أن تأمر

1 - أنظر المواد من 146 إلى 149 من ق.إ.م.إ.ج.

2 - أنظر المواد من 150 إلى 163 من ق.إ.م.إ.ج.

3 - أنظر المواد من 125 إلى 145 من ق.إ.م.إ.ج.

4 - أحمد هندي، التحكيم، دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2013.

بتدابير مؤقتة أو تحفظية، بناء على طلب أحد الأطراف، إلا إذا نصّ اتفاق الطرفين على خلاف ذلك، والجديد الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمقارنة مع نصّ المادة 458 مكرر 9 من المرسوم التشريعي 09/93، هو أنه إذا لم يتمّ الطرف المدني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص.<sup>1</sup> ويضيف القانون "يطبّق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، أي أنّ المحكمة التحكيمية التي تطبق قانون التحكيم الجزائري في تحكيم يجري خارج الجزائر، يحقّ لها أن تتخذ قرارات تحفظية ومؤقتة وتكون الاستعانة بقاضي البلد الذي يجري فيه التحكيم لتنفيذ هذه القرارات وفقاً لقانون هذا القاضي.<sup>2</sup>

ويضيف قانون التحكيم الدولي، يُمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير.<sup>3</sup> وهذا الضمان يهدف إلى تحقيق غايتين في وقت واحد، فهو من ناحية يضمن مخاطر التعسّف الذي قد ينطوي عليه طلب اتخاذ التدابير، ومن ناحية أخرى، يضمن حصول المضرور على التعويض الذي قد يستحقه عما لحقه من أضرار نتيجة اتخاذه هذه الإجراءات.

وهكذا عدّ التشريع الجزائري في هذا الشأن من أكثر التشريعات الوطنية تحراً، حيث أنه لم يتدخل في منح هذا الاختصاص لأي من الطرفين، لا للقضاء الوطني ولا للقضاء التحكيمي، بل كان تدخله عرضياً غير اقصائياً، فقد تدخل في حالة سكوت اتفاقية التحكيم عن تحديد من يحقّ له اتخاذ الوسائل الوقئية والتحفظية، ولو أنّ تدخله كان لصالح محكمة التحكيم على حساب القضاء الوطني، فيفهم من نصّ المادة 1046 من ق.إ.م.إ.ج. السابقة الذكر أن اتخاذ الوسائل الوقئية والتحفظية ليس اختصاصاً حصرياً لمحكمة التحكيم، وإنما يحقّ لأطراف اتفاقية التحكيم أن يمنحوا

<sup>1</sup> - راجع الفقرة 1 و2 من المادة 1046 من ق.إ.م.إ.ج.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، ملحق الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة ثالثة منقّحة ومعدّلة، بيروت، لبنان، 2009، ص 95.

<sup>3</sup> - راجع الفقرة 3 من المادة 1046 من ق.إ.م.إ.ج.

هذا الاختصاص للقضاء العمومي، إن رغبوا في ذلك، فالمشرع الجزائري حذا حذو التشريعات الوطنية المتأثرة بالقانون النموذجي، بل ذهب إلى أكثر من ذلك أنه منح الحق للمحكمة التحكيمية في مخاطبة القضاء الوطني إذا لم يمثل الطرف المعني ورفض الاستجابة لطلب المحكمة التحكيمية. رغم أنه من المفروض أن يكون الاستجداء بالقضاء الوطني حصراً على الطرف المتضرر، وليس من مهام المحكمة التحكيمية.

ويجمع الفقه<sup>1</sup> على أن مبدأ الاشتراك في الاختصاص باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفيزية بين القضائين يتضمن ثلاثة عناصر تعد قوام المبدأ ومضمونه الحقيقي، تتمثل في:

- إقرار اختصاص قضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفيزية رغم وجود اتفاقية تحكيم على أساس ما له من ولاية عمومية وسلطان سيادي.
- إن إقرار اختصاص قضاء الدولة بتلك الوسائل لا يعني التنازل عن اتفاقية التحكيم في شأن الاختصاص التحكيمي بأصل النزاع.
- إن إقرار اختصاص قضاء الدولة على ذلك الأساس لا يعني إقصاء اختصاص القضاء التحكيمي باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفيزية.

لكن هذه الثلاثية أثارت مجموعة من الإشكالات أكثر مما قدمت من حلول، فقد عبّرت عن مبدأ الاشتراك دون أن ترسم حدود هذا المبدأ، فلمن تكون سلطة اتخاذ هذه الإجراءات؟ هل تكون للقضاء الوطني، بحكم أنه صاحب الاختصاص الأصيل، أم تكون الولاية للمحكمة التحكيمية بحكم أنها من ينظر في أصل النزاع وهي أعلم به من غيرها؟ وهنا كان للأستاذة حفيظة حداد رأي في هذه المسألة، حيث ترى أن مبدأ الاختصاص هو مبدأ تقريري، أي يكفي بتقرير الوضع الغالب في القوانين الوضعية دون أن يعطى تفسيراً لأساس ذلك الاشتراك، أو لحدوده، وأن فيه مبالغة في دور

<sup>1</sup> - حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية في المنازعات الخاصة الدولية المنفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 28.

الإرادة التحكيمية، إذ تقول الأستاذة في هذه المسألة<sup>1</sup>: "يبدو لنا في الأساس الحقيقي لاختصاص محاكم الدولة بطائفة من الإجراءات الوقتية والتحفظية على نحو قاصر عليها، مع الاعتراف لقضاء التحكيم بإمكانية اتخاذ طائفة أخرى من هذه الإجراءات، مبعثه فكرة الفاعلية والنفاز التي يتعين أن تتحقق للتحكيم وما يصدر عنه من قضاء".

### الفرع الثاني: تدخل القضاء لرقابة أعمال التحكيم

لا يقتصر تدخل القضاء في مجال التحكيم على مجرد تقديم المساعدة للمحكم الدولي، ولكن قد يتدخل لغرض آخر كمرقب على التحكيم في أداء مهمته، ولو تفحصنا قانون التحكيم الجزائري نجد أن القواعد المادية حاولت التخفيف من أوجه رقابة القضاء الوطني على عملية التحكيم حتى لا تكون عائقاً يحول دون الأداء المميز للتحكيم من جهة، أو تكون هذه القواعد سبباً لإطالة أمد إجراءاته من جهة أخرى.

### البند الأول: ردّ المحكمين

نظراً للأهمية البالغة التي تلعبها عقود الاستثمار الدولية في حقل المال والأعمال، فإنّ المصالح الاقتصادية التي يمكن أن تكون محل نزاع وتسوية عن طريق التحكيم قد تتعرض إلى الضياع وعدم الانضباط في الحقوق عندما يتعلق الأمر بمحكمين وقع الشك في استقلاليتهم أو نزاهتهم أو حيادهم.

أولا تتوفر فيهم الشروط والصفات المتفق عليها في اتفاق التحكيم<sup>2</sup>. لذلك، فإن معظم التشريعات الوطنية منحت الحق للأطراف في ردّ المحكمين المشكوك فيهم، باشتغالها على أحكام تتعلق بردّ المحكمين حيث تفرض ضرورة توفر بعض الشروط في المحكم أهمها الاستقلالية، النزاهة والحياد وفقاً للشروط المتفق عليها في اتفاق التحكيم. ومن أجل ذلك، أوجبت القوانين الوطنية على المحكم الإفصاح عند تعيينه عن الظروف التي تثير الشكوك حول حياده واستقلاله لضمان توافر الثقة في

<sup>1</sup> - حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> - محمد كولا، المرجع السابق، ص 181.

شخصه<sup>1</sup>. فإذا صرّح المحكم عن هذه الأسباب، وقبل الطرف الآخر به، فلا يستطيع الطرف الآخر أن يطلب رده فيما بعد.

ويقصد برّد المحكم أن يعبر أحد المحتكمين في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم الامتثال أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون، وطبقاً للشروط والإجراءات التي يحددها<sup>2</sup>.

لقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من الإجراءات لردّ المحكمين، تختلف كلية هذه الإجراءات التي حددتها القواعد الإجرائية العامة لردّ القضاة، وتتسم إجراءات ردّ المحكمين بالبساطة والسرعة، حيث جعلت الاختصاص بنظر طلب الرد على المحكمين بيد هيئة التحكيم مع تبيان أسباب الردّ مع إبلاغ طلب الردّ على المحكم المطلوب رده في حالة تشكيل هيئة من عدّة محكمين، فإذا لم يتنحى تفصل هيئة التحكيم في الطلب، وفي حالة وقوع نزاع بشأن ردّ المحكم ولم يتضمّن نظام التحكيم كيفية تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، فيعهد الأمر إلى القاضي للفصل في إصدار الأمر بشأنه، وهذا بطلب من يهّمه التعجيل.

فالصحيح أن يختصّ القضاء بالفصل في طلب ردّ المحكمين، وممارسة دوره الرقابي من خلال تقييم مسك المحكمين بموضوعية وحياد، ولا محلّ للاعتراض بأنّ ذلك يعيق الإجراءات، لأن القرار الذي يصدره المحكم بشأن الردّ غالباً ما يكون محلاً للطعن أمام القضاء إذا رفض المحكم الردّ، وبالتالي تتحقق الرقابة في هذه المرحلة أيضاً، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري جعل من الأمر القضائي للفصل في مسألة الرد غير قابل لأي طعن، والغرض من ذلك يتمثل في تفعيل التحكيم وعدم خوض المحتكمين في الطعن أمام القضاء للتهرب من التحكيم.

<sup>1</sup> - حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006، ص 258.

<sup>2</sup> - راجع المادة 1016، من ق.إ.م.إ.ج. المشار إليه سابقاً.

## البند الثاني: تدخل القضاء لعدم صدور حكم التحكيم في المدة المحددة

لم يحدّد القانون الجزائري مدة مقرّرة للتحكيم، بل ترك هذه المسألة إلى أطراف العلاقة الدولية، فإذا أرادوا الاتفاق على مدّة معيّنة، فيجب على الهيئة التحكيمية الالتزام بهذه المدة المختارة لإنهاء التحكيم وصدور القرار التحكيمي دون تجاوز المدة المتفق عليها من جانب المحكّمين.

إلا أنّه، اعتماداً على المادة 1024، الفقرة 2 من ق.إ.م.إ.ج.، نجد أنه قرّر إنهاء التحكيم بانتهاء المدة المقررة للتحكيم فإن لم يشترط المدة، فانتهاه مدة أربعة أشهر، وهي المهلة القصوى لصدور القرار التحكيمي.

والجدير بالذكر أنه إذا انتهت مدة التحكيم دون صدور حكمٍ يجوز لطرفي التحكيم اللجوء إلى القضاء المختص الذي يختاره الأطراف لمدّة ميعاد التحكيم أو إنهاء إجراءاته<sup>1</sup>، فهنا يظلّ اتفاق التحكيم قائماً ولا يسقط ولكن ينتقل الحق. في تقرير المصير إلى القاضي، فإذا قضى بالمد فهذا معناه أن القاضي احتفظ بالتحكيم قائماً وفرضه على الطرفين، ولا يزال اتفاق التحكيم منتجاً لأثاره، أما لو قضى بإنهاء الإجراءات فهنا يكون القاضي قد حكم بسقوط اتفاق التحكيم، ويصبح الطرفان في حل منه فيجوز لأيّ منهما اللجوء للقضاء.<sup>2</sup>

فتدخل القضاء الوطني هنا يعد بمثابة تقييم ما تمّ من إجراءات التحكيم، وما تبقى منها حتى يستطيع تمديد المدة، وتجدر الإشارة أن القانون لم يحدّد مدّة معينة يجب على القاضي تجاوزها عند مدّ ميعاد التحكيم، وتركت المادة 1048 من ق.إ.م.إ.ج هذا الأمر لتقدير القاضي.

والقاعدة العامة أن المادة 1048 من ق.إ.م.إ.ج. قد منحت للأطراف العلاقة الدولية، وللهيئة التحكيمية حق طلب تدخل القضاء لمساعدة عملية التحكيم، وليس سلطة الرقابة على تمديد المهلة لإجراء التحكيم، إلا أنه يتحول دور القضاء المعاون

<sup>1</sup> - راجع المادة 1048، من ق.إ.م.إ.ج.

<sup>2</sup> - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فضّ النزاعات، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2011، ص 69.

إلى دور الرقيب، لاسيما إن وجدت مناورات، بشأن التأثير على المواعيد الإجرائية، بشكل يجعلها تطول أكثر مما اتفق عليه، لأن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تفرض أن يتم تحديد أجل التحكيم من قبل الأطراف، ويكون المحكم الدولي ملزماً باحترامه كلزوم احترامه لاتفاقية التحكيم كليةً.

### الفرع الثالث: رقابة القضاء اللاحقة لأعمال التحكيم

يعد حكم التحكيم خلاصة المهمة التحكيمية والنتيجة المتوصل إليها من طرف المحكمة التحكيمية للفصل في النزاع المعروض عليها، والذي يلتزم الأطراف بتنفيذه طواعيةً انطلاقاً من إجماع إرادتهم على حلّ النزاع عن طريق التحكيم، إلا أنه قد يواجه تنفيذ حكم التحكيم أحداثاً متمثلة إما في صعوبات تنفيذه من الأطراف المتنازعة، تمسك الطرف المحكوم عليه بعدم تنفيذه، وجود نقائص وأخطاء في أحكام التحكيم، أو صعوبات ناتجة عن اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة لاستصدار أوامر بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم وكذا حالة رفض ذلك من طرف هذه الأخيرة. انطلاقاً من هذه الصعوبات أقرت التشريعات الوضعية ومن بينها التشريع الجزائري بإمكانية التقرب من الجهات القضائية والاستعانة بها لتنفيذ هذه الأحكام وكذا إمكانية الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، هذا ما سوف نتطرق إليه في البداية للتعرف على طرق الطعن في أحكام التجاري الدولي والقواعد القانونية التي تنظمها من حيث الاختصاص والمواعيد المقررة لممارسة هذه الطعون بالإضافة إلى التعرف على الأسباب التي تتيح للأطراف المتنازعة الطعن في أحكام التحكيم أمام الجهات القضائية وكذا الآثار المترتبة عن الطعون.

### البند الأول: الطعن في أحكام التحكيم

لقد أجاز المشرع الجزائري للقضاء الوطني بالتدخل من خلال تنفيذ حكم التحكيم أو من خلال الطعن فيه، معتبراً تدخل القضاء بعد إتمام مهمة التحكيم وإصدار الحكم الفاصل بمثابة الرقابة اللاحقة، والمفترض فيها أن لا تكون عائقاً يحول دون تنفيذ أحكام التحكيم، مشيرين إلى طرق الطعن في أحكام التحكيم والجهة القضائية المختصة بهذه الطعون وكذا المواعيد القانونية لرفعها.

## أولاً: طرق الطعن في أحكام التحكيم

لقد تضمنت الأحكام الخاصة بتنظيم التحكيم التجاري الدولي عدة طرق للطعن، سواء تعلقت بتنفيذ أحكام التحكيم أو برفضها، حيث نميز بين الاستئناف في الأمر المتضمن رفض أو قبول الاعتراض والتنفيذ، أو الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم، مع إمكانية الطعن بالنقض في القرارات الصادرة بصدد الاستئناف أو الطعن بالبطلان.

## 1- الاستئناف:

حسب المادة 1055 من ق.إ.م.إ.ج. يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ قابلاً للاستئناف دون تقييد هذا الاستئناف بشروط أو حالات معينة. أما استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ فقد حددت له 6 حالات، ذكرت في نص المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج.، حيث لا بد أن يتأسس عليها الاستئناف، مع الإشارة إلى أنه ليس من اختصاص القاضي في دولة التنفيذ أن يتعرض إلى موضوع النزاع التحكيمي، وإنما يقتصر دوره في التأكد من مدى توافر الشروط اللازمة لقبول أو رفض تنفيذ حكم التحكيم، ومن عليه أن لا يتعرض للموضوع بالفصل فيه من جديد، وتقتضي المادة 1057 من نفس القانون بضرورة رفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال مدة شهرين من تاريخ تبليغ الأطراف بالأمر.

## 2- الطعن بالبطلان:

إلى جانب إمكانية استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم من عدمه، فإنّ المشرع الجزائري كذلك أجاز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم بحد ذاته متى كان صادراً في الجزائر، حيث نصت المادة 1058 من ق.إ.م.إ.ج. على ما يلي: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"، مما يفيد أنه يمكن إبطال أو إلغاء أحكام التحكيم الدولية بشرط أن تكون صادرة داخل الحدود الإقليمية الجزائرية، مع استناد الدعوى على إحدى الحالات المحددة والمحصورة في نص المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج. وذلك تماشياً مع نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك من سنة 1958،

التي اعتمدت معيار مقر صدور الحكم وهو معيار استندت عليه أغلب التشريعات القائلة بإمكانية الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي.

ويبقى أن نشير بأنّ الأوامر التي تسمح بتنفيذ حكم التحكيم لا تقبل الطعن بالبطلان كقاعدة عامة، إلا أنّ الفقرة الثانية من المادة 1058 من ق.إ.م.إ.ج. تضمنت استثناء على هذه القاعدة، حيث ورد فيها ما يلي: "لا يُقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أنّ الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتمّ الفصل فيه".

### 3- الطعن بالنقض:

لقد تضمنت الأحكام المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، إمكانية الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجلس القضائي بناء على النظر في استئناف الأوامر المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ، أو الطعن بالنقض من طرق الطعن غير العادية.

ثانياً: تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعون ومواعيد رفعها

لقد حددت الجهة القضائية المختصة بالنظر إلى استئناف الأوامر المتعلقة بالاعتراف أو بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي في نص المادة 1057، وتتمثل في المجلس القضائي الذي يشتمل اختصاصه المحكمة التي أصدرت الأمر بقبول أو رفض الاعتراف أو التنفيذ، أما ميعاد رفع الاستئناف فحدّد بشهرٍ واحدٍ يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

أما الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الصادر في الجزائر والأمر الصادر بقبول تنفيذه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه طبقاً للمادة 1059 ق.إ.م.إ.ج.، والملاحظ من خلال نصّ المادة أنها لم تتضمن تحديداً قاطعاً لميعاد الطعن بالبطلان، وإنما جاءت بميعاد مفتوح، حيث اكتفت بتوضيح افتراضي لوقت نهايته، وهو الأمر الذي قد يسمح بإطالة الأجل أو قصره.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - راجع الفقرة 1 و2 من المادة 1059 من قانون إ.م.إ.ج.

لقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي الذي لم يضع أجلاً محدداً لرفع دعوى البطلان، إلا أنّ السؤال الذي يطرح في هذا المقام، لماذا الربط بين ميعاد الطعن بالبطلان وصدور أمر يقضي بالتنفيذ؟ ماذا لو تماطل الخصم المستفيد من الحكم في استصدار أمر بالتنفيذ أو صدور أمر برفض التنفيذ؟ لعلّ الإجابة تكمن في جعل سريان ميعاد رفع طعن بالبطلان منوطاً بإرادة الخصم الذي صدر الحكم لصالحه، وبالتالي لن يماطل في استصدار أمر بالتنفيذ عند مواجهته لصعوبة في التنفيذ من الطرف الآخر، وذلك لتحسين حكم التحكيم من دعوى البطلان.

وفيما يتعلّق بالجهة القضائية المختصة بالنظر في نقض القرارات الصادرة عن المجلس القضائي بناء على النظر في الطعن باستئناف الأوامر المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ أو التي تقضي ببطلان حكم التحكيم، إلا أنّه لم يذكر الجهة المختصة وميعاد رفع الطعن بالنقض، وفي ذلك إحالة على القواعد العامة لإجراءات الطعن بالنقض حسب ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ينعقد الاختصاص بالنظر في الطعن بالنقض للمحكمة العليا.<sup>1</sup>

### ثالثاً: مبررات الطعن في أحكام التحكيم.

نشير بدايةً إلى أنّ الأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ قابل للاستئناف لم يُقيد بشروط أو مبررات محددة، وهذا وفقاً لنص المادة 1055 من ق.إ.م.إ.ج.، على عكس الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ، الذي لم يتمّ استئنافه إلا إذا توفر سبب من الأسباب المذكورة في المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج.، والتي تعتبر حسب نصّ المادة 1058 من ق.إ.م.إ.ج. نفس الأسباب التي تجيز الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الصادرة في الجزائر.

لقد تضمّنت المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج. ستة (6) أسباب تتيح فيها الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، وهي واردة على سبيل الحصر، سنحاول فيما يلي التطرّق إلى كلّ مبررٍ على حدة:

<sup>1</sup> - أنظر المادة 560 من ق.إ.م.إ.ج.

## 1- التحكيم دون وجود اتفاقية تحكيم أو بموجب اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها:

يضم السبب الأول المذكور في نص المادة 1056 ثلاث صور، تتمثل في انعدام اتفاقية التحكيم، فوفقاً لهذه الصورة فإن الهيئة التحكيمية فصلت في النزاع دون وجود اتفاق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، وإذا كانت هنالك بعض التشريعات التي لا تمنع من إبرام اتفاقية التحكيم شفاهةً، فإنّ للمشرّع الجزائري موقف مختلف يبرز من خلال النص على إبرام اتفاقية التحكيم كتابةً أو بأي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، وبالتالي فإنّ المشرّع يعتبر الكتابة شرطاً للإثبات يترتب عليه بطلان الاتفاق في حال مخالفة هذا الشرط.<sup>1</sup>

أما الصورة الثانية فتتمثل في بطلان اتفاق التحكيم، حيث اشترطت التشريعات الحديثة على اعتبار اتفاقية التحكيم صحيحة متى كانت إرادة الأطراف سليمة وخالية من عيوب الرضا وكذا موضوع النزاع قابلاً للفصل فيه عن طريق التحكيم.<sup>2</sup>

وفيما يخصّ سقوط اتفاقية التحكيم بمضي مدتها، فإنّه يتعيّن التمييز بين اتفاقية التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعده، فلو تمّ الاتفاق على التحكيم بموجب شرط التحكيم أي قبل قيام النزاع، واتفق على تقديم طالب التحكيم خلال مدة معينة من تاريخ نشوء النزاع، فإنّ فوات تلك المدة دون تقديم الطلب المذكور، يؤدي حتماً إلى سقوط اتفاقية التحكيم، وما على الأطراف إلا اللجوء إلى القضاء، أما إذا كان أمام اتفاقية تحكيم بموجب مشاركة أي بعد نشوء النزاع، فإنه من المفروض أن النزاع قد وقع فعلاً، إذ يحددون الأطراف المدة التي يجب أن تنتهي خلالها إجراءات التحكيم، فلو انقضت تلك المدة ولم يطرأ عليها تمديد من قبل الأطراف، أو بحكم القضاء، فإن المشاركة تسقط لو افترضنا أن القرار التحكيمي قد صدر بعد فوات تلك المدة عد باطلاً.

<sup>1</sup> - راجع المادة 1040، فقرة ثانية من ق.إ.م.إ.ج.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 128.

## 2- إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون:

السبب الثاني الذي يمكن أن يتأسس عليه الطعن في حكم التحكيم يتمثل في تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بصورة مخالفة للقانون دون أن يحدد المشرع بدقة المقصود بالقانون الذي يكون مخالفاً، هل هو القانون الواجب التطبيق على الجانب الإجرائي أو قانون مكان إجراء التحكيم.

ومخالفة تشكيل هيئة التحكيم لأحكام القانون، تكمن في عدم احترام الشروط التي يجب أن تتوفر في المحكمين، أو القواعد التي تحكم عددهم، كأن يكون المحكم ناقص الأهلية أو محجور عليه أو محروماً من مباشرة حقوقه المدنية، وهذه القواعد وإن لم ينص عليها القانون الجزائري، إلا أنها تعد من الشروط الجوهرية في القواعد العامة، وأن لا يكون عدد المحكمين زوجياً<sup>1</sup>، أو أن يفصح المحكم عن أي ظروف تؤثر على حيده واستقلاله. رغم أن هذا الشرط لا يجوز الطعن فيه بالبطلان لأن الخصوم قد لا يعترضوا بعد إفصاح المحكم، فيعدّ نزولاً من الأطراف عن حقها في الاعتراض.<sup>2</sup>

## 3- مخالفة هيئة التحكيم المهمة المسندة إليها:

بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج. يُمكن الطعن باستئناف الأمر القاضي بالتنفيذ أو ببطلان حكم التحكيم متى كان صادراً من هيئة تحكيمية خالفت المهمة المسندة إليها من قبل الأطراف المتنازعة، لأن إرادتهم هي المصدر الأصلي للسلطة؛ لذا لا بدّ من احترامها والتقيّد بها عند الفصل في النزاع، وذلك بإصدار الحكم الفاصل في حدود المهمة الموكلة إليها، وأي تجاوز لنطاق اتفاقية التحكيم يعرض الحكم الصادر عنها للطعن بالبطلان.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 1017 من ق.إ.م.إ.ج. "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعد فردي".

<sup>2</sup> - محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1995، ص 345.

<sup>3</sup> - شريف الطباخ، التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقهاء، دار الفكر والقانون، ط1، مصر، 2008، ص 312.

**4- عدم مراعاة مبدأ الوجاهية:**

لقد حرص المشرع الجزائري من خلال الفقرة الرابعة من المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج. على ضرورة احترام إرادة الأطراف المتنازعة والحفاظ على حقوقهم في الدفاع، وذلك بإعمال مبدأ المواجهة بين الأطراف والذي يعتبر من النظام العام الإجرائي<sup>1</sup>. فعدم احترام هذا المبدأ يعد خرقاً لمبدأ المساواة بين المتنازعين.

**5- انعدام التسبب في الحكم أو وجود تناقض في الأسباب:**

من حالات بطلان حكم التحكيم التي أوردتها المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج. في فقرتها الخامسة وجوب تسبب أحكام التحكيم تحت طائلة البطلان، إذ هي قاعدة من النظام العام، ومسألة جوهرية كما هو الشأن بأحكام القضاء العادي، ولم يترك المشرع في هذا الوضع مجالاً لإرادة الأطراف بالنص صراحةً في اتفاقية التحكيم على عدم ضرورة تسبب الحكم أو عدم التزام المحكمين بتسببهم لذا جعل المشرع أن الأصل هو لزوم التسبب، وفي هذه الحالة يتعين أن تكون أسباب حكم التحكيم كافية متعلقة بموضوع النزاع وغير متناقضة، وبالتالي يُمكن بطلان الحكم لقصور في ... أو التسبب أو لغموض الأسباب، وعموميتها الشديدة أو عدم كفايتها أو لعدم التسبب أصلاً.<sup>2</sup>

**6- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي:**

آخر الأسباب الواردة في نصّ المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج.، والتي يستند عليه في الطعن ضد أحكام التحكيم أو الأوامر المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ يتمثل في مخالفة النظام العام الدولي.

فالنظام العام الدولي هو نظام عام مشترك بين كلّ الدول ونابع من المصلحة العليا للجماعة الدولية والواقع أن هذه الفكرة غير موجودة بالشكل الكافي والواضح والمحدد كما هو الشأن في النظام العام الداخلي.

<sup>1</sup> - منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص 471.

<sup>2</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 206.

النظام العام، فكرة مرنة، تختلف من مكان لمكان، وفي ذات المكان تختلف من زمان لزمان، ولكنها فكرة طاردة لكل من يخالفها، وهي تعتبر في النهاية من المقومات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في الدولة، وإن كان صدور أمر بالاعتراف أو بتنفيذ حكم مخالف للنظام العام الدولي في الجزائر مستبعد لأن المشرع يشترط في نص المادة 1051 من ق.إ.م.إ.ج. للاعتراف بحكم التحكيم أن لا يكون الاعتراف مخالفاً للنظام العام الدولي.

لقد حاول المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى، ممارسة قدر من الرقابة على أحكام التحكيم الدولي، وذلك من خلال إمكانية الطعن فيها، وذلك جعل الطعن وسيلة ضبط ورقابة، تمنح القاضي سلطة تكميلية لسلطة المحكمين، مما يمكنه من التأكد من سلامة ما توصلت إليه ومدى احترامها للمهمة المسندة إليها، دون أن تتيح له المجال لإعادة النظر في موضوع النزاع.

وقد اتضح لنا من خلال التطرق لمختلف الطرق المتاحة للطعن في أحكام التحكيم، مدى وضوح القواعد القانونية المحددة للجهة القضائية المختصة والمواعيد، وهو الأمر الذي يندرج ضمن تقديم الضمانات الكفيلة لحماية حقوق الأطراف وحررياتهم، وإزالة العقبات التي قد تواجههم في حال رغبتهم في تنفيذ أحكام التحكيم في الجزائر أو الطعن فيها.

كما أن حصر الحالات التي تمكن الطرف المتنازع من استئناف الأمر القاضي بالتنفيذ أو الطعن ببطلان حكم التحكيم، وعدم تركها على سبيل المثال، خاصية تتميز بها طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، وفي ذلك حدود للرقابة القضائية الممكن فرضها على أحكام التحكيم.

ويُعتبر التوحيد في الأسباب والمبررات التي تجيز الطعن في أحكام التحكيم وكذا في الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعون ينطوي على تسهيل وتبسيط للإجراءات أمام أطراف التحكيم.

## المبحث الثاني: مساهمة التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية

إن التغيرات التي عرفتها الدول النامية و العربية بشكل خاص بسبب الحروب وتغير الحكومات والسياسات، أدت إلى تزايد مخاوف المستثمرين الأجانب من إقامة مشاريع استثمارية بسبب التقلبات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي أثرت على عقود استثمارية ضخمة، ونحن في هذا المبحث نناقش كيف يمكن أن يكون التحكيم إحدى الوسائل التي تحمي حق المستثمر الأجنبي من هذه التقلبات التي تؤثر على سير عقد الاستثمار الدولي وتشجيعه على الاستثمار من خلال ثلاث مطالب، نتطرق إلى التحكيم في المنازعات الناتجة عن تغيير الظروف التي تم فيها التعاقد (المطلب الأول) والتحكيم في المنازعات الناجمة عن الإجراءات الفردية المتخذة من قبل الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية (المطلب الثاني) وأثر التحكيم على تدفق رؤوس الأموال الأجنبية (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: التحكيم أداة للاستجابة مع تغير ظروف عقود الاستثمار

إنّ التوازن الاقتصادي يعدّ من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتتعاظم أهميته في مجال الاستثمار بصفة خاصة. هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بلا شك بفعل التغيير في الظروف التي عاصرت إبرام العقد، تلك الظروف قد تعرّض هذا التوازن للانهايار التام، كما في حالات القوة القاهرة (الفرع الأول)، كما قد يتعرّض العقد إلى خلل في توازنه ولكن لا يستدعي إغائه، وإنما إعادة النظر فيه والتفاوض مجدداً بشروطه<sup>1</sup> (الفرع الثاني)، وهذا ما نبحثه وفقاً للتقسيم التالي:

<sup>1</sup> - عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 131.

## الفرع الأول: القوة القاهرة و عقد الاستثمار

إن مفهوم القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية كما هو الحال في القوانين الوطنية يقوم على أساس استحالة تحمل المدين تبعات الحدث المفاجئ على العقد.<sup>1</sup> ونظراً لأهمية هذه الحدث وأثره على حياة العقد فقد جرى العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار، إلا أن ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات الناجمة عن إعمال هذا الشرط والتي أكدت في الوقت نفسه على أن التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض منازعات الاستثمار بصفة عامة. فالمنازعات التي تدور حول حالة القوة القاهرة يغلب عليها الطابع الفني، ومن ثمّ الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة، يتوافر للقائمين عليها الخبرة والدراية العملية الكافية، وهي أمور لا يستطيع القاضي العادي ادعاءها. ومن ناحية أخرى، وبعيداً عن الجانب الفني الذي تتسم به منازعات القوة القاهرة، فإن المهمة الأساسية التي سيضطلع بها المحكمون لن تقف عند حدّ التحقق

<sup>1</sup> - إن مفهوم القوة القاهرة في القوانين الوطنية يتمثل في إعفاء المدين من المسؤولية لاستحالة التنفيذ لسبب أجنبي لا بد له فيه، غير أن نص المادة 1148 من ق.إ.م.ف. على أنه لا محال لأي تعويض وفائدة إذا لم يستطع المدين تبعاً لقوة القاهرة أو حادث مفاجئ أن يقوم أو يقدم أو أن يمتنع عن فعل ما التزم به.

Article 1148 « Il n'y a lieu à aucuns dommages intérêt lorsque, par suite d'une force majeure et d'un cas forfuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou à faire ce qui lui interdit ».

أما فيما يخص القانون المدني الجزائري، فقد تضمن تطبيقاً لمفهوم القوة القاهرة في المادة 121 من ق.م.ج.، والتي نصت على أنه "في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون".

كما نصت المادة 127 ق.م.ج. على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدلّه فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر عن المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

لأكثر تفصيل في هذا الموضوع، أنظر:

علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2003، ص 107.

علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 359.

من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة، بل تستمدّ إلى جوهر المنازعة ذاتها، والذي يركز في غالبية الأحيان حول هذه القوة القاهرة على العقد الأصلي. هنا يظهر دور التحكيم في فض مثل هذه المنازعات، وذلك لأنّ أطرافه لا يودون في الغالب إنهاء رابطتهم العقدية بسبب هذا الحدث الذي أوجد حالة القوة القاهرة، وذلك خلافاً للقواعد العامة المستقرة في معظم الأنظمة القانونية، وإنما قد يجدون من المناسب أكثر من ذلك أن يعيدوا النظر في هذه الرابطة لتصبح أكثر توافقاً مع الظروف الجديدة، ولينطلق تعاونهم من جديد على أساسها، ويكون التحكيم هو الطريق الأمثل لتسوية هذه المنازعات.<sup>1</sup>

إن عقود الاستثمار لا تتمتع بتعريف محدد، ولا تقتصر على نوع واحد، فهي متعددة ومتنوعة، ولهذا يكون الغرض الأول من إدراج شرط القوة القاهرة هو تحديد المقصود بها وتضمينها بياناً يحدّد ويجمع الأحداث التي تتدرج ضمنها بالنسبة لعقود الاستثمار، وبما أنّ هذه الأحداث ترتبط عادةً بالحياة الاقتصادية والاجتماعية أو تتصل بطبيعة النشاط الاستثماري، فتحديد تلك الأحداث التي تتدرج تحت إطار القوة القاهرة، والتي ترتبط بالاستثمار يساعد في تحديد الآثار التي تترتب عليها، وبالتالي تحديد النظام القانوني الذي تخضع له، والذي هو أغلب الأوقات يكون القانون الواجب التطبيق على العقد.<sup>2</sup>

وبهذا يكون الهدف من إدراج شروط القوة القاهرة هو التمكن من مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها، حتى ولو لم يكن بالإمكان توقعها، ولكن ما هو دور التحكيم في ذلك؟

إن النزاع الذي يدور بين طرفي عقد الاستثمار، والذي نتج بتأثير حدوث قوة القاهرة، قد يتعلّق بتنفيذ غير مطابق لما اتفق عليه الطرفان في الأساس، وذلك بسبب

<sup>1</sup> - عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup> - لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، بين الدولة والمستثمر الاجنبي، منشورات الزين الحقوقية، سنة 2008، ص 78.

حدوث القوة القاهرة والتي شكلت حائلاً دون حدوث التنفيذ الأفضل المتفق عليه في العقد.

وقد يدور النزاع حول تحديد درجة الضرر التي لحقت بالطرف الآخر، وما إذا كان هذا الضرر يشكل سبباً لإلغاء العقد، أو يشكل سبباً لتوقف تنفيذه، كما قد يتعلّق النزاع بكيفية التعويض وتقريره إذا كان الأمر ممكناً وفقاً لشروط العقد.

والسؤال هو كيف يحل التحكيم هذه المنازعات، وكيف يتدخل ليحافظ على

حياة العقد؟

لو نظرنا إلى دور القاضي في حلّ المنازعات الناشئة بين الأفراد نتيجة حدوث قوة القاهرة، لوجدنا أن القاضي يعتبر هذه القوة القاهرة مانعاً من موانع المسؤولية، فهي تظهر كحدث خارج عن إرادة الإنسان، وغير ممكن توقّعه وغير قابل للمقاومة، وهو يشكّل قوة القاهرة أيضاً فيما لو أمكن توقّعه ولكن لم يكن بالإمكان دفعه.

هكذا يواجه القاضي حالات القوة القاهرة، أما المحكم فهو يعتمد القانون الذي يحدده الأطراف، وإلا، في حال عدم اتفاق الأطراف، فوفقاً لاتفاقية واشنطن، يطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وبالتالي فهو يطبّق نفس القواعد التي يطبقها القاضي، إلا أن الأمر الذي يميّز تحكيم المركز في هذه الحالة هو أنها تعطي الحق للطرفين، بالاتفاق على قواعد قانونية لتحكم النزاع بينهما، أي قد يتفق على قانون أكثر من دولة، مما يعطي المحكم سلطات أكبر من تطبيق القانون والقواعد العرفية وقواعد العدل والإنصاف فيما لو سمح له الأطراف القيام بذلك، أي أنه ليس محددًا بنص قانوني كالقاضي الوطني، وإنما اتفاق الأطراف يعطيه صلاحية أوسع.<sup>1</sup>

ولخلق نوع من الثقة والحماية لبلدان العالم الثالث، وجدت اتفاقية واشنطن لعام 1965، والتي تهدف أساساً إلى حلّ النزاعات الناشئة عن الاستثمار، فالاستثمار بأغلب الأحيان يرتبط بالتحكيم، وقد يكون السبب في ذلك كون المستثمر هو شخص أجنبي في معظم الأحيان، وقد لا يكون على إمام كافٍ بقانون البلد الذي يجري فيه

<sup>1</sup> - لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، المرجع السابق، ص 81.

استثماره، بالإضافة إلى تخوّفه من أن تفرض الدولة المستثمرة سلطتها التشريعية على الأسلوب الذي يتمّ به تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار.

فالتحكيم الدولي لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يعطي المستثمر الحق بالوقوف على قدم المساواة، جنباً إلى جنب مع الدولة المضيفة لاستثماره، خصوصاً في ظلّ ضعف مركزه القانوني بمواجهة الدولة التي يوجد بها استثماره.

وبهذا يساهم التحكيم في جلب الاستثمارات إلى الدول<sup>1</sup>، وهذه الاستثمارات المتنوعة تحصل فيها نزاعات متنوعة وفي أغلبها تكون نزاعات فنية، وبالتالي فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة تتطلب الكثير من الخبرة والدراية، أضف إلى ذلك، فإن مهمة المحكم لن تقتصر في هذه النزاعات على التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة، بل تشمل تحديد آثار هذه القوة القاهرة على العقد الأصلي.

وعلى الرغم من أن التحكيم أثبت عبر الزمن دوره في فضّ منازعات التجارة الدولية عامة، ومنازعات الاستثمار خاصة، إلا أن البعض<sup>2</sup> يرى أن هذه المسائل ذات الطبيعة الفنية تضاعف من صعوبة المهام الملقاة على عاتق هيئات التحكيم، لأنّه بالرغم من إمكان تعيين هذه الهيئات التحكيمية لخبراء متخصصون في هذا المجال، فإن الوقت الذي يمرّ بين أحداث القوة القاهرة وإحالة النزاع للتحكيم، وتعيين الخبراء، يجعل الوصول إلى نتائج حقيقية متفقة مع ظروف النزاع أمر غير سهل<sup>3</sup>. ومع ذلك، فإنّه بغض النظر عن طول أو قصر المدة، فإنّ الواقع يفيد بأن تسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم يتفق مع طبيعة هذه المنازعات ومع رغبة أطرافها في الحفاظ على روابطهم أكثر من أية وسيلة أخرى.

<sup>1</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم، مجلة الدراسات القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ع07، 2001، ص 126 و127.

<sup>2</sup> - عصام الدين القصيبي، المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> - عمر مشهور حديثة الجاري، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 23، سنة 2002، ص 19.

لذلك، فإن إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إن دلّ على شيء، فهو يدلّ على أهمية التحكيم في فضّ هذه المنازعات التي اختص بها المركز دون أي نوع آخر من المنازعات ذات الطابع التجاري.<sup>1</sup>

على الرغم من أنّ منازعات الاستثمار الدولية تخطت إطار المنازعات المتعلّقة بالمساهمة المباشرة في رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات، إلى منازعات تتعلّق بتقديم الخدمات ونقل التكنولوجيا، بالإضافة إلى المنازعات الناتجة عن عقود جديدة من الاستثمار، والتي تسمى بعقود الشراكة العامة - الخاصة، والتي تعني مشاركة مؤسسة خاصة بتقديم خدمة عامة، تقدمها عادة السلطات العامة أو الحكومة، مثل تأمين مياه الشرب والكهرباء والهاتف وغيرها.

لهذا نجد أن اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعطي للتحكيم نظرة جديدة أو ميزة جديدة تكمن في مرونة هذا التحكيم بالنسبة لنوع المنازعات التي قد تنشأ عن الاستثمار.

بصفة عامة، فإنه في حالة غياب شرط صريح خاص بالقوة القاهرة يحدد نتائجها، أو في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف حول هذه النتائج، فإن تحديد أثر هذه القوة القاهرة على حياة العقد يدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم. فتختص هذه الهيئة بإعادة ضبط العلاقة القانونية بين أطرافها وإعادة التوازن للعقد مرة ثانية، هكذا يبين واضحاً إن تسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم يتفق تماماً مع طبيعة هذه المنازعات ومع رغبة أطرافها في الحفاظ على روابطهم، وهو ما نجده أكثر وضوحاً عندما يتعلّق الأمر بضرورة مراجعة العقد أو إعادة التفاوض بشأنه ليصبح أكثر توافقاً مع مستجدات الظروف.

### الفرع الثاني: الظروف الطارئة و عقد الاستثمار

إن معظم المنازعات التي تقوم بين حكومات الدول المضيفة، والنامية منها بصفة خاصة، والشركات الأجنبية، مبعثها تمسك هذه الحكومات بضرورة تحقيق

<sup>1</sup> - محمد أمين الداوق، التحكيم الدولي وأثره في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال مع التركيز على أوضاعه في البلاد العربية عموماً وفي لبنان خصوصاً، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 5، 1997، ص 13.

المزيد من المرونة في النظام العقدي الذي يربطهما حتى يتسنى له استيعاب المتغيرات الجذرية في الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية للبلاد، في حين أن هذه الشركات تتمسك عادة باستقرار هذه العلاقات العقدية واستمرارها، دون تعديل أو تبديل في نصوصها.

فالشركات الأجنبية في بحثها عن ضالتها المنشودة المتمثلة في ثبات واستقرار النصوص العقدية، ترى أن اتفاقات الاستثمار لا تعدو أن تكون عقوداً عادية قائمة على الاتفاق الحر بين أطرافها، فعلاقة الشركة الأجنبية بحكومة الدولة المضيفة، أو من يمثلها، قد أفرغت ضوابطها في قالب جامد، يتضمن نظاماً محددًا للالتزامات والحقوق، للأعباء والمكاسب، وأن أي تعديل في هذا المضمون الثابت المحدد يمثل إخلال بالقوة الملزمة لهذه الاتفاقات.

فهذه الشركات تحرص، قبل دخولها في اتفاقيات ذات آجال طويلة، كعقود الامتياز، والمشروعات المشتركة، عقود الخدمات،... الخ، أن تجري دراسات مستفيضة تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع واحتمالاته وتحليلات للتدفقات النقدية، بغرض تحقيق المردود المتوقع لاستثماراتها، ولكي تتمكن هذه الشركات من إقامة دراساتها وتحليلاتها على أساس عملية سليمة، فإنها تطلب من حكومات الدول المضيفة بياناً بكل الأعباء الضريبية، من ضرائب ورسوم وعوائد، التي يتعين عليها أدائها طوال فترة العقد، وبيان بالإعفاءات التي ستحصل عليها هذه الشركات وحدودها القصوى ومدى التمتع بها... الخ.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، وإنما تتطلب هذه الشركات الأجنبية موافقاتها أيضاً بمزيد من التفاصيل حول قوانين العمل والضمان الاجتماعي والتنظيمات النقابية في البلاد. كذلك، فإن هذه الشركات تستلزم لصحة وسلامة دراساتها حول المشروع أن تقف على التشريعات المنظمة للرقابة على الصرف والنظم الخاصة بتحويل عائدات الاستثمار للخارج<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - إن طلب هذه التفاصيل والإيضاحات يكون مطلوباً أكثر في الدول التي لا يوجد بها تشريع خاص بالاستثمار الأجنبي.

ومن ناحية أخرى، فالمستثمر غالباً ما لا يملك كل الأموال المستثمرة في المشروع، ومن ثمّ البنوك والمؤسسات المالية الأخرى التي تسانده، في تمويل مشروعه، تتطلب مراجعة العقود النهائية المتوقع إبرامها، حيث تبني قرارها النهائي على المضمون الفعلي للأعباء التي يتحملها المستثمر وعائدات المشروع والضمانات القانونية التي يكون قد حصل عليها من حكومة الدولة المضيفة.

يبدو أن هذه الدراسات والتحليلات والبيانات تعني أن قرار المستثمر والمؤسسات المالية التي تقف خلفه، يقوم على اعتبارات وظروف اقتصادية واجتماعية وسياسية ترجمت إلى أرقام محددة، يجب أن تبقى ثابتة طيلة فترة الاستثمار.<sup>1</sup>

غير أنه، من الصعب على أية دولة من الدول أن تعيش وحدها منعزلة، بعيدة عن التعامل مع باقي الدول بمختلف أنظمتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وبالتالي، لا بدّ من حصول تفاعل بين الدول والنظم، مما يؤدي إلى حصول تغييرات في الظروف السياسية والاقتصادية التي نشأ في ظلها العقد، وبالتالي فهي تخرج عن إرادة الطرفين وتحويل دون تنفيذ العقد، إلا إذا قام المدين بذلك، مع تكبده للخسارة التي تحصل والتي تقلب التوازن الاقتصادي الذي قام عليه العقد، والأحداث الطارئة في هذه الحالة تختلف عن القوة القاهرة.

وبلا شكّ، يُعتبر الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ضرورة حتمية لمواجهة الأحداث غير المتوقعة التي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار مثل المستجدات والتطورات الاجتماعية والاقتصادية والعلاقات الدولية التي قد تطرأ على العقد، وذلك كان لا بدّ من النص صراحة على نظرية الظروف الطارئة بهدف حماية الطرف الضعيف الذي سيرهقه تنفيذ الالتزام في الظروف الجديدة غير المتوقعة والمحيطة في العقد.

إن الأحداث الطارئة هي عبارة عن ظروف وأحداث لم تكن متوقعة حدثت أثناء تنفيذ عقد الاستثمار أدت إلى قلب اقتصاديات العقد إذا كان من شأن هذه

<sup>1</sup> - عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص 141.

الظروف أن تجعل تنفيذ العقد أكثر عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تتجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوض تعويضاً جزئياً.

لقد عرف الفقه الظروف الطارئة<sup>1</sup> على أنها "كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن عقد يتراضى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف".<sup>2</sup>

### البند الأول: اختلاف النظم القانونية في معالجة أثر تغيير الظروف

تمثل نظرية الظروف الطارئة نقطة خلاف عميق بين القوانين الوطنية، سواء من ناحية الأخذ بها أو من ناحية تنظيمها، أو الآثار المترتبة عن إعمالها. ويُمكن تقسيم هذه القوانين إلى ثلاث مجموعات: الأولى، وتشمل الدول التي تنظم تشريعاتها هذه النظرية، ويندرج ضمن المجموعة الثانية القوانين التي تعترف قضائياً بالنظرية دون وجود نص تشريعي، وتضم المجموعة الثالثة الدول التي ترفض كلية الأخذ بالنظرية.

وخير من يمثل المجموعة الأولى التي اعترفت تشريعياً بنص عام وصريح يجيز للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن العقد الذي اختل بسبب تقلبات الظروف،

<sup>1</sup> - يتألف مصطلح الظروف الطارئة من كلمتين، لكل واحدة منهما دلالة مختلفة عن الأخرى، فظرف الشيء هو وعاؤه، ومنه ظروف الأزمنة والأمكنة، فالظرف وعاء كل شيء، أما كلمة طارئة هي مؤنث الطارئ، التي تؤول إلى أصلها الاشتقاقي "طراً"، وهو ما حدث وخرج فجأة وطراً على القوم، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة. راجع في ذلك: العظيم أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، باب السين، 1993، ص 46.

<sup>2</sup> - أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000، ص 705. وكذا، محمد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، ط4، عين مليلة، 2008، ص 304.

القانون المدني الجزائري في مادته 3/107 الذي لم يعرفها، بل اكتفى بذكر شروطها والآثار المترتبة عنها، حيث جاء نصّ المادة كما يلي: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>1</sup>.

وقد منح المشرع وفقاً لهذا النص، القاضي سلطة التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين، كي يرفع المغالاة والخسارة الفادحة التي يتحملها أحد المتعاقدين، أو بمعنى آخر يرد الالتزام إلى الحد المعقول.<sup>2</sup>

لقد طبق المشرع الجزائري هذه النظرية في عدة عقود، منها عقد المقاوله طبقاً للمادة 3/561 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من ربّ العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة، لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد".

أما بالنسبة للدول التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة، كاتجاه قضائي، نجد القانون السويسري الذي يسمح للقاضي بالتدخل لمراجعة شروط العقد إذا تغيّرت ظروف تنفيذه وفقاً لأحداث غير متوقّعة، وقد صاغت المحكمة الفيدرالية شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بقولها "إن الاختلال بين الأداء والأداء الآخر الذي يحدث بسبب تغيّر في الظروف، يجب أن يكون سبباً لفسخ العقد أو تعديله عندما يكون هذا الاختلال ظاهراً ومتجاوزاً للحد المعقول"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - ومن أمثلة القوانين التي تنتمي إلى هذه المجموعة: المادة 2/147 من القانون المدني المصري، والمادة 2/148 من القانون السوري، والمادة 2/146 من القانون المدني العراقي، والمادة 1467 من القانون المدني الإيطالي.

<sup>2</sup> - أنظر في تفصيل ذلك: علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 371.

<sup>3</sup> - حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في أكتوبر 1933، المشار إليه في: شريف محمد غنام، أثر تغيّر الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 48.

ونفس الأمر نجده في القانون الألماني، فقانون الالتزامات لا يحتوي على نصّ عام يقضي بمراجعة العقد، ولكن الفقه والقضاء الألمانيان وضعاً طريفاً يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد في حالات معينة، وقد جاءت محاولات الفقه والقضاء استجابة للتغيرات الاقتصادية الكبيرة التي صاحبت الحرب العالمية الأولى، مثل زيادة الديون وارتفاع نسبة التضخم والكساد الاقتصادي.<sup>1</sup>

ومن القوانين التي تنتمي إلى هذا الاتجاه أيضاً القانون الإنجليزي<sup>2</sup> الذي عمل فيه الفقه إلى التلطيف من نظرية انهيار العقد التي كانت تلزم كل طرف من العقد بتنفيذ كامل التزاماته التعاقدية دون أن تسمح بإيجاد أي استثناء يمكن بمقتضاه التخفيف من حدتها إذا ما طرأت ظروف ما أثناء مرحلة التنفيذ.

وتجدر الإشارة إلى أن نتائج نظرية انهيار العقد في القانون الإنجليزي، تختلف تماماً عن نتائج نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري والقوانين الأخرى التي تعتنق أفكار مماثلة لهذه النظرية، فانهيار العقد لا يعني منح سلطة للقاضي لملائمة الالتزامات العقدية بين الأطراف، وإنما تقترب نتائج نظرية انهيار العقد إلى حد كبير مع نتائج القوة القاهرة مع التسليم في ذات الوقت بوجود بعض الفروق بينهما، وبالتالي، عند توافر شروط النظرية يتم فسخ العقد، ولا يمنح للقاضي سلطة التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين.

على عكس الاتجاه الذي يعترف بنظرية الظروف الطارئة، هناك اتجاهات لا تعترف من خلال أنظمتها القانونية بنظرية الظروف الطارئة. ونذكر على سبيل المثال القانون المدني الفرنسي، الذي انتهج نهجاً معاكساً لإمكانية مراجعة شروط العقد بناء على التغيير غير المألوف وغير المتوقع في ظروفه الاقتصادية. فمحكمة النقض الفرنسية مثلاً تستبعد هذه النظرية، بحيث لا تلين أمام اعتبارات العدالة وحسن

<sup>1</sup> - Oppetit (B), La théorie de l'imprévision en droit comparé, Rev. dr., prat., com., int., 1976, n° 1, p. 45.

<sup>2</sup> - تنتمي إلى هذه المجموعة قوانين عديدة، منها على سبيل المثال: القانون الإسباني، حيث أسس القضاء النظرية على أساس المادة 1255 من القانون المدني، المتعلقة بالنظام العام والآداب، والمادة 1258 الخاصة بتنفيذ العقد بحسن نية. أنظر في ذلك:

Oppetit (B), La théorie de l'imprévision en droit comparé, Op., cit., p. 45.

النية والرفق بالمدين، سيء الحظ الذي يعتبرها جانب من الفقه ركائز تنهض آثار العقود، حتى لو تحققت من حدوث ظروف استثنائية أثناء التنفيذ أدت إلى اضطرابات غير متوقّعة في محتوى العقد، وقد بررت محكمة النقض الفرنسية نهجها السالف الذكر بوجود المحافظة على الائتمان والثقة المشروعة بين الأطراف<sup>1</sup> من جهة، ومن جهة أخرى، بإعطاء الأولوية لتطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فاحترام القوة الإلزامية للعقد هو الأساس الذي يستند عليه هذا القانون في رفض هذه النظرية.<sup>2</sup> والجدير بالذكر أن القانون الإداري الفرنسي يعترف بنظرية الظروف الطارئة، إذ يسمح للقاضي الإداري بتعديل العقد إذا توافرت شروط النظرية.<sup>3</sup> غير أنّ المشرع الفرنسي تدخل في مجال القانون الخاص ليسمح للقاضي بأن يتدخل لتعديل العقد إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على مراجعة العقد، حيث يجوز لهم إدراج شرط إعادة التفاوض تبعاً لتغيّر الظروف الاقتصادية ضمن بنود العقد، وفي العقود طويلة المدة.

وإزاء هذه المواقف المختلفة للقوانين الوطنية تجاه نظرية الظروف الطارئة بين من يقرّها ومن لا يعترف بها، ابتدع ممارسو التجارة الدولية تقنية تسمح بتعديل العقد، وذلك بإدراج شرط إعادة التفاوض Hard Ship في العقد، حيث ينظم بمقتضاه الأطراف كيفية مراجعة العقد تبعاً لما يُستجدّ من ظروف، وتتم هذه المراجعة من قبل الأطراف أنفسهم.<sup>4</sup>

**البند الثاني: إعادة التفاوض لاستعادة توازن عقد الاستثمار على اثر الظرف الطارئ**  
تعرف شروط إعادة التفاوض بأنها تلك الشروط التي يتمّ إدراجها من قبل أطراف العلاقة العقدية، وتتضمّن اتفاقهم على إعادة التفاوض بينهم بقصد تعديل

<sup>1</sup> - Cass. Com, 18 décembre 1979, Bulletin IV, n° 339.

<sup>2</sup> - هذه القاعدة منصوص عليها في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنصّ:

Art. 1134 « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être provoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

<sup>3</sup> - Voir : affaire GAZ de Bordeaux du 30 mars 1916, publiée sur le site : [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net) « JPTXT2 » Arrêt –gaz. Visité le 01 mars 2017.

<sup>4</sup> - Oppetit (B), La théorie de l'imprévision en droit comparé, Op., cit., p. 45.

أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة يحددها الأطراف، من شأنها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم<sup>1</sup>. وإن هذه الشروط تمكن أطراف العقد الاستثماري حال تغير الظروف التي واكبت إبرام العقد تغييراً يؤدي إلى خلل في التوازن الذي رسمه له أطرافه من التفاوض فيما بينهم وملائمة هذا العقد مع الظروف الجديدة.<sup>2</sup>

وقد تضمّن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية الذي أعدته لجنة الشركات عبر الدولية المشكلة في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة مراجعة العقود والتفاوض بشأنها، فقد نصّ على: "العقود والاتفاقات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية يتعيّن التفاوض بشأنها، وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية، كما أنّ هذه العقود والاتفاقات، ولاسيما التي يتعيّن تنفيذها في إطار فني طويل الأمد، يجب أن تتضمن شروطاً لإعادة مراجعة بنودها أو لإعادة التفاوض بشأنها، وفي حالة تخلف هذه الشروط السابقة، وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود في ظلها تغييراً جوهرياً، فإنّه يتعيّن على الشركات عبر الدولية أن تتصرّف في ضوء اعتبارات حسن النية، ويجب عليها التعاون مع الحكومات المعنية من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقات أو إعادة المفاوضة بشأنها."<sup>3</sup>

ومن تطبيقات شرط إعادة التفاوض أيضاً ما جاء في نصّ المادة 19 من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية للبترول وشركة Repsol Exploration Egypt. SA وشركة Mobil Exploration Egypt. Inc على أنه

<sup>1</sup> - أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000، ص 67.

ويعرّفه شريف أحمد غنام بأنه "شرط بمقتضاه يكون لأطراف العقد، حال تغير الظروف التي واكبت إبرامه تغييراً يخل بالتوازن الذي رسمه له أطرافه ويجعل تنفيذ أحدهما أو كليهما لالتزاماته مرهقاً، ملائمة العقد مع الظروف الجديدة.

أنظر: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 03.

<sup>2</sup> - شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 04.

<sup>3</sup> - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 203.

"في حالة حدوث أي تعديل تشريعي يؤدي إلى انتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف، فإنه يسمح بتسعين عاماً للتفاوض يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع إلى التحكيم إذا لم تتجح المفاوضات"<sup>1</sup>.

ويتضح من تلك البنود المتضمنة لشروط إعادة التفاوض بأن وظيفة هذه الشروط هي الحفاظ على التوازن العقدي طوال فترة العقد، مما يؤدي إلى استمرار هذا العقد وعدم محاولة أي من الأطراف الخروج عنه، ومن جانب آخر، فإن إدراج مثل هذه الشروط يعني التزام كل من الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الطرف في العقد بمبدأ حسن النية، ويكون من خلال إيجاد نوع من التعاون المشترك بين أطراف هذا العقد، وبالتالي يجب على كل من الدولة المضيفة والمستثمر إعادة التفاوض بحسن نية وأمانة ونزاهة، طيلة فترة المفاوضات مما يؤدي إلى نجاح العملية التفاوضية، وبالتالي إنقاذ العقد الاستثماري من نشوء النزاع بين أطرافه، والذي سببه الإخلال في التوازن العقدي الذي رسمه له أطرافه.

#### البند الثالث: دور المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد

إن تحديد سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف يعدّ من الأمور المهمة في مجال خصومة التحكيم، وتزداد أهمية هذا التحديد في ظلّ المتغيرات الاقتصادية التي قد تلحق بعقود الاستثمار، وما قد يترتب على هذه الظروف من إخلال بالالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد.

يشكل تعديل الالتزامات التعاقدية وإعادة التفاوض بشأنها جزءاً كبيراً من المنازعات التي تعرض على هيئات التحكيم خاصة في عقود الاستثمار، والتي قد يطرأ على تنفيذها عقبات وظروف خاصة، تستوجب تعديل العقد للوصول إلى تنفيذ الالتزامات التعاقدية بطريقة تحقق التوازن المالي للعقد، وهذه الظروف والعقبات الخاصة قد يتم التغلب عليها رضائياً إذا ما تمّ تعديل العقد، أو أعيد التفاوض لصالح

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 205.

الطرفين معاً، إذا اختلف الأطراف واختل توازن العقد، فهنا يصبح تدخل المحكم أمراً لازماً لحسم النزاع وإعادة التوازن المالي للعقد.<sup>1</sup>

في الواقع، إن هذه المنازعات ليست من النوع الذي يأبى بطبيعته أن يكون محلاً للتسوية بطريقة التحكيم، ففي الحالات التي تكون العلاقة بين الحكومة والمشروعات الخاصة للاستثمار قد أصابها التوتر بسبب التغير في الظروف وعجز الأطراف عن الوصول إلى تسوية مرضية، فإن اللجوء للتحكيم يكون مقبولاً وملائماً، فإرادة الأطراف تتجه في مثل هذه الحالات إلى تحقيق التوازن المعقول للعقد آخذاً في الاعتبار الحقوق الخاصة بكل طرف من ناحية وطبيعة المتغيرات الحادثة وآثارها من ناحية أخرى<sup>2</sup>. هنا تكون مهمة المحكم هو تطويع العقد بما يتفق والمستجدات التي حدثت، بدلاً من أن يقوم بفسخ العقد الذي يؤدي إلى كارثة بالنسبة للمتعاقدين، كما أن الحكم الذي عسى أن يصدر الحكم بالتعويض، ليس عملياً من الناحية الواقعية، وذلك

<sup>1</sup> - كما هو الحال في حالة انخفاض أسعار البترول بصورة مبالغ فيها، وهو ما شهدته العالم خلال الأزمة المالية الراهنة، حيث انخفض سعر برميل البترول من 140 دولار إلى 100 دولار، وقرر أطراف عقود الطاقة إعادة التفاوض لتحقيق نوع من التوازن بين التزامات أطرافه.

<sup>2</sup> - في هذا المعنى، راجع:

David (R), Op. cit. p. 35:

La pratique de l'arbitrage, en vue d'apporter à un contrat, ainsi, certains aménagements a pris une grande importance de nos jours avec en particulier les contrats qui interviennent entre les entreprises industrielles ou pétrolières et ceux à qui elles accordent des licences ou les distributeurs de leurs produits, ou les contrats d'assistance technique dans le commerce international. Ces contrats extrêmement complexes, entre les parties un rapport permanent, ou tout au moins de très longue durée, en les associant dans une entreprise commune, il n'est pas possible de prévoir au moment de l'établissement de ce rapport les circonstances dont il sera nécessaire de tenir compte à l'avenir, on peut seulement prévoir que des progrès dans l'ordre de la technologie, également des événements affectant les conditions de la concurrence, l'économie, les prix ou la monnaie rendront souhaitables, sinon indispensables, des modifications à l'accord originairement passé. Il pourra ainsi que l'entreprise avec laquelle un contrat d'assistance technique a été inclus vienne à passer sous le contrôle d'une autre société, ou qu'un contrat plus avantageux soit passé avec un nouveau contractant, ou qu'un perfectionnement intervienne dans le cas d'une convention brevetée, d'une négociation de l'accord originaire va en conséquence être prévue, à échéances fixes, ou si certaines circonstances viennent à se produire.

في ضوء العجز عن تحديد نصيب كل طرف في تحمل الأعباء المالية المترتبة على الظروف المستحدثة.<sup>1</sup>

إلا أن الطبيعة الخاصة بهذه المنازعات تستلزم أسلوباً تحكيمياً خاصاً أيضاً، الأمر الذي دفع ببعض الاتفاقيات الدولية إلى التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات غير القانونية، حيث خصت هذا النوع الأخير بأسلوب تحكيمي لتسويتها قائم على مراعاة العدالة والحسنى

فالمنازعات الخاصة بطلب مراجعة العقد أو تعديله لا تقوم على اعتبارات قانونية، وإنما يكمن أساسها في تعارض المصالح بين أطرافه، ومن ثمّ، فإنه إذا كانت حلولها لا تجد من قانون معين سنداً لها، فإنه ينبغي أن يخول محكميها سلطة خاصة تمكنهم من الوصول لحكم تحكيمي ملزم دون اللجوء لقواعد قانونية معينة، حيث المهمة التي تضطلع بها المحاكم التحكيمية في هذا المجال تخرج عن الدور القضائي التقليدي الذي تمارسه عادة في حل النزاعات.<sup>2</sup>

لكن، هذا لا يكفي، فيجب أن يتوفّر لدى الطرفين الوعي الكافي ليتمكنوا من تحديد الهيئة الأنسب لحل النزاعات، والتي يجب أن تتضمن في الأغلب محكمين يتمتعون ببعض الخبرة الاقتصادية والسياسية.

أما الشرط الذي يسمح بإعادة التفاوض فيجب أن يتضمن إشارة إلى المدة التي يمكن خلالها مراجعة العقد بالإضافة إلى نوع أو ماهية الظروف التي تعتبر من قبيل

<sup>1</sup> - في هذا المعنى:

David (R), Op. cit. p. 36:

« Souvent l'on s'arrête là et l'on prévoit seulement une obligation de négocier. Parfois, on va plus loin et l'on prévoit pour le cas où les négociations n'aboutiraient pas, un arbitrage ce que l'on demande à l'arbitre est d'opérer un réaménagement du contrat, non de prononcer une sanction telle que résiliation du contrat ou attribution de dommages-intérêts, car la résolution du contrat serait un désastre pour les deux parties et l'attribution de dommages-intérêts, supposant une fiscalisation des responsabilités, fréquemment impossible à opérer, n'apparaît pas non plus aux intéressés comme une sanction adéquate ».

<sup>2</sup> - عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 152.

الأحداث الطارئة، والأهم هو أن يتفق الأطراف على أثر هذا التفاوض على العقد القائم بينهما.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن حسن صياغة مثل هذه الشروط وتوافقها مع الاتجاهات المعاصرة الخاصة باتفاقيات التنمية الاقتصادية، وحسن أداء هيئات التحكيم للمهام المنوطة بها في هذا المجال، تساعد على إطالة أمد هذه الروابط ويكون مثاراً لنوع جديد من المنازعات أمام المحكمين.<sup>2</sup>

وعند إحالة النزاع المتعلق بعملية إعادة التفاوض إلى التحكيم، فإنه يتعين على المحكم أن يحدد، وإلى أي مدى، ما إذا كانت الإجراءات التي قام بها طرف من الأطراف تستوفي الشروط المحددة في الفقرة المدرجة في الاتفاقية من أجل إعادة التفاوض أم لا.

وإذا ما أعلن المحكم أن هذه الشروط لم يتم استيفؤها، فإن العقد يظل محتفظاً بفعاليته وتأثيره، أما إذا أعلن المحكم العكس، فسيكون أمام ثلاثة حلول بديلة، تتوقف على متطلبات الأطراف.

قد يدعو المحكم الأطراف لمحاولة التفاوض مرة أخرى بشأن بنود اتفاقية معدلة استناداً إلى ما توصل إليه من نتائج.

إذا ما فشلت تلك المحاولة، فإنه يجوز للمحكم أن يحكم بأن الأطراف وحدهم، هو أصحاب الحق في مواصلة مراجعة الاتفاقية، وفي هذه الحالة، يجوز للمحكم أن يعلن انتهاء العمل بالاتفاقية الأصلية مع الحكم بتعويض الطرف المتضرر إذا ما ثبت للمحكم أن الطرف الآخر قد فشل في التصرف بحسن نية أثناء مرحلة التفاوض أو لأي سبب آخر غير مشروع.

قد يأخذ المحكم في تحديد الطريقة التي ينبغي بها مراجعة العقد بما يخدم هذه الأطراف، وهو استعادة التوازن التعاقدية.

<sup>1</sup> - لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> - عصام الدين القصيبي، المرجع السابق، ص 153.

وإذا كان الحل الأول والثاني يدخلان في حدود سلطة المحكم، فإن الحل الثالث يطرح بعض المشكلات المتعلقة بطبيعة ودرجة تدخل المحكم في عملية إعادة التفاوض.

وعليه، فإن شرط التحكيم يجب أن ينصّ صراحةً على تخويل المحكم مثل تلك السلطة وتحديد طريقة ممارستها وكذلك وضع حدود لسلطة المحكم في هذا الصدد، وهذا لا يعني أن مجرد الاتفاق على الرجوع إلى التحكيم في حالة فشل الأطراف في الاتفاق على بنود المراجعة لن يكون كافياً للدلالة على تلك السلطة<sup>1</sup> غير أن، مثل هذه المشاكل لا تمنع من الاعتراف بأن أسلوب إعادة التفاوض، والذي بناءً عليه يصبح الأطراف ملتزمين بالاتفاق فيما بينهم على إعادة تعديل علاقتهم التعاقدية، إذا ما أصبح ذلك لازماً، يمثل أداة غاية في الأهمية والفائدة لتجنب النزاع.

حيث يُمكن بمقتضاه إنقاذ العقد وتصويب مساره بتخفيف الضرر عن لحقه، حفاظاً على الصلة والتعاون المستمر بين أطرافه، والذي من غيره ستتوقف علاقات الطرفين مما يعمل على تفاقم الضرر بالنسبة لأحد طرفيه، وقد يفسخ العقد إن وصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذ الالتزامات.

**المطلب الثاني: التحكيم والإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار**

يفرق الفقه عادة بين نوعين من الإجراءات الانفرادية، التي تقدم عليها الدولة الطرف في عقد الاستثمار وتؤثر بطريق مباشر أو غير مباشر على تسوية النزاعات بطريق التحكيم.

النوع الأول من هذه الإجراءات يتمثل في قيام الدولة بإحداث تغييرات جوهرية في تشريعها الوطني مما يؤثر على مدى سلطتها، اللجوء إلى التحكيم أو الالتزام بالأحكام التي تصدر نتاجاً له، أو قد يكون من شأن هذه التغييرات التعديل في القواعد القانونية التي تحكم تسوية النزاع. (الفرع الأول).

<sup>1</sup> - بشار محمد الاسعد ، المرجع السابق، ص 309

أما النوع الثاني، فيُقصد به تلك الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة لإبطال أو فسخ عقد الاستثمار الذي يتضمن شرط التحكيم، أو يُحيل إلى اتفاق التحكيم الذي ينظم أسلوب فض منازعاتهم.<sup>1</sup> (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التغييرات التشريعية وأثرها في التحكيم الدولي

تنعكس التطورات العالمية على مستوى الاقتصاد والسياسة على جميع الدول نتيجة للتفاعل العام بين هذه الدول، فبدون شك أن الضمانات الأمنية، والمناخ السياسي الملائم لجذب الاستثمار الذي يؤثر على أي تغيير طارئ به في عقد الاستثمار، هو من الأمور الداعمة لسياسات الدول الاقتصادية، إلا أن الأمر لا يقتصر على توفير مناخ سياسي واجتماعي واقتصادي لينجح الاستثمار، وإنما الأهم من ذلك توفير النظم القانونية التي يبحث عنها المستثمر بهدف تسهيل استثماره، سواء على صعيد التشريعات الضريبية أو الجمارك أو التشريعات المتعلقة بالاستثمار، والتي يوليها المستثمر عناية خاصة في دراساته المتعلقة بالاستثمار في هذا البلد، حيث يستخلص من دراسة لهذه النظم والتشريعات الحدود التي يعمل في إطارها، والحوافز التي يستمتع بها، ومدى مرونة نظام فض المنازعات وغيرها مما قد يؤثر على نتائج أعماله.<sup>2</sup>

فجذب الاستثمار إلى مناطق نامية، كبلدان العالم الثالث يتطلب وجود إطار قانوني يساعد في تدفق رؤوس الأموال، ومن أهم العناصر التي تشكل هذا الإطار هي وجود قوانين وطنية تهيئ الفرصة للمستثمر الأجنبي بالحصول على العائدات والأرباح التي يبتغيها من استثماره في هذا البلد، والتي تكفل حماية رأس ماله وتضمن استقرار هذا الاستثمار.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - Pierre-Yves Tshanz, Contrats d'états et mesures unilatérales de l'état, devant l'arbitre, Rev. crit., Dr. Int. Privé, 1985, p. 47.

<sup>2</sup> - خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، سنة 2014، ص 127.

<sup>3</sup> - لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 93.

إن الشركات اليوم تعتمد استراتيجيات دراسة السوق، حتى تقدم على الاستثمار في هذه الدولة أو تلك، وخصوصاً في الدول النامية والتي لديها العديد من الاحتياجات والقليل من الطاقات والإمكانيات، لهذا يتساءل المستثمر عن الإطار القانوني الذي سينشأ استثمار في ظلّه، والذي يجب أن يتّسم بالثبات، وهذا الثبات لا يتعلّق فقط بقانون الاستثمار، وإنما يمتدّ ليشمل القانون الضريبي، وقانون العمل والضمان، وقانون الصحة وقانون البيئة، فكل قرار تتخذه الحكومة لحماية شعبها يؤثر في الاستثمار الخارجي.

وقد تكون المشكلة الأكبر التي تعاني منها بلدان العالم الثالث بشكل خاص هي عدم استقرار قوانينها، وقد يكون السبب في ذلك هو تعرّض هذه البلدان في بعض الأحيان إلى حروب والبعض الآخر إلى الاحتلال وأحياناً إلى نكبات اقتصادية أو طبيعية تؤثر في اقتصاد هذه البلدان.

لهذا يسعى المستثمرون الأجانب في أغلب الأحيان إلى الابتعاد عن تطبيق القانون الوطني للبلد المضيف، وذلك لمنع حدوث تغييرات تشريعية تجبرهم على الخضوع له رغم عدم رضائهم به.

#### البند الأول: اعتبار اتفاق التحكيم من شروط الثبات التشريعي

شهد الفقه القانوني وأحكام التحكيم اختلافاً بصدد تقرير مدى اعتبار شرط التحكيم من شروط الثبات التشريعي<sup>1</sup>، وقد كانت من أقوى الوقائع التي تسببت في هذا الاختلاف وكشفت في الوقت ذاته النقاب عن خطورة التصرفات الانفرادية من قبل الدول ضد شرط التحكيم في عقود الاستثمار قضية<sup>2</sup> Société des travaux de Marseille

:contre la République du Bangladesh

<sup>1</sup> - علاء التميمي عبده ، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار ،دار النهضة

العربية، القاهرة ،سنة 2015 ص 81

<sup>2</sup> - أنظر في هذه القضية:

Extrait de l'arrêt du 05 mai 1976, dans la cause Société des grands travaux de Marseille contre la république populaire du Bengladesh ; sur le site : relevancy.bger.ch/cgi-bin/jumpCGI?id=BGE-102-IA-5748LANg=it. Visité le 12 mars 2017.

حيث تدور وقائع هذه القضية حول قيام هيئة التنمية الصناعية لباكستان الشرقية وهي شركة مملوكة للحكومة الباكستانية بإبرام عقد في 1965/10/07 مع شركة SGTM الفرنسية لمدّ خط أنابيب الغاز في باكستان الشرقية، والتي صارت سنة 1971 جمهورية بنغلادش الشعبية، وقد تضمن هذا العقد الاتفاق على خضوعه لأحكام القانون الباكستاني، كما تضمن شرطا تحكيميا يتعين بمقتضاه حل المنازعات التي قد تنشأ بسبب هذا العقد أو بمناسبة تنفيذه بطريقة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على أن يتم التحكيم في جنيف بسويسرا.

وفي سنة 1970 وقع نزاع بين الطرفين طالبت من خلاله الشركة الفرنسية SGTM من الطرف الباكستاني بمبلغ قدره 12 مليون فرنك فرنسي، لجأ الطرفان للتحكيم وتم تعيين كل طرف لمحكمة في 7 ماي 1972. وبعد يومين فقط أصدر رئيس الجمهورية بنجلادش مرسوما، بأثر رجعي يرد إلى 26 مارس 1971، بتأسيس هيئة التنمية الصناعية البنغالية (BIDC) لتخلف هيئة التنمية الصناعية الباكستانية بحيث تنتقل للأولى كل الأصول المملوكة للثانية وكذا ديونها وتحمل مسؤولياتها.

المهم أن هذا المرسوم ينص على أن كل إجراء خاص بالتحكيم التي تكون هيئة التنمية الصناعية الباكستانية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا المرسوم تعد لاغية ولن يكون لأي حكم تحكيمي تنتهي إليه هذه الإجراءات أي أثر أو نفاذ في مواجهة سواء هيئة التنمية الصناعية الباكستانية والبنغالية، وأن أي سلطة تمت ممارستها بالنيابة عن الهيئة الباكستانية في إجراءات التحكيم باطلة و لاغية من تاريخ 26 مارس 1971، وأن أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم والتي شرع في إجراءات التحكيم وفقا له يعتبر لاغيا ومعدوم الأثر.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد واصلت الحكومة البنغالية متابعتها لهذه القضية، فعلى إثر تحديد هيئة التحكيم لجلسة استماع في 20 نوفمبر 1972 للنظر في طلب الجانب الفرنسي الخاص بإحلال الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية، أصدر رئيس الدولة مرسوما، آخر بأن حلول الأولى محل الثانية قاصر على الديون

والمسؤولية في المسائل غير المتنازع فيها، ثم أصدر في 15 نوفمبر 1972 مرسوما ثالثا يحل الهيئة الباكستانية ونقل ملكية أصولها للحكومة البنغالية، وقد منح هذا المرسوم الحكومة سلطة الوفاء على سبيل التفضل بأي مطالبات تتعلق بمسؤولية الهيئة التي تم حلها والتي تراها الحكومة عادلة.

وعليه، وبناء على ما ارتأته هيئة التحكيم من صحة حلول الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية، فقد أصدرت في 31 ماي 1973 حكما يقضي بالمسؤولية المشتركة للحكومة الباكستانية والهيئة التي تم حلها في مواجهة الشركة الفرنسية.

إن هذه الإجراءات الانفرادية التي اتخذتها الدولة البنغالية لا تثير من الدهشة قد ما يثيره موقف القضاء السويسري من الدعوى التي أقامتها الحكومة البنغالية لإبطال حكم التحكيم المنوه فقد أبعثت المحكمة السويسرية الفيدرالية تماما عن المشكلة الجوهرية التي تتركز في مدى قدرة الحكومة البنغالية على إلغاء اتفاق التحكيم.

واستجابت لطلب بطلان حكم التحكيم لأسباب لم تطرح أساسا في النزاع المعروض عليها حيث قضت بأن الخلافة في الأصول المملوكة أو المسؤوليات الملقاة على عاتق الأطراف تخضع لأحكام القانون البنغالي ولأسباب غير حقيقية حيث قضت بأنه لا يوجد في القانون السويسري قاعدة قانونية تقضي بخضوع الشخص للتحكيم دون إرادته أو رغما عنه، كما أكدت المحكمة أن المراسيم الصادرة عن الدولة والتي جردت الجانب الفرنسي من بعض الضمانات المتفق عليها لا تمثل انتهاكا للنظام العام السويسري لأنها لا تمس حقوق الدائنين السويسريين.

إن هذه القضية تجسد مدى تأثر اتفاقات التحكيم بالتغيرات القانونية التي تقوم عليها في ممارستها لسلطاتها السيادية والتي تؤثر على مناح الثقة الذي يعول عليها المستثمر وتبرر جانب كبير من المخاوف التي يحملها هذا تجاه دول العالم الثالث.

وتجدر الإشارة إلى أن مشكلة التغيرات التشريعية وأثرها على اتفاق التحكيم لا تعرض على النحو الذي بيناه سابقا، إلا في حالة ما إذا كان قانون الدولة التي أقدمت على هذه التغيرات، وهي في الغالب الدولة الطرف في النزاع، هو الواجب

التطبيق، ففي هذه الحالة وحدها يكون من الصعب على المحكم أن يتغافل مثل هذه التغييرات التشريعية.

لكن، هل يمكن التغلب على هذه الصعوبة بالقول بأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو ذلك القانون الذي كان ساريا لحظة إبرام هذا الاتفاق. في الحقيقة إن هذا القول يجب الدفاع عنه خاصة إذا ما كان هذا القانون قد جاء تحديده نتاجا لإعمال مبدأ سلطان إرادة الأطراف، حيث تتجه الإرادة إلى إخضاع الاتفاق لنظام قانوني متطور بالضرورة، وتهدف لتطبيقه بالحالة التي يكون عليها في كل لحظة من لحظات هذا التطور<sup>1</sup>.

مما لا شك فيه أن مثل هذه التغييرات التشريعية تزيد من مخاوف المستثمرين الأجانب في تعاملهم مع الدولة المضيفة للاستثمار، وتساهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة، مما دفع بعض الدول للاستجابة لرغبات المستثمرين الأجانب في تضمين عقود الاستثمار شرطا خاصا بالثبات التشريعي مفاده خضوع تلك العقود لقانون الدولة المضيفة للاستثمار والساري لحظة إبرامها<sup>2</sup>.

### البند الثاني: ماهية شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

لقد كانت عقود الاستثمار المجال الخصب لظهور شروط الثبات التشريعي<sup>3</sup> وتطورها، والتي جاءت لتحقيق ضمانا من بين الضمانات التي يحاول الطرف الأجنبي حماية نفسه من مخاطر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، خشية أن تضيع حقوقه، فالدولة بوصفها سلطة تشريعية تتمتع بمزايا استثنائية من جهة، والمستثمر الأجنبي الذي لا يتمتع بهذه المزايا والذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى،

<sup>1</sup> - Fouchard (Ph), l'arbitrage commercial international, op. cit, p 85.

<sup>2</sup> - غسان علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، مرجع سابق، ص 123.

<sup>3</sup> - حيث كان أول ظهور لشروط الثبات التشريعي حين أدرج لأول مرة في عقد الامتياز المبرم بين إيران والشركة الانجليزية Anglo-iranien. وذلك بتاريخ 18 ماي 1933 حيث نصت المادة 21 من هذا العقد على أنه: لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية أنظر في هذا الصدد: أفلولي محمد: شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد 01، جانفي 2006، ص 98.

يحاول أن يدرأ اختلال التوازن التعاقدية، نتيجة تدخل الدولة بإصدار قواعد تشريعية جديدة خاصة مما له علاقة مباشرة بميدان الاستثمار، كتعديل القانون الجبائي أو التعريفات الجمركية مما يؤثر على مردودية هذه الشركات الأجنبية<sup>1</sup>.

والهدف الأول من أعمال هذه الشروط هو تحديد الدور التشريعي للدولة<sup>2</sup> الطرف في العقد من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرام هذا العقد، وعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها بشكل يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي التعاقدية وإلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي المتعاقد معها<sup>3</sup>.

لهذا يعرف شرط الثبات التشريعي على أنه ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد، أو إجراء جديد على العقد الذي تبرمه مع المستثمر الأجنبي، كما يعرف أيضا على أنه أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد، حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع في نطاق علاقتها الناظمة بهذا المستثمر الأجنبي<sup>4</sup>. وباستبعاد كافة التعديلات المحتملة التي يمكن أن تطرأ على القانون المختار في المستقبل، وهذا يقتضي قانون الإرادة المختار على عقد الاستثمار وقت إبرام العقد وليس في مرحلة تنفيذه.

<sup>1</sup> - Glardino Andrea, clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage, vers l'assouplissement de leur effet obligatoire, Revue de l'arbitrage, les états dans le contentieux économique international, Paris, 24 janvier 2003, comité Français de l'arbitrage 2003, N°3, éditions hitec, P649.

<sup>2</sup> - Selon MAYER(P), les clauses de stabilisation visent à geler la législation du pays hôtes dans l'état où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et partant de limiter l'exercice par l'état de sa compétence législative, in : La neutralisation du pouvoir normatif de l'état en matière de contrat d'état, JDI, N°1/1986.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد حداد، العقود للمبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 324.

<sup>4</sup> - محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق، مجلة الشريعة والقانون المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، ص 208.

ويتم الاعتراف بهذا الأمر على وجه الخصوص في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب<sup>1</sup> وقد نتج عن ذلك إفراغ قانون الإرادة من مضمونه بتحويل العقد الدولي إلى عقد حر طليق.

كما يمكن أن يعرف بأنه الشرط الذي يكون الهدف منه منع الدولة من استعمال سلطاتها السيادية في تغيير النظام العقدي، بدون الاتفاق مع الطرف المستثمر الخاص وبالتالي فإن شرط الثبات في هذه الحالة يقابل سلطة الدولة السيادية في تغيير النظام العقدي، بدون الاتفاق مع الطرف المستثمر الخاص وبالتالي فإن شرط الثبات في هذه الحالة يقابل سلطة الدولة السيادية. فهو ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من تغيير لمصلحتها النظام القانوني الذي ينظم العملية الاستثمارية<sup>2</sup>.

مثل هذا الشرط بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي يطمح في العمل في إطار استقرار تشريعي، يسمح بجذب رؤوس الأموال الأجنبية، لأنه يمثل حماية إضافية للحقوق والامتيازات التي استفاد منها<sup>3</sup>.

كما أن لجوء الدولة إلى فرض التزامات على عاتقها هي في غنى عنها خاصة وأنها لا تدري ما قد يحدث في المستقبل من تغيرات دليلاً على رغبتها في كسب رضى المستثمر الأجنبي عن طريق التنازل عن جزء من سيادتها.

يعد شرط الثبات في الواقع استثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بخضوع المستثمر الأجنبي لقانون الدولة المنجز مشروعه الاستثماري على إقليمها، إلى جانب خضوعه إلى كل التعديلات القانونية التي تطرأ على ذلك القانون خلال مدة نفاذ العقد، وهو بمثابة تعهد من طرف الدولة المستقبلية للاستثمار بعدم تطبيق التعديلات أو المراجعات التي قد تطرأ على القوانين المنظمة للاستثمار على المستثمر الأجنبي، المتعاقد معها وذلك بغية كسب ثقته وتشجيعه على اتخاذ قرار الاستثمار على إقليمها.

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 163 .

<sup>2</sup> - محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، القاهرة، بدون دار النشر، 2000، ص 80.

<sup>3</sup> - عيبوط محند علي، الاستثمارات الأجنبية في ظل سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، العدد 01 جانفي 2006، ص 70.

وهذا الثبات التشريعي الذي يطمح إليه المستثمر لا نجده فقط في عقده مع الدولة، وإنما ممكن أن نجده في قوانين بعض الدول مثل قانون الاستثمارات الجزائري الذي أكد عليه في المادة 22 من قانون رقم 09-16 مؤرخ في 3 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار و التي تنص على أنه "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"<sup>1</sup>.

يفهم من نص المادة المذكورة أن المشرع الجزائري لم يكتف بضمان استقرار تشريعي من خلال الامتناع عن تطبيق أي تعديل أو إلغاء لقانون على الاستثمارات التي تم الشروع فيها، وإنما أضاف ضماناً أخرى تتمثل في منح المستثمر إمكانية الاستفادة من التشريع الجديد إذا كان يتضمن امتيازات إضافية، وذلك "إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"<sup>2</sup>.

فالمادة 22 من قانون 09-16 المتعلقة بترقية الاستثمار تحمي المستثمرين من أية تعديلات قد تطرأ في المستقبل على التشريع الجزائري المتعلق بالاستثمار وهذا التجميد في حد ذاته يعتبر حماية إضافية تتيح للمستثمر العمل وفق مناخ قانوني مستقر معرفاً مسبقاً بعيداً عن المفاجآت التي قد تحدثها التغييرات في التشريع الخاص بالاستثمارات، وهو ما قد يفوت الفرص لتحقيق الربح من طرف المستثمر.

لقد تم إقرار هذا الشرط بموجب المادة 6 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيليكوم حيث نصت على أنه "إذا تضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه

<sup>1</sup> - إن هذه المادة تقابل المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، وكذلك المادة 15 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم والتي كانت تنص على ما يلي: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

<sup>2</sup> - أنظر: المادة 22 من القانون 09-16 المؤرخ في 13 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار ج. ر. ع 46، السالفة الذكر.

الاتفاقية يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية<sup>1</sup>.

كما ورد هذا الشرط في بعض الاتفاقيات الثنائية الخاصة بترقية وحماية الاستثمارات التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول<sup>2</sup>.

ولعل مسألة تثبيت عقود الاستثمار مراعاة لمصلحة المستثمر الأجنبي، لم تكن فقط محلا للاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار، بل جاءت في صلب أحكام التحكيم الصادرة بمناسبة منازعات عقود الاستثمار.

ففي تحكيم sapphire ضد الحكومة الإيرانية، ذهب المحكم CAVIN في الحكم الصادر 15 مارس 1963 على أنه "بمقتضى الاتفاق المبرم بين الطرفين، فإن الشركة الأجنبية قدمت لإيران مساعدات مالية وفنية واستثمارات تتضمن مسؤوليات ومخاطر واسعة، وبالتالي يبدو من الضروري أن تتم حمايتها ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تؤثر في حقوق الأطراف والتزاماتهم، وأن يكفل لها الأمان القانوني، وهو ما يصعب تحقيقه إذا تم التطبيق الخالص والبسط للقانون الإيراني، الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله<sup>3</sup>.

كذلك يشكل حكم الأستاذ "محصاني" في قضية LIAMCO سابقة قضائية في هذا المجال عندما أقر بصفته محكم منفرد في سنة 1977 بحق الحكومة الليبية في تأميم مشاريع النفط الوطنية العائدة لامتياز شركة ليامكو. مع دفعها تعويضات بقيمة 66 مليون دولار تشمل كل من الخسارة اللاحقة والكسب الفائت التي أصابت

<sup>1</sup> - اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها من جهة وبين شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر، المصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، ع 80 الصادر بتاريخ 2001/12/26.

<sup>2</sup> - أنظر: المادة 4 ف2 من الاتفاقية الثنائية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1994 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25 مارس سنة 1995، ج، ح ج ع 23. التي تنص على ما يلي: "لا تكون هذه المعاملة أدنى امتياز من التي يمنحها كلا الطرفين المتعاقدين للاستثمارات المنجزة على إقليمه من طرف مستثمريه أو تلك المنجزة من طرف مستثمري بلد آخر يتمتع بمعاملة الدولة الأكثر رعاية".

<sup>3</sup> - أنظر: تحكيم Saphir.

المستثمر الأجنبي (LIAMCO) فقط بسبب عدم وجود شرط الثبات التشريعي في عقد الامتياز الموقع بين الطرفين، في هذه القضية، ثم منح امتياز تنقيب واستخراج النفط للشركة المذكورة بموجب عقد امتياز نصت المادة 16 منه على أنه "سوف تتخذ الحكومة الليبية كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تتمتع بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق" وإن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف، ويتم تفسيره هذا الامتياز وفقا لقانون البترول واللوائح النافذة في تاريخ توقيع على هذا الاتفاق، وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا يؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها"<sup>1</sup>.

في قضية مماثلة، قضت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار (CIRDI) في سنة 1982 بحق شركة الاستثمار (AGIP) بمبلغ تعويض كامل يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت نتيجة قيام حكومة الكونغو بتأميم على أراضيها، بسبب وجود شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار بين هذه الشركة والحكومة الوطنية السابقة.

ولكن ما هي علاقة التحكيم بشرط الثبات التشريعي وبالمنازعات الناتجة عن التغيير في تشريع الدولة.

### البند الثالث: التحكيم والتصدي لمخالفة شروط الثبات التشريعي

إن اعتبار شرط التحكيم ضمن الشروط الواجب عدم المساس به والواردة في عقود الاستثمار، يمكن أن يصبح دون فعالية إذا ما سمح للدولة القيام بتغيير تشريعاتها بشكل يتعارض مع أعمال هذا الشرط، وبالتالي فإن التحكيم كنظام اختاره الأطراف لتسوية المنازعات الناشئة، أو التي قد تنشأ بينهم، يستحق أن تتوفر له الإمكانية ليوضع موضع التنفيذ، وذلك لتقدير مدى مشروعية ونتائج الإجراءات التي تقدم عليها الدولة لممارسة سلطاتها السيادية، فالتحكيم في هذه الحالة ليس فقط وسيلة لحل منازعات الاستثمار، وإنما هو ضمانة إضافية تقدمها الدولة للمستثمر، وبالتالي يجب أن يؤدي دوره في حماية الاستثمارات من المخاطر التي تهددها سواء كانت

<sup>1</sup> - محمود فياض، المرجع السابق، ص 645.

تشريعية أو اقتصادية أو سياسية، خاصة وإن التحكيم عبر الزمن، بدأ من المستجدات الاقتصادية الحاصلة بشكل يسعى من خلاله إلى التوفيق ما بين المصالح القائمة، والحصول على ثقة أطراف التجارة جميعهم إن فعالية التحكيم في مجال الاستثمار لا تتحقق فقط بحماية اتفاق التحكيم وضمن استقراره في مواجهة التغيرات التشريعية، وإنما يتعين أيضا صون هذا الاتفاق وإطلاق آلياته في مواجهة التدابير الانفرادية التي تقدم عليها الدولة لإنهاء أو فسخ الاتفاق الأصلي الذي يتضمنه هذا الهدف، لا يتحقق بدوره إلا بالاعتراف باستقلال شروط التحكيم عن العقود الأصلية التي تتضمنها والاعتراف لهيئات التحكيم بسلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بهذه التدابير الانفرادية.

إن القانون هو انعكاس للواقع، لأنه يمثل تنظيم ثابت وقادر على التنبؤ بالمنازعات التي قد تحصل نتيجة تنوع العلاقات، وكلما أصبحت المجتمعات المدنية أكثر نضوجا والعلاقات الإنسانية أكثر تعقيدا، فإن نظام القواعد والقوانين التي من خلالها يحكم الأشخاص علاقاتهم به، يتطور ليتلقى مع حالات واقعية جديدة ويصبح أكثر شمولاً وتكاملاً<sup>1</sup>.

وهكذا فقد يحدث بعض الاستثمار في دول كانت عرضة للاحتلال وبعد زوال هذا الاحتلال تقوم الدولة بتأميم المشروع الاستثماري فما هي سلطة المحكم في مثل هذا الإجراء الانفرادي الذي تتخذه الدولة، وهذا ما سوف نبثه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

**الفرع الثاني: النزاع الناشئ نتيجة إجراء فردي اتخذته الدولة المضيفة للاستثمار**  
إذا كان العامل الأساسي في انتقال رؤوس الأموال من بلد إلى آخر هو البحث عن العائد الاقتصادي المجزي أي الربح. فإن المستثمر الأجنبي يهمله في المقام الأول المحافظة على رأسماله قبل الاهتمام بنسبة العائد، فضلا عن الاحتفاظ لنفسه بالفرص المختلفة لاستثمار هذا المال بين مختلف الدول وفي قطاعاتها الإنتاجية والخدماتية المختلفة، وهنا يظهر عنصر الأمان باعتباره المحك الأول والأخير في الاستثمارات

<sup>1</sup> - لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 97.

الوطنية تتعرض لمخاطر مختلفة بسبب تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ولعل أهم هذه المخاطر هو استيلاء الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية على المشروع الاستثماري المملوك للمستثمر الأجنبي الكائن في إقليمها وما يترتب ذلك حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه أو سلطاته الجوهرية على مشروعه أو طرده من أراضيها بحيث لا يعتبر أمامه سوى المطالبة بالتعويض السريع والعاقل.

وإذا كان استيلاء الدولة على أموال الأجانب الموجودة على إقليمها خاضعا لشروط معينة في ظل قواعد القانون الدولي، إلا أن درجة احتمال حدوثه تدخل ضمن الاعتبارات الرئيسية المكونة للمناخ الاستثماري لأية دولة، والتي يأخذها المستثمر الأجنبي في الاعتبار عند ما يتخذ قراره بالاستثمار في دولة ما<sup>1</sup>.

وإن هذه الإجراءات الاستثنائية حتى لو غلب عليها الطابع السياسي، فإن المنازعات التي يدور حولها هي ذات طابع قانوني يتعلق بتحديد مدى الضرر الذي لحق بالمستثمر حيال نقض الدولة لالتزاماتها وتعهداتها وهي من المسائل التي تدخل في الاختصاص الأصلي لهيئة التحكيم<sup>2</sup>.

#### البند الأول: طرق استيلاء الدولة المضيفة على ممتلكات المستثمر الأجنبي

لكل دولة ذات سيادة كاملة الحرية التامة في تحديد هيكلها الاقتصادي والاجتماعي، ولها في ذلك أن تستعمل الأدوات القانونية التي تحقق المنفعة العامة والمصلحة الوطنية، فقد تقوم بإصدار قانون يتضمن تأمين بعض أو كل المشاريع الاستثمارية، أو تقوم بنزع ملكيتها للمصلحة العامة أو مصادرتها... وغيرها، فكل هذه التصرفات التي تقوم بها الدولة المستقطبة للاستثمارات يمثل مظهرا من مظاهر السيادة وحقوقها القانونية لا يمكن إنكاره<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، مرجع سابق، ص 75.

<sup>2</sup> - عمر مشهور الجازي، بحث منشور، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 2002، العددان التاسع والعاشر.

<sup>3</sup> - دريد محمد السامرائي، المرجع السابق، ص 103.

لكن كل هذه الإجراءات تؤدي بصفة عامة إلى تقييد أو حرمان المستثمر من ملكيته حرمانا كلياً أو جزئياً، وبصفة خاصة كانت سبباً في عزوف الكثير من المستثمرين من استثمار أموالهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في العديد من الدول، وبالتالي البحث عن أماكن أخرى آمنة للاستثمار فيها، باعتبار أن المستثمر يبحث بدرجة أولى على الأمان والاستقرار، وقد تعدد الأساليب التي تتبعها الدول في الاستيلاء على المصالح المالية للأجانب الموجودة على إقليمها، إلا أن الهدف منها واحد، والمتمثل في كون أنها تقضي في نيتها إلى نزع ملكية المالك ونقلها إليها بحسب الأداة القانونية التي تستخدمها في هذا التدخل، وبالنظر إلى تعددها فنكتفي في هذه الدراسة إلى تبيان بعض الصور الشائعة منها، وفي الغالب تتمثل هذه الصور في نزع الملكية (أولاً) ، التأميم (ثانياً)، بالإضافة إلى المصادرة (ثالثاً)، وأخيراً الاستيلاء (رابعاً).

#### أولاً: نزع الملكية للمنفعة العامة

بالرغم من قدسية حق الملكية، إلا أنه قد تضطر الدول للمساس به أي أن هذا الحق ليس مطلقاً<sup>1</sup>، وذلك تحت وطأة تلبية الحاجات الاقتصادية والاجتماعية المختلفة التي لها صلة بالمنفعة العامة وليس للدولة المساس بالملكية الخاصة خارج نطاق تحقيق المنفعة العامة، وهذا ما هو مكرس دستورياً بموجب المادة 64 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>.

يعتبر إجراء نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة امتيازاً ممنوحاً للإدارة لحرمان مالك العقار من ملكه جبراً من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض، عما ناله من ضرر بسبب الحرمان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - معاشو عمار، دور القضاء في حماية حقوق الانسان، مجلة المحاماة ، العدد01، ماي 2004، تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو، الجزائر، ص 35.

<sup>2</sup> - قانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر. ع 14، سنة 2016.

<sup>3</sup> - هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 173.

وبعبارة أخرى، فإن إجراء نزع الملكية هو إجراء إداري يتم بموجب قرار إداري، عن طريق الإرادة المنفردة للإدارة.

على أساسه يتم نقل الملكية الخاصة إلى ملكية عمومية، بحيث يهدف إلى تملك الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة لعقار أو منقول بغرض تحقيق المصلحة العامة دون التمييز بين الوطنيين و الأجانب مقابل تعويض مناسب .

لقد تم النص على نزع الملكية للمنفعة العامة في مختلف الدساتير<sup>1</sup> التي عرفتها الجزائر و كلها لم تختلف في أحقية الدولة في نزع الملكية مقابل تعويض عادل و منصف، كما تم النص على هذا الإجراء بموجب المادة 677 ق.م.ج.، حيث تنص على أنه "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكية إلا في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون. غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينة العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف و عادل". وهو ما نص عليه القانون رقم 91-11 المتضمن نزع الملكية للمنفعة العامة<sup>2</sup>

من خلال النصوص السابقة لاحظنا أن نزع الملكية يعد من السلطات العامة للدولة و هو حق معترف لها به في مختلف التشريعات الدولية، وهو ينصب على أموال القطاع الخاص التي تنزع عقاراتهم لإنجاز أعمال المنفعة العامة، ومقابل ذلك تلتزم الدول بتقديم تعويض مناسب لهذا الإجراء الاستثنائي، حيث تغطي التعويضات كل ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب بسبب نزع الملكية، ويرجع الحق في التعويض إلى مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة .

لقد أولت هيئات التحكيمية عند تناولها لقضايا تبحث في الأهمية الاقتصادية من نزع الملكية حتى تكون سببا موجبا لمسؤولية الدولة ومن تم التعويض، بحيث أنها لم

<sup>1</sup> - انظر المادة 17 من دستور 1976، وكذا المادة 20 من دستوري 1989 و 1996 والمادة 22 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المصدر السابق.

<sup>2</sup> - قانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 جويلية 1991، يحدد القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ح، العدد 21 المتمم بقانون رقم 04-21 المتعلق بقانون المالية لسنة 2005، المتمم بموجب قانون رقم 07-02 المتضمن قانون المالية لسنة 2008.

تحكم بالتعويض في مواجهة الإجراءات العمومية عندما لا يكون لهذه الأخيرة أثر كبير على القيمة الاقتصادية للمشروع الاستثماري .

### ثانياً: التأمين

لقد تعددت وتتنوع تعريفات التأمين في القانون، بحيث أصبحت من الكثرة لا يتسع المجال ذكرها جميعاً، فالبعض اعتمد في تعريفه للتأمين على الدافع أو الأهداف المرجوة من وراء قرار التأمين، وهي تحقيق النفع العام، بينما استند البعض الآخر على مدى الإجراء و محله أي الأموال و الممتلكات التي يرد عليها التأمين، فيعرف التأمين بأنه إجراء من إجراءات التغيير العام في حياة الدولة الاقتصادية والاجتماعية. كما يعرف التأمين بأنه إجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الأموال التي تكون في صورة مشروع إلى الأمة، إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج، تلافياً للاستغلال ويسمى التأمين الإيديولوجي، أو لمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني ويسمى التأمين الإصلاحى<sup>1</sup>.

كما يذهب بعض الفقه إلى تعريف التأمين بأنه عمل من أعمال السيادة تنتقل بموجبه وسائل الإنتاج و بعض الأنشطة المعينة من الأفراد و الهيئات الخاصة إلى الدولة من أجل استغلالها لخدمة المصلحة الجماعية<sup>2</sup>.

يتضح من التعريفات السابقة أن التأمين يدور حول محور واحد، هو نقل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار يصدر عن السلطات العامة المختصة في الدولة تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن أجل تحقيق أهداف قد تكون اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، وتعد الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، وتدخل الدولة في توجيه النظام الاقتصادي في الدولة هما الأساسان اللذان بنيت عليهما نظرية التأمين،

<sup>1</sup> - هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 07.

<sup>2</sup> - عمر هاشم محمد صدقه، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 40.

ويشترط لصحة التأمين تقديم التعويض المناسب كوسيلة لجبر الضرر الذي يتعرض له المستثمر الأجنبي.

أيا كان نوع التأمين و شكله، فإن حق الدولة في تأمين الأموال الأجنبية معترف به في القانون الدولي باعتباره وسيلة لممارسة سيادتها على ثرواتها ومواردها الطبيعية<sup>1</sup>.

لقد تم تكريس التأمين لأول مرة في التوصية رقم 626 المؤرخة في 21 ديسمبر 1952، من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة و في اللائحة رقم 3286 لسنة 1974 و اللائحة رقم 1803 لسنة 1962، وفي إطار حق الدولة في استغلال الثروات الطبيعية مؤكدة على أنها إجراءات تؤسس على اعتبارات المصلحة العامة والأمن والمصالح الوطنية<sup>2</sup>، إذ تعترف بحق الدولة في التأمين لأنه من أعمال السيادة، وهي كلها قرارات وتوصيات تتطلب إعادة النظر فيها وإعادة صياغتها بالشكل الذي يتماشى مع النظام الاقتصادي الدولي الجديد، الذي يعيش في رحاب العولمة والتدويل على كل المستويات، فالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي صدرت فيها كل هذه التوصيات هي فترة الستينات و السبعينات واكبت حصول معظم الدول فيها على استقلالها، حيث صدرت هذه النصوص ذات الطابع الدولي لتزيل المسؤولية الدولية لهذه الدول وتأمينها للاستثمارات الأجنبية، دون أن تمس بحق المستثمر الأجنبي في الحصول على التعويض المناسب لجبر الضرر الذي لحقه.

ومع تطور العلاقات الدولية واكتساب الاستثمار الأجنبي أهمية سياسية اقتصادية كبيرة و تشعب المشكلات التي يثيرها، ولما كان رأس المال الأجنبي الخاص يتحرك أساسا سعيا وراء الربح، فقد ظهرت الحاجة إلى ابتداء وسائل قانونية لإضفاء حماية موضوعية وإجرائية على الاستثمارات الأجنبية الخاصة تكون أكثر وضوحا وشفافية، ومن هنا اتجه العمل إلى عقد معاهدات ثنائية بين الدول الصادر

<sup>1</sup> - عيبوط محند واعلي، المرجع السابق، ص 265.

<sup>2</sup> - عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 42.

عنها رأس المال والدول الوافد إليها تحتوي على نصوص مفصلة تضمن عدم التعرض لرؤوس الأموال الأجنبية بالتأميم، فرفضت الحق في التأميم لأنها كيفته بأنه مخالف لقواعد القانون الدولي الحديث الذي يفترض معالمه المعاصرة الرجوع إلى المفهوم الكلاسيكي للحق في الملكية و هي الحقوق المكتسبة.

هذا الإجراء الذي أصبح جامدا في إطار العصر الحديث الذي شهد ثورة عالمية لتدويل العقود الدولية، والذي كيّف فكرة اللجوء إلى التأميم كإخلال بالعقد الذي يبرمه المستثمر الأجنبي مع الدولة المضيفة له، مما يفترض استبعاده لاحترام بنود العقد وشروطه لعدم قيام المسؤولية الدولية للدولة التي تخل بالتزاماتها التعاقدية.

في الجزائر بالرغم من كون أن التأميم لا يزال ممكنا من الناحية القانونية كحق سيادي، وذلك بموجب المادة 678 من ق.م.ج. الذي أجاز من خلالها المشرع الجزائري التأميم، حينما نصت على أنه: "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط و إجراءات نقل الملكية و الكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون"<sup>1</sup>.

إلا أن لجوء الدولة الجزائرية إلى هذا الإجراء يبقى أمرا مستبعدا تماما في الوقت الراهن، وهي الفترة التي تطبق فيه برامج الترقية وتطوير الاستثمارات وخصوصة المؤسسات العمومية الاقتصادية، فهي بذلك تسعى جاهدة إلى انتهاج سياسة الانفتاح الاقتصادي وترسيخ أحكام وقواعد اقتصاد السوق، القائم على أساس الحرية الاقتصادية الهادفة إلى حماية الملكية الخاصة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - إن المؤسس الدستوري من خلال الدساتير التي عرفتها الجزائر لم يحدد شروط ممارسة هذا الحق في التأميم بل نص فقط على مضمون الملكية العامة كملك للمجموعة الوطنية، راجع المادة 18 من القانون رقم 01-16 المتضمن التعديل الدستوري المؤرخ في 06 مارس 2016، المصدر السابق التي تنص على أنه " الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض، والمناجم، والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية، في مختلف مناطق الأملك الوطنية البحرية والمياه، والغابات كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، والنقل البحري والجوي، والبريد والمواصلات السلكية، واللاسلكية، وأملك أخرى محددة في القانون".

<sup>2</sup> - عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 301.

إلا أنه في إطار قوانين الاستثمار الأجنبي فهو لم ينص إلا على التسخير في المرسوم التشريعي رقم 12-93 الملغى<sup>1</sup>، وعن المصادرة الإدارية في الأمر رقم 03-01<sup>2</sup> المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى وعن نزع الملكية والاستيلاء في القانون رقم 09-16<sup>3</sup> المتعلق بترقية الاستثمار، وقوانين الاستثمار هي قوانين خاصة بممارسة النشاط الاستثماري الاقتصادي، فهي إذن تقيد أحكام القانون المدني باعتبارها القواعد العامة، فيما يخص التأمين، وتستعيده على أساس قاعدة الخاص يقيد العام.

### ثالثاً: المصادرة

المصادرة هو إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص وذلك دون أداء أي مقابل<sup>4</sup>.

وإجراء المصادرة على هذا النحو قد يتم عن طريق السلطة القضائية وتسمى المصادرة الجنائية، أو عن طريق السلطة التنفيذية وتسمى المصادرة الإدارية، وفي الحالتين، يجب أن تستند المصادرة إلى نص قانوني يخول السلطة القضائية أو التنفيذية حق المصادرة وفي الحدود المرسومة قانوناً.

ويقصد بالمصادرة الإدارية على أنه ذلك الإجراء الوقائي الذي تقتضيه اعتبارات الأمن والصحة والسلامة العامة.

أما المصادرة القضائية فقد عرفها البعض بأنها إضافة مال يملكه الجاني إلى ملك الدولة دون مقابل والمصادرة الجنائية تصدر عن المحاكم العادية كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم الجنائية المنصوص عليها في القانون<sup>5</sup>.

1 - أنظر المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 12-93 المتعلق بترقية الاستثمار، المصدر السابق.

2 - أنظر المادة 16 من الأمر 13-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، المصدر السابق.

3 - أنظر المادة 23 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، المصدر السابق.

4 - هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 19.

5 - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه، المرجع السابق، ص 123.

إن عنصر التعويض هو الذي يميزها عن نزع الملكية والتأميم بحيث أنها عبارة عن عقوبة الهدف منها معاقبة الإنسان المخطئ اقتصاديا نتيجة الأخطاء المرتكبة المنسوبة إليه<sup>1</sup>.

إذا كانت الدولة غير ملتزمة بالتعويض عند اتخاذ إجراء المصادرة يجب عليها تبرير هذا الإجراء واحترام الشروط القانونية المعمول بها في هذا المجال. ويتم ذلك تحت سلطة ورقابة الهيئات القضائية<sup>2</sup> التي قامت بها بعض البلدان النامية بأنها مصادرة. إذ تملك الدولة المضيفة للاستثمار حق اللجوء إلى مصادرة أموال المستثمر سواء كان وطنيا أو أجنبيا في حال قيامه بمخالفة أحكام القانون.

#### رابعا: الاستيلاء

يعتبر إجراء مؤقتا تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة وتتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة بهدف يتعلق بالمصلحة العامة، وذلك بمقابل تعويض قبلي تقوم هذه الجهة بأدائه لمالكها<sup>3</sup>. لذلك يعتبر إجراء مؤقت يشمل الأموال العقارية والمنقولة، بخلاف نزع الملكية الذي ينصب عادة على الأموال العقارية، وذلك بصفة خاصة<sup>4</sup>.

ولقد نصّت على هذا الإجراء المادة 676 من ق.م.ج. على أنه "يجوز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد، إما باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقاً للحالات والشروط المنصوص عليها في القانون".

<sup>1</sup> - Selon Carreau (D)juillard (P) et Flory (Th) : « Il y a des comportements individuels qui sont constitutifs de fautes et qui appellent des sanctions », droit international économique, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1990, p. 204.

<sup>2</sup> - La confiscation doit être prononcée ; « Dans le respect des règles fondamentales du droit, généralement reconnues et acceptées et notamment au terme d'une procédure contradictoire qui ne peut guère être qu'une procédure contentieuse », Carreau (D)juillard (P) et Flory (Th), Op. cit., p. 545.

<sup>3</sup> - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه، المرجع السابق، ص 126.

<sup>4</sup> - عيبوط محند واعلي، المرجع السابق، ص 278.

فالاستيلاء إجراء مشروع تمارسه السلطات العامة المختصة في حالات استعجالية استثنائية بصفة جبرية لضمان حاجات البلاد لضمان سير المرافق العامة، بحيث يصبح هذا الإجراء غير مشروع في الحالات المخالفة التي لا تكون فيها ظروف اضطرارية أو استعجالية، لأن المشرع في هذه الحالة يفرض على الإدارة اللجوء إلى الأسلوب الرضائي، الذي يتم بمحاولة اقتناء الأملاك عن طريق العقود، أو بتقديم عروض لتبادل هذه الأملاك بأملك أخرى مشابهة أو ذات نفس القيمة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري قد تبنى هذا الإجراء في المادة 23 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يُمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومصنف".

فبالرجوع إلى نصّ المادة 23 من القانون السالف الذكر، نجد أنّ المشرع الجزائري، قد أخذ بالاستيلاء كإجراء لنزع الملكية التابعة للمستثمر الأجنبي مقابل تعويض عادل ومنصف، بعد تبنيه للمصادرة في الأمر 03-01، المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 16 منه، كإجراء لنزع الملكية التابعة للمستثمر الأجنبي مقابل تعويض عادل ومنصف، مع أنّ المصادرة إجراء جزائي يتخذ كعقوبة للمستثمر الأجنبي تحرمه من الحق في التعويض، وبين تبنيه التعويض كمقابل لحرمانه من ملكيته، إلا أنّه باستعمال مصطلح "إدارية" إلى جانب المصادرة جعل للإجراء طابعاً إدارياً مبرراً للتعويض، نافياً للطابع الجزائي.

لهذا، تدارك المشرع الجزائري هذا الأمر في قانون الاستثمار الجديد، واستعمل مصطلح نزع الملكية والاستيلاء بدلاً من المصادرة الإدارية، وهو ما استقرت عليه غالبية التشريعات المقارنة في هذا المجال، خاصة وبالنظر إلى أنّه من بين الأهداف الأساسية التي تسعى السلطات العمومية في الجزائر إلى تحقيقها من وراء قانون ترقية الاستثمار، هو تشجيع الاستثمارات وكذا تفعيلها، لأن الغموض

الذي يكتنف النصوص القانونية وعدم وضوح عباراتها بدقة لا يُساعد في تحقيق أهداف التنمية.

**البند الثاني: مدى سلطة المحكم في مواجهة الإجراءات الفردية للدولة المضيفة للاستثمار**

إنّ النظر إلى الإجراءات الفردية التي قد تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، كما لو أقدمت على تأميم أو نزع ملكية مشروع ما، يحتمل المناقشة لناحيتين، فهو يتضمّن أمرين أساسيين، وهما: شرعية العمل الذي قامت به الدولة، والضرر الناجم عن هذا العمل، فالعقد له ميزان قانوني وآخر اقتصادي.

فهل يُمكن المحكم أن ينظر في التعويض المناسب للضرر الناجم عن الإجراء المتخذ من الدولة دون النظر في مشروعية الإجراء نفسه؟

وبمعنى آخر، هل تحول اعتبارات السيادة التي دفعت الدولة لاتخاذ هذه التدابير دون عقد الاختصاص لهيئة التحكيم للنظر في المنازعات الناشئة عنها؟ هل يجوز لهيئة التحكيم أن تراجع بواعث هذا العمل السيادي وأن تحكم بإلغائه؟

عبّرت العديد من الحكومات عن رفضها لاختصاص هيئات التحكيم بالنظر في هذه الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة بهدف تحقيق الصالح العام خصوصاً إذا اتخذت هذه الإجراءات في إطار تحقيق برنامج اقتصادي ذو نفع عام، مثال على ذلك، تأكيد الحكومة الإيرانية أمام محكمة العدل الدولية أن تأميم صناعة البترول مرتبط بممارسة إيران لسيادتها، وبالتالي تعتبر هذه الإجراءات من المسائل غير القابلة للتحكيم.<sup>1</sup>

ومفاد هذا التوجه، أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتعرّض لشرعية إجراءات التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية، وإنما يتعيّن أن ينحصر اختصاصها في حدود النظر في التعويضات الملائمة لجبر الضرر الناجم عن الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة للاستثمار.

<sup>1</sup> - عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 10.

ولهذا، ربما يكون مصلحة المستثمر ترك البواعث الحقيقية للدولة، سواء الظاهرة منها أو الخفية، وبالنظر إلى مدى الضرر الذي لحق به والتعويض الذي يلزمه لإصلاحه، وهذه المسألة لا تتصل بشرعية الإجراء، وخصوصاً في ظل اتفاقية واشنطن، التي يستبعد منها المنازعات ذات الطابع السياسي، لتتضمن المنازعات ذات الطابع القانوني فقط والناشئة عن الاستثمار، إلا أنّ المنازعات ذات الطابع القانوني لم تكن واضحة في هذه الاتفاقية، على الرغم من أنّ بعض التفسيرات التي أعطيت لاتفاقية واشنطن تتجه إلى جعل اصطلاح نزاع ذو طابع قانوني يشمل جميع صور المنازعات القانونية، وبالتالي يدخل في اختصاص المركز الناظر في الطلبات المتعلقة بشرعية إجراء التحكيم والتعويض الذي قد ينتج عنه اعتبار أنّ مثل هذا التفسير يتفق مع أهداف الاتفاقية التي أرادت إنشاء صرح دولي يحمي الاستثمار، ويحقق المساواة بين الدول والمواطنين، إلا أنّ هذا الأمر صعب وصعوبته تستمد من نصوص الاتفاقية ذاتها.<sup>1</sup>

بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 25<sup>2</sup> من اتفاقية واشنطن التي اشترطت أن يكون النزاع ذا طبيعة قانونية حتى ينعقد الاختصاص للمركز، وهذا الشرط مطلق لا بد من توافره، بقطع النظر عن اتفاق الأطراف على تسوية النزاع بما هو أصلح، ودون التقيد بأحكام القانون.<sup>3</sup>

فالنص المشار إليه، قد اقتصر على تحديد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالمنازعات ذات الطابع القانوني، لذا كان طبيعياً أمام خلوه وخلو

<sup>1</sup> - لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> - التي تنصّ على أنه "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة أو أحد الأقسام المكونة لها التي تعيّنه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز. وعندما يعطي الطرفان موافقتهم لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة".

<sup>3</sup> - المادة 3/42 من اتفاقية المركز "لا تمنع أحكام (1) و(2) الهيئة من الفصل في النزاع بما هو أصلح، ودون التقيد بأحكام القانون، إذا اتفق الطرفان على غير ذلك".

سائر نصوص الاتفاقية من تحديد دقيق للمقصود بهذا النوع من المنازعات، إن صار هذا التحديد محض اجتهاد في التفسير.

ومن حيث الأصل، يختص المركز بالنظر في المنازعات القانونية جميعها التي تنشأ مباشرة عن الاستثمار، لكن المادة 25 الفقرة الرابعة من الاتفاقية، أعطت لكل دولة متعاقدة حرية تقديم بعض منازعات الاستثمار إلى المركز، أو استبعاد طوائف أخرى من نطاق اختصاصه، عند تصديقها على اتفاقية المركز أو قبولها أو إقرارها، وذلك بموجب إخطار يوجّه إلى المركز ويقوم السكرتير العام بإبلاغ هذا الإخطار إلى الدول المتعاقدة جميعها، على أن يستبعد من اختصاص المركز تلك المنازعات المتعلقة بالتأميم أو المصادرة أو نزع الملكية التي تدور حول مسائل أخرى، غير التعويض.

فإذا كان إجراء التأميم أو المصادرة يتضمّن جانبين يُمكن أن يدور حولهما النزاع، شرعية الإجراء والتعويض المناسب، فإنّ اختصاص المركز يتحدّد بالنظر في الجانب الثاني وحده، فالمنازعة حول التعويض هي منازعة ذات طابع قانوني، حيث تتصل بمدى الإصلاح الواجب المترتب على نقض التزام قانوني.

فمناطق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو إرادة الأطراف وحدها، بل أنّ إرادة الدولة الطرف في النزاع لها دور خاص في هذا المجال، وقد حدّدته بموجب الفقرة الرابعة من المادة 25 من اتفاقية المركز المذكورة سابقاً. مفاد ذلك أنّ أي دولة متعاقدة لا يُمكنها أن تستبعد جانباً من المنازعات من اختصاصات المركز، ولو كانت هذه المنازعات ذات طبيعة قانونية.

وقد مارست بعض الدول هذه الرخصة، باستبعاد طوائف معيّنة من النزاعات من نطاق اختصاص المركز، إذ استبعدت السعودية منازعات البترول، وأعمال السيادة. كما قامت كل من جاميكا وغانا والإكوادور باستبعاد المنازعات المتعلقة باستغلال الموارد المعدنية والطبيعية، كما استبعدت جواتيمالا دعاوى التعويض الناجمة عن النزاعات المسلحة والاضطرابات المدنية. في حين أنّ دولاً متعاقدة أخرى، أخطرت المركز باقتصار اختصاصاته على منازعات معيّنة، إذ قصرت

الصين اختصاص المركز على النزاعات المتعلقة بالتأميم والمصادرة، في حين أن تركيا قصرت ذلك في النزاعات التي تنشأ عن أنشطة مرخصة وفقاً لتشريعات تركيا المتعلقة برأس المال الأجنبي.<sup>1</sup>

فهذا الإخطار من جانب الدولة المتعاقدة، لا يعتبر تحفظاً على اتفاقية المركز، فهو مجرد إعلام الدول المتعاقدة الأخرى، وتجنب سوء الفهم من المستثمرين الأجانب. وما يؤكد هذه الطبيعة، أنه يسمح بالإخطار في وقت التصديق على اتفاقية المركز، أو قبولها، أو إقرارها، أو في أي وقت لاحق، في حين أن التحفظ يسمح به عند التوقيع على الاتفاقية، أو التصديق عليها، أو قبولها، أو إقرارها، أو الانضمام إليها.

وعند النظر في ما إذا كان هذا النزاع الناشئ عن إجراء فردي اتخذته الدولة هو ذو طابع قانوني يخضع لتحكيم المركز أم لا، يجب ألا نخلط بين طبيعة الإجراء الذي أقدمت عليه الدولة كالتأميم أو نزع الملكية أو المصادرة، وبين طبيعة النزاع الذي يدور حوله.

فأحياناً، قد تتخذ الدولة بعض الإجراءات الفردية التي تعتبر إجراءات سياسية بالنظر إلى الباعث لاتخاذها، في حين يدور النزاع حول أمور يغلب عليها الطابع القانوني كالتعويض، وهكذا، فحين يكون النزاع متعلقاً بالتأميم دون التعويض، فإنه يخضع للتحكيم في المركز كونه نزاعاً قانونياً، أما حين يدور النزاع حول حق الدولة في اتخاذ هذا الإجراء، أو حول صحة الباعث لاتخاذها، ففي هذه الحال لا يكون النزاع قانونياً ولا يخضع لاتفاقية المركز.<sup>2</sup>

لقد اختلف الفقه حول مدى تمتع المضرور بالحق في التنفيذ العيني، فذهب جانب قليل من الفقه إلى تأييد هذا الحق<sup>3</sup>. واستند جانب أكبر إلى أنه لا يوجد مبدأ

<sup>1</sup> - مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، المرجع السابق، ص 259.

<sup>2</sup> - عصام الدين القصيبي، المرجع السابق، ص 175.

<sup>3</sup> - هذا الجانب من الفقه ساندته القلة، فلم يتم بتأييده سوى الفقيه Dupwy في تحكيم Taxaco، الذي يرى حسب وجهة نظره أنه لا يخل بقابلية مبدأ التنفيذ العيني للتطبيق، كما أشار إلى أن المبدأ يعدّ جزءاً من القانون الليبي

قانوني عام واحد يقرر استمرار تنفيذ الاتفاق بعد فسخه بالإرادة المنفردة من أحد طرفيه دون موافقة الطرف الآخر، ومن ثمّ فإنه لا يمكن للمحكم الحق في تقرير مبدأ التنفيذ العيني بوصفه جزاء ملائم لوقف التنفيذ.<sup>1</sup>

فالواقع يكشف على أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تحلّ محلّ أحد الأطراف، وتعيد الحال إلى ما كان عليه من قبل، فمثل هذه الأمور من الصعب تصوّرها وتنفيذها من قبل هيئة التحكيم، مما يعني صعوبة الحديث عن سلطة المحكم في التنفيذ العيني، إن لم يكن استحالتها.<sup>2</sup>

يعني هذا أنه في ظلّ نصوص وقواعد قانونية لا تخول للمحكم سلطة تعديل أو تغيير الالتزامات التعاقدية، فلا يكون أمام المحكم إلا الحكم بجبر الأضرار من خلال التعويض.

يملك المحكم سلطة الحكم بالتعويض في ضوء ما تقضي به قواعد القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم، وقد ذهبت بعض قرارات التحكيم إلى ضرورة تعويض الطرف المضرور تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب. وقد استندت هذه القرارات إلى أنّ مبدأ تعويض الطرف المضرور يعدّ مبدأً عاماً ومشاركاً في جميع الأنظمة القانونية الوطنية، ومن ثمّ فهو مبدأ من مبادئ

---

ذاته، ومن ثمّ، فإنه يعدّ الجزاء الطبيعي على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وأن عدم تطبيقه يجب أن ينحصر فقط في حالة ما إذا كانت العودة إلى الوضع السابق مستحيلة استحالة مطلقة.

<sup>1</sup> - وهذا ما ذهب إليه المحكم في قضية BP والحكومة الليبية، فعلى الرغم من تأكيد المحكم Lagergen على أنّ مبدأ إعادة الحال على ما كان عليه قبل اتخاذ Lagergen الإجراءات المتنازع فيها يعدّ من المعالجات وليس من الخيارات المتاحة في هذه القضية، وقد استند الحكم في قضائه هذا إلى أنه في عديد من القضايا الدولية المماثلة يتم تسوية النزاع بنقير التعويض الملائم، كما أشار أيضاً إلى صعوبة تنفيذ مثل هذه الأحكام التي تتضمن إجبار الدولة على الرجوع عما اتخذته من إجراءات.

<sup>2</sup> - ويزداد الأمر صعوبة في حالة عقود الدولة، فلا يُمكن أن يتعدى المحكم على سيادة دولة ما، ويجبرها على التنفيذ، وهو ما أكد على تحكيم AMCO، راجع الحكم: (E) Gaillard, Note, Clunet 1986, p. 200 et s.

القانون الدولي العام، وعلى خلاف هذا، ذهبت بعض قرارات التحكيم إلى أن على المحكم أن يعرض المضرور بتعويض مناسب وليس تعويضاً كاملاً.<sup>1</sup> في الحقيقة، لا خلاف في أن للمحكم الحق في تعويض المضرور، ولكن الخلاف فقط في إمكانية تعويض المضرور تعويضاً مناسباً أو كاملاً، ولاشك أن التعويض قد يكون وسيلة في يد المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد. إلا أنه في النهاية يتعين على المحكم ألا يقضي بتعويض لا تقرّه قواعد القانون الواجب التطبيق على العقد أو بمخالفة النظام العام في دولة التنفيذ.

### المطلب الثالث: اثر التحكيم الدولي على تدفق رؤوس الأموال

تعتبر الحماية القانونية احد أهم العوامل والأسباب التي يبني عليها المستثمر الأجنبي قرار استثمار أمواله في دولة ما. خاصة إذا كانت هذه الأخيرة دولة نامية ، فأول ما يأخذه المستثمر الأجنبي بعين الاعتبار عند إقدامه على توظيف أمواله هو النظام القانوني سيتم في ظله انجاز عملية الاستثمار ، من خلال ما يقدمه من حقوق وتسهيلات ومستوى الحماية التي يضمنها، تتمثل هذه الحماية في مدى توفير الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي بآليات قانونية ضد المخاطر التي تخرج عن التوقعات التجارية للمستثمر الأجنبي والتي قد يتعرض لها مشروع الاستثمار على إقليمها. لذلك فان الضمانات القانونية التي تمنحها الدول للمستثمر الأجنبي تجعل هذا الأخير يتمتع بالحماية الضرورية من هذه المخاطر ، ومع تزايد حركة الاستثمارات الأجنبية بين الدول ، تزايدت أهمية الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي لما لها من دور فعال في المساهمة في اتخاذ قرار الاستثمار بالنظر إلى مدى توفرها في دولة ما، وحماية المشروع الاستثماري من كل المخاطر غير المتوقعة التي قد تلحق به،

<sup>1</sup> - وهذا ما ذهب إليه المحكم صبحي المحمصاني في قضية LIAMCO، حيث رفض مبدأ التنفيذ العيني، وبالتالي رفض تغيير الوضع القائم الذي خلفته قوانين التأمين، حيث خلص على أنه من الناحية العملية لا يمكن تنفيذ حكم تحكيمي بهذا المعنى لما يتضمنه من مساس بسيادة الدولة الطرف في النزاع. والذي ساعد المحكم على هذا الاستخلاص أن الشركة المتضررة من التأمين قد سلمت ضمناً باستحالة التنفيذ العيني لعقد الامتياز، وحصرت مطالبها في تقرير التعويض المناسب.

وكذا ضمان أداء الاستثمار في إطار قانوني يكفل للمستثمر الأجنبي التعويض عن كل ما يلحقه من أضرار من جانب الدولة المضيفة لاستثماره<sup>1</sup>.

لهذا سعت الدول إلى إيجاد نظام دولي موحد من شأنه توفير القدر الكافي من الحماية اللازمة للتدفق الدولي لرؤوس الأموال ، سواء كان هذا النظام يأخذ شكل اتفاقيات دولية متعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات ، أو كان نظاما هيكليا متمثلا في مؤسسات متخصصة في ضمان الاستثمارات ، إلى جانب وعي الدول بضرورة تضمين تشريعاتها الداخلية لآليات حماية الاستثمار الأجنبي من خلال التعهد بحمايته من المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تلحق به ،<sup>2</sup> فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان ، والمستثمر قلق وخائف يحتاج إلى طمأنينة فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع منه القلق عن نفسه، ومن أهم هذه الضمانات التحكيم ، لأنه عادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال وخصوصا أن التحكيم من شأنه أن يبديد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة الذي قلما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب، ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفق رؤوس الأموال وتنوعها<sup>3</sup> ، فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية ومن ضماناته ضد المخاطر التجارية ، حيث تمكن التحكيم من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات وأصبح التحدي الذي تواجهه الاستثمارات الدولية من نوع {أن تكون أو لا تكون} ففي استحالة اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات فإن الشركات الكبرى العائدة للبلدان المتقدمة والتي هي وحدها القادرة على تقديم

<sup>1</sup> - سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي -مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران -السنة الجامعية 2011-2012 ص 04.

<sup>2</sup> - سالم ليلي، المرجع السابق، ص 05.

<sup>3</sup> - عكاشة عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية في بيروت من 13/02/2001 ، منشور ضمن مؤلف بعنوان: آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، إعداد مركز الدراسات العربي الأوروبي، ط1 ، سنة 2001 ، ص 72.

المشاريع والمعرفة الفنية العلمية الراقية لبلدان العالم الثالث سوف تتخلى في الغالب عن القيام بتلك الاستثمارات التي تحتاجها الدول النامية<sup>1</sup>.

وبناء على ما تقدم تكمن أهمية التحكيم في تدفق رؤوس الأموال الأجنبية ، في الدور الذي يؤديه باعتباره أصبح يمثل العمود الفقري لأي نهضة اقتصادية ، مما حتم على الدول المختلفة تكييف قوانينها ونظمها لتتماشى مع معطيات التحكيم ، على النحو يعود بالفائدة عليها وعلى المستثمرين الأجانب الذين يحتاجون مثل هذه النصوص القانونية لما توفره من مناخ ملائم يساعد على تدفق الاستثمارات الأجنبية ، غير أن الواقع اثبت أن كثرة هذه النصوص القانونية لا تؤدي بالضرورة وبصفة آلية إلى زيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى دولة ما ، أي أن مجرد تضمين شرط التحكيم في النصوص القانونية باختلاف أنواعها لا يوفر لوحده ضمانا كافيا للمستثمر الأجنبي يجعله يقدم على الاستثمار في دولة ، إذ يجب إتباع ما ورد من النصوص بالتطبيق على ارض الواقع ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، إذا قامت دولة ما بتوفير القدر الكافي من الضمانات القانونية في إطار جهودها لجذب الاستثمار الأجنبي إلى إقليمها، غير أن هذه الجهود لم تأت بالنتائج المتوقعة بالرغم من ترسانة النصوص القانونية، فهذا يطرح مسألة مدى فعالية هذه الضمانة (التحكيم) فعلا في زيادة تدفق رؤوس الأموال الأجنبية في ظل السياسة الاستثمارية العامة التي تتبعها الدولة المعنية ، خاصة في ظل تعهداتها بتوفير أرضية عمل قانونية مستقرة لا تتعرض للتعدلات والتغييرات المفاجئة ، فهذا التعهد الأخير يخلق لها التزاما اتجاه الدول في إطار الاتفاقيات الدولية أو اتجاه المستثمرين الأجانب في إطار عقود الاستثمار التي تجمعها معا.

وفي ظل ما يشهده العالم من زيادة في معدلات تدفق الاستثمارات الأجنبية، تشير الدلائل في وجود منافسة قوية بين الدول من أجل زيادة نصيبها من تلك الاستثمارات وفقاً لما جاء في آخر الإحصائيات الواردة في تقرير الاستثمار العالمي

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المرجع السابق، ص 355

لسنة 2016<sup>1</sup>، حيث ارتفعت تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر الواردة إلى الاقتصاديات النامية بمعدل 9.6% إلى نحو 765 مليار دولار، إلا أن حصتها من التدفقات العالمية تراجعت لأقل من النصف مقارنة بالسنوات السابقة وبلغت 43.4% من التدفقات العالمية، وقد ارتفعت التدفقات الواردة إلى الدول الآسيوية وخصوصاً شرق وجنوب شرق آسيا بمعدل 17% إلى 448 مليار دولار عام 2015، فيما استقرت التدفقات الواردة إلى إفريقيا وأمريكا اللاتينية على تراجع طفيف لتستقر عند 168.54 مليار دولار. رغم القيام العديد من هذه البلدان بإصلاحات قانونية في منظومة التحكيم إلا أنها لازالت تعاني من ضعف النظام القضائي وإلزام المستثمر الأجنبي بإتباع طرق فض النزاعات عبر الوسائل المحلية قبل اللجوء إلى التحكيم يجعل ذلك المستثمر أمام قضاء ضعيف ويقاوم من ثقته في مناخ الاستثمار<sup>2</sup>.

في المقابل، تمكنت الدول المتقدمة من تحقيق قفزة كبيرة في حجم التدفقات الواردة إليها بنسبة 84% إلى 962 مليار دولار عام 2015، لتمثل 54.6% من إجمالي التدفقات العالمية، وذلك نتيجة تضاعف التدفقات الواردة إلى أمريكا الشمالية بنسبة 160% من 165 مليار دولار عام 2014 إلى 429 مليار دولار عام 2015، وكذلك ارتفاع التدفقات الواردة إلى الاتحاد الأوروبي بمعدل 65% من 306 مليار دولار عام 2014 إلى 504 مليار عام 2015<sup>3</sup>.

كما شهدت تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر الواردة إلى الدول العربية تراجعاً بنسبة 10% من 44.3 مليار دولار عام 2014 إلى 40 مليار دولار عام

<sup>1</sup> - تقرير الأونكتاد للاستثمار العالمي لسنة 2015 الذي أطلقته بالتعاون مع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار المنشور على الموقع الإلكتروني: [www.unic-eg-org](http://www.unic-eg-org).

<sup>2</sup> - قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق ص 199.

<sup>3</sup> - إن اعتماد الدول المتقدمة على التحكيم كوسيلة لحل المنازعات ونجاحه ميدانياً في هذه الدول كان من أحد الأسباب التي أدت إلى زيادة تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، حيث انتقل معدل النمو الاستثمارات الأجنبية من 190000 مليار إلى 580000 مليار دولار ما بين 1990 إلى 2007 وبعدها تراجعت إلى 124000 مليار دولار في سنة 2010 وهذا عائد إلى أزمة 2008. راجع في هذا الصدد

Daniel Levy, les abus de l'arbitrage commercial international, L'harmattan, Paris, 2015.p30

2015، وظلت قيمة التدفقات ضعيفة مقارنة مع مستواها القياسي الذي بلغ 96.3 مليار دولار عام 2008.

وقد مثّلت الاستثمارات الواردة إلى الدول العربية ما نسبته 2.3% من الإجمالي العالمي البالغ 1.76 تريليون دولار، و5.2% من إجمالي الدول النامية البالغ 765 مليار دولار. وكانت حصة الدول العربية من إجمالي التدفقات العالمية شهدت تذبذباً خلال الفترة الماضية، حيث ارتفعت بشكل كبير من 0.4% عام 2000 إلى 6.6% عام 2009، وهو أعلى مستوى لها، ثم تراجعت مرة أخرى إلى 3.2% عام 2013، ليبلغ المتوسط العام خلال الفترة ما بين عامي 2000 و2015 نحو 3.5%، وقد تواصل خلال سنة 2015 تركيز الاستثمار الأجنبي المباشر الوارد في عدد محدود من الدول العربية، حيث استحوذت كل من الإمارات والسعودية للعام الثالث على التوالي على نحو 48% من إجمالي التدفقات الواردة للدول العربية<sup>1</sup>، فقد تصدرت الإمارات بنحو 11 مليار دولار، تلتها السعودية بقيمة 8.1 مليار دولار، كما جاءت مصر في المرتبة الثالثة بقيمة 6.9 مليار دولار، ثم حلّ العراق رابعاً بقيمة 3.5 مليار دولار، ثم المغرب في المركز الخامس بقيمة 3.2% مليار دولار، أما الجزائر فقد احتلت المركز 18 بقيمة 1.5 مليار دولار، ومن واقع بيانات الاستثمارات الأجنبية الواردة إلى الدول العربية وفق إحصاءات دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية التي صدرت مؤخراً قامت المؤسسة بتجميع وتحليل البيانات الخاصة بالدول العربية لإبراز أهمّ دول المنظمة المستثمرة في المنطقة. وكشفت تلك البيانات عن ارتفاع كبير في حجم استثمارات دول المنظمة في الدول

<sup>1</sup> - لأنها أدركت أن أي نمو استثماري يجب أن يصاحبه تطور في منظومة التحكيم لذا بذلت جهداً كبيراً في تحسين بيئتها الاستثمارية كما أن نظام التحكيم الجديد - لكل من الدولتين يعتبر نقلة وثورة تشريعية حقيقية تضمن قواعد تحكيمية متطورة أخذ أغلبها من قواعد اليونيسترال وجاء مسابراً في كثير من القوانين الدول المتقدمة محدثاً تطور كبير في الأحكام المنظمة لعملية التحكيم بدءاً باتفاق التحكيم ومروراً بإجراءاته وإدارة الدعوى التحكيمية وانتهاءً بصدور الحكم من هيئة التحكيم، كما أن من أهم ميزات هذا النظام إضفاء الحماية النظامية على أحكام التحكيم، انظر في هذا الصدد، نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم 34/م المؤرخ في 16 أفريل 2012 المشار إليه سابقاً، وكذا قانون التحكيم الإماراتي المشار إليه سابقاً.

العربية من 5.7 مليار دولار عام 2013 إلى 27.7 مليار دولار عام 2014، وذلك بعدما شهدت تلك التدفقات تذبذباً واضحاً خلال الفترة ما بين عامي 2003 و2012، حيث اتخذت مساراً صعودياً من 4.9 مليار دولار عام 2003، حتى بلغت ذروتها القصوى عام 2008 بقيمة 58.1 مليار دولار قبل أن تهوي إلى 10.3 مليار عام 2009، ثم تعاود الصعود إلى 26.3 مليار دولار عام 2011، قبل أن تتراجع إلى 22.8 مليار دولار عام 2012، ليصل مجموعها خلال 12 سنة، بين عامي 2003 و2014 إلى نحو 218 مليار دولار.<sup>1</sup>

وتشير الإحصائيات الخاصة بمستوى تدفقات الاستثمارات الأجنبية أنها في حالة مطردة بين الارتفاع والانخفاض وتشير فقط أن هذه الإحصائيات غير دقيقة كما أنها ليست حانية وهذا الأمر ليس في الجزائر فحسب بل في اغلب الدول العربية . وبالاطلاع على تقارير الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في الفترة الممتدة بين سنة 1993 إلى غاية 2001، فإن الاستثمار الأجنبي يبدو ضعيفا ومحدودا ومن خلال حجمه وقيمه مقارنة بحجم الاستثمارات الوطنية المحلية المعلنة حيث تم تصريح لدى وكالة ترقية ومتابعة الاستثمارات بإنجاز ما يزيد عن 48231 مشروع استثماري بقيمة إجمالية قدرت ب 3663 مليار د.ج ، لم يبلغ منها الاستثمارات الأجنبية سوى 400 مشروع استثماري بقيمة كلية ب 283.28 مليار د.ج.<sup>2</sup> وإذا كانت مسألة حجم الاستثمارات في الجزائر تلك الفترة لها ما يبررها أمنيا وسياسيا، لكنها عرفت تحسنا في الألفية الثالثة.

وخلال الفترة الممتدة ما بين 2005 و2008 تم تسجيل الآلاف الوعود الاستثمارية الأجنبية ألا أن هذه الوعود التي يتم تحصيلها على أنها مشاريع استثمارية ووفقا لتقارير التي توفرها الهيئات الدولية التي تعتمد المشاريع المحققة فعلا ميدانيا دون غيرها أن قيمة الاستثمارات في الجزائر لم تتجاوز 1.6 مليار دولار عام 2006

<sup>1</sup> - تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لسنة 2016 عن الموقع الإلكتروني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار .dhaman.net

<sup>2</sup> - الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، تقارير الاستثمارات المعلنة ، جانفي 2002 الموجودة على الموقع www.andi.dz

و 1.785 مليار دولار عام 2007 وهي عكس الأرقام المصرح بها رسميا التي تعتمد على التضخم في الأرقام دون مراعاة مع تم تحقيقه فعلا في الميدان .  
وفي سنة 2012 عرفت الاستثمارات الفرنسية في الجزائر تنوعا أهمها مشروع تركيب السيارات الفرنسية رونو بقيمة 50 مليون دولار ، مشروع توتال للصناعات البتروكيمياوية ، شركة مع قطر ، وكذا إنشاء مصنع للأدوية في منطقة سيدي عبد الله.

كما شاهدت الجزائر سنة 2015 استثمارات أجنبية مباشرة سلبية قيمتها 587.3 مليون دولار ، وذلك حسب تقديرات الاونكتاد وتمثل نحو 18% من إجمالي التدفقات السلبية التي شاهدها الدول العربية خلال هذه السنة ، ولقد سجل تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة باتجاه الجزائر ارتفاعا محسوس بعد النتائج السلبية التي سجلت في سنة 2015 حسبما جاء في تقرير الندوة الأممية للتجارة والاستثمار لسنة 2017 حول الاستثمار في العالم<sup>1</sup>

وبتحليل الأرقام المذكورة أعلاه، يفسر لنا سبب عدم وجود قيمة ثانية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر التي تتسم بعدم الثبات والاستقرار ، مما يدفعنا للقول بعدم كفاية تقرير ضمانات الاستثمار في القوانين لوحدها بل يجب تأطيرها بسياسة اقتصادية متكاملة تدعم الضمانات .

وكنتيجة عامة عن دور التحكيم في جذب الاستثمارات الأجنبية إلى دولة ما ومدى فعالية ومساهمته فعلا في تدفق رؤوس الأموال إليها وبالتالي المساهمة في تنميتها الاقتصادية، توصلنا إلى أنه لا توجد علاقة تناسبية بين الضمانة (التحكيم) ونسبة تدفق رؤوس الأموال إلى دولة ما، فغياب التحكيم لا يعني في كل الأحوال انعدام الاستثمارات الأجنبية وإن كان التحكيم يمثل الطريق الأمثل لجذب الاستثمارات

<sup>1</sup> - 27.77 مليار دولار استثمارات أجنبية مباشرة بالجزائر منذ سنة 2002 بقلم نسرين لعرض منشور على الموقع

إلى الدول النامية ، فالهدف الذي يصبو إليه هو الحماية القانونية أكثر منه زيادة لتدفقات رؤوس الأموال .<sup>1</sup>

### خلاصة وتعقيب:

من مجمل ما تقدّم في هذا المبحث، نجد أن السمات الخاصة بعقود الاستثمار، والمتمثلة في آجالها الطويلة، وتنفيذها على مراحل، وتعلّقها في أغلب الأحيان وخصوصاً في بلدان العالم الثالث باستغلال الثروة الطبيعية ومصادرها في الدولة المضيفة، وارتباط هذه العقود بخطط التنمية الاقتصادية التي تتبعها الدولة المضيفة، بالإضافة إلى ارتباطها بالمناخ التشريعي والسياسي والاجتماعي في هذا البلد، وانطلاقاً مما تتمتع به الدول من سلطات سيادية وسياسية وامتيازات، فإنّ ذلك يجعلها أقوى من المستثمر، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وكل هذه المميزات تجعل من التحكيم الوسيلة الأفضل لحل النزاعات التي نشأت أو التي قد تنشأ عن هذه العقود، وذلك أن المحكم يُمكنه اللجوء إلى قواعد العدالة والإنصاف، والتي تعتبر الأقرب والأفضل لحل مثل هذا الحق، بموجب المادة 42 من الاتفاقية.<sup>2</sup>

إن الاستقرار الذي ينشده المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة ليس الاستقرار الاقتصادي وحده، وإنما يسعى إلى الاستقرار التشريعي أيضاً، والذي يكون له أحياناً مردوداً اقتصادياً.

<sup>1</sup> -Walid ben hamida ; ou va l'arbitrage d'investissement , journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb , ou va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau sous la direction de Fillali Osman &Ahmet Cemil Yildirm 8&9avril 2016 édition Lexis Nexis 2017 p403

<sup>2</sup> التي تنص على:

1. تحكم المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد التنازع الخاصة بها، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي.

2. لا يجوز للمحكمة أن تصدر حكماً لا يضيفي النزاع على أساس سكوت القانون أو غموضه.

3. لا تمنع أحكام الفقرتين (1) و(2) المحكمة من الفصل في النزاع بما هو أصلح ودون التقيّد بأحكام القانون

إذا اتفق الطرفان على غير ذلك.

فالتغيرات التشريعية التي تقدم عليها الدولة تزيد من المخاطر التي يتعرّض لها المستثمر، السبب الذي من أجله انتشرت فكرة سادت ساحات القضاء التحكيمي، مؤداها تدويل عقود الاستثمار وإخضاعها للقانون الدولي مباشرة.

في الواقع، إن هذه التعديل ونتائج لم تفرضه طبيعة هذه العقود بقدر ما أملتة الرغبة في تحريرها من سيطرة القوانين الوطنية.

وإذا كانت السلطات السيادية التي تتمتع بها الدولة تمكّنها من اتخاذ الإجراءات الاستثنائية كالتأميم أو المصادرة أو نزع الملكية للمنفعة العامة، فإن شرط التحكيم، وآلية التحكيم بصفة عامة يظلّ له جدواه وفعاليتها.

إن مثل هذه الإجراءات الاستثنائية حتى ولو غلب عليها الطابع السياسي، فإنّ المنازعات التي تدور حولها هي ذات طابع قانوني يتعلّق بتحديد مدى الضرر الذي لحق بالمستثمر نتيجة تراجع الدولة عن التزاماتها وتعهداتها، وهي من المسائل التي تدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم.

### الفصل الثاني: الرهانات: ورشات متبقية.

أفصحت السنوات الحديثة عن وعي وفهم جديين تجاه التعامل مع التحكيم أداة مهمة في فض المنازعات، شهد الواقع أثره بعد انعقاد عدة مؤتمرات عربية ودولية<sup>1</sup> رسخت فيها نداءات متعددة وأفكار متطورة لتفعيل هذه الأداة المهمة لمزاياها الواضحة على الصعيدين المحلي والدولي، خصوصا أن مفرزات القرن الماضي والتي شابها التنافس غير الشريف في محاولة استغلال الطرف الأضعف كالدول النامية مثلا أصبح خيارا غير مجد بالنسبة لهذه الأخيرة، حيث تيقظت كثير من الدول لخطر الاستعمار المبطن من خلال السيطرة على مقومات الصناعة المالية والبنية التحتية لاقتصاديات الدولة، مما حدا بالكثير من هذه الدول إلى إعادة صياغة لقوانين الاستثمار الوطنية، ووضع شروط يمكن اعتبارها مرضية بالنسبة لنظام تلك الدول، إلا أنه وبطبيعة الحال فإن التعاملات البشرية لا بد أن يظهر منها سلبيات ومعوقات، منها ما يمثل مشاكل عميقة قد تؤدي بالعملية التحكيمية بالفشل أو تنشئ علاقات معادية بين الدول أو المستثمرين، وذلك عندما تكون الدولة أحد أطراف التحكيم الدولي، وتقوم في الغالب بالتمسك بحصانتها سواء أكان ذلك في مواجهة القضاء، أم في مواجهة الحكم التحكيمي، الصادر ضدها، كذلك ما تقوم به الدولة من أعمال أو مناورات تؤدي إلى إرباك أو تعطيل العملية التحكيمية، ومنها ما يمكن بسهولة تجاوزه وتلافيه خاصة إذا كان التعامل مع هيئة تحكيم تعي الأوضاع القانونية ولو

<sup>1</sup> - بالنسبة للمؤتمرات والندوات ، فقد عقد العديد منها في الدول العربية ومن ذلك مثلا مؤتمر تونس لسنة 1985، مؤتمر عمان لسنة 1989، اللذين عقدا بدعوة من غرف التجارة العربية الأوروبية للتحكيم، ومنا مؤتمر القاهرة لسنة 1994 الذي عقد بدعوة من مركز القاهرة، وتم عقد مؤتمرين في بيروت سنة 1996 و 1997 ، وعقد الأول بدعوة من الجمعية اللبنانية للتحكيم والهيئة العربية للتحكيم، والثاني من مركز القاهرة والجمعية اللبنانية، ولا يكاد يخلو عام إلا ويكون هناك مؤتمر عام أو ندوة أو دورة تدريبية أو أكثر في الدول العربية بشأن التحكيم ونظرا لأهمية ودور مراكز التحكيم العربية، فقد دعت جامعة الدول العربية هذه المراكز لمؤتمر عام لبحث إمكانية التنسيق والتعاون فيما بينها وعقد المؤتمر في القاهرة خلال الفترة 23-25/11/1997 وانبثق عنه الاتفاق على إنشاء أمانة عامة لمراكز التحكيم العربية مقرها في القاهرة، للمزيد انظر : رمضان على عبد الكريم دسوقي عامر ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المرجع السابق، ص487.

بعد يمكن من خلاله تقليل الأخطاء التي قد تظهر من خلال الإجراءات أو الحكم، ومن أمثلة ذلك أن التحكيم قد ينعقد في مكان أو بلد معين عن أطراف النزاع ، أو أن يكون التحكيم مكافئاً للغاية وهذه التكاليف قد تتضاعف بسبب ارتفاع أجور المحكمين والمحامين والمترجمين والخبراء، وعليه فإنه ومن الضروري بمكان إيجاد الحلول الفعالة لمعالجة مثل هذه المعوقات منعا من حصول من الريبة والتخوف من اللجوء إلى التحكيم والذي يتعارض هذا الوضع مع الأهداف العامة التي أنشئ التحكيم لأجلها وأهمها استبقاء العلاقات الودية بين المستثمرين وسرعة الإنجاز في فصل النزاعات. وعليه سنتناول في المبحث الأول المشاكل الناجمة عن وجود الدولة طرفاً في العقد أما المبحث الثاني فنخصصه للمشاكل العملية التي تعوق التحكيم.

**المبحث الأول: المشاكل الناجمة عن وجود الدولة طرفا في العقد.**

إن أهم خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفا في هذه المنازعات مما يضيف على هذا التحكيم طابعا خاصا، هذا الطابع الخاص يستمد أساسه في بعض الحالات من واقعه عدم توافر القدرة لدى الشخص الاعتباري العام على الدخول طرفا في اتفاق تحكيمي أو نظرا إلى اعتبارات السيادة التي قد تحيط ببعض التصرفات التي يجريها هذا الشخص الاعتباري<sup>1</sup>.

من ذلك تمسك الدولة بحصانتها القضائية وكذا مسألة التشكيك في أهلية الدولة وقدرتها على اللجوء للتحكيم التي لا تثور إلا إذا وجد اتفاق بين الدولة أو إحدى مؤسساتها على اللجوء للتحكيم، حيث تسعى هذه الجهات إلى التخلص من التحكيم محتجة بعدم أهليتها، مستندة في ذلك 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 للدولة اللجوء للتحكيم.

**المطلب الأول: تمسك الدولة بحصانتها ضد قرار التحكيم:**

إن السلاح الأفضل للدولة إذا ما حاولت التخلص من قبولها عملية التحكيم، يتمثل في 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 ملازما لطبيعة الدولة، وينطوي على أن الدولة قد تستعين بسيادتها كدرع واق ضد سلطة هيئة التحكيم.

ولقد طغت مسألة الحصانة وزاد الجدل حولها في السنوات الأخيرة، لذلك يكون من الضروري توضيح أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة على حصانتها القضائية في الفرع الأول وانعكاسه على حصانة الدولة التنفيذية في الفرع الثاني.

<sup>1</sup> - عمر مشهور حديثة الجازي: المرجع السابق، ص 04 .

## الفرع الأول: الحصانة القضائية بين الإطلاق والنسبية:

أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أن الدولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة القضاء الوطني للدول الأخرى، وقد سادت نظرية الحصانة القضائية في معظم بلاد العالم تقريبا في القرن التاسع عشر وقد تبناها الفقه والقضاء، وطبقا لنظرية الحصانة المطلقة فإن الدولة لا تخضع إلا للقانون الدولي وبالتالي فإن منازعاتها مع الأفراد لا تخضع لقضاء دولة أخرى، وظل القضاء الإنجليزي يعمل بهذه النظرية إلى ما قبل انضمام إنجلترا إلى الاتفاقية الأوروبية لحصانات الدول الأجنبية لسنة 1972، وكذلك القضاء الأمريكي حتى سنة 1952<sup>1</sup>، وأول تقنين دولي لمبدأ الحصانة الاتفاقية الأوروبية لحصانة الدول الأجنبية الصادرة في ماي 1972 والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1979، وقد نصت المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية بشأن الحصانات القضائية الأجنبية سنة 1972 بعدم جواز الدفع بالحصانة القضائية من الدول الأجنبية عندما تمارس على إقليم دولة القاضي أنشطة تجارية أو صناعية أو مالية كباقي الأشخاص الخاصة العادية، وقد تم النص على ذلك المبدأ في القانون الأمريكي الصادر سنة 1976 الذي دخل حيز النفاذ سنة 1977 وطبق مبدأ الحصانة القضائية المقيدة واستبعد الأنشطة التجارية التي تمارسها الدول الأجنبية من نطاق الحصانة المطلقة للدولة، وفي بريطانيا صدر قانون الحصانة القضائية للدولة سنة 1978 الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 22 نوفمبر 1978 حيث استبعد المقنن الإنجليزي الأنشطة التجارية التي تمارسها الدول الأجنبية من نطاق الحصانة المطلقة المستقرة للدولة<sup>2</sup>. لكن انتقد تأسيس الدفع بالحصانة القضائية على فكرة السيادة والاستقلال والمساواة التي تتمتع بها كل دولة في مواجهة الدولة الأخرى بحجة أن مثل هذا الأساس يقتضي الاعتراف للحصانة بصفة الإطلاق، وهذا ما يخالف الاتجاه الغالب فقها وقضاء والذي يسعى إلى تقييد الحصانة، بينما هناك من يرى أن الأساس

<sup>1</sup> صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الأزاريطة، الإسكندرية سنة 2005، ص 376.

<sup>2</sup> أحمد حلمي خليل هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، المرجع السابق، ص 381.

السليم للدفع بالحصانة القضائية، يكمن في فكرة التعايش المشترك بين الدول، وتحقيق التناسق بين النظم القانونية المختلفة، وهناك من يرى إلى جانب فكرة التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية، فإن منح الحصانة يستند أيضا إلى مبررات عملية واقعية وهي تمكين من يتمتع بالحصانة من أداء وظيفته وعدم إعاقته عن القيام بمهمته على خير وجه<sup>1</sup>.

وإلى جانب هذه الأسس التقليدية، فإنه تم اللجوء إلى بعض الأسس الأخرى ذات الصلة الثانوية أو التكميلية لتبرير الدفع بالحصانة القضائية، وهي الصعوبة العملية التي تواجه تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد دولة أجنبية، وافترض تنازل المتعاقد الخاص مع هذه الأخيرة عن اللجوء إلى القاضي الوطني، وخضوعه لقضاء الدولة المتعاقد معه، إذ أن الحكم الذي تصدره المحاكم الوطنية ضد دولة أجنبية سيكون قابلا للتنفيذ على أموال هذه الدولة الطرف في النزاع، وكثيرا ما يستلزم تنفيذ الأحكام اللجوء إلى القوة الجبرية، وليس مقبولا استعمال هذه القوة ضد دولة أجنبية، لكن انتقد هذا التبرير على أساس أنه يتضمن خطأ بين نشأة الحق وفاعليته فمعظم أحكام القضاء الدولي لا تتضمن إجراءات تنفيذية كما أن الجزاء لا يعتبر عنصرا ضروريا في القاعدة القانونية في كل الأحوال ومثاله قواعد القانون الدولي، ويظهر دور الاستثمار الأجنبي في تحول الحصانة القضائية للدولة من الإطلاق إلى النسبية حيث لم يعد هناك من الفقه أو القضاء من يدافع عن الحصانة المطلقة، بل أصبح السائد حاليا هو الأخذ بالحصانة النسبية أو المعدلة<sup>2</sup>، حسب تسميات الفقه لها، حيث أن الدولة أصبحت تتدخل كثيرا طرفا في عقود التنمية الاقتصادية مع مستثمرين أجانب، لا سيما الدول النامية التي تحاول استقطاب رأس المال الأجنبي بكل الوسائل الممكنة، وفي الغالب يكون هناك شرط تحكيم قد يخرج العقد كلية من إطار

<sup>1</sup> صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص380.

<sup>2</sup> حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت لبنان، 2005، ص 213.

اختصاص المحاكم الوطنية، ويسند الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تنشأ عنه إلى قضاء خاص من اختيارهم، لذلك كان لا بد من الحد من الحصانة القضائية المطلقة والأخذ بالحصانة المقيدة التي أصبحت هي السائدة في الوقت الحالي، لذلك كان القضاء الفرنسي أكثر دقة عندما استقر على عدم تمتع الدول الأجنبية بالحصانة القضائية بالنسبة للدعاوي التي ترفع عليها بشأن ممارستها لنشاط تجاري، ويعتبر أن الروابط الاستثمارية ذات طبيعة مختلطة يغلب عليها الطابع العام نظراً لمساسها بالمصلحة العامة للدولة أكثر من غيرها من العقود، حيث تدور هذه الروابط حول مسائل التنمية الاقتصادية والاجتماعية والتصنيع واستغلال الثروات الطبيعية للبلاد<sup>1</sup>، وحرية الدولة التعاقدية مرتبطة بالتشريع إذ أن التحكيم ليس من أدوات القانون العام أو القانون الخاص، ففي قضية *sapphire int.peteroleum.v.national iranian oil* رفضت محكمة استئناف لاهاي التعويل على ما تتمتع به الشركة الإيرانية من امتيازات القانون العام كسلطة نزع الملكية مقابل تعويض، بوصفها ملك للدولة وتخضع لإشرافها، وأن هدفها هو اكتشاف واستغلال البترول ومصادر الغاز الطبيعي بالإضافة إلى تطوير صناعة البترول في إيران، ومن ثم انتهت المحكمة إلى أن تصرفات هذه الشركة يتعين النظر فيها باعتبارها من الأعمال التجارية العادية، وهو مجال لا تستطيع فيه الشركة الإيرانية التمسك بالحصانة القضائية<sup>2</sup>.

وقد أثار اتفاق التحكيم المدرج بعقود الاستثمار الدولية العديد من الآراء حول المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة التعاقدية، وظهرت مشكلة حصانة الدولة القضائية أمام هيئات التحكيم، والمحاكم القضائية الأجنبية، وذلك من خلال عرض موقف الاتفاقيات الدولية وأحكام هيئات التحكيم وكذا موقف القضاء والفقه فيما يتعلق بأثر وجود شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة في حالة تمسكها بها.

<sup>1</sup> - عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 41 .

<sup>2</sup> - صفوت أحمد عبد الحفيظ ، المرجع السابق، ص 392 .

**البند الأول: موقف الاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم من حصانة الدول القضائية:**  
**أولاً: موقف الاتفاقيات الدولية من حصانة الدول القضائية:**

لقد نصت المادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بواشنطن سنة 1965 أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز اتفاقاً لا يمكن العدول عنه بالإرادة المنفردة من الطرفين، ونصت المادة 26 من الاتفاقية على أن رضا وقبول الأطراف المتعاقدة للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة وفقاً للإطار العام للاتفاقية بمثابة تنازل عن اللجوء لأي طريق آخر خلاف التحكيم، ويترتب على ذلك أن كافة الدول الموقعة على الاتفاقية لا يجوز لها الدفع بحصانتها القضائية أمام المركز في المنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية الاستثمارية<sup>1</sup>، ونصت المادة 1/125 من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالحصانات القضائية CEI على أنه في حالة قبول الدولة المتعاقدة كتابة على خضوع منازعاتها الناشئة عن العلاقات التجارية أو المدنية للتحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها، بموجب الموافقة الصريحة من الدولة.

كما نصت المادة 12 في فقرتها الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحصانات الدول الأجنبية لسنة 1972 على أنه "لو أن دولة متعاقدة قبلت كتابة أن تخضع للتحكيم للمنازعات التي نشأت من قبل أو التي يمكن أن تنشأ في المسائل المدنية والتجارية فلا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة دولة أخرى متعاقدة يجري على إقليمها التحكيم وفقاً لقانونها".

<sup>1</sup> - لقد كان الغرض الرئيسي لهذه الاتفاقية هو إقامة نوع من التوازن بين المصالح المشتركة للمستثمرين والدولة الطرف في النزاع وفي سبيل تحقيق هذا الغرض قررت صراحة ضرورة تنازل الدولة المتعاقدة عن الدفع بالحصانة القضائية بهدف تجريد هذه المنازعات من الطابع السيادي، فيرى الأستاذ جلال محمدان أنه لا حاجة لمثل هذا النص، لأن الموافقة على تحكيم المركز في حد ذاته يؤدي إلى التنازل التلقائي عن التمسك بالحصانة بمجرد صيرورة حكم المحكم نهائياً. أنظر في هذا الصدد.

- جلال محمدان، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 98.

- سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 428.

فالاتفاقية الأوروبية تعتبر مرحلة متقدمة في شأن تقنين الحصانة القضائية للدولة الأجنبية، لتسهيل مهمة المحاكم في حسم النزاع حول هذه المسألة، الأمر الذي يدعم الثقة بين الدولة والمستثمرين الأجانب، لذلك قامت هذه الاتفاقية على نظرية الحصانة النسبية، حيث أنها حددت الحالات التي تتمتع فيها الدولة بالحصانة، وهي الحالات التي تستند إلى الطبيعة التجارية للعمل الصادر عن الدولة<sup>1</sup>.

### ثانياً: موقف هيئات التحكيم من حصانة الدول القضائية:

لا تثير مسألة اختصاص المحكمين بنظر الخصومة التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها طرفاً فيها أي شك في وجود الاتفاقية التحكيمية، رغم تمتع هذه الهيئات بحصانتها القضائية التي يمكنها أن تتنازل عنها بشكل صريح، كما تعتبر الاتفاقية التحكيمية المتعارضة مباشرة مع الحصانة بمثابة تنازل عنها، بالإضافة إلى أن مشكلة الحصانة لا تطرح أمام هيئات التحكيم، لأن الحصانة تهدف إلى حماية الدولة من قضاء دولة أخرى<sup>2</sup>. والتحكيم كما هو معلوم قضاء خاص لا تتمتع فيه المحكمة التحكيمية بأي وجه من أوجه السيادة، كما أن شرط التحكيم يستمد قوته من تراضي أطرافه، وإدراج هذا الشرط في العقد، يعني التنازل الضمني عن الحصانة بالنسبة للمستفيد منها<sup>3</sup> ومرد ذلك، أن الدولة قد وضعت نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر فلا يجوز لها التمسك بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم، والقول بخلاف هذا يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود<sup>4</sup>. وقد حرصت بعض اتفاقيات

<sup>1</sup> - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 392.

<sup>2</sup> - Fouchard (Ph), Gaillard (e), Goldman (B), Traite de l'arbitrage commercial international, op cit, p 404 ets.

أنظر أيضاً حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 209.

<sup>3</sup> - يرى الأستاذ عبد الحميد الأحذب خلاف ذلك حيث يقول: أن الشرط التحكيمي كما أجاب الفقه وكثير من التشريعات، لا يعتبر تنازلاً عن الحصانة القضائية، فالمعاهدة الأوروبية المبرمة سنة 1972 نصت على أنه إذا قبلت دولة متعاقدة إحالة نزاع تجاري أو مدني إلى التحكيم فلا يمكنها أن تثير الحصانة القضائية أمام محكمة دولة أخرى يجري التحكيم على أراضيها، أو كان يجب أن تتم على أراضيها أو يجري بموجب قانونها، عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 57.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 208.

التحكيم التي تعرض على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة في ضوء معاهدة واشنطن، على النص صراحة على تنازل الدولة الطرف في العلاقة، عن الاحتجاج بالحصانة بهدف تجريد هذه المنازعات من الطابع السيادي<sup>1</sup>. وهو المبدأ الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/11 بقولها "أن الدولة الأجنبية التي تخضع لقضاء التحكيم بمقتضى شرط التحكيم في العقد تكون قد قبلت بمقتضى الشرط ذاته وضع صيغته التنفيذية على الحكم<sup>2</sup>، ويعد ذلك تنازلاً عن حصانتها القضائية والتنفيذية.

وبعبارة أخرى فإنه لا مكانة للتمسك بالحصانة القضائية سواء كانت الدولة طرفاً في تصرف يتعلق بالتسيير أو تصرف سيادي، في مجال التحكيم التجاري الدولي، وهذه نتيجة إضافية تستنتج من أن المحكم لا ينطق بالعدالة باسم الدولة، ولكنه ينفذ مهمة إسنادها له الأطراف، وهذا ما بينه الأستاذ fouchard بقوله أن الحصانة القضائية هي مبدأ من مبادئ القانون الدولي في حين أن التحكيم التجاري الدولي هو لا يخضع لهذا القانون لذلك لا تطرح مسألة الحصانة القضائية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الحميد منير، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 102.

<sup>2</sup> - Fouchard (ph) Gaillard (E) Goldman (B) , op.cit . p406 ; « Par une telle clause, l'état étranger , qui s'est soumis a la juridiction des arbitres, a par la même accepte que leur sentence puisse être revêtu de l'exequatur », affaire SOABI C SENEGAL, cass.civ,11 juin 1991 , jdi ; 1991 .1005 Note E.GAILLARD.

Voir aussi Mostefa trari-tani, droit algérien de l'arbitrage commercial international, 1<sup>er</sup> édition Berti 2007.p 78. « en souscrivant une clause compromissoire, l'état yougoslave a accepté par la même de renoncer à l'immunité à l'égard des arbitres et de leur sentence , jusque et y compris la procédure d'exequatur nécessaire pour que celle-ci acquière son entière force » voir TGT de paris 08.07.1970 affaire opposant la société S EEE a la Yougoslavie.

<sup>3</sup> - Fouchard (ph) , Gaillard (E) Goldman (B) , op.cit. p 404.

كذلك ما عبر عنه الأستاذ p.bourel وهو ما أورده الأستاذة حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي المرجع السابق، ص 209 بقوله:

« l'état étranger, l'orsqu'il est traduit devant un tribunal arbitral n'a pas à craindre une quelconque atteinte à la souveraineté ».

وقد ذهبت هيئات التحكيم في أحكامها إلى أن الدولة التي تقبل إدراج شرط التحكيم في عقودها مع الأطراف الأخرى لا يمكنها التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم، ومن تلك الأحكام الحكم الصادر في قضية شركة LIAMCO ضد الحكومة الليبية، فقد ذهب المحكم الفرد الدكتور غالب المحمصاني في 12 أبريل 1977 إلى رفض أي تذرع بأن هذا التحكيم ضد سيادة الدولة، وخلص إلى أن الدولة يمكنها دائما أن تتنازل عن حقوقها السيادية بتوقيعها على اتفاق التحكيم، ولتظل ملتزمة به".

ويذكر أيضا في هذا المقام حكم التحكيم التمهيدي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بشأن الدعوى رقم 3879 الصادرة بتاريخ 25 مارس 1984، حيث قامت الحكومات المصرية، السعودية، الإمارات العربية المتحدة وقطر بتاريخ 19 أبريل 1975 بإبرام اتفاقية بهدف إنشاء الهيئة العربية للتصنيع لتطوير صناعة السلاح في الدول العربية الأعضاء فيها، وتم إبرام عقد مع شركة "ويست لاند" westland البريطانية لإنشاء شركة مختلطة لتصنيع وبيع الطائرات الهليكوبتر من نوع lynx في الفترة من 27 فيفري 1978 وبتاريخ 14 ماي 1979 صدرت قرارات القمة العربية المنعقدة في مدينة بغداد العراقية وقررت الدول الثلاث إنهاء الاتفاقية إلى 01 جويلية 1979 وتصفية أعمال الشركة وإلغاء كافة العقود المبرمة نتيجة توقيع مصر اتفاقية السلام مع دولة إسرائيل، فلجأت الشركة البريطانية للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس وامتعت الدول الثلاث عن المشاركة في إجراءات التحكيم وتم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا للحصانة القضائية لمصر، واختارت هيئة التحكيم "جنيف" سويسرا مقر للتحكيم، وأصدرت حكمها التمهيدي باختصاصها لتسوية النزاع وأكدت على أن اتفاق التحكيم يعد تنازلا من الدولة عن حصانتها القضائية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>– Sentence préjudicielle du 25 mars 1984 , affaire No 3879, westland hélicoptères United c/ arabe organisation for industrialisation, émirats arabes unis royaume d'Arabie saoudite, Qatar, république arabe d'Egypte, arabe british Hélicoptères compagnie (Egypte), clunet 1985,p 232 , rev ARB , 1989, p 547.

نقلا عن سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص429.

كذلك الحكم الصادر عن هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1985 في النزاع الذي نشب بين دولة إفريقية وبين شركة فرنسية لتسويق المعارض، ففي هذا النزاع دفعت حكومة الدولة الأفريقية بعدم اختصاص هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بنظر النزاع لأنه يعد اعتداء على سيادة الدولة وحصانتها، إلا أن الهيئة رفضت هذا الدفع نظرا لأن حكومة الدولة الإفريقية قد وقعت على اتفاق التحكيم بإرادتها الحرة المنفردة، وهذا لا يتعارض مع سيادتها، ولا مع الحصانة المقررة لها، فالدولة تملك من البداية أن تمتنع عن ولوج طريق التحكيم، وأن تتمسك بحصانتها، وفي هذه الحالة لا يمكن إجبارها على المثول أمام هيئة التحكيم، أما تمسكها بالحصانة بعد قبولها شرط التحكيم فإنه يتنافى مع مبدأ أحسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية<sup>1</sup>.

وكذلك الحكم الصادر في 20 ماي 1992 عن المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار CIRDI بشأن قضية هضبة الأهرام المصرية، فقد ذهبت هيئة التحكيم إلى أن تمسك الحكومة المصرية بالحصانة القضائية أمام المركز بعد قبول شرط التحكيم لا قيمة له، لأن قبول الدولة لهذا الشرط يعني التنازل عن الحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم التي قبلت الخضوع لها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 288.

<sup>2</sup> - تتلخص وقائع هذه القضية في إبرام اتفاق مبدئي بين الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق ووزير السياحة المصري، وشركة جنوب الباسيفيك (southern pacific properties) بخصوص إقامة مشروع سياحي مشترك ولم يتضمن الاتفاق أي شرط بخصوص التحكيم سنة 1974 ، تم إبرام اتفاقا آخر بين الهيئة المذكورة والشركة في نفس السنة، وأشار للاتفاق السابق وبعض القوانين المصرية المتعلقة بالنشاط الاقتصادي، وبموجب هذا الاتفاق أنشئت شركة مساهمة بين الطرفين (الشركة المصرية لتنمية والسياحة) لإنشاء المشروع السياحي لمنطقة هضبة الأهرام، وتضمن العقد المذكور نصا يجعل الاختصاص بالفصل في أية منازعة ناشئة عنه من اختصاص محاكم التحكيم (البند 17 من العقد المبرم بتاريخ 12 ديسمبر 1974) التي يتم تشكيلها في إطار غرفة التجاري الدولية بباريس (CCI) ونتيجة للمعارضة التي لقيها المشروع ، قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها عليه سنة 1978، وعندها لجأت شركة جنوب الباسيفيك إلى بدء إجراءات التحكيم ضد الحكومة المصرية والشركة المصرية العامة للسياحة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها أمام غرفة التجارة الدولية بباريس، ولم تشارك الحكومة المصرية في تعيين محكمها لاعتراضها على ذلك بسبب أنها لم تكن طرفا في العقد ، وأنها دولة تتمتع بالحصانة القضائية، للمزيد أنظر :

ثالثاً: موقف الفقه والقضاء من حصانة الدول القضائية.

### 1- موقف الفقه من حصانة الدولة القضائية:

تتمتع الدولة بصفاتها صاحبة سيادة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية، ونظراً لأن التحكيم له طابع خاص حيث تقوم الدولة بإدراج اتفاق التحكيم في العقود المبرمة مع الأشخاص الأجنبية بإرادتها المنفردة، وعند بدء إجراءات التحكيم تدفع بحصانها القضائية أمام هيئة التحكيم، وهنا يثار التساؤل عن مدى إعمال هذا الدفع أمام هيئة التحكيم من عدمه؟.

انقسم الفقه إلى اتجاهين فيما يتعلق بأثر التحكيم بالنسبة للحصانة القضائية. الاتجاه الأول: يذهب أغلب الفقه<sup>1</sup> إلى أن الدولة عند إدراجها للتحكيم في العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية تكون قد تنازلت ضمناً عن الدفع بالحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم التي قبلت الخضوع لقضائه بإرادتها المنفردة، ولكن يجب أن يكون واضحاً ومؤكداً.<sup>2</sup>

والقول بعكس ذلك أي أن تمسك الدولة بحصانها القضائية أمام هيئة التحكيم يتعارض مع مبدأ حسن النية المتطلب لتنفيذها للالتزامات التعاقدية<sup>3</sup>، 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

-حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق ، ص 305 وما بعدها.  
كذلك راجع : عصام الدين القصيبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص106 . أيضاً  
jdi 2001, N°01 ; p 149-159 note E(Gaillard)

<sup>1</sup>- Fouchard (ph) , l'arbitrage commercial international op.cit ; p91.

أنظر أيضاً فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص121 .

<sup>2</sup>- عصام الدين القصيبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص79 .  
وراجع أيضاً في ذلك الحكم:

c.cass, 19 mars 1980, JDI (clunet, 1980,p896, note kahn (ph).

<sup>3</sup>- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص277 .

أيضاً: حفيظة السيد حداد ، الدور الخلاق للقضاء في التحكيم مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع ، أوت 2006، ص91 .

أحجم الطرف الأجنبي عن التعاقد معها خاصة مع مخاوفه من الخضوع لقضاء الدولة الذي يشك في حياديته ونزاهته، فلا يجوز للدولة ، طالما قامت بالتوقيع على اتفاق التحكيم بإرادتها المنفردة، التذرع بقانونها الداخلي في المعاملات الدولية ، في حالة ما إذا كان لا يسمح بالتحكيم في عقود الدولة للتخلص من التزاماتها التعاقدية<sup>1</sup>.  
وحيثما تكون الدولة طرفا في اتفاق التحكيم فيكون من المهم على الطرف الآخر المتعاقد معها التأكد من :

- ان هذه الدولة تتمتع بأهلية لإبرام اتفاق التحكيم طبقا لقوانينها الداخلية.
- أن يكون ممثلو الدولة مفوضين في إبرام اتفاق التحكيم نيابة عنها.
- أن يكون النزاع قابلا للتحكيم بمعنى أن لا يدخل في النطاق الحصري لاختصاص قضاء الدولة.

ويذهب البعض على العكس مما سبق إلى القول بأن الدولة ملزمة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بعد توقيعها ولو كان مخالفا للقانون الداخلي وانطلاقا من مبدأ حسن النية، والقول بان الدولة لا تكون ملزمة تعاقديا، ولكن يمكن محاسبتها بالمسؤولية الناجمة عن ترك الغير يعتقد بحسن نيتها بصحة الالتزام الذي أخذته على عاتقها، فيجب أن تعوض الطرف الأجنبي المتعاقد معها عن الضرر الذي لحقته نتيجة الخطأ الذي ارتكبه ، وكل ذلك لا يقف عائقا دون أن يكون اتفاق التحكيم باطلا إذا كان مخالفا لقانونها الداخلي، والنظام العام الداخلي<sup>2</sup>.

الاتجاه الثاني: يذهب هذا الاتجاه إلى القول بان الدفع بالحصانة القضائية رغم وجود شرط تحكيم أمام هيئة التحكيم يعد دفعا يجافي المنطق، ويتعارض مع مفهوم الحصانة ذاته، ذلك أن الحصانة ميزة تتمتع بها الدولة في مواجهة دولة أخرى تتساوى معها في السيادة، ولما كان التحكيم لا يعد قضاء خاضعا لسيادة أية دولة، فإن فكرة الحصانة القضائية لا يمكن إعمالها أمام هذا القضاء الخاص لأنها فكرة غريبة عنه، فالدولة لا تتمتع أمام هذا القضاء الخاص بأية ميزة حتى تتنازل عنها أو تتمسك بها ،

<sup>1</sup>- Sentence rendue dans l'affaire c.c.i N° 4381 en, 1986, JDI (clunet) , 1986 N°04,p 1103-1113, obs, yves DERAÏNS.

<sup>2</sup>- أشرف محمد خليل حداد ، المرجع السابق، ص284 .

فمسألة سيادة الدولة واستقلالها والتي هي أساس الدفع بالحصانة لا محل لإعمالها أمام هيئة التحكيم، حيث لا يخشى على سيادة الدولة من أي مساس يتعلق بها أمام هيئة التحكيم، فإنه في إطار الواقع العملي أن كلا من فكريتي الحصانة القضائية والتحكيم يستبعد كل منهما الآخر في التطبيق<sup>1</sup>.

كما أن المستثمر يعول كثيرا على شرط التحكيم خلال تعاقدته مع الدولة محل الاستثمار وخوفه من الخضوع لقضائها الذي يشك في حيده ونزاهته، فالدفع بالحصانة القضائية في هذه الحالة يعد إخلالا بشرط جوهرى من الشروط التعاقدية الذي عول عليها كثيرا في تعاقدته لحماية حقوقه<sup>2</sup>، فإذا حدث وتمسكت الدولة بحصانتها القضائية على الرغم من إدراج شرط التحكيم في تعاقدها، فإن تمسكها بذلك لا قيمة له، وحيث أن الدولة بذلك قد تنازلت عنها أمام هيئات التحكيم، فقد قبلت الخضوع الاختياري لقضائها.

كما أنه من التناقض الاعتراف بالحصانة القضائية للدولة، وحرمان الهيئة التحكيمية التي تتمسك الدولة أمامها بتلك الحصانة من سلطة القضاء، حيث أن تلك الهيئة لا تستمد سلطتها إلا من اتفاق الأطراف على توليتها سلطة الفصل في النزاع<sup>3</sup>.

**2- موقف القضاء من حصانة الدول القضائية:**

لقد ذهب القضاء في بعض أحكامه إلى تأييد رأي الفقه وهيئات التحكيم السابقة، ومن تلك الأحكام ما ذهب إلى محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها، بخصوص النزاع الذي نشب بين الحكومة اليوغسلافية وبين الشركة الأوروبية

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الدولي الخاص، المرجع السابق، ص201.

-Pierre Bourel, l'arbitrage international immunité des états étrangers jurisprudence récente, REV ;arb, 1982,n°2..p119 ets.

<sup>2</sup> - أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص308.

<sup>3</sup> - سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية. القاهرة، مصر، سنة 1998، ص427.

للائتمان العقاري<sup>1</sup> إلى أن اتفاق الدولة باللجوء إلى التحكيم ، وقبولها الخضوع لقضاء المحكمين يفيد التنازل من جانبها عن التمسك بالحصانة القضائية<sup>2</sup> تستنتج مما سبق أن الدولة التي وافقت على إدراج شرط التحكيم في تعاقدها مع الأطراف الأخرى الأجنبية لا يجوز لها التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم ، لأن الدولة قد قبلت هذا الشرط بمحض إرادتها هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن هذا الشرط لا يمس سيادة الدولة ، وحتى إذا مس بسيادتها إلا أنه لا ينال منها، لأن قبول الدولة لاتفاق التحكيم بمحض إرادتها هو أعمال تلك السيادة ، وليس إهدار لها، ومما يدل على ذلك أنه في حالة دفع الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، فإن ذلك لا يمنع الهيئة من مواصلة النظر في النزاع حتى صدور حكم التحكيم النهائي فيه.

#### البند الثاني: التمسك بالحصانة القضائية أمام المحاكم الأجنبية:

إن الاتفاق على اللجوء للتحكيم، لا يعني خروج المنازعة بكل جوانبها من اختصاص القضاء، لأن المحاكم قد تتدخل في بعض الأحيان عند تشكيل هيئة التحكيم، أو أثناء السير في إجراءات التحكيم، من أجل إقامة الأدلة أو اتخاذ بعض الإجراءات الوقائية والتحفظية، كما أنها تتدخل بعد صدور حكم التحكيم أو تنفيذه<sup>3</sup>. وعلى العموم فإن تدخل القاضي لا يمس بأصل الحق، لذلك لن تتعرض سيادة الدولة لأي مساس بها، خاصة أن تشريعات التحكيم تحتوي على نصوص تكرس التعاون بين القضاء الوطني والتحكيم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> راجع تفاصيل القضية ، حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق ، ص 57-62 .

<sup>2</sup> - cass.civ, 1<sup>er</sup> chambre civile – 18 novembre 1986 (état français c/ société européenne d'études et d'entreprises « s.e.e.e » et autres) , rev –arb 1987, n° 2,p149-156, note jean louis devolve

Aussi , REV –cit , 1987 p 788 , note (D) nauer aussi , Jdi (clunet), 1987, n°1 , p 121 ets , note Bruno appetit.

أشار إليها سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 4.

<sup>3</sup>-Fouchard (ph) Gaillard (E) Goldman (B) , op,cit , p 427.

<sup>4</sup> - أنظر المواد 1018 ف.10142، ف.1.2..1046.1042...3.2.1048 من ق ام ا ج المشار اليه سابقا.

أنظر كذلك عبد الحميد الأحديب، القضاء والتحكيم، آفاق وتحديات، مقال منشور بنشرة المحامي، دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيف، العدد 11، أبريل 2010، ص 23 وما بعدها.

وبالتالي فإن الدولة تكون على علم مسبق بإمكانية هذا التدخل، ومع هذا توافق بمحض إرادتها على إبرام الاتفاقية التحكيمية<sup>1</sup>.

وفي هذا الشأن لا بد من التفرقة بين فرضين، الأول منهما، هو أن تكون الدولة ذاتها، لجأت لقضاء دولة أجنبية، ولا تثور أية صعوبة في هذه الحالة، لأن الدولة تكون قد تنازلت ضمناً عن التمسك بحصانتها<sup>2</sup>. وتثور الصعوبة في الفرض الثاني عندما يقوم الطرف المتعاقد مع الدولة باللجوء للقضاء، الذي يعتبر أجنبياً عن الدولة المتعاقدة، ويثور هنا التساؤل، عن مدى اعتبار اتفاق التحكيم الذي أبرمته الدول المتعاقدة تنازلاً ضمناً منها، عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الأجنبي.

وقد أجابت الاتفاقية الأوروبية لعام 1972 (معاهدة BALE) المتعلقة بحصانات الدول عن هذا التساؤل، عندما قررت المادة 12 الفقرة الأولى منها أنه "لو قبلت دولة متعاقدة كتابة، بأن تخضع للتحكيم في المنازعات التي نشأت من قبل، أو التي تنشأ في مسائل المدنية والتجارية، فلا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة دولة أخرى متعاقدة، يجري على إقليمها التحكيم، أو يجري التحكيم وفقاً لقانونها..." ويوضح هذا النص أن الإتفاقية تعتبر قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بأنها تنازلت في نفس الوقت عن التمسك بحصانتها القضائية في الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو لدى قضاء الدولة الذي يتم التحكيم وفقاً لقانونها الوطني، كما أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الحصانة القضائية للدولة ولأموالها الموقعة بتاريخ 17-01-2005 وضعت قاعدة عامة بخصوص الحصانة القضائية في المادة 5 منها، مفادها أن الدولة تتمتع بالحصانة من ولاية دولة أخرى، فيما يتعلق بها وممتلكاتها، وتكمن أهمية هذا النص في أن الحصانة القضائية للدول أمام محاكم الدول الأخرى تصبح بعد دخول

<sup>1</sup> - سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 430.

Voir aussi, francois Knoepfler, l'immunité d'exécution contre les états, in la rev.arb, 2003 n°3 p 1029-1030

« Enfin, la dite convention (c .européenne de 1972 sur les immunité de juridiction pour tout ce qui a trait à la validité ou l'interprétation de la convention d'arbitrage, a la procédure d'arbitrage et a l'annulation de la sentence, l'exemple des législations des états de Common Law illustre lien cette attitude ».

<sup>2</sup> - سراج حسين أبو زيد، نفس المرجع، ص 432.

الاتفاقية حيز التنفيذ، مقررة بمقتضى اتفاقية دولية، بعد أن كانت خاضعة لأحكام العرف الدولي<sup>1</sup>، كما أن الإتفاقية تضع على عاتق الدول الأطراف فيها التزاما يتمثل في ضرورة أن تمتنع محاكمها عن ممارسة الولاية القضائية في دعوى مقامة ضد دولة أخرى (المادة 6 من الاتفاقية) وتضمن لهذه الغاية أن تقرر من تلقاء نفسها احترام حصانة تلك الدولة الأخرى، وأن تمتع الدولة بالحصانة لا يقتصر على الدعاوي التي ترفع على الدولة مباشرة وإنما تمتد أيضا إلى الدعاوي التي تهدف في الواقع، إلى التأثير في ممتلكات الدولة الأخرى، أو في حقوقها، أو مصالحها، أو أنشطتها (المادة 2/6 ب)، وهذا يعني أن الدولة تستطيع التدخل في أي دعوى للدفع بالحصانة، إذا رأت أن ذلك من شأنه إحداث التأثير المشار إليه، كما يجب على الدولة المقامة الدعوى أمام محاكمها، أن تعمل على ضمان تلك الحصانة (المادة 1/6)، وإعمال هذا النص يستلزم تدخل الدولة، لأنها الوحيدة التي يمكنها الإدعاء بأن هدف الدعوى له التأثير المشار إليه، وأوردت الاتفاقية عدة استثناءات على تمسك الدولة بحصانتها القضائية وخصصت المواد من 7 إلى 17 لتعداد هذه الحالات<sup>2</sup>، وتتنحصر تلك الحالات حسب نصوص الإتفاقية في حالة تنازل الدولة عن حصانتها القضائية بشكل صريح بموجب اتفاق دولي، أو عقد مكتوب (المادة 1/7)، وأن يكون هذا الإتفاق سابق على رفع الدعوى أمام المحكمة، وأما بخصوص التنازل الضمني عن الحصانة (المادة 1/8) ، فلا يجوز للدولة التمسك بحصانتها في دعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى، إذا كانت هي التي أقامت تلك الدعوى، ولا يستقيم التمسك

<sup>1</sup> - أشرف محمد خليل حمادة، المرجع السابق، ص 292.

<sup>2</sup> - convention des nations unies sur les immunités juridictionnelles des états et de leurs bien en 10 novembre 2004, Art 7 : « consentement exprès à l'exercice de la juridiction :

1- Un état ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre état à l'égard d'une matière ou d'une affaire s'il a consenti Expressément à l'exercice de la juridiction de ce tribunal à l'égard de cette matière ou de cette affaire :

a/ par accord international

b/ dans un contrat écrit

c/ par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite dans une procédure déterminée

بالحصانة في مثل هذه الحالة إلا في إطار الدعاوي المقابلة، أو ما تطلق عليه المادة 9 من الإتفاقية الطلبات المضادة، كما تبنت الإتفاقية ( المادة 10) مبدأ الحصانة المقيدة، عندما قررت عدم جواز احتجاج الدولة بحصانتها القضائية في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التجارية، إذا كانت تلك المنازعات، طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص، ضمن الولاية القضائية لمحكمة دولة أخرى، إلا إذا كانت المعاملة التجارية بين الدول، أو اتفق أطرافها صراحة على غير ذلك، أو كان النزاع بين أحد المؤسسات الحكومية، أو الكيانات التي أنشأتها الدولة، مادامت تتمتع بالأهلية القانونية اللازمة للتقاضي، والذمة المالية المستقلة، بمعنى أنه لا يجوز اختصام الدولة في نزاع بين أحد مؤسساتها ذات الشخصية القانونية المستقلة، وطرف آخر أجنبي، ومن جهة أخرى، فإن هذه المؤسسات لا يمكنها الاحتجاج بالحصانة القضائية للدولة التي تتبعها.

وقد نظمت بعض التشريعات الوطنية، موضوع تمسك الدول بحصانتها القضائية أمام القضاء الأجنبي<sup>1</sup>، وفي فرنسا، كانت هذه المسألة محلاً للخلاف في الفقه والقضاء، وانقسم الفقه إلى فريقين، وذهب فريق منه<sup>2</sup> إلى القول بأن الدولة التي تقبل اللجوء للتحكيم، تكون قد تنازلت عن التمسك بحصانتها القضائية، سواء أمام هيئة التحكيم، أو أمام المحاكم الوطنية، التي تتولى نظر مسألة متعلقة بالتحكيم، لأن قبول الدولة للتحكيم وفقاً لمبدأ أحسن النية، يترتب عليه الخضوع لكامل لكافة

<sup>1</sup> - لقد قرر القانون الإنجليزي لسنة 1978 بشأن حصانة الدول الأجنبية المادة (09) أن اتفاق التحكيم يمنع الدولة من الدفع بحصانتها القضائية، بيد أن القانون الأمريكي لسنة 1976م بشأن الحصانات الأجنبية، لم يتعرض لهذه المسألة، إلا أن المناقشات البرلمانية لهذا القانون تناولت ذلك، واعتبرت الإتفاق على التحكيم في إقليم دولة أخرى، هو بمثابة تنازل ضمني على تمسك الدولة بحصانتها القضائية، وأكد القضاء الحديث في الولايات المتحدة الأمريكية، على أن إبرام اتفاق التحكيم في أي بلد، يفيد التنازل عن الحصانة القضائية أمام القضاء الوطني لهذه الدولة أنظر:

CRAWFORD(j) , les états et l'exécution des sentences arbitrales dans les droits Américains et Anglais, rev .arb, p 698, spéc , p699.

نقلا عن سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق ص432 .

<sup>2</sup> - سراج حسن أبو زيد ، المرجع السابق، ص433.

الإجراءات القضائية المرتبطة به، وذهب الفريق الآخر منه<sup>1</sup> إلى القول: بأن اتفاق الدولة على اللجوء للتحكيم لا يفيد بأنها تنازلت ضمناً عن التمسك بحصانتها أمام القضاء الوطني، لأن تمتع الدولة بالحصانة أمام القضاء الوطني هو المبدأ، والتنازل عنه هو الإستثناء، ويجب أن يكون تنازل الدولة عن حصانتها القضائية واضحاً ولا يكتنفه الغموض، وأن يكون مؤكداً، ولا يمكن القول بأن اتفاق التحكيم يكشف عن الإرادة الضمنية للدولة، للتنازل عن حصانتها القضائية أمام القضاء، وأن الشيء الوحيد المؤكد هو قبول الدولة حسم منازعاتها التي يمكن أن تنشأ عن العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي الخاص، عن طريق التحكيم، وتكون قد تنازلت عن حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم المشكلة بناء على اتفاق التحكيم الذي قبلته، ولا يمكن لاتفاق التحكيم أن يحدث أثر آخر، غير الذي قصده الأطراف، ولم تعرض هذه المسألة على القضاء الفرنسي<sup>2</sup>، إلا بمناسبة شمول حكم التحكيم بالقوة التنفيذية، وأكد على قيام الدولة الأجنبية بالتوقيع على اتفاق التحكيم يفيد بتنازلها عن حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم وأكد هذا المبدأ في قضيتين شهيرتين وهما، قضية الشركة الأوروبية للدراسات والمشروعات، ضد يوغسلافيا، وقضية شركة soabi ضد دولة السنغال<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: انعكاس اتفاق التحكيم على حصانة الدولة التنفيذية .

قد تقوم الدولة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي، بالتمسك بالحصانة ضد إجراءات تنفيذ حكم المحكمين لأجل عرقلة عملية التحكيم، وهنا يتم التساؤل هل مجرد إبرام الدولة لاتفاق التحكيم والذي تنازل فيه عن حصانتها القضائية، فهل يتبع ذلك التنازل تنازلها أيضاً عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم؟.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص 172.

<sup>2</sup> - وكان قد اتجه في بادئ الأمر، إلى التأكيد على أن قبول الدولة الأجنبية لشرط التحكيم لا يعد مطلقاً بمثابة تنازل عن حصانتها القضائية، ولكنه عدل عن هذا الإتجاه لاحقاً، للتفصيل أكثر أنظر سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 437.

<sup>3</sup> - للمزيد حول وقائع هاتين القضيتين، انظر حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ص 282-284 .

## البند الأول: مفهوم الحصانة التنفيذية:

إن حصانة الدولة ضد التنفيذ تجد أساسها في سيادة الدولة ، ولا يمكن أن تتخذ إجراءات تنفيذية ضد الدولة الممتنعة عن التنفيذ، كذلك التي يمكن اتخاذها في مواجهة الأفراد العاديين<sup>1</sup>، لأن الدولة تمثل السلطة التي ترعى المصلحة العامة بجميع أفراد المجتمع، فالحصانات تقرر لتمكين الدول من القيام بواجباتها السيادية والوطنية، ويذهب البعض<sup>2</sup> إلى تعريف الدفع بالحصانة التنفيذية بأنه "دفع تسعى الدولة من خلاله إلى عرقلة إجراءات التنفيذ التي يريد المحكوم له بحكم تحكيمي أو بحكم قضائي أن يتخذها ضد الدولة ،فتستطيع بذلك أن ترفض إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، وبالتالي تمنع دائئها من التنفيذ جبرا على أموالها،" بينما يرى البعض الآخر<sup>3</sup> أنه "الدفع الذي تسعى الدولة من خلاله إلى التهرب من التزاماتها التعاقدية". ويؤكد الرأي الراجح من الفقه<sup>4</sup>، أن هذا الدفع لا يقتصر على إجراءات التنفيذ فقط، بل يتعدى ليشمل الإجراءات التحفظية، وأصبح من المستقر عليه اليوم أن الحصانة التنفيذية تشمل جميع إجراءات التنفيذ بما فيها الحجز التحفظي.

ورغم وجود صلة وثيقة بين الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية للدولة، غير أن هذه الأخيرة، لا تعتبر أثرا، أو نتيجة للحصانة القضائية، فلا يعتبر تنازل الدولة عن حصانتها القضائية ، تنازلا عن حصانتها التنفيذية، فقد ترى الدولة أن الحد

<sup>1</sup> - هناك تفرقة بين الحصانة التنفيذية المعروفة منذ زمن طويل وبين نوع آخر منها ظهر حديثا، ويعد فرعا لها، وهي الحصانة المتعلقة بأموال البعثات الدبلوماسية، وهناك اتجاه حديث ، أخذت به محكمة استئناف باريس في حكم حديث لها بتاريخ 10 أوت 2000 وتلته بحكمها الصادر في 20 فيفري 2002 ، وتناوله الفقه بالتعليق، ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بوجود الحصانة الدبلوماسية ضد التنفيذ التي تمنع الحجز على الأموال الموضوعة لحساب السفارات والبعثات الدبلوماسية والممتلكات المخصصة لتلك السفارات وذلك لتمكينها من أداء عملها، وهذا التخصيص لم يكن معروفا من قبل، إلا بعد صدور الحكم.

<sup>2</sup> - أحمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، معهد البحوث والدراسات العربية القاهرة، 2000، ص 316.

<sup>3</sup> - خالد منصور إسماعيل، إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط، مكتبة القانون والاقتصاد، ط 1 ، الرياض، 2015، ص 277.

<sup>4</sup> - خالد منصور إسماعيل، نفس المرجع، ص 277 .

من سلطة الحكم التحكيمي وجبره، يمثل حماية لكيانها ووجودها المؤسسي"، وقد تلجأ إلى استخدام هذه الحصانة في مواجهة الحجوزات التنفيذية الجبرية لتنفيذ الأحكام الأجنبية ضدها في الخارج، وتستعمل الدولة هذا النوع من الحصانة داخل إقليمها دون أي ضابط محدد لعدم وجود معيار واضح يحدد مالها العام وغيره، ويذهب جانب من الفقه<sup>1</sup> إلى أن الحصانة ضد التنفيذ، تختلف في طبيعتها عن الحصانة القضائية، وتستطيع الدولة التمسك بها في كل أنواع العقود، حتى ولو كان العقد ذو طبيعة تجارية خالصة، باعتبار أن الإجراءات التنفيذية التي تتخذ ضد الدولة تؤدي إلى انتهاك السيادة، وحدث خلل كبير في العلاقات الدولية، ويذهب كثير من الفقه<sup>2</sup> إلى أن الحصانة التنفيذية تعد الوجه الثاني للحصانة القضائية، باعتبار أن سلطة التنفيذ، نتيجة طبيعية لسلطة القضاء، كما يذهب البعض الآخر<sup>3</sup> إلى أن الحصانة التنفيذية قد تسبق الحصانة القضائية، عندما تثار بخصوص طلب إجراءات تحفظية على أموال المتمتع بها في دولة القاضي وأن مجالها أوسع من الحصانة القضائية.

ومن المعروف أن حصانة الدولة التنفيذية لا تطرح أمام المحكمين بل يتم الدفع بها أمام القضاء، على عكس الحصانة القضائية التي يمكن أن يتم الدفع بها أمام هيئة التحكيم، أو أمام القضاء<sup>4</sup>، لأن الحصانة التنفيذية تكون في مواجهة إجراءات

<sup>1</sup> - يستند الفقه القائل بهذا الرأي على العديد من الأحكام القضائية، وخاصة القضاء الفرنسي، ومنها الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ 7 جوان 1969 وأيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ 12 سبتمبر 1987 الذي قضى بتمتع جمهورية فنتم بالحصانة التنفيذية بالرغم من عدم اعتراف فرنسا بها رسمياً، وأن الدعوى كانت متعلقة بالقانون الخاص، وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 مارس 1994، الصادر بشأن النزاع بين شركتي *Bec frères et Grands travaux d'Afrique* وكان الطرف الثاني في هذا النزاع هو أحد الوزراء التونسيين، وكانت الشركتين قد حصلتا على حكمين تحكيم لصالحهما ضد الوزير المذكور يقضيان برد مبالغ مالية للشركتين بتاريخ 8 فبراير 1990، وتم صدور الأمر بتنفيذهما من رئيس محكمة باريس الابتدائية بتاريخ 15 أبريل 1991، وأيدت ذلك محكمة استئناف باريس بتاريخ 24 فيفري 1994، وعندها طعن الوزير التونسي بالنقض على هذا الحكم بناء على المادة 1/1009 من ق ا م ف).

<sup>2</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 210.

<sup>3</sup> - خالد منصور إسماعيل، المرجع السابق، ص 278.

<sup>4</sup> - عبد الحميد الأحدث، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 58.

التنفيذ وهذا النوع من الحصانة لا يمكن اعتبارها أثرا للحصانة القضائية، رغم الصلة الوثيقة بينهما، فالحصانة القضائية تهدف إلى الحيلولة دون مثل المستفيد بها أمام القضاء الأجنبي، بينما تهدف الحصانة التنفيذية إلى عرقلة إجراءات التنفيذ التي يقوم بها المحكوم لصالحه.

وبالنظر لاستقلال كل من فكريتي الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية، فإن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية، لا يفضي إطلاقاً إلى تنازل الدولة عن حصانتها ضد التنفيذ، بل لا بد من تنازل آخر، صريح وواضح ومؤكد عن الحصانة التنفيذية، كأن يجري بروتوكول بعد صدور حكم التحكيم، تعلن فيها الدولة موافقتها على التنفيذ، ومثل هذا البروتوكول يعد تنازلاً صريحاً عن حصانة التنفيذ، وكذلك الأمر إذا نص شرط التحكيم على نزع اختصاص المحاكم والتنازل عن الحصانة القضائية، والالتزام بتنفيذ حكم التحكيم<sup>1</sup>، لأن الحصانة التنفيذية تهدف إلى منع اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ضد الدولة، لما ينطوي عليه الإجراء، من تهديد لاستقرار الحياة الدولية، المساس بسيادة الدولة المراد التنفيذ ضدها<sup>2</sup>.

#### البند الثاني: نسبية الحصانة التنفيذية.

لقد ظلت الحصانة التنفيذية التي تتمتع بها الدولة، ضد إجراءات التنفيذ مطلقة لفترة طويلة، وكان يتمسك بها دائماً، لمنع تنفيذ أي حكم يصدر في غير صالح الدولة، وكان المبرر لهذه الحصانة المطلقة هو فداحة الأضرار التي قد تنجم عن التنفيذ الجبري للحكم الصادر ضد الدولة، على صعيد العلاقات الدولية، بيد أن هذه الحصانة المطلقة، بدأت تتراجع تدريجياً، بحيث أصبح من غير المقبول أن تبقى الأحكام الأجنبية عديمة القيمة، لمجرد أنها صادرة ضد الدولة، كما أن الحصانة المطلقة تتعارض مع مبدأ حسن النية، وهي تمثل إحدى العقبات في مواجهة الطرف الخاص الأجنبي، المتعاقد مع الدولة، الذي قد يتخطى الحصانة القضائية، ويتحصل

<sup>1</sup> عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 60.

<sup>2</sup> حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص 174.

على حكم يتضمن حقه، فيواجه بعقبة جديدة، وهي الحصانة التنفيذية، التي تمنع تنفيذ الحكم<sup>1</sup>.

وبدأ الاتجاه نحو الحد من الحصانة التنفيذية المطلقة في بعض الدول من خلال إصدار تشريعات التي تهدف للحد من إطلاقها<sup>2</sup>.

وتباينت مواقف الدول من حيث الاستثناءات الواردة على الحصانة سعة وضيقاً، من تشريع لآخر، وكان الهدف الرئيسي من إصدار تلك التشريعات، هو إمكانية متابعة أي دولة، تنتمي غالباً للدول النامية، أمام محاكمها، وإمكانية الحجز على أموالها الموجودة لديها.

ويثور السؤال بخصوص المعيار الذي يتم على أساسه تحديد أموال الدولة المشمولة بالحصانة التنفيذية، وغيرها من الأموال، واستقر الفقه<sup>3</sup> على التفرقة بين كل من النشاط العام والسيادي للدولة، والنشاط الخاص الذي تمارسه الدولة، واتخذ من طبيعة النشاط معياراً للتفرقة بين الأموال المشمولة بالحصانة من غيرها من الأموال الخاصة، باعتبار أنه لا مجال للدفع بالحصانة إلا في إطار الأنشطة العامة والسيادية دون الأنشطة التجارية<sup>4</sup> إن تطور الاجتهاد، في هذا النطاق، يذهب في اتجاه التخلي

<sup>1</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص211.

<sup>2</sup> - حيث اتجهت الولايات المتحدة الأمريكية إلى تقنين هذه الحصانة من خلال إصدار قانون حصانة الدول الأجنبية لعام 1976 المعدل بالقانون الصادر في 1989/11/09، وفرق هذا القانون بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية، وتم بموجبه حظر اتخاذ أية إجراءات تحفظية ضد الدولة، أو الأجهزة والمؤسسات التابعة لها، ما لم يوجد تنازل صريح منها يقضي بذلك، وأجاز التنفيذ على أموال الدولة، أو مؤسساتها العامة، إذا كانت هذه الأموال مخصصة للنشاط التجاري الذي قامت عليه المطالبة القضائية، وتبع ذلك صدور عدة تشريعات في العديد من الدول، ومنها قيام بريطانيا بإصدار قانون الحصانة 1978 وكندا سنة 1982، وأستراليا سنة 1985 واتبعت كل هذه التشريعات أسلوباً واحداً يتمثل في إقرار مبدأ الحصانة وتحديد المتمتعين بها.

أنظر في هذا الصدد : صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص410 .

<sup>3</sup> - صفوت أحمد عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص415 .

<sup>4</sup> - رغم بساطة هذا المعيار من حيث التفرقة بين النشاط العام والسيادي للدولة ونشاطها الخاص، إلا أن ذلك ليس بسيطاً من الناحية العملية ، ويؤكد الفقه على وجود أربعة أنواع من الأنشطة لا تدخل في مجال الدفع بالحصانة التنفيذية وهي الالتزامات المالية والأنشطة التجارية والأنشطة المتعلقة بالحقوق العينية والأنشطة المتعلقة بالتأمين والمصادرة، أنظر خالد منصور إسماعيل، المرجع السابق، ص281 .

عن قاعدة حصانة التنفيذ المطلقة، لاسيما في ما يتعلق بالأعمال والتدابير التي تطل الأموال المخصصة لأهداف تجارية<sup>1</sup>.

### البند الثالث: تطبيقات الدفع بالحصانة التنفيذية.

يثور الخلاف مرة أخرى فيما لو صدر حكم التحكيم ضد دولة أجنبية، ما إذا كان للدولة أن تتمسك بحصانتها في مواجهة إجراءات التنفيذ، أو أن مجرد موافقتها على التحكيم تعني التزامها بتنفيذ حكم التحكيم التزاما يفيد تنازلها عن التمسك بحصانتها عند اضطرار الطرف الآخر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري، فيقرر الرأي الغالب القول بالتنازل ترجيحاً لعامل استقرار المعاملات ومقتضيات حسن النية واعتبارات التنازل، بينما يرى البعض الآخر أن موضوع الاتفاق على التحكيم هو مجرد إيصال الفصل في النزاع إلى هيئة التحكيم، بمعنى الخضوع لولاية هذه الهيئة لا أكثر ولا أقل، فلا يفيد بذاته تنازلاً عن التمسك بالحصانة أمام إجراءات التنفيذ، وإن لم يكن هنالك ما يمنع من استفادة التنازل من عناصر أخرى قد يتضمنها، اتفاق التحكيم تماماً كما هو الحال في الحصانة القضائية، كما أنه لا يمكن تفسير اتفاق التحكيم، على أن قبول الدولة لاختصاص هيئة التحكيم، لا يعني قبولها الخضوع لسلطان القضاء، فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم، فخضوع الدولة للقضاء، بخصوص تنفيذ حكم التحكيم، لا يمكن استخلاصه إلا من خلال نص خاص، وورد في اتفاق التحكيم، وأن يكون هذا النص واضحاً ومعبراً صراحة أو ضمناً، عن إرادة مؤكدة، وليست غامضة، وفي حالة غياب هذا النص، فإن الدولة تظل محتفظة بحصانتها التنفيذية، لأن تنازل الدولة عن الحصانة أمر لا يمكن افتراضه<sup>2</sup>. والراجح القول<sup>3</sup> بأن مجرد الاتفاق على التحكيم يعد تنازلاً ضمناً عن التمسك بالحصانة أمام تنفيذ قرار التحكيم، حيث يمثل ذلك خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم التجاري الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة،

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 60.

<sup>2</sup> - سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 448.

<sup>3</sup> - أحمد صالح مخلوف، المرجع السابق، ص 321.

إذ أن النتيجة سوف تكون مخيبة لو انتهت عملية التحكيم بحكم غير ملزم، ومع كل ما بذل من جهد وما تحقق من نجاح ستجد نفسك في حيرة أمام حكم لا يساوي شيئاً سوى الورقة التي كتب عليها، فضلاً عن أن امتناع الدولة على احترام حكم التحكيم يجردها من المصدقية اللازمة في المعاملات الدولية، وهو خطر لا يمكن لأية دولة أن تتجاهله، لذلك فإنه من الأولى اعتبار اتفاق التحكيم الذي تورده الدولة في عقودها يفيد تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، وإذا كانت تتوي غير ذلك، فإنه يتعين عليها التأكد من البداية على تمسكها بهذه الحصانة من خلال نصوص واضحة ومباشرة تؤكد تمسكها بهذه الحصانة ضد تنفيذ حكم التحكيم، ويؤيد الاتجاه القضائي الحديث في فرنسا، هذا الرأي، فقد انتهت محكمة النقض الفرنسية إلى ذلك، بمناسبة قضية شركة CREIGHTON الأمريكية ضد حكومة قطر<sup>1</sup>، وفي قضية أخرى

<sup>1</sup> وتتلخص وقائع هذه القضية المعروفة بقضية creighton في أن عقد ابرم بين الحكومة القطرية وشركة creighton الأمريكية تقوم بمقتضاها 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 creighton ذلك، وبدأت باتخاذ بعض الإجراءات من أجل طرح النزاع على التحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين والذي يقضي بأن يتم التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية، وقد تم التحكيم بباريس، وانتهى بحكم لصالح شركة creighton تحصل بمقتضاه على تعويض قدره ثمانية ملايين دولار، ولقد وصلت إجراءات تنفيذ الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية، التي أعلنت أنه "استناداً على توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمناً عن حصانتها ضد التنفيذ، فهذا هو ما تنص عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية (وقد أوضحت هذه المادة مقابلة للمادة 6/28 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، والذي أصبح نافذا اعتباراً من أول يناير عام 1998 والتي تجري على أنه :

أ- أن تكون أحكام التحكيم نهائية.

ب- قبول الأطراف التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون أي تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرف الطعن الممكن التنازل عنها قانوناً. وهكذا اعتبرت محكمة النقض الفرنسية موافقة الدولة على التحكيم بمثابة تنازل ضمني عن حصانتها ضد التنفيذ، الأمر الذي يمثل خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول. أنظر : بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 390. كذلك أنظر :

- C.A Paris ; 12 janvier 1996 ,rev .arb , 1996 .. 428. Note (ph) Fouchard.

- Cass civ, 2<sup>e</sup>, 10 juillet 2000. Rev.arb 2001. N°1 p 114 ; note (ph) le boulanger.

حديثاً ترتبط بمسألة الحصانة ضد التنفيذ وهو القرار الصادر عن محكمة الاستئناف في باريس بتاريخ 2000/08/10 في قضية سفارة الإتحاد الروسي في فرنسا بوجه شركة نوغا NOGA.

أبرمت شركة نوغا للإستيراد والتصدير، وهي شركة سويسرية مركزها جنيف، بتاريخ 12 أبريل 1991 عقداً مع حكومة الإتحاد السوفياتي، التي حلت محلها لاحقاً حكومة الإتحاد الروسي، لإقراض الحكومة مبلغ من المال لتمويل شراء بعض السلع، وبتاريخ 29 جانفي 1992 أبرمت الشركة عقداً جديداً مع حكومة الإتحاد الروسي التي التزمت ببيع منتجات بترولية لضمان تسديد قيمة القرض، وقد تضمن كل من العقدين بنداً تحكيمياً يقضي باللجوء لحل النزاعات التي قد تنشأ عن العقد إلى غرفة التجارة في ستوكهولم، على أن يمتنع كل من الفريقين عن توسل طرق المراجعة ضد القرار التحكيمي، وأن حكومة الإتحاد الروسي تتخلى عن حقها في الحصانة المتعلقة بتنفيذ القرار التحكيمي.

نشأ خلاف بين الطرفين فلجأت شركة نوغا إلى التحكيم فصدر قرار تحكيمي قضى بالتزام حكومة الإتحاد الروسي بأن تدفع لشركة نوغا مبلغ 27.294.000 دولار مع الفوائد والنفقات، وأعلنت محكمة الدرجة الأولى في باريس بناء على طلب شركة noga قابلية القرار للتنفيذ، فقدمت الشركة بتاريخ 2000/05/18 بطلب حجز الأموال العائدة إلى حكومة الإتحاد الروسي والسفارة التابعة لها فتم ذلك، فطلبت الجهة المحجوز عليها بتاريخ 2000/06/20 إلغاء الحجز ورفعها، فرد قاضي التنفيذ الطلب بتاريخ 2000/07/11 استؤنف القرار، فاعتبرت محكمة استئناف باريس في قرار صادر بتاريخ 2000/08/10 أن مقدمة اتفاقية فيينا حول العلاقات الدبلوماسية، تتضمن أن هدف الامتيازات والحصانات هو ليس إعطاء ميزة للأشخاص المستفيدين منها تأمين تنفيذ مهماتهم الدبلوماسية بفعالية كممثلين للدول، وأن ما تضمنه شرط التحكيم لجهة تخلي الجهة المعترضة عن الحصانة لا يعبر عن إرادة واضحة بتخلي

لدولة عن حصانة التنفيذ لصالح الشركة، وأن الأموال المحجوزة عليها والممثلة التجارية للإتحاد الروسي في الجمهورية الفرنسية<sup>1</sup>، وبالتالي لا تكون قابلة للحجز. إن هذا الحل جاء مناقضا لقرارات أخرى صدرت في قضايا مشابهة، وأهميته تكمن في أنه رسم حدودا للتخلي عن حصانة التنفيذ، ويبدو أنه جاء مكملا لقرار creighton الذي اعتبر التنازل الضمني عن حصانة التنفيذ أمر ممكن، في حين اعتبر القرار الثاني أنه لا بد من التمييز بين الأموال القابلة للحجز، كذلك التي لا ترتبط بحسن تنفيذ مهمات تتعلق بمرفق عام وتلك غير القابلة للحجز والمتعلقة بحسن تسيير أعمال البعثات الأجنبية التابعة للدولة<sup>2</sup>.

من الواضح مما تقدم أن المسألة حاليا لم تعد مرتبطة بمناقشة التخلي أو عدم التخلي عن حصانة التنفيذ التي يبدو أنه قد تم تجاوزها، بل أصبحت محصورة بتحديد ما هي الأموال العائدة إلى الدولة القابلة للحجز تنفيذا لتطبيق مبدأ التخلي عن الحصانة، وهذا يعني التوصل إلى توحيد المبادئ المتعلقة بالحصانة وعدم التمييز بين حصانة القضاء وحصانة التنفيذ.

يتبين من كل ما تقدم أن تطور مهما طرأ في فكرة الحصانة بوجهيها، الحصانة القضائية، وحصانة التنفيذ، فبعد أن كانت الحصانة مطلقة في كل مرة كان يتواجه فيها شخص تابع للقانون العام وآخر للقانون الخاص، أصبح من المسلم اليوم أن توقيع الدولة على شرط التحكيم يعني ليس فقط تخليها عن حصانة المقاضاة، بل أيضا من حيث المبدأ عن حصانة التنفيذ، ولكن بعد تحديد ماهية الأموال للدولة التي يمكن التنفيذ عليها، ويعود الفضل إلى الاجتهاد في التوصل إلى هذه النتيجة ولو عبر حجج تختلف من قرار إلى آخر، وهذا ما دفع الأستاذ Théry إلى أن يكتب مقالة عنونها<sup>3</sup> Feu . l'immunité d'execution.

ولكن ما يهم التركيز عليه هو ضرورة التوصل يوما إلى عدم الغوص في مسألة الحصانة التي تتذرع بها الدول دائما كدفع لابد منه في محاكمة تحكيمية تكون

<sup>1</sup>-C.A. Paris , 06 juillet 2000. Rev.arb. 2001. Note (ph) leboulanger.

<sup>2</sup>- مروان كركبي، الحصانة والتحكيم، مجلة التحكيم العالمية، ع16، أكتوبر 2012.

<sup>3</sup>- (Ph) Théry , feu , l'immunité d'execution ? gaz .pal, 2001. N° 161,p18.

فيها طرفاً مدعى عليه، بمعنى أنه لا بد لتلك الدولة أن تبادر طوعاً ومن تلقاء نفسها إلى تنفيذ ما يصدر ضدها من قرارات تحكيمية، وهذا من شأنه أن يكون عنصراً إيجابياً في حسن العلاقات الدولية.

وعليه فإننا نؤيد اعتبار شرط الذي توردته الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب يفيد تنازلها عن حصانتها القضائية، وإذا كانت تنوي غير ذلك، فإنه يتعين عليها التأكيد من البداية على تمسكها بهذه الحصانة من خلال نصوص واضحة تؤكد تمسكها بهذه الحصانة.

**المطلب الثاني: المشاكل الناجمة عن التشكيك في أهلية الدولة على اللجوء إلى التحكيم .**

من أولى المشاكل القانونية التي يثيرها اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار والتي نستطيع أن نبينها من خلال العديد من أحكام التحكيم والأحكام القضائية، مشكلة أهلية الدولة وقدرتها على إبرام اتفاق التحكيم الدولي.

وقد أثرت هذه المشكلة بسبب وجود تشريعات عديدة تخطر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية وتجعلها ليست أهلاً لإبرام مثل هذا الاتفاق<sup>1</sup>.

فهل تتحدد أهلية الدولة في ضوء العمل الذي تمارسه، أم أنها تتمتع بالأهلية بصرف النظر عن طبيعة العمل الذي تجريه<sup>2</sup>، فقد تتمسك الدولة، من أجل التخلص من التزامها باللجوء للتحكيم، بأن أحكام قانونها الوطني الذي تم إبرام اتفاق التحكيم أثناء سريانه يحظر على الدولة أو هيئاتها العامة اللجوء للتحكيم، مما يجعل هذا الاتفاق باطلاً<sup>3</sup>. وإما إلى أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في عقود الاستثمار.

<sup>1</sup> - أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 296 .

<sup>2</sup> - أحمد مخلوف، نفس المرجع، ص 296.

<sup>3</sup> - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 49.

الفرع الأول: حجة أن قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في عقود الاستثمار: لقد تضمنت العديد من الأنظمة القانونية نصوصا تقيد أو تستبعد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة طرفا فيها من الخضوع للتحكيم، وتجعل الاختصاص بنظر المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرفا فيها للقضاء الوطني، بل ويحدد بعضها، جهة القضاء الإداري لحل هذه المنازعات على نحو قاصر عليه<sup>1</sup>.

وسوف نعالج في هذا المقام موقف كل من القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الجزائري بخصوص مدى جواز قبول التحكيم في خصوص العقود الدولية التي تكون الدولة طرف فيها.

#### البند الأول: موقف المشرع الفرنسي:

إن المبدأ العام في التشريع الفرنسي هو عدم جواز لجوء الدولة أو أشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ما لم يوجد نص تشريعي يجيز ذلك، ويجد هذا الحظر أساسه في نص المادة 83 والمادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم الصادر عام 1806 والمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي القديم الصادر سنة 1975.

وعلى ذلك فقد استثنى المشرع الفرنسي جميع العقود الدولية ومن ضمنها عقود الاستثمار الدولية من هذا المبدأ رغبة منه في جذب رؤوس الأموال الأجنبية، وتشجيعا للاستثمار، فقد أصدر القانون رقم 86-972 الصادر في 19 أوت 1986، والذي جاء هذا القانون نتيجة لرفض مجلس الدولة الفرنسي في الفتوى الصادرة منه بتاريخ 6 مارس سنة 1986<sup>2</sup> الاعتراف بمشروعية إدراج شرط التحكيم الوارد في

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 363.

<sup>2</sup> - On ne pas compromettre sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

أنظر فتوى مجلس الدولة الفرنسي:

- Etudes et documentation de conseil d'état, 1987.p178.

- c.e. avis du 6 mars 1986 , section des travaux publics ; n° 339710 , rev-arb , 1992,n° 2 ,p397.

العقد المبرم بين الحكومة الفرنسية وبين شركة والت ديزني العالمية الأمريكية لإنشاء مدينة ملاهي ديزني لاند الأوروبية (eurodisney land) ، إلا إذا نص صراحة على ذلك في اتفاق دولي أو قانون داخلي، وحيث أنه لا يوجد مثل هذا القانون ولا تلك الاتفاق فيكون شرط التحكيم باطلا.<sup>1</sup>

فقد نصت المادة 9 من القانون المشار أعلاه على أنه بمخالفة لأحكام المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي القديم يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة بأن تدرج في عقودها التي أبرمتها بالاشتراك مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات اقتصادية ذات مصلحة وطنية شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي تثار عند تفسير وتنفيذ مثل هذه العقود.<sup>2</sup>

يلاحظ على هذا النص أن المشرع أجاز التحكيم في جميع العقود الدولية التي تبرمها الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة بما فيها عقود الاستثمار، واشترطت المادة 9 شرطين لجواز التحكيم في منازعات هذه العقود هي: الشرط الأول: أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية، أي أن يكون عقدا دوليا، ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود الوطنية. الشرط الثاني: أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم.

<sup>1</sup>- Charles JARROSSON , l'arbitrage en droit public, op.cit. p 25.

- أنظر أيضا : أحمد مخلوف ، المرجع السابق، ص351 .

<sup>2</sup>- Aux termes de l'article 9 de la loi n°86-972 du 19 aout 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales : « par dérogation de l'article 2060 du code civil, l'état , les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés , dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec les sociétés étrangères pour la réalisation d'opération d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats ».

راجع في التعليق على هذه المادة.

P. delvolve, conférence sur l'arbitrage et le droit administratif, 17 septembre 1990, Association française d'arbitrage, M. de boisson , interrogation et doutes sur une évolution législative , l'article 9 de loi du 19 aout 1986 , rev-arb 1986,p03. Avis du 06 mars 1986 (Eurodisney land) rev-arb, 1992 , n°2, p397.

بالإضافة إلى ذلك فقد اشترط المشرع الفرنسي لتطبيق المادة 9 أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم، وأن تؤخذ هذه الموافقة في كل حالة على حدى.

#### البند الثاني: موقف المشرع المصري:

حسم المشرع المصري مسألة التحكيم في العقود التي تكون الدولة والأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها وذلك بقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 والمعدل بقانون رقم 09 لسنة 1997 ، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما دوليا يجري في خارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

يتضح من نص المادة المشار إليها بأن نطاق تطبيق قانون التحكيم المصري يشمل كافة العقود سواء كانت وطنية أو دولية، وذلك لعمومية النص، كما يشمل جميع المنازعات سواء حدثت في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو ما يترتب عليه من آثار.

#### البند الثالث: موقف المشرع الجزائري:

رفض المشرع الجزائري في بداية الأمر الأخذ بفكرة التحكيم نهائيا خاصة عندما يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا في المنازعة<sup>1</sup> وكان هذا بصور قانون الإجراءات المدنية<sup>2</sup> ولم تستقر أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم إلا في ظل الأمر 24-71 المتضمن القانون الأساسي للمحروقات الجزائرية، حيث أخضعت النزاعات الناشئة بموجب العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب للقانون الوطني الداخلي، و تم للقضاء الوطني المختص وهو سواء الغرفة الإدارية

<sup>1</sup> - عليوش فربوع كمال، المرجع السابق ، ص 3 .

<sup>2</sup> - تنص المادة 442 فقرة 3 من ق ا م ج المشار إليه سابقا "لا يجوز للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العمومية أن يطلبوا التحكيم " .

بالمحكمة العليا الجزائرية، إذا ما كانت الدولة طرفا في العقد، وإلى اختصاص المحاكم الجزائرية، فيما إذا تعلق النزاع بمؤسسة سونطراك آنذاك، بهذا الشكل تم إلغاء قانون البترول الصحراوي لسنة 1958 واستعادة اختصاص المحاكم الجزائرية على جميع منازعات المحروقات<sup>1</sup>.

تشبث المشرع الجزائري بعدم القابلية الشخصية للتحكيم، لحقبة من الزمن، قدمت فيها الحكومة سياسة التأميم كمبرر وأساس للأعمال السيادية، إلا أنها تراجعت عن موقفها، خاصة بعد حدوث الأزمة الاقتصادية الناتجة عن نزول سعر البترول في السوق الدولية. بعدها تم تعديل الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية بالمرسوم 09-93، تراجع عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي على الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى وهذا من خلال إلغاء المادة 442 واستبدالها بالأحكام الآتية<sup>2</sup>: "...ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية.".

أزال هذا النص اللبس والغموض على أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، فلم يكن إصدار المرسوم التشريعي 09-93 خروج من مرحلة الحظر إلى مرحلة الإجازة، باعتبار أن المشرع الجزائري لم يذكر التحكيم التجاري الدولي، بقدر ما هو نقلة نوعية للنظام القانوني التحكيمي الجزائري، باعتباره أول قانون إجرائي خاص بالتحكيم عرفه النظام القانوني الجزائري<sup>3</sup>.

لكن بحلول القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ألغى الأمر 66-154 المعدل والمتمم، قد وقع في إشكالية ازدواجية نصوصه المنظمة لأهلية الدولة والتحكيم عدم مسؤولية الدولة عن أعمال الأشخاص التابعين لها

<sup>1</sup> - TRARI TANI (M), droit algérien de l'arbitrage commercial international, op.cit,p 20.

<sup>2</sup> - المادة الأولى من المرسوم التشريعي 09-93 المشار إليه سابقا.

<sup>3</sup> - باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2014-2015، ص154.

نتيجة الاستقلال القانوني والمالي عنها، مما جعل الفقه يرى أنه تراجع عن أحكام المرسوم التشريعي 93-09 وتقييدا للتحكيم.

وإذا ما رجعنا إلى المادة 149<sup>1</sup> من القانون المدني الجزائري، التي تعتبر الأساس العام في تحديد الأشخاص الاعتبارية، فتتقرر صفة الشخص الاعتباري بموجبها إذا كان يتمتع بحقوق في الحدود التي يقرها القانون ، من أهمها الذمة المالية والأهلية والموطن ونائب عن إزنها بالإضافة إلى حق التقاضي.

وبالرجوع إلى الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، تشير المادة 800 من ق.ا.م.ا.ج على اختصاصها في الفصل في المنازعات الإدارية في جميع القضايا التي تكون الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

وإن افترضنا أن هذه الأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في هذه المادة، هي الأشخاص المعنوية العامة الوحيدة صاحبة الأهلية للخضوع للتحكيم، سنقع لا محال أمام نزع هذه الأهلية عن العديد من الأشخاص المعنوية العامة التي تمارس نشاطات اقتصادية لصالح الدولة ، مثل الوكالات الوطنية المبرم لعقود دولية لصالح الدولة<sup>2</sup> والمؤسسات العمومية الاقتصادية والشركات الوطنية التي يكون نشاطها موجه

<sup>1</sup> - التي تنص "الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة ،الولاية، البلدية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- الشركات المدنية والتجارية.
- الجمعيات والمؤسسات.
- الوقف.

- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية."

<sup>2</sup> - نذكر على سبيل المثال الوكالة الوطنية لتنمين موارد المحروقات التي تبرم عقود استثمار لصالح الدولة، فهذه الوكالة لا تخضع لقواعد الإدارة لاسيما في تنظيمها وسيرها. والقانون الأساسي للعمال المشتغلين بها ،ما يفيد أنها تخضع للقانون الخاص في هذه المجالات ، أما بالنسبة لعلاقتها مع الغير فتخضع للقواعد التجارية، تتكلف هذه الوكالة بترقية الاستثمار في مجال البحث واستغلال المحروقات ، تسليم رخص التنقيب، القيام بعملية طرح المناقصات عبر المنافسة وتقييم العروض المتعلقة بنشاطات البحث والاستغلال، المتابعة والمراقبة ، بصفتها طرفا متعاقدا، وتنفيذ عقود البحث أو استغلال المحروقات ، دراسة مخططات التنمية والموافقة عليها وتعيينها دوريا،

نحو استغلال الثروات الطبيعية أو تلك التي تقوم بإدارة مرفق عام حيوي، لذا فهي تحل في أغلب الأحيان محل الدولة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ثم جاءت المادة 1006 من ق.ا.م.ا.ج تنص على أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم في مجالات محددة حصرها النص في علاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية.

غير أن هذا النص لا يعد أول من تناول أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم بل هناك-المادة 975 من ق.ا.م.ا.ج التي تنص على أنه "لا يجوز للأشخاص المذكور في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية."

فمن خلال نص المادة 975 من ق.ا.م.ا.ج اعتمدت على أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها والواردة في المادة 800 من ق.ا.م. المتتمثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، على أن يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة وبمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، أما بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات صبغة إدارية، فيتم من خلال ممثلها القانوني أو من السلطة الوصية التي يتبعها<sup>1</sup>.

لكن إذا ما رجعنا إلى نص المادة 1006 من ق.ا.م.ا.ج والتي اعتمدت على مصالح الأشخاص المعنوية العامة الذي يسمح لعدد أكبر من أشخاص القانون العام الأخرى أن تجري تحكيما عملا بأحكام هذا النص ، خصوصا ما تتمتع به الشركات الوطنية والوكالات الوطنية من صلاحيات إبرام العقود الدولية باسم الدولة ، والتي قد

---

التعاون مع الوزير المكلف بالمحروقات في مجال السياسة القطاعية، وإعداد النصوص التنظيمية التي تحكم نشاطات المحروقات... ألخ. فيظهر من خلال هذه الصلاحيات أن البعض منها ذو طابع اقتصادي ، والبعض الآخر ذو طبيعة إدارية رغم خضوعها للقانون الخاص، أنظر في ذلك المادة 12 والمادة 14 من القانون 07-05 المؤرخ في 28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات ج.ر.ع 50 المؤرخة في 19 يوليو 2005.

<sup>1</sup> - انظر المادة 976 ق.ا.م.ا.ج المشار إليه سابقا.

يؤدي عدم التنصيص على أهليتها نفي المسؤولية المباشرة للدولة عن أعمال المؤسسات التابعة لها أمام هيئة التحكيم الدولية، خاصة عندما يتم الاتفاق على التحكيم دون الموافقة المسبقة للهيئة الوصية.

وعليه فخلافا لفكرة الدولة لا تثير أية مشكلة ، يصعب قانونا تحديد المقصود بأشخاص القانون العام الاعتبارية، خاصة في حالة غياب نص قانوني يحصرها، مما قد يجعل الفقه والقضاء يجتهد في تحديدها وحصرها. وعموما تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة ، الدولة والدوائر التابعة لها ذات الطابع الإداري ، إلى جانب المؤسسات العمومية الاقتصادية ، التي لها صلاحية إبرام عقود الاستثمارات الأجنبية في إطار النشاطات التي تقوم بها<sup>1</sup>.

#### البند الرابع: موقف القضاء:

لقد اثبت العمل الدولي في كثير من الحالات التجاء الدولة المعنية إلى إنكار شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية وهو ما اضطررت أحكام المحاكم وكذلك هيئات التحكيم على رفضه.

ويعتبر قضاء محكمة النقض الفرنسية في القضية المعروفة باسم GALAKIS<sup>2</sup> التعبير الأمثل عن هذا الحل، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن محكمة استئناف باريس كان عليها فقط الفصل في مسألة ما إذا كانت القاعدة المصاغة لحكم العقود الداخلية يجب أن تطبق أيضا على العقد الدولي المبرم من أجل احتياجات التجارة ووفقا للشروط التي تتطلبها عادات التجارة البحرية وهو الأمر الذي أجابت عليه المحكمة العليا بالنفي، إذ قضت أن الحظر المذكور لا يعمل به بصدده العقود الدولية وهو ما يفيد أن الدولة الفرنسية تلتزم بترتيب كافة الآثار المترتبة على

<sup>1</sup> - حسن طالبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، ع 01 سنة 2008، ص104 .

<sup>2</sup> -c.cass , 2 mai 1966 , « tressor public c/Galakis j.D.I. (clumet) , 1966,n°3 , p 648 , note level .

شرط التحكيم الذي قبلته دون أن تتذرع بالحظر القائم في القانون الفرنسي والذي يمنع الدولة من قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها.

فكأن محكمة النقض الفرنسية قد استبعدت الحظر الوارد على الدولة الفرنسية في قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها، على نحو يؤدي إلى عدم سريانه في إطار العلاقات الدولية وهو ما يعني أنها خلقت قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص المادي<sup>1</sup> تقرر صحة شرط التحكيم الوارد في العقود المبرمة بواسطة الدولة الفرنسية في إطار العلاقات الدولية ولعله من المفيد في هذا الصدد طرح التساؤل التالي: هل يمكن تعميم الحكم الذي أتت به محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن؟ بمعنى هل في جميع الأحوال التي يوجد فيها نص قانوني داخلي يحظر على الدولة قبول شرط التحكيم فإنه يتعين تفسير هذا النص على أنه يسري فقط على العلاقات الداخلية دون الدولية؟.

وفي تطور هام فقد اتجه القضاء الفرنسي إلى تعميم المبدأ الذي اتبعه وهو أن الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية، على النحو الذي يمكن معه القول بأن قاعدة عدم سريان الحظر الوارد على الدولة أو أجهزتها العامة في قبول التحكيم قد أضحت قاعدة من قواعد النظام العام الدولي.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة استئناف باريس في 13 يونيو 1996 في النزاع الذي نشأ بين الشركة الإيطالية Icori Estero والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار Kftcic<sup>2</sup> حيث أنه في عام 1983، أعلنت الشركة الكويتية المذكورة عن مناقصة دولية، بغرض بناء مقر لسفارة دولة الكويت في الجزائر، ولقد

<sup>1</sup>-أنظر في اختلاف الفقه حول تكييف هذه القاعدة ، فبينما يرى البعض أنها قاعدة من النظام العام الدولي يرى البعض الآخر أنها من القواعد المستقرة في Lex mercatoria.

- (B) Goldman , la lex mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux ,réalité et perspectives, clumet 1979,475 spéc , p 498.

Yves drrains, le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales , rev ,arb , 1973.p145.

<sup>2</sup>- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص368 .

تم رسو هذه المناقصة على الشركة الإيطالية ، ونص في عقد التشييد المبرم بين الشركتين في أول ماي 1985 على أن هذا العقد يخضع للقانون الجزائري وأن السعر المتفق عليه جزافي وغير قابل للتعديل ، وأن الدفع سيكون بالدولار وأن أي مشكلة أو منازعة مع رب العمل، أو المقاول أو المهندس أثناء تنفيذ الأعمال تخضع أولاً للمهندس والذي يجب أن يصدر قراراً في خلال 90 يوماً ويعد هذا القرار نهائياً وملزماً للأطراف ، وإلا تعين أعمال إجراءات التحكيم المنصوص عليها في العقد ونظر لانخفاض سعر الدولار الأمريكي، وعلى الرغم من الشروط التعاقدية بشأن عدم إمكانية مراجعة السعر ، فإن الشركة الإيطالية تقدمت في عام 1987 بطلب من أجل زيادة السعر مستندة في ذلك إلى نصوص القانون الجزائري الخاصة بفكرة تغير الظروف وهو الطلب الذي رفضت الشركة الكويتية وتم عرض هذا الأمر على المهندس، حيث رد على هذا النزاع في 24 مارس 1987 بخطاب أثار مضمونه الكثير من الجدل بين أطراف النزاع واستندت عليه الشركة الإيطالية من أجل المطالبة بالتعويض المالي عند إتمام الأعمال.

وبتاريخ 30 جوان 1988 أعطى المهندس الحق للشركة الإيطالية في أن تحصل من الشركة الكويتية على مبلغ 3.433.155.29 دولاراً. وفي أعقاب هذا القرار قامت الشركة الكويتية بتحريك إجراءات التحكيم، فاتفق الأطراف على اختيار باريس كمقر للتحكيم واختيار لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لتسري على إجراءات التحكيم .

وقد طعننت الشركة الكويتية ببطلان الحكم التمهيدي أمام محكمة استئناف باريس مستندة إلى عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم لعدم استقلالية رئيس هيئة التحكيم عن الأطراف ، وإلى عدم تسبيب حكم التحكيم.

فقضت محكمة استئناف باريس في 28 جوان 1991 برفض هذا الطعن وتم

استئناف إجراءات التحكيم.

وبتاريخ 29 ديسمبر 1993 أصدرت هيئة التحكيم حكماً نهائياً ذهبت فيه إلى صحة شرط التحكيم الوارد في العقد، وأن النصوص المتعلقة بالنظام العام في القانون

الجزائري والخاصة بتغير ظروف العقد، تخول للشركة الإيطالية الحق في التعويض، فأصدرت هيئة التحكيم حكماً بإلزام الشركة الكويتية بالتعويض للشركة الإيطالية علاوة على فائدة تقدر بنسبة 14% سنوياً<sup>1</sup>.

وبعدها تمسكت الشركة الكويتية أن المبدأ المستخلص من النظام العام الدولي، والذي 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 بصفقتها ممثلة لدولة الكويت وبين الشركة الإيطالية نظراً لأن القانون الجزائري الذي اختاره الأطراف ليحكم عقدهم يحضر في المادة 442 منه على الأشخاص الاعتبارية العامة قبول التحكيم، وهو ما يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة إلى أنه: "أياً ما كان أساس الحظر المفروض على الدولة لإبرام اتفاق التحكيم، فإن هذا الحظر يبقى قاصراً على العقود التي تتم وفقاً للنظام الداخلي، وليس تلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي، فوفقاً لهذا الأخير يمتنع 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 وفقاً للحاجات والشروط التي تتفق مع عادات التجارة الدولية والنظام العام الدولي فهو اتفاق صحيح وله الفاعلية الكاملة<sup>2</sup>.

ولقد تعرضت محكمة استئناف باريس لمثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة catoil ضد الشركة الإيرانية<sup>3</sup>. حيث قضت ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الأخيرة إلى أنه: "بالنسبة

<sup>1</sup>-C.A de paris ,28juin 1991, rev .arb,1992.p569 note p. pellet.

<sup>2</sup>-CA de paris du 13/06/1996,rev.arb, 1997 p251, note E. gaillard.

<sup>3</sup>- CAde paris du 17/12/1991,rev.arb,1993 p 281, note herve synvet.

« s'agissant du contrats internationaux passés pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce international la convention d'arbitrage est conformes à l'ordre public international qui est au contraire , interdisant à une entreprise publique de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire à posteriori à l'arbitrage convenu entre les parties de même , sa cocontractante ne peut pas davantage fonder sa contestation de la capacité et des pouvoirs de cette entreprise publique sur les dispositions du droit national de celle-ci. ».

للعقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية، وطبقا لشروطها ومقتضياتها، يعد الاتفاق على التحكيم متماشيا مع النظام العام لدولي الذي يخطر على المشروع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التوصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقا بين الأطراف، كذلك فإن الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام ، إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع ."

ويرجع النزاع القائم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول وشركة catoil وهي شركة تتمتع بجنسية دولة بنما، إلى المنازعات الناشئة بشأن العقود المبرمة بينها في عامي 1980-1981 والتي انصب محلها على قيام إيران بتصدير المواد الخام من خلال شركة catoil وذلك مقابل إمداد إيران بمواد مصنعة تحتاجها هذه الدولة . ولقد نصت العقود المبرمة بين الطرفين صراحة أو عن طرق الإشارة أو الإحالة فيما بينها على التحكيم.

وبناء على قرار صادر من الشركة الوطنية الإيرانية للبترول بتخفيض الكميات المفروض تسليمها إلى شركة catoil ، حبست شركة catoil مبلغا إجماليا قدره 122.174.898 دولارا أمريكيا وذلك من أجل التزام الشركة الإيرانية على تنفيذ العقود المبرمة بينهما ، وعلى أثر ذلك بدأ أعمال إجراءات التحكيم بين الطرفين . ولقد دفعت شركة catoil بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم أهلية الشركة الوطنية الإيرانية للبترول لقبول شرط التحكيم دون الترخيص المسبق بقبول التحكيم من قبل البرلمان الإيراني وذلك احتراماً للنصوص الدستورية في الجمهورية الإيرانية الإسلامية وخاصة المادة 139 من الدستور .

وهو الدفع الذي لم يلق قبولا لدى محكمة التحكيم، والتي أصدرت حكما جزئيا باختصاصها بنظر النزاع ثم أصدرت بعد ذلك حكما نهائيا بإلزام شركة catoil برد المبالغ التي احتجزتها إلى الشركة الإيرانية ، وهما الحكمان اللذان طعن عليهما بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس والتي أصدرت بشأنها حكما المتقدم الذي أكد

على عدم سريان الحظر الوارد في الأنظمة القانونية الداخلة في إطار العقود الدولية وذلك بغض النظر عن من يتمسك بهذا الحظر سواء كان الذي يتمسك به هو الدولة أو أحد أجهزتها أو الطرف المتعاقد معها.

### الفرع الثاني : القانون الجديد بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيزه.

هنا يمكن للدولة أن تنهزب من شرط التحكيم في عقود الاستثمار وتتمسك بأن قانونها الوطني الذي تم تعديله أصبح لا يجيز التحكيم فقد توصلت هيئة التحكيم إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة، فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها<sup>1</sup>.

ولعله من المفيد في هذا الصدد الإشارة إلى واقعتين عرضتا على قضاء التحكيم وتترجمان حالة تمسك الدولة بالقانون الوطني اللاحق في صدوره على إبرام شرط التحكيم كعقبة تحول دون ترتيب شرط التحكيم لأثره ، الأولى قضية el faquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترو. وقضية Framatome ضد الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية وسنعرض لهما تباعا.

### قضية el faquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترو:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن المجلس الشورى للجمهورية الإسلامية الإيرانية أصدر قانونا في 08 جانفي 1980 ، تم بمقتضاه إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول التي تعتبرها هذه اللجنة غير متماشيا مع القانون الإيراني الصادر عام 1951 والذي تم بمقتضاه تأمين صناعة البترول في إيران، وإعمالا لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بإبطال العقد المبرم بين شركة elfaquitaine والشركة الوطنية الإيرانية للبترو في عام 1966 وهو ما دفع شركة elfaquitaine إلى الالتجاء إلى التحكيم إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما والذي تم إبطاله ، ولقد تمسكت هذه الشركة الإيرانية بعدم اختصاص المحكم إعمالا للقانون الإيراني الذي صدر بعد توقيع العقد.

<sup>1</sup>- (B) appetit , arbitrage et contrat d'état , l'arbitrage framatome et autre , c /atomic energy organisation of Iran , JDI, 1984.p 37.

ولقد اثبت المحكم الوحيد Bernhard gonard أن هناك مبدأ عاماً في القانون الدولي يلزم الدولة بشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بواسطتها، أو بواسطة إحدى الشركات العامة التابعة لها، ويحظر عليها إلغاؤه في وقت لاحق بإرادتها المنفردة<sup>1</sup>، هذا وقد أضاف أن هذا المبدأ معترف به من جانب اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المبرمة في واشنطن عام 1965 في المادة 25 منها. وقد تم تطبيقه من قبل العديد من أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية.<sup>2</sup>

وكما نص معهد القانون الدولي، في قراره الصادر في 18 سبتمبر 1988، على أن الدولة أو أحد مشروعاتها، أو وحداتها لا تستطيع أن تحتج بعدم أهليتها في إبرام اتفاق التحكيم، مادامت قد قبلته<sup>3</sup>، هذا وقد استخلص البعض قاعدة موضوعية عبر دولية فيما يتعلق بتسوية منازعات الاستثمار بالتحكيم الدولي مفادها أن الدولة وأشخاصها العامة، لها أهلية اللجوء للتحكيم<sup>4</sup>.

أضف إلى ذلك أن المتعاملين في التجارة الدولية، يفضلون حل منازعاتهم عن طريق التحكيم، رغبة منهم في استبعاد اختصاص القضاء الوطني، في الدول المختلفة وعدم التقيد، بالقواعد الوضعية السائدة في أي دولة من الدول، ذلك الأمر الذي يساعد على تكوين قواعد دولية مستقلة عن القواعد الوضعية السارية في الدول المختلفة وفقاً لهذا التنظيم، لا شك في أن ينشأ نظام عام مشترك يختلف عن النظام العام الوطني، لأن

<sup>1</sup> - sentence préliminaire du 14 janvier 1982, rev.arb ,1984,p 397.

(ph) Fouchard, l'arbitrage elfaquitane IRAN C/national iranian oil company , une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage, rev .arb 1984.p 333. Et 5

« c'est un principe reconnue du droit international qu'un état est lié par une clause d'arbitrage contenue dans un accord conclu par l'état lui-même ou par une société detenu par l'état , et ne peut ulterieurment supprimer unilateralement l'accès de l'autre partie au système envisage par les parties dans leur accord en ce qui concerne le règlement des litiges »

<sup>2</sup> - سراج أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، المرجع السابق، ص 83 .

<sup>3</sup> - أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 303.

<sup>4</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 121.

المحکم لا يطبق في العادة قانون دولة معينة ، وإنما يطبق قواعد مشتركة تتفق بالضرورة مع اعتبارات النظام العام الدولي<sup>1</sup>.

وفي قضية **framatome** والتي تتعلق باتفاق هيئة الطاقة الذرية الإيرانية مع الشركات الفرنسية **framatome, alsthom-atlantique et spie Batignoles** ، على إنشاء مفاعل نووي، فقد لجأت هذه الشركة إلى التحكيم للمطالبة بمستحققاتها المقررة بموجب الاتفاق ، المبرم في 28 سبتمبر 1977، فدفعت الهيئة الإيرانية ببطلان العقد الأصلي المبرم في 8 سبتمبر 1977 استناداً 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 انتهت هيئة التحكيم في هذه القضية إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة أو دستورها من تعديل ، إذ أكدت أن ذلك يعتبر مخالفاً لمبدأ الفاعلية ، فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها العامة التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية<sup>2</sup>.

وهكذا يتضح أن الدولة بعد موافقتها على التحكيم في عقود الاستثمار لا يمكنها التهرب منه بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم ، باعتبار أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم خاضعاً للنظام العام الدولي، ومن مبادئ هذا النظام أنه لا يجوز للمشرع الوطني التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم ، كما لا يجوز التخلص من اتفاق التحكيم بحجة صدور قانون جديد يبطل التحكيم صدر بعد توقيع عقد الاستثمار، فالقيود التي تصدر تكون

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية 2003، ص41.

<sup>2</sup> - أنظر في تفصيل الوقائع الخاصة بهذه القضية ، حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ص89.

مشوبة بالغش بقصد التهرب من شرط التحكيم لسبب أو لآخر ارتأته الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوي القائمة<sup>1</sup>.

وعلى هذا فإن مجرد وجود اتفاق التحكيم يكفي لقابلية 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 بقانونها للتخلص من موافقتها.

**المطلب الثالث: التحكيم في عقود الاستثمار وإشكالية النظام العام .**

يشكل النظام العام عقبة أمام اتفاق التحكيم ، حيث يمكن القول بأن هذه المنازعات ليست قابلة للتحكيم، أو أن شرط التحكيم باطل بسبب أن موضوع النزاع غير مشروع.

ويقصد بالنظام العام برأي مجمل الفقه<sup>2</sup> "مجموع القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح فردية، وذلك لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة".

وللنظام العام علاقة وثيقة مع القابلية للتحكيم ، إذ أن الكثير من الدول، اعتمدته كمعيار للقابلية للتحكيم ، كما أن الفقه والاجتهاد عملا به وطوراه إلى درجة دفعت البعض إلى التشكيك بمسألة ارتباط القابلية للتحكيم بالنظام العام كمعيار ناظم لها والنظام العام سواء في إطار العلاقات الداخلية ، أم في إطار العلاقات الدولية، يرمي إلى تحقيق هدف رئيسي واحد، هو حماية النظام القانوني الوطني، وتدعيم قوانين

<sup>1</sup> - فريجة حسين/أثر التحكيم في عقود الاستثمار الدولي ، الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، جامعة الجزائر، سنة 2014، ص265.

<sup>2</sup> -Fouchard , Gaillard ; Goldman,op.cit. p 329.

-أنظر أيضا : هاني محمود حمزة ، النظام القانوني الواجب إعماله على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، سنة 2008 ، ص102.

الدولة الأساسية<sup>1</sup>. سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها (النظام العام الداخلي) أم عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية التي لا يتفق تطبيقها مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني<sup>2</sup>.

ولكن إذا كان النظام العام الدولي يتسم بالصفة الوطنية، فما الذي يميزه عن النظام العام الداخلي؟.

إن النظام العام الداخلي يشكل قيوداً على حرية الأطراف وقيوداً على إرادتهم، وبالتالي يستبعدها متى كانت مخالفة له، في حين أن دور النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص ينحصر باستبعاد القانون الأجنبي<sup>3</sup> المخالف للمفاهيم والأسس

<sup>1</sup> - أياد بردان ، التحكيم والنظام العام، المرجع السابق، ص391.

وفي حكم لمحكمة استئناف القاهرة في القضية بين وزير السياحة /شركة مجمع الأمل السياحي صورة واضحة لما يمكن أن يكون مخالفاً للنظام العام في الدولة المتعاقدة فقد قررت المحكمة "وحيث أنه عن النعي على حكم التحكيم الطاعن بالبطلان قولاً بأنه تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية ، فإنه لما كان الحكم المذكور قضى بمسؤولية وزارة السياحة عن عدم تسليم الأرض التي تشغلها وزارة الدفاع بقواتها إلى الشركة المدعى عليها، وبأحقية هذه الأخيرة في حبس باقي ثمن الأرض المبيعة حتى قيام الوزارة الأولى بتسليمها أرض القوات البحرية وحرس الحدود ومن ثم فقد ربط هذا القضاء من قيام وزارة السياحة بتسليم الأرض التي تشغلها وزارة الدفاع بعد إخلالها من قواتها ومعداتها الأربعة للأزمة للدفاع عن البلاد إلى الشركة المدعى عليها من ناحية، وبين حصول الوزارة البائعة على أربعة أخماس ثمن الأرض المبيعة كلها، وحكم التحكيم بذلك يكون قد قضى بالتزام وزارة السياحة بتسليم أرض القوات البحرية وحرس الحدود ثم التزامها بالتعويض جزاء عدم قيامها بالتسليم ، ولما كان تمكين الشركة المدعى عليها من مساحة الأرض التي تشغلها وزارة الدفاع على النحو المتقدم يتضمن مخالفة للنظام العام اعتباراً بان تلك المساحة من الأموال العامة ومخصصة لأغراض الدفاع عن إقليم الدولة من جهة الخارج وتأمين سلامة البلاد وأمنها تحقيقاً للمصلحة العليا للجماعة ، وبالتالي يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام التصرف فيها، إذا كان ذلك وكانت الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون التحكيم قد جرت على أن تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان لمخالفته للنظام العام يكون في محله ويتعين قبوله".

أنظر: هاني محمود حمزة ، المرجع السابق، ص104.

<sup>2</sup> - فؤاد رياض ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 1992، ص136.

<sup>3</sup> - حول دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي راجع: -حفيظة السيد الحداد القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص267، سامي منصور ، الوسط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، 1994، ص773.

الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي بحيث أن تطبيق هذا القانون يكون متعارضاً بشدة مع المفاهيم السائدة في دولة القاضي الناظر بالنزاع.

وبالتالي فإن الصفة الوطنية للنظام العام الدولي لا يعني اختلاطه بالنظام العام الداخلي، فكل من النظامين العامين علاقته التي تحركه والدور الذي يلعبه، فعلاقات النظام العام الدولي هي العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي وعلاقات النظام العام الداخلي هي العلاقات الداخلية المجردة .

وتفسير أي من النظامين لا يكون من خلال فكرة سمو النظام العام الدولي على الداخلي أو العكس، بل من خلال تحديد نطاق أثر كل منهما.

ويقول الدكتور سامي منصور إن النظرة تختلف إلى النظام العام في التحكيم الدولي عنها في التحكيم الداخلي، فهو نظام عام دولي في الحالة الأولى، ونظام عام فقط في الحالة الثانية، والفرق بين الحالتين ، فإذا كان كل من النظامين العامين، الدولي والداخلي هو من إعداد وطني، ويقوم كل منهما على مخالفة قاعدة أساسية يقوم عليها المجتمع الوطني ، إلا أن لكل منهما دور ونطاق مختلف<sup>1</sup>.

إن النظام العام يحد من أهلية الخضوع للتحكيم<sup>2</sup>، بسبب موضوع النزاع القابل عرضه على التحكيم وليس لشخص المائل أمام التحكيم، لذا فإن اكتمال الأهلية القانونية للدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى يتوقف على التكامل بين القابلية الشخصية والقابلية الموضوعية للتحكيم مع ضرورة صحة هذه الأخيرة.

وعلى هذا الأساس تعمل فكرة النظام العام بمعناها الدقيق على إيقاف القابلية للتحكيم الموضوعية من خلال آليتين ، الأولى وهي ارتباط النظام العام بمصلحة المجتمع العامة والنزاع في هذه الحالة يطرح فقط أمام القاضي الوطني، مع استحالة عرضه أمام التحكيم ، لما للنزاع من علاقة وثيقة بالسيادة الوطنية للدولة أو

<sup>1</sup> - سامي منصور، نظرة في التحكيم الدولي، المجلة اللبنانية لتحكيم العربي والدولي، العدد ، 17 ، 2001، ص 17 .

<sup>2</sup> - الفقرة الثانية من المادة 1006 من ق.ا.م.ا.ج التي تنص "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

المؤسسات العامة، والتخوف من المساس المباشر بحقوق المجتمع<sup>1</sup>، فحق التصرف في الحقوق المانحة لأهلية اللجوء إلى التحكيم كما وردت في الفقرة الأولى من المادة 1006 من ق.ا.م.ا.ج ليست بالإطلاق الممكن تصوره، إنما قد قيدتها الفقرة الثانية من نفس المادة، بما يسمى النظام العام المعمول به في الدولة، ما يستخلص أن أشخاص القانون العام لا يمكنها التصرف في الحقوق العامة للمجتمع بصفة مطلقة كما هو متصور، فهي مجرد راعية لهذه الحقوق، ونظرا لعداستها أطرها المشرع تحت فكرة النظام العام.

أما الآلية الثانية فتتمثل في دور المحكم في إثارة فكرة النظام العام عند فصله في النزاع الذي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه. ليكون دور النظام هنا ليس بالمانع القانوني، إنما قيادا على الحكم فقط، وللمحكم بذلك تحديد عواقب مخالفة النظام العام في اتفاقية التحكيم، وعليه فالمحكمة التحكيمية لها صلاحية تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام، ومعاقبة انتهاكها بإبطال اتفاقية التحكيم<sup>2</sup>.

في حين أن المسألة ليست بالسهولة المتوقعة، فقانون الدولة أحيانا غير فعال أمام هيئات التحكيم الدولي، خاصة إذا ما تعلق النظام العام بمسألة قانونية داخلية لا يمكن اعتبارها دولية من قواعد النظام العام الدولي، لتطرح بذلك المسألة بشكل أكثر تعقيدا للحد من هذه الأهلية بموجب نص قانوني داخلي.

فالالاتجاه السائد في التحكيم الدولي وهو تبني النظام العام الدولي دون النظام العام الداخلي، لتفسره التطبيقات العملية على ضوء القيم والمصالح العليا للدول المتقدمة دون باقي الدول، لتكون بذلك الدولة المضيفة الطرف الأضعف عند مواجهة المستثمر الأجنبي أمام هيئات التحكيم الدولية<sup>3</sup>، وهذه النتيجة يمكن استخلاصها من

<sup>1</sup>– Hocine, Farida l'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de de l'arbitrage commercial, thèse pour le doctorat, université mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 20 juin 2012, p116.

<sup>2</sup>–p, level, l'arbitralité, rev. arb, n° 02.. 1992.. p213.

<sup>3</sup>– لافي محمد داراركة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة لاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون

كثير من التطبيقات العملية نشير إلى تطبيقين كونهما يتعلقان بعقود الاستثمار. القضية الأولى : omnium de traitement et de valorisation S A V Hilmarton Ltd. يدور موضوع هذه القضية حول عقد استثمار بين الحكومة الجزائرية وأحد المستثمرين الأجانب في موضوع الصرف الصحي لمدينة الجزائر العاصمة ، وكانت هناك وساطة لطرف ثالث في إبرام هذا العقد مقابل مبلغ معين، بعد إبرام العقد حصل الوسيط على جزء من المبلغ المتفق عليه وامتتع الطرف المتعهد بدفع المبلغ عن دفع باقي المبلغ ، ونتيجة لذلك أحيل النزاع إلى التحكيم مرتين وأخيرا قدم حكم التحكيم عن التحكيم الأخير للتنفيذ أمام القضاء الانجليزي، وتبين أن العقد الأصلي غير قانوني لمخالفة النظام العام في الجزائر، إلا أن هيئات التحكيم لم تعتبر ذلك مخالفا للنظام العام الدولي وحسنت النزاع لصالح المستثمر الأجنبي<sup>1</sup>.

القضية الثانية: إنشاء كازينو في منطقة البحر الميت في الأردن.

ويتلخص مضمون هذا النزاع باتفاق أحد الحكومات الأردنية مع مستثمر إنجليزي لإنشاء كازينو في منطقة البحر الميت ، وتضمن هذا الاتفاق شرط التحكيم ، بعدها قامت الحكومة الأردنية بإنهاء هذا العقد ، وتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم ، وحاولت الحكومة الأردنية التحلل من العقد على أساس أنه مخالف للنظام العام الأردني ، إلا أن تجربتها السابقة في عقود أخرى غيرت من آلية الحكومة الأردنية في تسوية هذا النزاع . ففي التجارب السابقة، والتي كانت فيها الحكومة الأردنية تتخلص من شرط التحكيم على أساس أنه مخالف للنظام العام الأردني، كان دائما الطرف الأجنبي يتمسك بالتحكيم أمام هيئات التحكيم الدولية، ويحصل على أحكام لصالحه ويقوم بتنفيذه على أموال الأردنية الموجودة في الخارج، هذه التجارب دفعت بالحكومة الأردنية إلى تجنب تجاهل شرط التحكيم الوارد في عقد الاستثمار في هذه القضية إدراكا منها بأن النظام العام الدولي سوف يكون لصالح المستثمر

التاسع عشر "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية و أثرها على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة" جامعة الإمارات العربية المتحدة 25 و27 أبريل 2011، ص1376 .

<sup>1</sup> - لافي محمد دراركة، المرجع السابق، ص1376 .

الأجنبي، وأخيرا تمكنت الحكومة من إجراء تسوية ودية مع المستثمر الأجنبي وألغت مشروع إنشاء الكازينو<sup>1</sup>.

وعليه ، فإن أحكام هاتين القضيتين ينفيان الآلية الثانية المطروحة أعلاه، ويعود السبب في ذلك إلى ضعف القانون الوطني في مواجهة سلطات هيئات التحكيم الدولي المطلقة، لذا فإن الانعكاس ضد أهلية الدولة دوليا، يكون عند مخالفة موضوع اتفاقية التحكيم للنظام العام الدولي دون الداخلي.

من خلال ما تقدم نرى أنه لا يجوز للدولة بعد إبرامها شرط التحكيم بإرادتها الحرة ، أن تتصل عن ذلك بحجة الدفع إما بعدم أهليتها وأهلية الأشخاص الاعتبارية العامة، أو بحجة عدم قابلية محل النزاع للتحكيم ، طالما ارتض بذلك وبموافقتها المسبقة، أما إذا كانت منضمة لاتفاقية دولية تنظم التحكيم ، فإن دفعها بذلك يتعارض مع بنود الاتفاقية ، ومع النظام العام الدولي، كما أن التحكيم إذا كان محضورا في المنازعات الوطنية فلا يجب ولا يلزم اعتباره كذلك في المنازعات ذات الطابع الدولي، ويقف النظام العام الدولي في مواجهة للدولة أو الشخص المعنوي العام والذي يتعامل مع جهة أجنبية ويقبل شرط التحكيم الذي تم إبرامه معه ثم يعود ويتمسك ببطلان الشرط الذي سبق له قبوله استنادا إلى قوانينها الوطنية ، ثم أنه يبعث عدم الثقة لدى المستثمر الأجنبي بالدخول باتفاقيات استثمارية.

هذا وقد استخدمت فكرة النظام العام الدولي في السماح لمنازعات الدولة بالتحكيم، كما أن معظم أحكام التحكيم ، أخذت بالاتجاه المعمول به، وهو الاعتراف للدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة بقدرتها في اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار ، ذلك الذي يؤدي إلى زيادة الثقة في التحكيم الدولي كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار.

<sup>1</sup> - لافي محمد درادكة، المرجع السابق، ص 1377.

**المبحث الثاني: المشاكل العملية التي تعوق التحكيم.**

لاشك أن التحكيم كوسيلة تقوم على فض المنازعات مهما بلغت جديتها في بلورة أسس وقواعد خدمة الأطراف التي تلجأ إلى الاستفادة من خدماتها ستعاني من عقبات قد تحول دون إتمام جدية تنفيذ ما يصدر عنها من قرارات، أو ما يترتب عنها من آثار، في مختلف مراحل التحكيم، بدءاً من اتفاق التحكيم، وانتهاءً بحكم التحكيم وتنفيذه، مروراً بتشكيل هيئة التحكيم وبإجراءاته ويتناول هذا المبحث، بعض مشاكل التحكيم عند الاتفاق عليه من واقع النصوص القانونية التي تحكم المسألة والحياة العملية بشأن هذه المشاكل، على أن وجود هذه الأخيرة ينبغي أن لا تقلل من أهمية التحكيم خاصة في مجال الاستثمار.

**المطلب الأول: المشاكل العملية ذات الصلة برداءة صياغة اتفاق التحكيم.**

اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار وهو تراضي الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات الناشئة عن هذا العقد، أو التي يمكن أن تنشأ عنه بحكم ملزم لهم، بدلاً من قضاء الدولة. وفي هذا الإطار يجب أن يصاغ اتفاق التحكيم، شرطاً كان أم مشاركة بشكل سليم وواضح.

يعد شرط التحكيم هو حجر الأساس في العملية التحكيمية، فكلما زادت الكفاءة والمهارة اللتان كتب بهما شرط التحكيم، كلما زادت ضمانات حسن سير إجراءات التحكيم، وعلى العكس من ذلك، كلما كان عدم الاهتمام بحسن صياغة شرط التحكيم طاغياً، كلما ارتفع حد المخاطر في تفعيل شرط التحكيم وكان سبباً في إثارة العديد من المشاكل الإجرائية التي قد تجعل السير في التحكيم شاقاً على طرفيه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - حسب إحصائيات لقضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي تم تسجيل أكثر من 1045 قضية لديه، ما يقرب من 40% من الشروط التحكيمية المدرجة في عقود تلك القضايا تتضمن عيوب صياغة، فمنها ما ورد على نية الاتفاق على التحكيم وبعضها كان محله النطاق الموضوعي لشرط التحكيم، وأكثرها كان ينصب على اختيار القانون الذي يحكم الإجراءات وسائر هذه الصياغات تتناول طرق تشكيل هيئة التحكيم أو اسم المركز أو المؤسسة التي تدبر النزاع وفي هذا أنظر هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها، مجلة التحكيم العربي العدد 24، 2015، ص 181.

والواقع العملي يظهر أن اتفاقات التحكيم في عقود الاستثمار تصاغ بنحو رديء وغامض، بنحو قد يقود إلى استحالة أعمال اتفاق التحكيم ، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل أهمها:

- تهاون الشركات والمشروعات والأفراد في اختيار من يقوم بصياغة العقود واتفاقات التحكيم، فغالبا ما يقوم بإبرام وصياغة تلك العقود والاتفاقات أشخاص غير مؤهلين، كرئيس مجلس الإدارة أو المدير أو رئيس قطاع العمليات التجارية والمشتريات، الذين لا يدركون المعاني الخفية ، والبعد القانوني الكامن وراء هذا اللفظ أو تلك العبارة. وإذا كنا لا ننكر أن العقود الدولية تكون معقدة ومتشابكة تتدخل فيها جوانب اقتصادية وقانونية وتقنية ومالية، ويجب أن يشارك المختصين في كل هذه الجوانب، في صياغة تلك العقود، إلا إننا ننبه إلى أهمية عدم إفراط مدراء الشركات والمؤسسات في الاعتقاد بكفاءة الملحقين المهنيين لديهم في النهوض كليا بعبء تحرير وصياغة العقود.

غياب العنصر القانوني في تشكيل فريق التفاوض وتحرير العقد الدولي، ليس هذا وحسب، فقد يتواجد المستشار أو الخبير القانوني بين أعضاء هذا الفريق غير أنه قد تنقصه الخبرة والدراية الكافية ببعض المسائل الخاصة بالمعاملات الدولية، لاسيما أمور الاختصاص القضائي والتحكيم وتنازع القوانين.

إن التنسيق بين أعضاء فريق تحرير العقد والتفاوض حوله أمر واجب، وأي خلل في تكوين ذلك الفريق وعدم تطعيمه بالعنصر القانوني المدرب والخبير، كفيل بأن يورط الشركة أو المؤسسة الاستثمارية في منازعات قد تؤثر ، ليس فقط، على سمعتها، بل على وجودها ذاته<sup>1</sup>.

ومن هنا تظهر أهمية الحيطة والحذر في تحرير عقود الاستثمار الدولية، والانتباه إلى صياغة شرط التحكيم، بكل الدقة والوضوح من واقع الممارسات العملية، والمشاكل التي يثيرها تفسيره أمام هيئات التحكيم، وقد أدت الصياغات المختلفة لاتفاقات التحكيم إلى ظهور أنواع منها:

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، لمرجع السابق، ص154.

**الفرع الأول: شرط التحكيم المعتل: la clause d'arbitrage pathologique.**

لقد تم اعتماد تسمية اتفاقات التحكيم بالمعتلة اتفاقات التحكيم وعلى وجه الخصوص شروط التحكيم، تلك الاتفاقات على التحكيم التي تقوم بإحداث اضطراب للسير العادي للعملية التحكيمية<sup>1</sup>.

فاعتلال شرط التحكيم ظاهرة موجودة منذ القدم<sup>2</sup>، ومن الأمور الشائعة في صياغة اتفاقات التحكيم، ورودها مضطربة غامضة، بل متناقضة أحيانا، لا يتفق مضمونها مع حقيقة الألفاظ والعبارات المستخدمة في الصياغة، ومع ما يرغب فيه الأطراف، تلك هي اتفاقات التحكيم المعتلة، أو المريضة صياغيا<sup>3</sup>.

وقد يظهر الاعتلال ليس فقط في غموض واختلاط الألفاظ، بل أيضا في عدم التحديد الدقيق للهيئة أو الجهة التي تتولى التحكيم، بل الأكثر من ذلك، عدم الوضوح في مبدأ اللجوء إلى التحكيم ذاته<sup>4</sup>. لهذا يتعين علينا تحديد مفهوم شرط التحكيم المعتل (البند الأول) حالاته (البند الثاني) ثم التعرض إلى كيفية معالجته حتى يصبح منتجا لأثاره (البند الثالث).

**البند الأول: مفهوم شرط التحكيم المعتل.**

يقصد بشرط التحكيم المعتل هو ذلك الشرط الذي يحزر بطريقة رديئة من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل السير الحسن لعملية التحكيم، وقد يكمن إما في عدم التدقيق في إجبارية التحكيم من عدمه، أو الإشارة إلى التحكيم والقضاء الوطني كوسيلة لفض المنازعات، أو وجود شرط يؤدي إلى عدم وضوح إرادة الأطراف حول لجوء الأطراف إلى التحكيم. أو أي آلية أخرى لفض المنازعات التي قد تثور بينهما، أو

<sup>1</sup>-Fouchard,gaillard,goldman, op.cit ,p 283.

<sup>2</sup>-Emanuel jolivet, la clause compromissoire pathologique, les cahiers de l'arbitrage, 2010-I, p 81.

<sup>3</sup>- Eiseman .f, clause d'arbitrage pathologique , essai in mémorial engenio minoli V.T.E.T. 1974.p129.

<sup>4</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص155.

شرط اللجوء إلى التحكيم دون التأكيد إذا كان هذا التحكيم خاص أو مؤسساتي إلى غير ذلك من الحالات التي تجعل شرط التحكيم لا يؤدي المدلول الخاص به<sup>1</sup>. ويسمى بالمعتل *pathologique* وهو مصطلح طبي يعني علم الأمراض وسبب التسمية هذه هو أن الصياغة المعيبة للشرط تصيبه بمرض أو علة، قد يمكن شفاؤه عن طريق تفسيره بشكل يقترب من الواقع ويلبي رغبة الطرفين ويبدو أن أول من استعمل المصطلح هو <sup>2</sup>Eiseman في بحثه المنشور حول الشرط التحكيمي المعتل<sup>3</sup>.

يتبين مما سبق ذكره أن المصطلح الحديث الذي يطلق على شرط التحكيم الذي يشوبه عيب في الصياغة والذي عبرنا عنه بشرط المعتل يمكن اعتباره صحيحا وناظرا إذا أمكن التوصل إلى معرفة الإرادة المشتركة للطرفين. **البند الثاني: حالات شرط التحكيم المعتل.**

نتطرق لشروط التحكيم المعيبة من خلال السياق المنطقي للسير في إجراءات التحكيم ، فأول ما سيتم تناوله تلك الشروط التي تهدد صياغتها نية الاتفاق على التحكيم كوسيلة للفصل في النزاع من قبل أطراف التعاقد، وكيف يمكن أن يؤدي تبني الأطراف لصياغة غير واضحة في الاتفاق على التحكيم إلى انعدام شرط التحكيم ذاته واعتباره كأنه لم يكن ، وما هي الصعوبات والمشاكل التي تواجه الأطراف حال جمعهم التحكيم بوسائل أخرى للفصل في النزاع ، ثم يلي ذلك كيفية تحديد النطاق الموضوعي لشرط التحكيم وأثره على إدخال المنازعات داخل نطاق شرط التحكيم إلى غير ذلك من الحالات التي تعيب هذا الشرط وتجعله معتلا أي مريضا صياغيا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-Christophe seraglini , Jérôme ortscheist, Droit de l'arbitrage interne et international ; montchrestien , l'extenso édition , 2016,p 629.

<sup>2</sup>- Eiseman .F , op.cit, p 120.

<sup>3</sup>- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق، ص212.

<sup>4</sup> - H.Scalbert et L.Marville, les clauses compromissaires pathologiques , rev.arb, 1988. P 117. Et ss.

أولاً: عيوب صياغة تتعلق بوجود اتفاق التحكيم:

من خلال دراسة شروط التحكيم التي عرضت على مراكز التحكيم الدولية، اتضح أن بعضها يكتنفه الغموض فيما يتعلق بنية الاتفاق على التحكيم بين طرفيه ، وذلك إما بإضفاء بعض الألفاظ التي تدل على عدم إتمام الاتفاق أو الجمع بين أكثر من وسيلة لتسوية ذات المنازعات في ذات الاتفاق ومن بينها التحكيم.

#### 1- عدم انعقاد الاتفاق على التحكيم:

التحكيم طريقة رضائية لتسوية المنازعات يستلزم الاتفاق عليه النص على ذلك صراحة وكتابة ، ومن المستقر عليه قضاء أن النظام القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضی الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة أو عقدية، فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها. وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم<sup>1</sup>.

لذلك يجب النص على اللجوء إلى التحكيم بواسطة استخدام صيغة جازمة حازمة كاشفة عن نية الأطراف الصريحة في اختيار التحكيم طريقاً لحل المنازعات عوض اللجوء إلى قضاء الدولة أو أي وسيلة بديلة لحل المنازعات مثل التوفيق أو الوساطة ، فاستخدام صيغة تدل على عدم إتمام الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لم يعد نهائياً وبحاجة إلى تأكيد من أطرافه يؤدي إلى عدم وجود اتفاق التحكيم، وبالتالي عدم إمكانية رفع دعوى تحكيمية دون اتفاق لاحق بين أطراف التحكيم<sup>2</sup> ومن أمثلة هذه الشروط النص على انه : "...يجوز لأي من الأطراف تقديم النزاع إلى التحكيم وفقاً للإجراءات التالية...". نجد أن لفظ يجوز في هذا الشرط يجعل اللجوء إلى التحكيم أمراً محتملاً، فالتحكيم كوسيلة لحل النزاع جوازي ، للأطراف اللجوء إليه

<sup>1</sup> - حسين مصطفى فتحي، أهم المبادئ المستنبطة من القضاء المصري في شأن التحكيم، مجلة التحكيم العربية، ع 08، أوت 2005 ، ص165.

<sup>2</sup> - هبة أحمد سالم ، المرجع السابق، ص181.

من عدمه ، فهو غير ملزم، أو النص على أنه "إذا لم يتم حل الخلاف بين الطرفين وديا ، يتفق الطرفان على أن يحال النزاع على هيئة التحكيم". قد يثير هذا الشرط خلافا حول ما إذا لم يتم حل الخلاف وديا يتفق الأطراف لاحقا على التحكيم أم المقصود أن الاتفاق قد تم وإنما اللجوء إلى التحكيم يتم بعد محاولة حل النزاع وديا.

كما ورد في مثل هذا الشرط الذي عرض على مركز القاهرة الإقليمي "مناقشة أوجه الخلاف من خلال لوائح مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بواسطة ثلاثة محكمين من خلال المركز "يثير لفظ "مناقشة " استفسار عما إذا كانت الآلية المقصودة التحكيم أم الوساطة أو الوسائل السلمية لحل المنازعات . فالتحكيم وسيلة بديلة لحسم النزاع ، يسفر عن حكم تحكيم له قوة تنفيذية وليس مناقشة لأوجه الخلاف مثل الوساطة ، والذان عن طريقهما يتم مناقشة أوجه الخلاف بين طرفي النزاع في وجود طرف محايد يساعد الأطراف على تقليل هوة الخلاف بينهما ولا يصدر قرارات أو أحكام . فما هي نية الأطراف من هذا الشرط؟<sup>1</sup>

## 2- الإتفاق على أكثر من وسيلة للفصل في المنازعات من بينها التحكيم.

يؤثر اتفاق الأطراف في العقد المبرم بينهم على أكثر من وسيلة لتسوية المنازعات من بينها التحكيم، ونعرض فيما يلي لبعض الأمثلة من هذه الشروط التي ترد على المراكز التحكيمية المتخصصة ومن بينها:"أي خلافات يتم تسويتها طبقا للمحاكم الوطنية... وفي حالة أي خلاف أو نزاع أو دعاوي أو خلافات جوهرية التي تنشأ بين الطرفين بسبب أو بالارتباط بهذا العقد أو علاقة الطرفين بما في ذلك أي مسألة تتعلق بوجود العقد أو صلاحية أو انتهائه فسيتم إحالتها وتسويتها نهائيا عن طريق التحكيم، "تضمن عقد آخر الشرط الآتي:"يتم فض أي خلاف بين الطرفين باللجوء إلى المحكمة الاقتصادية... يبدأ التحكيم بتوجيه أي من الطرفين إعلانا برغبته في اللجوء إلى التحكيم.. " وفي جميع الأمثلة السابقة اتفق الطرفان على وسيلتين لحل المنازعات هما اللجوء إلى القضاء العادي واللجوء في ذات الوقت وبشأن ذات المنازعات إلى التحكيم. تثير هذه الحالات تساؤلا حول الجهة المختصة

<sup>1</sup> - هبة أحمد سالم، نفس المرجع ، ص185.

بالفصل في النزاع فإذا ثار نزاع بين الأطراف هل يكون القضاء هو المختص بحل النزاع باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل أم أن عليهم اللجوء للتحكيم للاتفاق عليه في شرط التحكيم وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى القضاء؟. كما يترتب على هذه الصياغة مشكلة أخرى، إذ قد يلجأ أحد الأطراف إلى المحاكم الوطنية للفصل في النزاع، فتحكم المحكمة بعدم القبول لوجود شرط التحكيم، وفي ذات الوقت قد يلجأ الطرف الآخر إلى التحكيم فيقضي بعدم الاختصاص للنص صراحة على المحاكم الوطنية، للعلم أن المحاكم الوطنية لا تحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها، وإنما يستلزم ذلك إثارة الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم في العقد محل النزاع من جانب الطرف الآخر<sup>1</sup>.

### 3- الخطأ بين التحكيم والوسائل الودية الأخرى لفض المنازعات :

تكون في هذه الحالة صياغة شرط التحكيم غامضة وغير واضحة والتي لا يفهم من ورائها ما هي الوسيلة التي أرادها الطرفين لفض المنازعات المحتملة بينهما، وقد تكون الإشارة إلى الوسائل الودية دون التأكيد على التحكيم لأن الوسائل البديلة تختلف من حيث الإلزامية ، فالتحكيم يكون الحكم فيه ملزماً في حين أن باقي الوسائل الأخرى تكون عبارة عن تقريب وجهات النظر كالوساطة والتوفيق، أما الخبير فهو يقدم رأي تقني، فني فقط حول القضية التي يعين فيها، لهذا لا بد من الإشارة إلى الوسيلة البديلة بصفة دقيقة حتى ينتج شرط التحكيم كل آثاره<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-Sadjo ousmanou , comment pévoir le recours à l'arbitrage dans un contrat ? revue camerounaise de l'arbitrage n°35 oct.nov .dec ,2006. P3. Sur le site [www.daldewolf.com,visite](http://www.daldewolf.com,visite) le 28 mai 2017.

<sup>2</sup>-Marie Helene marville costedeat, techniques de reglement des litiges, pathologies des clauses de reglement des differents et tehcniques d'interpretation , sur le site [www.institut-jdef.org](http://www.institut-jdef.org) .p2, visite le site 30 mai 2017.

ثانياً: عيوب صياغة تتعلق بالقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

عندما تتفق الأطراف على تسوية نزاعاتها عن طريق اللجوء إلى التحكيم، فقيام النزاع بينهما حتماً يؤدي إلى تداعي إجراءات التحكيم، وتتم هذه الإجراءات طبقاً لقواعد قانونية معينة.<sup>1</sup>

ولأن التحكيم يقوم على أساس اتفاق الخصوم فلا يمكن إنكار دور إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته، إلا أن إرادة الأطراف قد تختلف أو يشوبها القصور، لذلك من الضروري إيجاد ضوابط فنية أخرى يتم الاستعانة بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والمجال الحقيقي لقانون الإرادة ينحصر في عقود الاستثمار الدولية نتيجة لتباين الكثير من قوانين اختيار القانون الأقرب إلى نواياهم، فمبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة له الدور الهام في تحديد شروط التعاقد فكان من البديهي أن يكون له الدور البارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية.<sup>2</sup>

وقد يعهد الأطراف إجراءات التحكيم إلى قانون التحكيم وبالطبع يعد اختيار قانون تحكيم يطبق على الإجراءات أفضل بكثير من التنظيم الذاتي للأطراف لكافة الإجراءات بالنص عليها في اتفاق التحكيم وذلك لأن قوانين التحكيم المطبقة قد تولت تنظيم الكثير من التفاصيل الإجرائية التي لا تستلزم تنظيمها من قبل الأطراف مما يضمن صحة إجراءات التحكيم وبالتالي صحة حكم التحكيم عند صدوره وذلك فيما لا يتعارض مع النظام العام في بلد مكان التحكيم.<sup>3</sup>

وقد يتفق الأطراف على التحكيم المؤسسي وهو التحكيم الذي يتفق أطرافه على أن يتم بواسطة مركز تحكيم دائم للتحكيم أو منظمة تحكيم دائمة سواء كانت وطنية أو دولية، فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته، فمجرد اتفاق

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، المرجع السابق، ص3.

<sup>2</sup> - فؤاد محمد أبو طالب، لتحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص288.

<sup>3</sup> - فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف، ط. الإسكندرية، 2014، ص56.

الأطراف على إسناد التحكيم إلى منظمة تحكيم معينة يعني ضمناً الاتفاق على إتباع لائحتها بما تشمل عليه من قواعد فيما يتعلق بالإجراءات<sup>1</sup>. ويعد هذا الاختيار هو الأفضل في تحقيق مصلحة الأفراد، إذ أن الاتفاق على اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية يوفر على الأطراف الكثير من الوقت والجهد والمال. إلا أن هناك بعض الشروط التحكيمية ونظراً لصياغتها الغامضة والغير واضحة تؤدي إلى عدم إنتاج آثارها المرجوة ومن أمثلة ذلك:

### 1- عدم وضوح نية الأطراف في اختيار القانون الإجرائي المطبق على النزاع:

قد يتفق الأطراف في تسوية النزاع على الجمع بين نظامين إجرائيين مختلفين وهو ما لم ينص عليه قانون التحكيم، فمثلاً وبالنظر إلى شروط التحكيم التي تعرض على مركز القاهرة الإقليمي نجد أن أغلبية هذه الشروط التحكيمية تجمع ما بين قواعد المركز وقانون التحكيم المصري.

حيث عرض على المركز شرط ينص على ما يلي: "يتم التحكيم طبقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي طبقاً لقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته". ونص شرط آخر على أن "أي نزاع يتعلق بتفسير الاتفاق أو تنفيذه ولا يمكن الطرفين من تسويته ودياً يفصل فيه التحكيم طبقاً لأحكام قانون التحكيم 27 لسنة 1994 عن طريق مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وطبقاً للقواعد والإجراءات المعمول بها فيه" إلى غير ذلك من الأمثلة الواردة على مراكز التحكيم المتخصصة<sup>2</sup>.

فغالباً ما يكون دافع الأطراف من ذلك هو اعتقادهم أن النص على قواعد مؤسسية مع قانون التحكيم يؤمن إجراءاتهم عن طريق تكملة ما لم تنص عليه القواعد بنصوص قانون التحكيم أو العكس.

<sup>1</sup> جمال محمد الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، مصر، 2003.

<sup>2</sup> هبة أحمد سالم، المرجع السابق، ص196.

وهذا الاعتقاد على الرغم من شيوعه إلا أنه اعتقاد خاطئ وذلك لأن نصوص قانون التحكيم أو نصوص القواعد المؤسسية ليست قواعد مكملة لبعضها البعض، بل كل منهما نظام إجرائي مستقل عن الآخر ممكن تطبيقه على جدي، وحتى وإن افترضنا صحة هذا المنطق في حالة وجود نصوص تحكيمية في كلا النظامين، فيظل السؤال هو أي النظامين يسود على الآخر وتكون له الغلبة، هل قواعد المركز هي الأصل في اتفاق الأطراف وتكمل بنصوص القانون أم العكس هو الأصح. وعلى عكس اعتقاد الأطراف الخاطئ بتكلمة أي نظامين ما قد يرونه من نقص في النظام الآخر، يؤدي الجمع بين نظامين إجرائيين في ذات شرط التحكيم ولذات المنازعات إلى العديد من المشاكل الإجرائية التي تظهر أثناء العملية التحكيمية<sup>1</sup>.

## 2- المشاكل الإجرائية المنبثقة من الجمع بين نظامين إجرائيين:

ومن المشاكل العملية التي يثيرها شرط التحكيم في عقود الاستثمار هو اتفاق الأطراف على تعيين هيئة التحكيم ويطرح هنا التساؤل عن سلطة التعيين المختصة بتعيين المحكم الفرد في حالة عدم اتفاق الأطراف عليه أو بتعيين أحد المحكمين في حالة تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه أو تعيين رئيس هيئة الحكم في حالة فشل المحكمين المعنيين في النزاع من الاتفاق عليه؟ هل هي المحكمة كما نص عليها القانون الجزائري<sup>2</sup> أو مركز التحكيم المختص، قد يدفع أحد الأطراف، خاصة في حالة تعيين المحكم الفرد أو رئيس هيئة التحكيم إلى التقدم بطلب إلى المحكمة لتعيين المحكم في حين يتقدم الطرف الآخر إلى المركز المختص لتعيين ذات المحكم، وقد يحدث أن يعين المركز محكما يعترض عليه الطرف الذي تقدم بالطلب إلى المحكمة مما يؤدي إلى خلق مشكل إجرائي.

إن أغلب المشاكل الإجرائية التي تثار أثناء سير العملية التحكيمية تحديد مدة التحكيم ووقت انتهائها وما يستتبعه ذلك من أثر في استمرار أو انقضاء ولاية هيئة

<sup>1</sup>-Fouchard, Gaillard, Goldman, Op.cit. p 809.

<sup>2</sup>- راجع المادة 1041 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المصدر السابق.

التحكيم ، خاصة حال اتفاق الطرفين على قانونين لتنظيم ذات الإجراءات التحكيمية ، ولم تنص قواعد المركز المختص على مدة محددة بانتهائها تنتفي ولاية المحكمين، وعلى النقيض من ذلك تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مدة التحكيم في المادة 1018 منه (...في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو تاريخ إخطارهم ...) وقد يحدث أن يطول أمد النزاع عن المدة المحددة في القانون الجزائري، فيتقدم أحد الأطراف وغالبا ما يكون المحتكم ضده ، إلى المحكمة مطالبا بإنهاء إجراءات التحكيم وذلك لمضي مدة التحكيم المقررة في القانون في أن يتمسك الطرف الآخر بعدم وجود مدة التحكيم طبقا لقواعد المركز المختص في الفصل في النزاع مما يدفع الأطراف إلى الدخول في جدل قانوني أمام المحاكم لإثبات أي من القواعد يسود على الآخر<sup>1</sup>.

كذلك فيما يتعلق برد المحكمين بوجود اختلاف بين النظامين ، حيث ينص القانون التحكيم الجزائري<sup>2</sup>، على إجراءات لتقديم طلبات الرد والفصل فيها قد تختلف عن تلك المنصوص عليها في قواعد المركز المختص مما يتبين لنا اختلاف الجهة المنوط بها الفصل في طلبات الرد في كل من القانون الجزائري وقواعد مراكز التحكيم المتخصصة، هذا ما يؤدي إلى مشكل إجرائي يتمثل في إطالة أمد التحكيم كان على الأطراف تفاديته لو لم يتم الجمع بين النظامين<sup>3</sup>.

ومما تقدم سواء اختار الأطراف تحكيما مؤسسيا أو غير مؤسسي لا يخل بحق هيئة التحكيم في استكمال ما يوجد من نقص في الإجراءات المتفق عليها بما تراه مناسبا ، وغالبا ما يتم الاستعانة ، خاصة في حالة عدم الاتفاق على قانون إجرائي يحكم النزاع ، الاستعانة بقانون تحكيم المطبق في مكان التحكيم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-L.Ahrbil, les clauses pathologiques en matière d'arbitrage , sur le site : [www.slideplayer.fr](http://www.slideplayer.fr) visité le 01 juin 2017.

<sup>2</sup>- راجع المادة 1016 من قانون 09-08 المنضمن ق.ا.م.ا.ج المشار إليه سابقا.

<sup>3</sup>- Fouchard, Gaillard, Goldman, op.cit. p 285.

<sup>4</sup>-Sadjo oussanou, op.cit , p 4.

## ثالثاً: عيوب صياغة تتعلق بالتحكيم المؤسسي:

يعد هذا البند من أحدث ما عرض على مراكز التحكيم الدولية من الشروط التحكيمية المعيبة ، حيث يتفق الأطراف على إحالة ما نشأ من منازعات إلى تحكيم مؤسسي دون تسمية المؤسسة المعنية بإدارة النزاع ، وفي أحوال أخرى في ازدياد مستمر، يتم الاتفاق على التحكيم المؤسسي وتسمية المؤسسة ولكن دون كتابة اسمها على الوجه الصحيح أو بصورة كاملة ، فهل مثل هذه الحالات يعد الاتفاق على التحكيم قد اكتمل، أم أن هذا يعد سبباً لإثارة الدفع بعدم الاختصاص من قبل الطرف الآخر؟. وما مصير اتفاق التحكيم الذي ينص على جهة لإدارة النزاع وهي غير مختصة أصلاً بإدارة التحكيم؟.

### 1- الإحالة إلى التحكيم المؤسسي دون تسمية المؤسسة المعنية بإدارة التحكيم وفقاً لقواعدها:

يتمثل هذا الشرط في قيام أطراف العقد بإدراج شرط التحكيم في العقد واختيار التحكيم المؤسسي إلا أنه جهلاً أو بالخطأ لم يتم كتابة اسم المؤسسة التحكيمية أو كتابتها بطريقة خاطئة أو غير واضحة أو ناقصة تجعل اللجوء إلى هذا المركز صعب أو مستحيل مما يجعل الأطراف يبحثون عن هذه المؤسسة التحكيمية ، ومن أمثلة هذه الشروط (...بحال إلى أحد مراكز التحكيم المعتمدة على أن يحتمل الطرفان مصاريف التحكيم مناصفة..) ويثور التساؤل حول ما المقصود بمراكز التحكيم المعتمدة ، وهل يوجد مركز تحكيم معتمد وآخر غير معتمد؟. وماذا إذا لجأ كل طرف إلى مركز تحكيم مختلف . هل عدم النص على اسم المركز أو اسم المؤسسة التي تدير إجراءات النزاع يضيفي غموضاً على شرط التحكيم مما يجعله مجهولاً ويؤدي إلى انعدام الاتفاق على التحكيم أم يظل الاتفاق على التحكيم صحيحاً<sup>1</sup>.

كل هذه التساؤلات والمسائل المثارة منها و المشاكل الإجرائية التي تنبثق منها، مصدرها الرئيسي هو عدم دقة صياغة شرط التحكيم ، فلا يكفي أن يتفق الأطراف على التحكيم أمام مركز تحكيم دون تسمية ولكن يجب تحديد اسم تلك

<sup>1</sup>-Fouchard, Gaillard, Goldman, Op.cit. p 284.

المؤسسة أو اسم المركز الذي سيتولى إدارة النزاع حتى لا يضحى الشرط غامضا ومبهما.

وتعد تسمية المؤسسة التحكيمية التي ستدير النزاع في اتفاق التحكيم ضمانا أساسية للأطراف حتى يكون كل طرف على علم تام بإجراءات هذه المؤسسة مسبقا، إلا أن أحد الأطراف قد يتنازل للطرف الأخر عن اختيار القواعد المؤسسية التي ستحكم النزاع<sup>1</sup>.

وهناك شرط تحكيمي آخر ورد إلى مركز القاهرة الإقليمي مفاده (كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بتفسيره أو تنفيذه أو فسخه أو بطلانه يتم الفصل فيه وفقا لقواعد أي مركز تحكيم يختاره الطرف الأول. هذا الشرط لا يعد شرط تحكيم معيب فضلا عما يمكن أن يضع مكنة اختيار مؤسسة التحكيم التي سידار التحكيم وفقا لقواعدها بأيدي أحد الأطراف دون الآخر<sup>2</sup>.

مما قد يفاجئ الطرف الآخر في إقامة تحكيم ضده لدى غرفة التجارة الدولية أو مركز ستوكهولم . ومحكمة التحكيم الدولية أو غيرهم ، دون أن يكون له حق الاعتراض على اختيار الطرف الآخر مما يكلفه المزيد من النفقات في السفر والانتقال وغيرها من المشقة المحتملة ، ودون أن يكون لهذا الطرف الاعتراض على اختيار الطرف الآخر لأنه هو تنازل عن حقه منذ البداية.

## 2-عدم كتابة اسم المؤسسة التحكيمية على نحو صحيح أو كامل في شرط التحكيم:

قد يدفع عدم كتابة اسم المؤسسة المتفق عليها لإدارة النزاع الطرف السيئ النية إلى الدفع بعدم الاختصاص محاولة منه في عرقلة سير إجراءات التحكيم ، مما يؤدي بالأطراف إلى الدخول في نزاع طويل لإثبات ما هي الجهة المختصة بالنظر في النزاع، فيدافع الطرف طالب التحكيم عن موقفه أنه أثناء التعاقد اتجهت نية الأطراف إلى عقد الاختصاص بنظر النزاع إلى مركز التحكيم الوارد في طلب التحكيم، وأن ما حدث من عدم دقة صياغة الإسم كان نتيجة الجهل بكامل اسم المركز

<sup>1</sup>-c.seraglını , j , ortscheist, op.cit .p 629.

<sup>2</sup>- هبة أحمد سالم ، المرجع السابق، ص195.

أو أنه على سبيل الخطأ المادي غير المقصود لا أكثر، فيتقدم الطرف الآخر بطلب بعدم اختصاص تلك الجهة لعدم اتجاه نية الأطراف لها<sup>1</sup>. وتكثر هاته الأخطاء في المجال الدولي فمثلا تعيين غرفة التجارة الدولية في جنيف نحن نعلم أن مقرها باريس، فقضت غرفة التجارة الدولية في باريس بأن الإرادة المشتركة للأطراف كانت تتجه نحو إعطاء الاختصاص بالتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس مع رغبتهم في عقد الجلسات في جنيف<sup>2</sup>. كما يقع أحيانا أن ينص أطراف اتفاق التحكيم على اسم خاطئ لمركز تحكيم معين<sup>3</sup>.

ومن أمثلة الشروط التحكيمية المعيبة نذكر صياغة عقد مبرم بين أطراف من ألمانيا مدرج فيه شرط التحكيم كان نصه كالتالي (في حالة عدم التسوية الودية تفض كل المنازعات المحتملة طبق للائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية في زيورخ<sup>4</sup>. وعلى اثر خلاف نشب بين الأطراف حول تنفيذ العقد لجأ أحدهما إلى غرفة التجارة في زيورخ، إعمالا لشرط التحكيم المذكور، غير أن الغرفة قضت بعد اختصاصها، وأحالت الأطراف إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، وقررت أنها وإن كانت مختصة بحل المنازعات التجارية إلا أنها تقتصر على المنازعات التجارية الداخلية دون الدولية.

وعند تلقيها الطلب قررت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس أن شرط المذكور كان غير منضبط في صياغته، حيث لم يوضح أطرافه هل كان يقصدون اختصاص غرفة التجارة الدولية بباريس، مع اختيار زيورخ كمقر لانعقاد

<sup>1</sup>-Fouchard, Gaillard, Goldman, op.cit. p 285.

<sup>2</sup>-voir par exemple a propos des termes « chambre de commerce internationale siégeant à Genève » sentence cci n°3460. 1980.

<sup>3</sup>- ففي قضية عرضت على غرفة التجارة الدولية بباريس ورد النص في اتفاق التحكيم على أن النزاع بين الأطراف يتم تسويته عن طريق "الغرفة الرسمية للتجارة بباريس ولما كان لا يوجد في فرنسا غرفة تجارة رسمية، بل غرفة التجارة الدولية الشهيرة، فقد فسر القضاء الفرنسي النص على أنه يقصد بها غرفة التجارة الدولية راجع في ذلك:

Tribu .gr inst. paris ,13 décembre 1988. Rev .arb. 1990.p521.

<sup>4</sup>-« A défaut de règlement amiable, tous, les litiges éventuels seront réglés selon le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international de ZURICH ».

جلسات التحكيم فقط؟ ويبدو أن هذا كان قصدهم ، حيث ليس هناك غرفة للتجارة الدولية في زيورخ، وهذا ما انتهى إليه المحكم الوحيد في القضية<sup>1</sup>.  
إن البحث في نية الأطراف يتعدى حدود البحث الظاهري للأوراق الذي يقوم به المركز المنظور أمامه النزاع، ويتطلب البحث في نية الأطراف في عقد الاختصاص لهذه الجهة من عدمه توجيه بعض الأسئلة مثل إذا كانت تلك الجهة المختصة فما هو المركز الذي اتجهت نية الأطراف إليه ؟ هل توجد عقود أخرى بين ذات الأطراف متضمنة لشرط التحكيم ؟ هل تم تسمية ذات المركز أو مركز آخر؟ إلى غيرها من التساؤلات التي تطرح حتى يتوصل إلى تحديد النية الحقيقية للأطراف.

#### رابعا: عيوب تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم:

عادة تتكون هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، إذ يقوم كل طرف بتعيين محكمه، ثم يقوم محكما الطرفين بتعيين المحكم الثالث الذي يطلق عليه أحيانا الوازع وأحيانا المرجح أو الفيصل.

وإذا كان ذلك هو الأصل فقد عالجت غالبية العقود الدولية حالة تخلف أحد الطرفين أو كليهما عن تعيين محكمه لتعطيل انعقاد هيئة التحكيم ، وكذلك تعذر اتفاق المحكمين على تعيين المحكم الثالث، تتولى سلطة التعيين المحددة في القانون الإجرائي المطبق على النزاع أو المنصوص عليها في اتفاق التحكيم تسمية رئيس الهيئة وفي حالة تعيين محكم فرد لينظر في النزاع ، فإن تعيينه يتم إما باتفاق طرفي النزاع أو بواسطة سلطة التعيين ، هذا ما نجده في القانون الجزائري<sup>2</sup>.

#### 1- عدم وضوح طريقة تشكيل هيئة التحكيم في حالة التحكيم متعدد الأطراف:

يؤدي تعدد أطراف عقود الاستثمار في العديد من حالات إلى نشوء النزاع بين أكثر من طرفين، فقد تتعدد الأطراف المحكّمة أو الأطراف المحتكم ضدها أو كلاهما وأكثر الشروط التي تثير العديد من التساؤلات الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم تلك

<sup>1</sup>-sentence cci n° 4072 année 1984, la sentence rendue en 1984 dans l'affaire cci n°4472, JDI 1984. P946. Obs .s. jarvin.

<sup>2</sup>- قانون 09-08 المتضمن ق.ا.م.ا.ج. المصدر السابق في المادة 1041 وما يليها.

المنصوص عليها في عقود متعددة الأطراف، ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه في حالة وجود ثلاثة أطراف في النزاع ، ومن المتعارف عليه أن هيئات التحكيم ثلاثية تتكون من المحكم المسمى من طرف المحتكم والمحكم المسمى من طرف المحتكم ضده ورئيس هيئة التحكيم وهذا التشكيل غير واضح في هذا الشرط ،الذي استهدف واضعوه تنظيم التحكيم المتعدد الأطراف بالنص على ثلاثة أطراف في النزاع ، ففي حالة وجود ثلاثة أطراف في النزاع سيكون إما الطرف المحتكم أو الطرف المحتكم ضده.

فتلتزم الأطراف المتعددة بتعيين محكم واحد . والمحكم الثالث يكون رئيس هيئة التحكيم، على الرغم من تدارك واضعي هذا الشرط لأهمية تنظيم التحكيم المتعدد الأطراف إلا أن الصياغة قد تكون محل جدل من طرف المحتكم ضده خاصة في حالة تعددهم، فيتمسك بأحقية كل طرف من الأطراف الثلاثة بتعيين محكم، يختار من بينهم المحكم الرئيس ، اعتمادا على الصياغة الحرفية لشرط التحكيم<sup>1</sup> .

وحتى يتمكن الأطراف من ضبط صياغة الشروط التحكيمية للمنازعات التي تثار بين أطراف متعاقدة متعددة، فيمكنهم إما الاتفاق على قواعد إجرائية تتضمن تنظيما لتشكيل هيئة التحكيم في حالة تعدد الأطراف أو النص بطريقة أكثر وضوحا على هيئة التحكيم تشكل من ثلاثة محكمين يختار كل محتكم وان تعدد أطرافه محكما، ويختار المحتكم ضده محكما ثم يقوم المحكمين باختيار رئيسهم<sup>2</sup>.

## 2- الخطأ في تسمية سلطة التعيين:

قد يقوم الأطراف باختيار سلطة التعيين غير تلك المنصوص عليها في القانون الإجرائي المطبق على النزاع ، لهذا لا بد على الأطراف التأكد من صحة تسمية هذه الجهة التي ستتولى دور سلطة تعيين المحكمين. فاختيار سلطة تعيين غير موجودة قد يؤدي إلى صعوبة تشكيل هيئة التحكيم ، ومثال هذا الشرط (...في حالة عدم اتفاق المحكمين من قبل الطرفين على تعيين محكم ثالث خلال 14 يوم بعد تعيين المحكم

<sup>1</sup>- Fouchard,GAILLARD ,Goldman, op.cit , p 287.

<sup>2</sup>-C.seraglini/j.ortscheidt, op.cit p 630.

الثاني فإن المحكم يتم تعيينه عن طريق ECIA والتي لها الاختصاص القضائي) فقد يكون المقصود هنا سلطة التعيين ولكن هذا يستلزم تأكيداً من الطرفين محل النزاع أنفسهم وإذا لم يمكن ذلك فإنه من الأفضل أن يتولى المحكمان المعينان في النزاع التوفيق في اختيار رئيس هيئة التحكيم في المدة المحددة لهم وحتى لا يقع الأطراف في هذا المشكل ، لذلك فإنه يتعين على الأطراف الانتباه إلى كتابة اسم سلطة التعيين أو ترك الأمر للقواعد الإجرائية المطبقة على النزاع لتنظيمه.<sup>1</sup>

#### خامساً: شرط التحكيم الأبيض: *clause d'arbitrage blanche*

يعتبر اتفاق التحكيم الأبيض نوعاً من اتفاقات التحكيم البسيطة التي تحتوي إلا على مبدأ اللجوء للتحكيم فقط، دون أي تحديدات خاصة بالمنازعات التي يمكن أن تسوى مستقبلاً عن طريقه<sup>2</sup> ، كالمنازعات الناشئة عن تفسير العقد أو تنفيذه، أو أي أمر آخر يتصل بإخلال أحد الطرفين بالتزاماته، كما يخلو من تحديد الجهة التي ستتولى النهوض بعملية التحكيم، هل هي مركز تحكيم دائم، أم هيئة تحكيم خاصة، كما يخلو من بيان عدد المحكمين، وكيفية تعيين كل طرف لمحكمه إذا تقاعس أحد الأطراف عن ذلك التعيين<sup>3</sup> . كما يخلو اتفاق التحكيم الأبيض من بيان عدد المحكمين أو الجهة التي تتولى تعيينهم<sup>4</sup>، ويكون اتفاق التحكيم الأبيض عديم الأثر في القانون

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحمد ، المشكلات العملية في التحكيم التجاري الدولي ووسائل علاجها ، منشور على الموقع : <http://www.altayat-consultants.com> p05.

تم الإطلاع عليه في 02 جوان 2017.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص160.

<sup>3</sup> - يرى البعض أن اتفاق التحكيم الأبيض هو ذلك الذي يقرر فقط مبدأ تسوية النزاع بين الأطراف بطريق التحكيم، دون أن يحدد فيه كيفية تعيين المحكمين، أو الجهة التي تتولى تعيينهم ، راجع :

Fouchard, Gaillard, Goldman, op.cit. p 286.

أما الأستاذ عبد الكريم سلامة فيرى أن الاتفاق الأبيض هو ذلك النوع من اتفاقات التحكيم أبيضاً لأنه يكاد يخلو، كالورقة البيضاء ، من البيانات الجوهرية كافة واللازمة لبدء عملية التحكيم ، وليس يخلو فقط من كيفية تعيين المحكمين. راجع في ذلك أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص160.

<sup>4</sup> - fouchard ,gaillard, goldman, op.cit, p286.

الداخلي<sup>1</sup>، حيث تستلزم بعض التشريعات<sup>2</sup> أن يحدد في شرط التحكيم عدد المحكمين ، أو الطريقة التي يتم بها تحديدهم وإلا كان الشرط باطلا<sup>3</sup>.

غير أن الأمر يختلف في معاملات التجارة الدولية، إذ أن اتفاق التحكيم الأبيض صحيح<sup>4</sup> ولا يمنعه أي نص تشريعي خاص بالتحكيم، وذلك بتفسيره على أن أطرافه قد قصد وتحكيما حرا ad hoc سوف يتفق الأطراف ، عند نشوب النزاع ، على كيفية تشكيل هيئة التحكيم<sup>5</sup>.

وقد واجهت بعض الاتفاقات الدولية ، كالاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961، كيفية تفعيل الشرط الأبيض ، وذلك بنصها في الفقرة السادسة من المادة الرابعة على أنه (إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم أية إشارة إلى طريقة أو نوع التحكيم (تحكيم مؤسسي، تحكيم حر) يكون لمدعي رخصة اللجوء إلى رئيس غرفة التجارة المختصة في بلد المدعى عليه أو اللجنة الخاصة المشار إليها في الفقرة الرابعة من ذات المادة ، وذلك من اجل تعيين المحكمين ، وتحديد مكان التحكيم، كما يكون للغرفة واللجنة المشار إليهما إحالة الأطراف إلى مؤسسة تحكيم منتظمة أو جعل التحكيم حرا<sup>6</sup>).

إن كل هذه العيوب التي سبق ذكرها لا يمكن اعتبارها أنه تم سردها على سبيل الحصر بل هي عبارة عن أمثلة حقيقية على شروط التحكيم المعيبة التي تعرض على مراكز التحكيم التجاري الدولي نظرا لكثرتها، وبالتالي فإن أية صياغة غامضة أو رديئة لشرط التحكيم قد تجعله معتلا أو مريضا صياغيا كما سبق الإشارة

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع ، ص160.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1443 ف 2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد

« sous la même sanction (la nullité) ; la clause compromissoire doit, soit designer le ou les arbitres soit prévoir les modalités de leur désignation ».

<sup>3</sup> - تنص المادة 1008 ف2 من قانون ا.م.ا.ج "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد طريقة تعيينهم".

<sup>4</sup> -fouchard, gaillard, Goldman, op.cit. p 287.

<sup>5</sup> - en ce sens , v. paris , 14 nov 1991. Européen country . rev.arb . 1994. P 545. Obs. ph fouchard. Paris 7decembre 1994. Jaguar, cité infra , N° 499. Pour la validation d'une clause stipulant « arbitrage à Londres de la manière habituelle ».

<sup>6</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص161.

إليه مما يتعين على محرري العقود والشروط التحكيمية أن يختاروا المفردات التي لا يكون فيها غموض ويكون لها معنى مباشر دون أن تكون محلا لتأويلات خاصة إذا كان أحد الأطراف سيء النية.

رغم ذلك فإنه في حالة وجود شرط تحكيم معتل، هل يعتبر هذا الأخير باطلا لا يمكن تصحيحه أم أن هناك علاج لهذه الشروط؟.

#### الفرع الثاني: محاولات الحد من مشاكل صياغة اتفاق التحكيم :

إن المصطلح الحديث الذي يطلق على شرط التحكيم الذي يشوبه عيب في الصياغة والذي عبرنا عنه بمصطلح الشرط المعتل يمكن اعتباره صحيحا وناظرا إذا أمكن التوصل إلى معرفة الإرادة المشتركة للطرفين .

أما إذا كانت العلة لا يمكن شفاؤها وذلك بسبب عدم التوصل لمعرفة قصد الطرفين فعندئذ يعتبر الشرط باطلا لعدم إمكانية شفاؤه<sup>1</sup> ، ولحل هذا الإشكال تم اعتماد عدة تقنيات من قبل القاضي لعلاج الشرط التحكيمي ومنها:

#### البند الأول: البحث عن الإرادة الحقيقية لطرفي النزاع :

إن أغلب القوانين تأخذ بنظرية البحث عن الإرادة المشتركة لطرفي النزاع فقد جاء في المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup> على أنه يجب في العقود البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للكلمات.

إلا أنه كما يبدو أن القضاء في فرنسا ومصر قد أخذوا في حدود معينة بنظرية البحث عن الإرادة الظاهرة<sup>3</sup>، علما بأن القانون المدني المصري<sup>4</sup> نص في الفقرة الثانية من المادة 150 على أنه. "إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص215.

<sup>2</sup> - qui dispose « on doit dans les conventions rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes , plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». c.c.f. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص659.

<sup>4</sup> - القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني الصادر بتاريخ 1948/07/29.

التجاري في المعاملات " وهو ما نص عليه القانون المدني الجزائري<sup>1</sup> في المادة 111 منه ، وهذا يعني أن تفسير العقد يجب أن يكون على أساس البحث عن النية المشتركة لطرفي العقد وعدم التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ التي استعملها المتعاقدان<sup>2</sup>. يتبين مما سبق أن ما يسمى بشرط التحكيم المعتل يمكن الأخذ به بعد معرفة الإرادة المشتركة للطرفين طبقا لقواعد التفسير المعروفة في التشريعات المختلفة ، أما إذا كان الغموض والإبهام لا يحتمل التفسير بالتالي لا يمكن معه معرفة ما قصده الطرفان فعندئذ لا يمكن الأخذ به.

### البند الثاني: التفسير الواسع لإرادة الطرفين:

طبقا لهذه التقنية فإنه يتعين على القاضي حين تدخله لتفسير شرط التحكيم أن لا يقف عند المعنى الضيق للألفاظ المستعملة في شرط التحكيم ، بل يجب عليه أن يبحث عن المعنى الواسع للألفاظ المستعملة هذا ما نجده في المادة 1164 من القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup> ، من أجل تدارك عدم الكفاية اللفظية ، بسد النقص في العقد باستظهار تلك النيات التي لم يعبر عنها صراحة ، ذلك أنه عادة ما يتردى المتعاقدان في سوء الصياغة اللفظية ، وهو نفس المعنى الذي نجده في القانون المدني الجزائري في المادة 111 الفقرة الثانية<sup>4</sup>.

### البند الثالث: البحث عن شرط التحكيم في عقود سابقة بين طرفي النزاع:

تتمثل هذه التقنية في البحث في العقود التي أبرمت في السابق بين طرفي النزاع والتأكد إن كان قد تم الإشارة إلى شرط التحكيم لفض المنازعات التي قد تنثور بينهما، وبالتالي يمكن من خلال ذلك الكشف عن الإدارة الحقيقية للمتعاقدين ، بإحالة

<sup>1</sup> - الصادر بمقتضى الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم المشار إليه سابقا.

<sup>2</sup> - أمير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة ، المكتب الجامعي الحديث، ط1 الإسكندرية، 2007ص429 .

<sup>3</sup> - qui dispose « lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation on est censé avoir voulu par la restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés » c.c.f . [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>4</sup> - التي تنص "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف التجاري في المعاملات .

شرط التحكيم المعتل إلى ذلك الشرط الذي كان بين الطرفين حتى يصبح منتجا لأثاره<sup>1</sup>.

#### البند الرابع : التفسير الفعال لشرط التحكيم:

أن البحث عن الإرادة الباطنة لطرفي النزاع لا يختلف كثيرا عن مفهوم التفسير الفعال للشرط التحكيمي ، وبالتالي فإن تفسيره بهذه الطريقة يجعله منتجا لأثاره. وقد قررت محكمة التحكيم وهي إحدى تنظيمات الغرفة التجارية الدولية التي تشرف على التحكيم، أن المقصود في الشرط المذكور أنفا هو أن يكون مكان التحكيم مدينة زيوريخ في سويسرا وأن المؤسسة التي تم اختيارها من قبل الأطراف لكي تنظم عملية التحكيم هي الغرفة التجارية الدولية.

وبهذا التفسير الفعال لشرط التحكيم تم شفاء العلة التي كانت تعاني منها صيغة الشرط المذكور وأصبح المقصود من الأطراف كما ذهبت إليه محكمة التحكيم ، أن يجرى التحكيم وفقا لقواعد لغرفة التجارة الدولية وأن مدينة زيوريخ تعتبر مكانا للتحكيم<sup>2</sup> كما أخذت محكمة الاستئناف الفرنسية بشرط تحكيم سابق ورد في عقد يربط شركتين فرنسية وأمريكية للكشف عن الإرادة الحقيقية لاتفاق التحكيم محل التفسير<sup>3</sup>. وبالتالي نتجته الممارسة العملية في أغلب الأحيان إلى إنقاذ أكبر عدد ممكن مما يعرف بشروط التحكيم المعتلة حتى أن القضاء أخذ بهذا الاتجاه وهذا ما أظهرته العديد من أحكام مجلس استئناف باريس<sup>4</sup>.

#### خلاصة :

بالرجوع إلى ما سبق ذكره نجد أن الصياغة الجيدة لاتفاق التحكيم، شرطا كان أم مشاركة تجنب الأطراف الكثير من المشكلات والتي قد تكلفهم نفقات كبيرة

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحدث ، المشكلات العملية في التحكيم التجاري الدولي ووسائل علاجها، المرجع السابق، ص6.

<sup>2</sup> - cass 1<sup>er</sup> civ, 28 mai 2002. N°99-10741.gp 2002. Som 1811, gp 21/12/2001. P12. Indique dans M.HELENE Maleville costedoat ; op cit p08.

<sup>3</sup> - CA paris , 2 juin 2004. Rev.arb. 2005 , 673. J b. racine indiqué dans M helene MALEVILLE costedoat op.cit. 08.

<sup>4</sup> -cour de cassation (1<sup>er</sup> ch civ). 13 mars 2007. Rev arb 2007. N°3.

والكثير من الجهد والوقت مما يهدد مبدأ السرعة والائتمان خاصة في عقود الاستثمار الدولية .

وعليه فإن لصياغة الشروط التحكيمية دور كبير في إدارة العملية التحكيمية منذ إقامة الدعوى إلى صدور حكم تحكيم منهي للخصومة، لذلك على الأطراف توخي الحذر عند صياغة شرط التحكيم حتى لا ينتهي بهم الحال إلى شرط تحكيم معيب أو غير قابل للتفعيل لدرجة قد يتعذر معها حل النزاع أو يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم أو بطلان حكم التحكيم ككل .

فمعظم اهتمام الأطراف ينصب دائماً عند صياغة عقودهم على البنود أو المواد التي تتناول موضوع التعاقد والتي يستلزم التفاوض بشأنها والاتفاق عليها بذل جهد ووقت يرهق أطراف العقد إلى الحد الذي يجعلهم منهمكين عند الاتفاق على صياغة شرط تسوية المنازعات مما أدى إلى تسمية هذا الشرط midnight clause أو شرط منتصف الليل فتأتي الصياغة غالباً غير متقنة ومنتسرة ، وقد يسود أثناء مرحلة التعاقد مبدأ افتراض حسن النية بينهم في تنفيذ العقد وأنه لن يحدث ما قد يؤدي إلى إثارة نزاع أو خلاف يقضي حله بطريقة من طرق تسوية المنازعات فيكون سبب عدم الاهتمام بصياغة شرط تسوية المنازعات ، أو قد يكتشف واضعو نصوص العقد عدم توافر الخبرة والدراية لديهم عن أسس كيفية صياغة مثل هذه الشروط فيتم وضع صياغة غير ملائمة وغير فعالة .

وعلى ذلك ، فإنه يتعين على محرري العقود الاهتمام أثناء كتابة وصياغة شرط التحكيم بالألفاظ المستعملة ولا يمكن أن يكونوا كذلك إلا إذا تم الاعتماد على أشخاص مؤهلين الذين يدركون المعاني الحقيقية، والبعد القانوني الكامن وراء هذه الألفاظ أو تلك العبارات .

إذ انه لا يمكن لمدير شركة الذي في الغالب ما يكون تكوينه مالي أو في مجال الاقتصاد أن يكون لديه دراية بالمسائل القانونية لاسيما التحكيم ، هذا ما أدى بكبرى المؤسسات التحكيمية الدولية على إدراج شرط تحكيم نموذجي في قواعدها يمكن

للأطراف الاسترشاد به بل وكتابته كما هو في عقودهم وذلك لضمان سلامة الإجراءات التحكيمية والوصول إلى حكم نهائي صحيح إجرائياً.

وغير خاف أن الغرض من أية صيغة مقترحة هو مساعدة الأطراف على حسن وضع اتفاق التحكيم ، وتقديم ما يمكن الاستئناس به ، فالقاعدة العامة أن للأطراف ومستشاريهم القانونيين ، الحرية الكاملة في اختيار الصيغة التعبيرية لاتفاق التحكيم التي تترجم الإرادة الحقيقية لهم دون غموض أو تضارب.

ومن أمثلة تلك النماذج نذكر ما كان وارداً في نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس cci الذي كان نافذاً حتى أول يناير 1998، من أنه توصي غرفة التجارة الدولية الأطراف الراغبين في الإشارة إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية في عقودهم ذات الطابع الدولي ، أن يضمنوها النص التالي: "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين تعينهم طبقاً لذلك النظام".<sup>1</sup>

كما نذكر ما جاء بلائحة إجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994 ، حيث نصت المادة الثانية على أنه : "في حالة اللجوء إلى التحكيم يقترح أن تضمن الصيغة الثالثة في اتفاق التحكيم : جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية".<sup>2</sup>

ومن ناحية النماذج الواردة في الأعمال التشريعية ، نذكر ما جاء بقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يونيسترال عام 1976 في البند

<sup>1</sup>- tout différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la chambre de commerce international par un ou plusieurs arbitres nommés conformément a ce règlement ».

ويضيف النظام المشار إليه إنه "تذكر غرفة التجارة الدولية الأطراف بأنه قد يكون من صالحها النص في شرط التحكيم نفسه على القانون الذي يخضع له العقد وعدد المحكمين ومكان التحكيم ولغة إجراءاته ، ولا يقيد نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية الاختيار الحر للأطراف للقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم ولغة الإجراءات .

أنظر في هذا الصدد: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص168.

<sup>2</sup>- عبد الحميد الأحمد ، موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية ، المرجع السابق، ص460.

الأول من المادة الأولى تحت عنوان "نماذج لصياغة شرط التحكيم ، كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم الذي وضعتة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حاليا، ملحوظة : قد يرغب الطرفان في إضافة البيانات التالية:

أ- تكون سلطة التعيين (أسم منظمة أو شخص).

ب- يكون عدد المحكمين (محكم واحد أو ثلاثة).

ج- يكون مكان التحكيم (مدينة أو بلد).

د- تكون أو اللغات التي تستخدم في إجراء التحكيم هي.<sup>1</sup>

ولكن ، و على الرغم من كل هذه المجهودات الدولية المبذولة لتقديم العون للمتعاملين في مجال التحكيم للوصول بهم إلى صياغة شرط تحكيم صحيح يفي بالغرض المخصص له، إلا أنه غالبية شروط التحكيم التي تدرج في عقود الاستثمار ولاسيما الدولية تتطوي على الكثير من العيوب التي قد تؤدي إلى إبطال شرط التحكيم ذاته أو وجود غموض من الصعب تفعيله.

### المطلب الثاني: اختيار المحكمين

تسمية كل طرف لمحكمه هي الطريقة الأكثر انتشاراً، ولاسيما وأن من أهم خصائص التحكيم أن كل طرف في النزاع يطرح نزاعه أمام المحكم الذي يختاره. وكما أن هناك طريقة لتسمية كل طرف لمحكمه، فإن هناك طريقة لتسمية المحكمين بالاتفاق بين أطراف النزاع، وهذا يشترط توافق أطراف النزاع وقبول المحكمين. وفي بعض اتفاقيات التحكيم يجرى اختيار المحكم الذي سيفصل النزاع سلفاً، وينص العقد على اسمه.

لكن هذه الطريقة سيئة للغاية، لأنها قد تفضي إلى اختيار المحكم غير المناسب لحل النزاع. فقبل نشوب النزاع لا يعرف الأطراف نوع النزاع الذي سينشأ وأي نوع من المحكمين هم بحاجة إليه. أما إذا خلا شرط التحكيم من اسم المحكم، فعند

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية ، نفس المرجع ، ص581.

نشوب النزاع يصبح على الأطراف أن يتفقوا على المحكم المناسب لخصائص النزاع، والذي يحصل حينئذٍ هو مفاوضات بين الأطراف وبين محاميهم، فيضع كل طرف لائحة بأسماء محكمين مقترحين من ثلاثة أو أربعة أسماء، فإذا وجد اسم مشترك بين اللائحتين كان به، وإلاّ تُعاد العملية حتى الوصول إلى أسماء مشتركة، ومن خلال التكرار تظهر مواصفات المحكم الذي يتطلع إليه كل طرف. هذه طريقة من عدة طرق أخرى لاختيار المحكمين.<sup>1</sup>

وبعد التوصل إلى اسم محكم أو محكمين، فإن هذا الأخير أو هؤلاء يجب أن يعطي أو يعطوا موافقتهم.

وإذا كانت طريقة اختيار الأطراف للمحكمين نادرة النجاح لأنه عند نشوب النزاع فإن الأطراف لا يعودوا متفقين على شيء، فإنّ الطريقة البديلة والعملية الأكثر رواجاً هي أن يعهد الأطراف لسلطة تسمية بأن تعين المحكم. فإذا كانت المحكمة التحكيمية مؤلفة من ثلاثة محكمين، فكل طرف يسمى محكماً عنه، وتسمى سلطة التسمية المحكم الثالث. يبقى أن الاتفاق التحكيمي إذا لم يعين المحكمين فإنه بالتأكيد يبين الطريقة التي يعين بها هؤلاء.

هذه القاعدة أخذت بها كل القوانين الأوروبية العصرية، وكذلك القوانين العربية.<sup>2</sup> حيث جعلت أمر تسمية المحكمين مربوطاً بإرادة الطرفين. فالقانون الجزائري على سبيل المثال، ينصّ على أنه<sup>3</sup> "يُمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 274.

<sup>2</sup> - القوانين التحكيمية الحديثة تذهب في أربعة اتجاهات:

أ. اتجاه القانون النموذجي للأونسيترال (ألمانيا، مصر، تونس والبحرين).

ب. اتجاه القانون الفرنسي (لبنان والجزائر).

ج. الاتجاه الإسلامي الحديث (السعودية).

د. الاتجاه المتحرر المنسجم مع روحية اتفاقية نيويورك (اليمن، الإمارات وقطر). انظر في هذا الشأن: عبد

الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 275.

<sup>3</sup> - المادة 1041 من ق.إ.م.إ.ج.، المشار إليه سابقاً.

وشروط عزلهم أو استبدالهم"، كذلك القانون المصري الذي ينصّ على قاعدة تقول: "تشكّل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحدٍ أو أكثر..."<sup>1</sup>.  
 إلا أنّ الواقع العملي ليس بهذه السهولة، إذ يثبت وجود صعوبات تعترض اختيار المحكمين وإثارة الحلول التي اعتمدها مختلف التشريعات الوطنية والدولية في هذه الصدد (الفرع الأول) مع تقييم اختيار المحكم في التحكيم الحر واختياره عن طريق مؤسسات التحكيم، وتعرض لكيفية اختياره في حالة اختلاف الأطراف حول اختياره و ذلك من خلال (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الصعوبات التي تعترض اختيار المحكمين

إن نقطة الضعف في التحكيم هي الخلاف الذي يُمكن أن يقع على تعيين المحكمين عند نشوء النزاع، وسيارة الإسعاف في هذا القضاء الخاص تفترض وجود سلطة لتسمية المحكمين إذا تخلف طرف عن تسمية محكمه وتعيين المحكم الثالث إذا لم يتفق عليه الطرفان.

هذه السلطة هي في التحكيم النظامية العائدة لمراكز التحكيم في مركز التحكيم ذاته. ولكن المشكلة هي في تحكيم الحالات الخاصة Ad hoc. فمن هي سلطة تسمية المحكمين في هذه التحكيمات؟ هل هي المحاكم القضائية؟ وهل يتوقف الأمر على القانون المطبق، أم على قانون مكان التحكيم؟

إذا نصّ شرط التحكيم على سلطة تسمية، فإن المشكلة تحل بإحالة الخلافات على تسمية المحكمين إلى هذه السلطة التي تعيّن المحكمين وتتنظر في عزلهم واستبدالهم. وأحياناً هناك أنظمة لتحكيم الحالات الخاصة Ad hoc كقواعد تحكيم الأونسيترال التي تحيل إذا لم يسمّ الأطراف سلطة تسمية، إلى محكمة لاهاي الدائمة للتحكيم، لتكون سلطة تسمية المحكمين.

الاتجاه العام في قوانين التحكيم المعاصرة يعكس الاتجاه السابق تماماً، ويذهب إلى فتح باب عريض للقضاء حتى يمدّ يد المساعدة عند الحاجة للتحكيم، سواء في بدايته أم خلال سير إجراءاته، بحيث يحترم سلطان الإرادة ويعطي كلّ آثاره التعاقدية

<sup>1</sup> - المادة 5 (1) من قانون التحكيم المصري الجديد، المشار إليه سابقاً.

الملزومة، فلم يعد دور القضاء مقتصرًا على مراقبة التحكيم ثم إعطاء الحكم التحكيمي صيغة التنفيذ بل أصبح دوره السهر على تأمين إنفاذ اتفاق التحكيم وإعطائه كل آثاره وإزالة العقبات التي تعترض سير التحكيم وتنفيذ سلطان الإرادة وحمايته، وبنوعٍ خاص دعم تشكيل محكمة التحكيم.

### البند الأول: القانون النموذجي للتحكيم Uncitral

تكتسب قواعد الأونسيترال أهمية خاصة، وذلك نظراً لما يتمتع به من قبول عالمي، سواء في دول العالم الصناعي المتقدمة أو الدول النامية، فضلاً عما لها من أهمية خاصة بالنسبة للمركز الإقليمي بالقاهرة الذي يجري التحكيم فيه وفقاً لهذه القواعد، وهكذا فعلت كل القوانين التي تبنت هذا القانون النموذجي، ويتضمن هذا القانون الذي وضعته الأونسيترال عدّة قواعد تكرّس سلطان الإرادة في موضوع اختيار المحكمين:

- 1- للطرفين حرية الاتفاق على إجراءات ردّ المحكم.<sup>1</sup>
- 2- إذا أصبح المحكم غير قادر، بحكم القانون أو بحكم الواقع، على أداء وظائفه أو تخلف عن القيام بمهمته تنتهي ولايته إذا هو تنحى عن وظيفته، أو إذا اتفق الأطراف على إنهاء مهمته. أما إذا ظلّ هناك خلاف على أيّ من هذه الأسباب، فيجوز لأيّ من الطرفين أن يطلب إلى المحكمة أو إلى سلطة التسمية أن تفصل في موضوع إنهاء ولاية المحكم وقرارها في ذلك يكون نهائياً.<sup>2</sup>
- 3- عندما تنتهي ولاية أحد المحكمين (الرد أو الامتناع) أو بسبب تنحيه عن مهمته لأي سبب آخر، أو بسبب إلغاء ولايته باتفاق الطرفين، أو في أية حالة أخرى من حالات إنهاء الولاية، يعيّن محكم بديل وفقاً للقواعد التي عيّن بموجبها المحكم الأول.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - انظر المادة 13 من القانون النموذجي لليونسفال المشار إليه سابقاً.

<sup>2</sup> - انظر المادة 14 من القانون النموذجي للأونسيترال المشار إليه سابقاً.

<sup>3</sup> - انظر المادة 15 من القانون النموذجي للأونسيترال المشار إليه سابقاً.

- 4- إذا لم يعيّن طرفاً محكماً أو لم يتفق المحكمان على اسم المحكم الثالث يجوز لأيّ من الطرفين أن يطلب من المحكمة أو سلطة التسمية أن تتخذ الإجراء اللازم.<sup>1</sup>
- 5- يجوز للفريقين الاتفاق على أن تكون سلطة تسمية المحكمين مؤسسة أو هيئة.<sup>2</sup>
- 6- يكون قرار المحكمة أو سلطة التسمية نهائياً.<sup>3</sup>

### البند الثاني: القوانين الأوروبية

ذهب في هذا الاتجاه القانون الهولندي لسنة 1986<sup>4</sup>، وكذلك القانون السويسري لسنة 1987<sup>5</sup>، والقانون الإيطالي لسنة 1994<sup>6</sup>، لتأمين دور قاضي المساندة. في سويسرا، يُمكن مراجعة قاضي مكان التحكيم لتسمية أو رد استبدال المحكمين.<sup>7</sup> وهذه القوانين تعطي لقاضي المساندة اختصاص المساندة في تشكيل محكمة التحكيم إذا برزت عقبات، ولكنها تشترط أن يكون بين المساندة وبين التحكيم صلة تتجسد في أن يجري التحكيم في بلد القانون، والقانون السويسري، كالقانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته الأونسيترال يجيزان للقاضي تسمية المحكمين حتى وإن لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم، ويشترط القانون الهولندي أن يكون أحد الأطراف على الأقل مقيماً في هولندا أو محل إقامته الفعلية هولندا.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> - انظر المادة 11، الفقرة 1 و2 من القانون النموذجي للأونسيترال.

<sup>2</sup> - انظر المادة 11 (2) من القانون النموذجي للأونسيترال.

<sup>3</sup> - انظر المادة 11 (5) من القانون النموذجي للأونسيترال.

<sup>4</sup> - المادتان 1026 و1035 من قانون المرافعات المدنية الهولندي، المؤرخ في 1986/12/01، المقتبس من: عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية، المرجع السابق، ص 496.

<sup>5</sup> - المواد 179، 180 و185 من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص، المؤرخ في 1987/12/18، وفقاً لآخر تعديلاته، مقتبس من مؤلف عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية، المرجع السابق، ص 486.

<sup>6</sup> - Article 810 de la loi n° 05 de 1994, portant sur les nouvelles dispositions en matière d'arbitrage et discipline de l'arbitrage international modifiée par le décret législatif n° 40, du 02 février 2006, en droit italien.

<sup>7</sup> - المادة 179، من قانون التحكيم السويسري المشار إليه سابقاً.

<sup>8</sup> - المادة 1073، من قانون التحكيم الهولندي، المشار إليه سابقاً.

أما القانون الإيطالي يذهب إلى أبعد من كل القوانين، فيُجيز للقاضي الإيطالي أن يكون قاضي مساندة في تشكيل المحكمة التحكيمية إذا برزت عراقيل، وإن لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم بعد، كما يُجيز تقديم طلب المساندة إلى قاضي مكان إبرام العقد المتضمّن شرط التحكيم.<sup>1</sup>

كذلك هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي الذي يُجيز تدخل القاضي الفرنسي لتذليل الصعوبات التي تعترض تشكيل المحكمة التحكيمية في التحكيم الدولي، هذا إذا كان التحكيم الدولي يجري على الأراضي الفرنسية أو يكون قد تمّ اختيار قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ليطبّق على سير المحاكمة التحكيمية.<sup>2</sup> بالطبع، إن تدخل القاضي الفرنسي في تحكيم دولي تستضيفه فرنسا يبدو تدخلاً من قضاء الدولة في القضاء الخاص أو وصاية من قضاء الدولة. ولكن الواقع أثبت أن قضاء الدولة له دور مساعد للتحكيم حتى لا يُصاب بالشلل لأنه إذا جرد قضاء الدولة من إمكانية مدّ يد العون للتحكيم حين يتعثّر تشكيل محكمة تحكيمية، فإنّ التحكيم سيصبح لعبة في يد الطرف سيء النية الذي لا تعود له مصلحة في التحكيم. من هنا، فإنّ الفقه<sup>3</sup> اعتبر محكمة الدرجة الأولى في باريس في تحكيم الحالات الخاصة Ad hoc مؤسسة دائمة للتحكيم وقاضي مساند له.

ويشترط لتدخل القضاء أن تكون هناك صلة بين التحكيم الدولي موضوع البحث وفرنسا، إما لأنه يجري على الأراضي الفرنسية أو لأنّ قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هو المطبق، بدون أحد هذين الشرطين، فإنّ القضاء الفرنسي ليس له أي اختصاص ولن يمدّ للتحكيم الدولي أية مساعدة.

كذلك، فإنّ اختصاص القضاء بتسمية المحكمين وعزلهم محدود بوقت انتهاء التحكيم، وإذا كان اختصاص المحاكم القضائية المساعدة على تشكيل الهيئة التحكيمية ينتهي بانتهاء التحكيم، فماذا إذا توفي أحد المحكمين خلال سير التحكيم، هل ينتهي

<sup>1</sup> - Article 810, alinéa 2, du code de procédures civiles italien précité.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 306.

<sup>3</sup> - Devolvé, Rev., Arb., 1981, p 486.

المشار إليه في عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، نفس المرجع، ص 306.

التحكيم؟ وهل ينتهي اختصاص المحكمة القضائية في مد يد المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم؟

طرح الأمر في دعوى شركة "La belle créole"<sup>1</sup>، إذ توفي المحكم الذي عينته الشركة، والذي كان واحداً من ثلاثة محكمين، وجاءت وفاته خلال سير إجراءات التحكيم، فقامت شركة "La belle créole" باستبداله بمحكم جديد. فاعترضت الجهة المدعى عليها على هذا التعيين معتبرة أنه استناداً للمادة 1464 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي<sup>2</sup> فإن التحكيم قد انتهى بوفاة أحد المحكمين. فراجعت شركة "La belle créole" محكمة باريس الابتدائية طالبة حكماً يؤيد حقها بتسمية محكم جديد. اعتبرت المحكمة القضائية في قرارها الصادر في 1989/07/12 أن وفاة محكم خلال سير التحكيم يعتبر حدثاً مؤثراً في تشكيل هيئة التحكيم، ولكن التحكيم الدولي الذي يجري على الأراضي الفرنسية لم تخضع الأطراف لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فلا يكون هذا القانون مطبقاً عليه، ولكن بالرجوع إلى إرادة الطرفين يلاحظ القضاء أن الدعوى التحكيمية انتهت فعلاً يوم وفاة المحكم، ولكن الطرفين يبقيان رغم ذلك مرتبطين بشرطهما التحكيمي الذي يلزم بإعادة تشكيل هيئة تحكيم جديدة. وهكذا يدعو الحكم القضائي الطرفين لأن يسمى كل منهما محكماً في أقرب فرصة ويعين موعد جلسة جديدة للمحكمة القضائية للتحقق من تعيين كل طرف لمحكمه والنظر فيما إذا كانت هناك ثمة عقبات تعترض تشكيل هيئة التحكيم.

<sup>1</sup> - TGI Paris, Ordonnance du 12 juillet 1989, affaire de « la belle créole », Rev. Arb. 1990, note ph. Kahn, indiquée Nguéguim LEKEDJI Francis, les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA, mémoire en vue de l'obtention du Master contentieux et arbitrages des affaires, années académique 2007 – 2008, sur le site : [www.memoireenline.com](http://www.memoireenline.com) visité le 03/07/2017.

<sup>2</sup> - Qui dispose : l'instance arbitrale prend fin, sous réserve des conventions particulières des parties :

1. Par la révocation, le décès ou l'empêchement d'un arbitre, ainsi que par la perte du plein exercice de ses droits civils,
2. Par l'abstention ou la récusation d'un arbitre,
3. Par l'expiration du délai d'arbitrage.

## البند الثالث: القوانين العربية

إن القانون المصري المستوحى من القانون النموذجي للأونسيترال عيّن محكمة استئناف القاهرة كمحكمة مساندة لتشكيل المحكمة التحكيمية وتذليل العقبات إذا كان التحكيم الدولي يجري في مصر أو كان خاضعاً لقانون التحكيم المصري.<sup>1</sup> وفي هذا الاتجاه، ذهب القانون اللبناني الجديد<sup>2</sup>، وكذلك القانون اليمني في التحكيم الذي يجري في اليمن<sup>3</sup>. كذلك قانون الإمارات الذي يشترط للمساندة أن يجري التحكيم في الإمارات العربية المتحدة<sup>4</sup>؛ كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري الذي نصّ على أنه إذا عترضت صعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه.<sup>5</sup>

إن قانون التحكيم الدولي يترك لسultan الإرادة مهمة تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم.<sup>6</sup> فإذا لم يعيّن شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المحكمين وكان التحكيم في الجزائر يراجع الطرف الذي يهّمه التعجيل:  
- رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم.

<sup>1</sup> - راجع المواد 1، 9، 17، 19 و20، من القانون رقم 27 لسنة 1994، المتضمن قانون التحكيم المصري وفقاً لآخر التعديلات.

<sup>2</sup> - راجع المادة 810، من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 90، الصادر في 16/09/1983، وفقاً لآخر تعديلاته.

<sup>3</sup> - راجع المواد 22، 23 و24 من قانون التحكيم اليمني، الصادر بتاريخ 27 رمضان 1412هـ، الموافق لـ 31 مارس 1992م؛ قرار جمهوري بالقانون رقم 22 لسنة 1992، بشأن التحكيم.

<sup>4</sup> - راجع المادة 204 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم 11 لسنة 1992، الجريدة الرسمية رقم 235، الصادرة بتاريخ 08 مارس 1992، المعدل بالقانون الاتحادي رقم 30 لسنة 2005، الجريدة الرسمية رقم 440، الصادرة في 14/12/2005.

<sup>5</sup> - المادة 1009، من ق.إ.م.إ.ج.، المشار إليه سابقاً.

<sup>6</sup> - المادة 1041، من ق.إ.م.إ.ج.، المشار إليه سابقاً.

– إذا كان التحكيم خارج الجزائر<sup>1</sup>، واختار القانون الجزائري فيراجع المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه إلا إذا اتفق الأطراف على جهة قضائية أخرى.<sup>2</sup>

#### البند الرابع: المعاهدات الدولية والإقليمية

لقد أسهمت بعض الاتفاقيات الدولية والإقليمية في تقديم الحلول، لتذليل العقبات التي تضعها بعض الأطراف أثناء تنفيذ اللجوء إلى التحكيم، أو أثناء المدة الممنوحة له. نذكر من هذه الاتفاقيات:

أولاً: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، معاهدة واشنطن (1965)

أنشأت هذه الاتفاقية مركزاً للتحكيم في واشنطن ووفقاً لنظام هذا المركز، إذا لم يتفق الأطراف على تسمية المحكمين، وإذا لم يتم تكوين المحكمة في ظرف 10 أيام من إرسال السكرتير العام إخطاراً بتسجيل الطلب، أو في خلال أي مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم بعد، بناءً على طلب أي من الطرفين وبعد مشاورتهم قدر المستطاع، ولا يجوز أن يكون المحكمون الذي يعينهم الرئيس طبقاً لهذه المادة من مواطني الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو من مواطني الدولة المتعاقدة التي أحد مواطنيها طرف في النزاع.<sup>3</sup>

ويعين المحكمون من لائحة المحكمين المعتمدين في المركز، ويجب أن يكونوا من غير جنسية أطراف النزاع<sup>4</sup>، وطلب عزل المحكم يبت به سائر المحكمين، فإذا تساوت أصواتهم يفصل في الأمر رئيس المركز.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> – راجع المادة 1041، الفقرة الثانية من ق. إ. م. إ. ج.، المشار إليه سابقاً.

<sup>2</sup> – راجع المادة 1042، الفقرة الثانية من ق. إ. م. إ. ج.، المشار إليه سابقاً.

<sup>3</sup> – المادة 38، من اتفاقية واشنطن للتحكيم.

<sup>4</sup> – المادة 39 و40، من الاتفاقية.

<sup>5</sup> – المادة 56، 57 و58 من الاتفاقية.

والحالة الوحيدة التي طرحت تطبيقاً لهذه القاعدة هي دعوى شركة Holiday Inn<sup>1</sup> ضد المغرب، وفيها كان يجب استبدال المحكم المسمى من طرف الشركة لأنه أصبح مديراً مسؤولاً لدى هذا الطرف، ولكن المحكمين الآخرين لم يُبدوا موافقتهم على استقالته، فجرى استبداله بقرار من رئيس مجلس إدارة المركز. ثانياً: اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987

أقرت هذه الاتفاقية من مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة المنعقدة في 14/04/1994 بعمان، وقد عالجت تشكيل هيئة التحكيم في المواد من 14 إلى 18 على النحو التالي:

يعدّ مجلس الإدارة سنوياً قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء، أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال، ومتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة.

<sup>1</sup> - التي تتلخص وقائعها بأنه في عام 1966، أبرمت الحكومة المغربية اتفاقاً مع شركة Holiday inn الأمريكية، التي تعهدت بمقتضاه هذه الأخيرة ببناء وتشغيل أربعة فنادق في دولة المغرب، وفي المقابل تعهدت الحكومة المغربية بتمويل هذا المشروع ومنح الشركة إعفاءات ضريبية معينة، وتسهيلات في صرف العملات الصعبة. ولتنفيذ الاتفاق المبرم بين الطرفين، أنشأت شركة Holiday Inn شركة أخرى تابعة لها في سويسرا، هي شركة Glarus التي وقعت هي الأخرى على اتفاق الاستثمار المبرم بين الحكومة المغربية والشركة الأمريكية. وعندما نشب النزاع نتيجة توقف الحكومة عن دفع ديونها، تقدمت الشركة التابعة بطلب تحكيم أمام المركز، وفي أثناء الإجراءات دفعت الحكومة المغربية بعدم اختصاص المركز بنظر النزاع، لأن كل من المغرب وسويسرا لم تكونا أعضاء في اتفاقية إنشاء المركز عند إبرام اتفاق الاستثمار، وإن كانا قد صارا كذلك قبل تقديم المنازعة إلى المركز، وعللت ذلك أن التاريخ الذي يعتد به لاعتبار دولة ما متعاقدة هو تاريخ اتفاق الاستثمار نفسه الذي يحوي شرط التحكيم، في حين تمسكت شركة Holiday Inn بأن التاريخ الذي يعتد به لذلك هو تاريخ تقديم طلب التحكيم إلى المركز.

رفضت هيئة التحكيم دفع الحكومة المغربية، واستندت في ذلك إلى أن اتفاق الاستثمار نفسه سمح للأطراف بإنفاذ شرط التحكيم حتى ولو كان معلقاً على استيفاء إجراء معين في المستقبل، كالانضمام إلى اتفاقية المركز. راجع في ذلك:

Lalive P. (1980) The first (World Bank) Arbitration Holiday Inn vs Morocco (ICSID case N° ARB/72/1), Some legal problems, B. Y. B. I. L., Volume 57, N° 2, p. 123 – 146.

مُشار إليه في: محمد بن، جلال وفاء، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيئة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 20.

تتكون هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء، إلا إذا اتفق الأطراف على إحالة النزاع على محكمٍ فردٍ، وعلى ذلك، فإنّ صلاحية الأطراف في تحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم مقيدة، فإما أن تتشكل من محكم فرد حسب العقد، أو من ثلاثة محكمين بحكم الاتفاقية. وإذا كانت الهيئة ثلاثية، فيتمّ تعيينها حسب المادة 18 من اتفاقية عمان كما يلي:

– يكون لكلٍ من الطرفين، طالب التنفيذ والمطلوب ضده، أن يعيّن محكمه من قائمة المحكمين.

– إذا لم يعين طالب التحكيم محكمه في طلب التحكيم، يتولى مكتب المركز (مركز الرباط الذي أنشأته الاتفاقية) تعيين المحكم من القائمة خلال أسبوع من وصول الطلب لرئيس المركز، حسب المادة 17 من اتفاقية عمان.

إذا لم يعيّن المطلوب التحكيم ضدّ محكمه خلال مدة الثلاثين يوماً المنصوص عليها في المادة 17 مع الأخذ بعين الاعتبار إمكانية تمديدتها، يعينه مكتب المركز من القائمة.

أما المحكم الثالث، والذي يجب أن يكون من القائمة في كل الأحوال، فيعيّنه الفريقان بناء على دعوة رئيس المركز خلال ثلاثين يوماً من هذه الدعوة، وفي حال مضيّ المدّة دون اتفاق يعيّن مكتب المركز.

ومن الملفت للنظر، أن اتفاقية عمان لا تتضمن أي حكم حول كيفية تعيين المحكم إذا كان نظر النزاع من اختصاص محكم فرد.

ولكن، تطبيقاً للمبادئ العامة، يُمكن القول أن الأولوية في التعيين تعطي لاتفاق الطرفين، وفي حال عدم اتفاقهما، فإننا نرى أن يتولى المكتب تعيينه من القائمة قياساً على تعيين المحكم الثالث.<sup>1</sup>

ويتّضح مما سبق، أن المركز قد احتاط لمسألة مهمة، وهي أن يكون جميع المحكمين المعيّنين من غير جنسية الأطراف، وأن للمركز اختيار المحكمين بدلاً من

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 312.

الطرف المتقاعس، أو بدلاً من المحتكمين جميعاً إذا لم يعيّنوا محكميهم خلال المدة المحددة لذلك.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: تقييم مسألة اختيار المحكمين

تتفق الأنظمة القانونية المعاصرة على منح الأفراد الحق في الالتجاء للتحكيم لحل منازعاتهم، واختيار المحكم هو حق مكفول للأطراف بموجب قوانين التحكيم المختلفة، وبموجب قواعد وأنظمة مراكز التحكيم المختلفة، وذلك مع مراعاة القيود والضوابط التي تنصّ عليها قواعد تلك الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم الدولي والوطني.

وهذه الحرية المتروكة لطرفي التحكيم في اختيار المحكمين تختلف في التحكيم الحر عن التحكيم المؤسسي أو النظامي، فهذا الأخير تضيق فيه الحرية المتروكة للأطراف في الواقع العملي إلى حدّ كبير، حيث يتصدّى القانون المقارن ولوائح مراكز التحكيم غالباً لما يعترض سير خصومة التحكيم، أو تعيين المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم.<sup>2</sup> لذلك سيكون التقييم لمسألة اختيار المحكم عن طريق المقارنة بين اختيار الأطراف مباشرة (التحكيم الحر) مقارنة باختياره في التحكيم المنظم (المؤسسي) في البند الأول، ونتناول اختيار المحكمين في حال عدم اتفاق الأطراف في البند الثاني.

### البند الأول: مقارنة بين اختيار المحكمين عن طريق التحكيم الحر واختيارهم في التحكيم المؤسسي

أعطت تشريعات التحكيم المختلفة للأطراف الحرية في اختيار شخص المحكم باعتبار أن الثقة في شخصه هي السبب الرئيسي الذي يتمّ على أساسه اختيار المحكم، فلهم اختياره وتعيينه مباشرة، أو التوجّه إلى إحدى مراكز أو هيئات التحكيم لتعيين

<sup>1</sup> - كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> - أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار أبو المجد للطباعة، ط1، القاهرة، 2006، ص 188.

المحكم إذا كان واحداً أو محكماً عن كل طرف إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين أو أكثر.

وفي مجال المقارنة بين الأسلوبين، نجد أن الأسلوب المؤسسي يضمن استقلال المحكم وحيدته من ناحية، كما يكفل فاعليه اتفاق التحكيم من ناحية أخرى، وذلك لأن تعيين المحكم أو المحكمين يكون أكيداً ومضموناً، مما يمنع مماطلة أحد طرفي النزاع في تعيين محكمه وتعطيل بدء عملية التحكيم.

كذلك يكفل التحكيم المؤسسي الضمانات الإدارية للأطراف مثل التحقق من وجود اتفاق التحكيم، أو من صحته، ويكفل تعيين محكمين أكفاء، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة النزاع المعروض، والإشراف على سير الإجراءات، والرقابة على قرار التحكيم الذي يكون قابلاً للتنفيذ عالمياً.

كذلك حفظ الملفات التي تمّ على أساسها فض النزاع بأرشيف المركز لعدة سنوات، وذلك بتمكين أطراف النزاع من استرجاع مؤيداتهم أو مراجعة الأحكام التي صدرت بشأنها، أو الحصول على نسخ من تقارير الخبراء، وهذه الخدمات لا يوفرها التحكيم الحر، لأن مهمة المحكمين في هذا الصنف من التحكيم تنتهي بصدور الحكم. وفي التحكيم المؤسسي المنظم يتمّ تفادي عوارض التعطيل أو المسائل الجانبية التي تطرأ في التحكيم الحر في بدايته، ومن أمثلة ذلك رفض أحد أطراف النزاع تعيين محكمه، أو انسحاب المحكم قبل صدور الحكم، فإن مثل هذه الحالات يتم النظر فيها طبقاً لنظام المركز.

هذا بخلاف الأسلوب الأول - الاختيار الحر - والذي يحدد فيه الأطراف الأشخاص المحكمين دون الإحالة إلى هيئة أخرى تتولى تحديدهم، مما يجعل هذا الاختيار خاصة في تكوين هيئات التحكيم متعددة الأطراف كما لو كان المحكم وكيلاً عن اختاره ومحاميه الذي يدافع عنه، بل الذي يهدد بتعطيل سير خصومة التحكيم، وتتحية إذا لم يسلك الخصم سلوكاً يتوافق مع ما يتطلبه الطرف الذي سماه وعيّنه.

إن المشكلة التي تواجه تعيين المحكمين تكمن في حال رفض أحد الأطراف المشاركة في تكوين هيئة التحكيم التي قد تحول دون نجاح العملية التحكيمية، حيث

أن اختيار المحكمين من قبل الأطراف يعتبر الخاصية الأساسية للتحكيم المبني أساساً على الثقة في شخص المحكم وكفاءته.<sup>1</sup> فرفض الطرف سيء النية تعيين محكم سيدفع الطرف الآخر على أن يلتجأ إلى القضاء للبت في القضية.

كذلك فإن إرادة الأطراف لا تكفي بمفردها لإقامة دعائم نظام التحكيم دون مباركة من إرادة المشرع التي تسبغ هذا النظام بطابع قانوني مفروض لا دخل لإرادة الأطراف فيه، فالتحكيم الحر من حيث الانعقاد بموجب شرط أو مشاركة تحكيم قد ينتج عنه أمران:

– صعوبة تنفيذ اتفاق التحكيم، مما يؤدي ببعض الأحيان لاستحالة تنفيذ شرط التحكيم، إذا اختلف الأطراف على التفاصيل اللازمة لسير إجراءات التحكيم، والتي لم يوضّحها في اتفاقهم.

– قد يواجه اتفاق التحكيم الذي يرد في شكل مشاركة البطلان إذا لم يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم.

وهذان الأمران وما يسببانه من تعطيل واستحالة وبطلان إجراءات التحكيم نجد أن التحكيم المؤسسي يتجاوزهما ابتداءً، لأنه يضع اتفاقاً شاملاً بين الأطراف يتم بالإحالة إلى قواعد المركز، وتعتبر هذه القواعد ملزمة، حتى ولو لم يطلع عليها أطراف العقد، لذا يعتبر الاتفاق على التحكيم المؤسسي أفضل من الاتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم الحر، لما يمتاز به من مميزات مهمة في مجال فض المنازعات بطريق التحكيم.

ومع ذلك، فإن اتفاق الأطراف الحر على تعيين المحكم أو المحكمين يتفق وروح التحكيم، ويحقق السرعة والفعالية المنشودة في إدارة العملية التحكيمية. إلا أن التحكيم المؤسسي قد يكون أكثر ملاءمة في أحيانٍ أخرى، وذلك عندما يتعلّق الأمر بتحكيم متعدد الأطراف، فحينئذٍ تنثور مشكلة اختيار المحكمين وتشكيل هيئة التحكيم،

<sup>1</sup> - طارق مجاهد، مشاكل وصعوبات ومعوقات قضايا التحكيم التجاري الدولي في مصر والدول العربية، منشور على الموقع: <http://www.facebook.com/perma.php?id.story.Fbid2> تمت زيارة الموقع يوم: 2017/07/01.

وحسم هذه المشكلة لا يكون إلا بتعيين المحكم من قبل المنظمة التي يجري فيها التحكيم، فتكون هي السلطة المختصة بالتعيين.<sup>1</sup>

### البند الثاني: بالنسبة لاختيار المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف

سبق أن لاحظنا الحرية الواسعة التي منحت للأطراف في اختيار محكميهم، لكن قد يتقاعس أو يختلف الأطراف في ذلك لأي سبب من الأسباب، وهذا ما قضت به المادة 17 فقرة أولى من قانون التحكيم المصري الجديد وكذا المادة 1041 من ق.إ.م.إ.ج.الذين يقرران للطرفين حق اختيار المحكمين أياً كانوا سواء كان المحكم الفرد، أو المحكم الخاص بكل طرف عند تعدد أعضاء هيئة التحكيم. تلك هي القاعدة العامة، والتي لا يجوز الانتقاص منها.<sup>2</sup>

ويلاحظ من خلال هذه النصوص مدى الضرر الواقع على المحكم حسن النية الذي التزم بتنفيذ اتفاق التحكيم باللجوء إلى التحكيم عند نشوء النزاع، وقام بتعيين محكمه وفقاً للتنظيم الذي نصّ عليه قانون التحكيم، في الوقت الذي يتخلف المحكم ضده في تعيين محكمه بعد إعلانه إعلاناً سليماً بطلب التحكيم، مما يؤدي إلى لجوء المحكم مضطراً إلى القضاء لإعمال تشكيل هيئة التحكيم، فيتكبد المزيد من ضياع الوقت والجهد والمال بعد انتهاء المهلة القانونية التي منحها المشرع للمحكم ضده لتعيين محكمه، لذلك نعتقد أنه من المهم مطالبة الطرف المتعنت في هذه الحالة بالتعويض جبراً للضرر الواقع على المحكم، مع اعتبار مسألة تقاعس المحكم ضده لتعيين محكمه عند إصدار الحكم النهائي قرينة ضده على عدم توافر حسن نيته إذا صاحب سوء النية هذه أية مماثلة أخرى بالنسبة لإجراءات التحكيم، إضافة إلى ما أخذ به المشرع الإنجليزي، والذي استوقفته هذه المسألة، وقام بالتغلب عليها من خلال المادة 17 من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996، بأن مكن الطرف الذي لم يتقاعس واختار محكمه من أن يعلن الطرف الآخر المتقاعس بأن يصبح المحكم الذي

<sup>1</sup> - محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 375.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 364.

اختاره هو المحكم الوحيد، وفي حالة ما إذا لم يقم الطرف المتقاعس خلال سبعة أيام من تاريخ الإعلان السابق إبلاغه للطرف الآخر بأنه قام بالتعيين فإنه يمكن له تعيين محكمه كما لو كان قد عين من قبل الطرفين.<sup>1</sup>

وحسب قول الدكتور هشام خالد<sup>2</sup>، فإن القانون الإنجليزي يجيز أن يكون محكم المدعي في التحكيم هو المحكم الوحيد في النزاع، وذلك إذا تخلف الطرف الآخر عن القيام بتعيين محكمه في الوقت المتفق عليه أو في وقت معقول، وهذا الأمر يؤدي إلى نجاح العملية التحكيمية ويحول دون ضياع الوقت ويمنع الخصم السيئ النية من تعطيل الفصل في النزاع. وتشترط بعض القوانين إذن القضاء أو إجازته لاعتبار محكم المدعي هو الوحيد لحسم النزاع، وفي الدول الأخرى التي لا يقرر فيها القانون النظام السابق المقرر في إنجلترا، فإن العمل قد يجري عليه إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان النظام الإجرائي الواجب الإلتباع يقره.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> - هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، المجلد الأول، الفصل الثالث، ص 59.

<sup>3</sup> - تطبيقاً لما ذكر في المتن كمثال حصل في أمريكا، ومفاده أنه اتفق في شرط تحكيمي على أن يقوم المدعي عليه بتعيين محكمه خلال 7 أيام من تسلّمه إخطار المدعي بتعيين محكمه، وعلى أنه إذا تقاعس الأخير عن تعيين محكمه فإن المحكم المختار من جانب المدعي سيقوم وحده بالفصل في النزاع باعتباره المحكم الوحيد، وبالفعل لم يعين المحكم ضدّه محكمه، وعلى ذلك قام محكم المحكم بالفصل في الخصومة التحكيمية. وعند الطعن على الحكم للسبب المذكور، أيدت محكمة الاستئناف الاتحادية الحكم الصادر من المحكم الفرد في الظروف التي صدر فيها، وذهبت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن رفض الطلب المقدم من المدعي عليه الطاعن مقررة "القانون الأمريكي للتحكيم قد رسم طريقاً مختلفاً لتعيين المحكمين، ولكن هذا لا يعني البتة أنه لا يحقّ للأطراف في التحكيم الاتفاق على طريقة أخرى لتعيين المحكمين، للجوء إلى نظرية Ex. parte الإنجليزية، وتعني هذه النظرية الأحكام التي تصدر في غياب أحد الأطراف. ومن ثمّ دون إمكانية وجود نقاش ومواجهة فيما بينهم، ومثل هذه الأحكام لا تكون لها قيمة السوابق القضائية. انظر في هذا الصدد: إسماعيل الزيايدي، اختيار المحكم بواسطة محاكم الدولة بين التدخل الخشن والتدخل الناعم، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس عشر، يوليو 2012، ص 337.

## المطلب الثالث: لغة التحكيم

تعتبر لغة التحكيم من العناصر الأساسية التي لا بدّ من تحديدها في اتفاق التحكيم، كما أنها تحتلّ أهمية كبيرة بالنسبة للعملية التحكيمية، وذلك لاعتبارات كثيرة، أهمها:

أن اللغة هي التي تأتي لحدّ كبير بالمحكّمين، ذلك لأن اختيار هؤلاء يتوقف على مدى إجادتهم لغة التحكيم المعتمدة.

كما أنّ للترجمة مساوئها وخاصة في ميدان المنازعات الكبيرة، كالمنازعات المتعلقة بالاستثمار، ويُعتبر من هذه المساوئ تكبّد نفقات كبيرة وهدر وقت زائد، ناهيك عن أن الترجمة تورث في حال عدم الدقّة، وجود أخطاء تؤثر بشكل جوهري على الحكم التحكيمي.

وقد يضيع بالترجمة كثير من معاني المصطلحات والتعابير والأفكار، ولذلك، فإنّ مفهوما شائعاً مفاده أن أية ترجمة تتضمنّ قدراً من خيانة النص، ثم ماذا إذا ترك اختيار اللغة للهيئة، واختلف المحكمون فيما بينهم كأن يعتمد رئيس الهيئة لغة ويتجه المحكمان الآخران إلى اعتماد لغة أخرى، حينئذٍ لا بدّ من ترجمة كل البيانات والمستندات والمحاضر إلى اللغة المعتمدة.

ونظراً لهذه الاعتبارات الهامة، وبالرغم من أن جهود الفقهاء والدارسين تولي عناصر أخرى قدراً أكبر من الأهمية كالقانون واجب التطبيق وغيره من عناصر الحكم التحكيمي، إلا أن اللغة تعتبر من العوامل الهامة التي لا يجب أن يغفل عنها الأطراف حين توقيع اتفاق التحكيم، وبتحديدها بإرادتهم المشتركة تتبدّد كثير من احتمالات العوائق أمام هيئة التحكيم.

## الفرع الأول: تحديد لغة التحكيم

على اعتبار أن موضوع لغة التحكيم يعتبر من الموضوعات التي تنسّم بالحساسية والتعقيد، فمن الأفضل دائماً أن تحدد من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم لا أن يترك موضوعها لهيئة التحكيم، ذلك أن تحديد اللغة في اتفاق التحكيم يساعد كثيراً في اختيار المحكمين انطلاقاً من أن لغة التحكيم تأتي بالمحكّمين وليس المحكمون هم

الذين يأتون بها<sup>1</sup>، لأن اللغة تحدد من هو المحكم الذي يمكن أن يكون أنسب للنظر في النزاع، ويرتبط هذا الأمر كذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بحيث تكون اللغة هنا متلائمة مع خيار تحديد القانون المطبق، بحيث تكون لغة التحكيم نفس لغة هذا القانون، بحيث يأتي إلى التحكيم حقوقيون قرييون من روح القانون المطبق، مطلعون على فقهه والاجتهاد فيه، ليس من مجرد ترجمته فيعطى القرار التحكيمي حسماً نابعا من واقع العدل وملائماً لروح الحق، وليس حلاً نظرياً<sup>2</sup>. عند تحديد اللغة أو اللغات المستخدمة، فإن هذا الاستخدام لا بد وأن يسري على كل ما يتعلّق أثناء إجراءات العملية التحكيمية من تحرير البيانات والمذكرات المكتوبة أو المرافعات الشفوية.

بالإضافة إلى أية مذكرة توجهها الهيئة أو قرار تتخذه أو حكم تصدره، وبافتراض أن أساس العلاقة، العقد على سبيل المثال، والمراسلات بشأنها هو اللغة العربية، وكان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي اتفق عليه الأطراف هو قانون دولة عربية والتحكيم يجري على أراضيها، فمن الطبيعي والمنطقي هنا أن تكون اللغة العربية هي لغة الإجراءات سواء اتفق بشأنها الأطراف أو حددتها هيئة التحكيم.

لكن ماذا لو اتفق الأطراف في الشرط التحكيمي بأن يستخدم كل طرف لغته في إجراءات التحكيم أو قررت الهيئة ذلك، هذا أمر متوقّع وهو يترتب عليه إمام هيئة التحكيم باللغتين، وبمعنى آخر اتفاق التحكيم يأتي بالمحكّمين لكن إذا كان احد المحكّمين لا يستطيع فهم إحدى اللغتين ففي هذه الحالة يستوجب أن تكون وثائق التحكيم والدعوى وشهادة الشهود المقدمة بهذه اللغة مترجمة.

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، اتجاهات تعديل قواعد تحكيم الأونسيترال في ضوء متطلبات الممارسين، مجلة التحكيم،

المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، عدد 10 أبريل 2009، ص 23.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب، نفس المرجع، ص 23.

لكن هذا سيؤدي إلى المماثلة في الإجراءات وارتفاع في التكاليف بشكل عام. من ناحية أخرى هذه الحالة قد تبرز مشكلة ثانية تتعلق بلغة حكم التحكيم، فهل يصدر الحكم باللغتين أم بلغة واحدة فقط؟ وبأي اللغتين يجب صدوره؟ واستخدام عدة لغات في العملية التحكيمية الواحدة قد يكون في بعض الأحوال الحل الذي لا مفرّ منه، لأن ذلك قد يتيح لمحكمة التحكيم التغلب على المشكلات التي تنشأ في وقت يخفق الأطراف فيه إلى اختيار لغة واحدة للتحكيم، وهذه المشكلة تظهر عادةً في التحكيم التجاري الدولي عندما يكون الأطراف منتمين إلى دول مختلفة ولا تجمعهم لغة واحدة.

ومن يتولى تحديد لغة التحكيم سواء الأطراف أو هيئة التحكيم، لاشكّ أنه أيضاً من يتولى التعديل، فإذا كانت الهيئة من عدل ذلك وقدم الأطراف أثناء الإجراءات مستندات بلغة غير اللغة المحددة للاستخدام في التحكيم، فإنه يحقّ للهيئة في هذه الحالة أن تأمر بإرفاق ترجمة تلك المستندات إلى التحكيم. كذلك للهيئة في حالة تعدد لغات التحكيم أن تقتصر الترجمة على لغة واحدة فقط.

وعندما يُنابط بالهيئة تحديد واختيار لغة التحكيم، لاشكّ أن الأمر يستدعي منها مراعاة عدد من المعايير والظروف المحيطة التي تتصل بعدد من الأمور، مثل اللغة المستخدمة في العقد محل الخلاف، ولغة اتفاق التحكيم، ولغة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي اختاره الأطراف، ولغة قانون الإجراءات ومكان التحكيم والبلد الذي يفترض أن يتمّ فيه تنفيذ حكم التحكيم.

#### الفرع الثاني: موقف القوانين وقواعد مؤسسات التحكيم من اللغة

سنعرض لموضوع لغة التحكيم كما تضمّنتها بعض قوانين التحكيم، لاسيما القوانين العربية، وكذا قواعد وأنظمة مؤسسات التحكيم.

#### البند الأول: قانون التحكيم المصري

لقد عالجت المادة 29 من قانون التحكيم المصري<sup>1</sup> مسألة تحديد لغة الإجراءات على "أن يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان، أو تحدد هيئة

<sup>1</sup> - الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، وفقاً لآخر التعديلات.

التحكيم لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة، وعلى المرافعات الشفهية، وكذلك كل قرار تتخذه هذه المحكمة، أو رسالة توجهها، أو حكم تصدره، ما لم ينصّ اتفاق الطرفين، أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك"، وحسنا فعل المشرع أن جعل الأصل هو اللغة العربية.<sup>1</sup>

وعلى الرغم من أن القانون المصري للتحكيم قد نصّ على أن يجري التحكيم باللغة العربية، إلا أن تطبيق هذا النص قد قيده المشرع المصري وجعل تطبيقه ممكناً إذا لم يتفق الأطراف على خلافه، وهذا يعني أن اختيار اللغة يكون في المقام الأول خاضع لإرادة الأطراف، وفي حالة ترك الأطراف هذا الأمر للهيئة، فإنها هي من يتولى تحديد لغة التحكيم التي يجيز لها القانون بأن تحدد لغة غير العربية حتى لو كان التحكيم داخلياً وليس فقط دولياً.

#### البند الثاني: قانون التحكيم السعودي

نصن المادة 29 من قانون التحكيم السعودي الجديد<sup>2</sup>، على "أن يجري التحكيم باللغة العربية ما لم تقرر هيئة التحكيم أو يتفقا طرفا التحكيم على لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاق على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة، والمرافعات الشفهية، وكذلك على كل قرار تتخذه هيئة التحكيم، أو رسالة توجهها، أو حكم تصدره، ما لم ينصّ اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك.

ولهيئة التحكيم أن تقرر أن يرافق كل الوثائق المكتوبة أو بعضها التي تقدّم في الدعوى ترجمة إلى اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم، وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز للهيئة قصر الترجمة على بعضها".

<sup>1</sup> - لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 265.

<sup>2</sup> - الصادر بالمرسوم الملكي رقم 34/م، المؤرخ في 24/05/1433هـ الموافق لـ 16 أبريل 2012. تم الاطلاع عليه على الموقع: <http://www.moj.gov.sa> بتاريخ 2017/07/12.

لهذا يعدّ ما نصّ عليه نظام التحكيم السعودي الجديد مواكباً مع ما تمّ النصّ عليه في الأنظمة التحكيمية الدولية، وذلك بهدف تسيير إجراءات التحكيم وسرعة الفصل في القضايا وجذب الاستثمارات إلى المملكة العربية السعودية.

### البند الثالث: القانون الجزائري للتحكيم

لم يتعرّض المشرع الجزائري لمسألة لغة التحكيم، سواء في تنظيمه للتحكيم الداخلي، أو الدولي، لكن نقول في هذا الصدد، أنه يفترض تسيير إجراءات التحكيم الداخلي باللغة العربية لجريانه في الجزائر، بينما في التحكيم الدولي فالأصل خضوعه لمبدأ سلطان الإرادة، فيتمتع الأطراف بحرية تكاد تكون مطلقة في تحديد كافة شروطه، والتي يدخل ضمنها لغة التحكيم، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على لغة معيّنة لتسيير إجراءات التحكيم التجاري الدولي، تتولى هيئة التحكيم مهمة تحديدها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد انتهج مسلك المشرع الفرنسي في هذا الشأن.

وكان على المشرع الجزائري أن يكون له نفس الموقف مع بعض التشريعات العربية، ومنها التشريع المصري، والسعودي والمغربي، الذين جعلوا لغة التحكيم هي اللغة العربية، إلا إذا تمّ الاتفاق على خلاف ذلك.

### البند الرابع: نظام غرفة التجارة الدولية بباريس

جعل عبء تحديد اللغة للمحكم، حين نصّت المادة 20<sup>1</sup> منه على أنه "تعين محكمة التحكيم، مالم يوجد اتفاق مخالف، لغة أو لغات التحكيم آخذة بعين الاعتبار جميع الظروف ذات الصلة، بما فيها لغة العقد.

<sup>1</sup> - من قواعد التحكيم والتسوية الودية للنزاعات الخاصة بغرفة التجارة الدولية النافذة اعتباراً من جانفي 2012. تم الاطلاع عليها على الموقع: <http://www.international-arbitration-attomey.com> يوم 2017/07/12.

## البند الخامس: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

ينصّ نظام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي في مادته 19<sup>1</sup>، على "أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف، تتولى هيئة التحكيم إثر تشكيلها تحديد اللغة أو اللغات التي تستخدم في الإجراءات. ولهيئة التحكيم أن تأمر بأن ترفق بالمستندات المقدمة بلغتها الأصلية مع بيان الدعوى أو بيان الدفاع، وأي وثائق أو مستندات تكميلية مقدّمة بلغتها الأصلية في أثناء الإجراءات، ترجمة إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الأطراف أو حددتها هيئة التحكيم".

## البند السادس: قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية

لقد نصّت المادة 1/12 من هذا القانون<sup>2</sup>، على أنه "إذا لم يتفق الأطراف على اختيار اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات تسوية المنازعات وكان نظر النزاع أمام الغرفة قد تمّ وفقاً لأحكام هذا الفصل كانت اللغة العربية هي اللغة التي تستخدم في هذه الإجراءات".

نلاحظ أن موضوع لغة التحكيم في بعض القوانين التي عرضناها فيما سبق أن أغلب هذه القوانين، وإن كانت نصّت على أن تكون اللغة العربية هي لغة التحكيم، كما في قوانين مصر، السعودية والمغرب، إلا أن هذا الأمر لا يعتدّ به إذا اتفق الأطراف على مخالفته، فالأصل هو أن يتفق الأطراف أولاً على لغة التحكيم إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.

<sup>1</sup> - لقد تمّ إجراء عدة تعديلات على هذا النظام في الأعوام 1998، 2000، 2002، 2006 و2011، وأصبحت سارية المفعول اعتباراً من الأول من يناير 1998، والأول من أكتوبر 2000 و21 نوفمبر 2002 وأكتوبر 2006، و1 مارس 2011 على التوالي.

<sup>2</sup> - مرسوم بقانون رقم 30 لسنة 2009، بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية الصادر بتاريخ 2009/07/02. رقم الجريدة الرسمية 2902. تم الاطلاع عليه على الموقع: <http://www.legalaffaires.gov.bh/legislationsearchdetailsdefault.aspx?id=434> يوم

2017/07/10.

ونصّت هذه التشريعات أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد اللغة أو حالة عدم تحديدهم للغة، فإنّ هيئة التحكيم هي من يقرّر اللغة المستعملة في العملية التحكيمية، ولا تمنع هذه القوانين هيئة التحكيم من اختيار لغة أو لغات أخرى غير العربية.

أما عن قواعد مؤسسات التحكيم التي عرضناها، فتتباين مواقفها بشأن موضوع لغة التحكيم، في حين منحت غرفة البحرين لتسوية المنازعات الأطراف الحق في تحديد اللغة المستخدمة، لكن في حالة عدم الاتفاق على اللغة، فقد أوجب قانون الغرفة، وبشكلٍ صريحٍ أن تكون اللغة العربية هي اللغة المستخدمة في الإجراءات.

أما غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد نصّ نظامها على أنّ هيئة التحكيم هي من يقرّر تحديد اللغة.

بالمقابل، نجد أن نظام مركز تحكيم القاهرة ينصّ على استخدام اللغات تبعاً لما يحدده الأطراف أو تقرّره هيئة التحكيم.

### الفرع الثالث: مشكلة لغة التحكيم

على الرغم من أن التحكيم صار في الوقت الراهن من أنسب وأعدل وسائل حل المنازعات الناجمة عن المعاملات الاقتصادية، وعلى الرغم كذلك من أنّ الحاجة إلى التحكيم تزداد يوماً عن يوم، إلا أنّ الملاحظ أن هذه المشكلات مختلفة لا تزال تعترض قضايا التحكيم وعلى وجه التحديد المرتبط منه في التحكيم الدولي، وأن هذه المشكلات والمعوقات بحاجةٍ إلى دراسة جادة ومنظمة من قِبل المشتغلين في هذا الميدان.

إن إحدى المشكلات التي تطال قضاء التحكيم، والتي يتطلّب الاعتراف بها ودراستها بشكلٍ كافٍ هي قضية لغة أو لغات الإجراءات المستخدمة في العملية التحكيمية، والتي لا تبدو فقط مشكلة ظاهريّة بل اعتبارها حقيقة، فالتحكيم الذي يتسع انتشار استخدامه في كلّ الدول والقارات يفرض الحاجة على الأقل إلى توضيق المساحة في الاختلافات القائمة حول لغة التحكيم.

إن لغة التحكيم والترجمة يمثلان اعتباراً مهماً في صياغة استراتيجيات الأطراف والمحكمين وغالباً يجب اتخاذ القرارات المتعلقة باللغة والترجمة في كل حالة على حدى، وهناك المزيد من الحالات التي تظهر فيها أوجه قصور إجرائية مزعومة متعلقة باللغة كمسألة التحكيم وإجراءات المحكمة التي تلي التحكيم.<sup>1</sup> باعتبارنا في التحكيم التجاري الدولي، قد يكون من الأنسب عند اختلاف لغة الأطراف إتاحة الفرصة لكل طرف، بتقديم مذكراته ومستنداته والتحدث بلغته، وفي نفس الوقت اعتماد لغة أخرى تكون لغة رسمية في إجراءات التحكيم.

بطبيعة الحال هذا المعيار سيكون مكلفاً للوقت والجهد وللترجمة، لكن إذا اعتبرنا أن اللغة التحكيم سلطة مؤثرة على سير إجراءات التحكيم نظراً لما تحتويه من فكر قانوني وتقاليدي قانونية، فإن ذلك يوجب على هيئات التحكيم ليست تحقيق العدالة فيما يقضون به، ولكن يدعو أيضاً إلى احترام لغة الأطراف وأن تضع لها كل الاعتبارات.

وفي الواقع العملي، نجد أن طرفي العقد يهملون تحديد لغة التحكيم اعتقاداً منهم بأنها ستكون لغة العقد ولا يتوقعون أن يثير أحد أطراف العقد مشكلة بشأن اللغة سواء بحسن نية أو بسوء نية، خاصة وأن هنالك من يبحث عن معوقات لسير عملية التحكيم.

وقد تثار نفس المشكلة إذا تم صياغة العقد بلغة تختلف عن لغة دولتي الطرفين. ومن ناحية أخرى وأثناء سير الإجراءات يتوقع تقديم مستندات وسماع شهود ربما لا تتوافق مع لغة طرفي العقد أو مع أحدهما، والمعلوم أن مدلولات اللغة فيها اختلاف كبير تخرج ترجمتها غالباً عن المعنى الحقيقي للكلمة خاصة بالنسبة للمصطلحات القانونية والفنية.

وقد يكون من الصعوبة بمكان في بعض الأحيان وعند حدوث النزاع أو عند السير في الإجراءات أن يتفق الأطراف على لغة واحدة قد يكون بسبب سعي البعض لتأخير أو إفشال عملية التحكيم، ولتجنب هذه الخلافات يجب على من يقوم بصياغة

<sup>1</sup> - شاهر مجاهد الصالحي، لغة التحكيم، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، أكتوبر 2010، ص 536.

الشرط التحكيمي أن يحصل من طرفي العقد تحديد لغة واحدة أو على الأقل لغتين تكونان الواجبة الإلتباع منذ بدء الإجراءات وحتى صدور القرار.

وفي كل الأحوال في حال إغفال شرط التحكيم مسألة اللغة يمكن الرجوع للقانون الواجب التطبيق، فإن لم ينصّ هذا الأخير عليها، يقوم المحكمون بتحديدتها بناء على معطيات العقد وما استخدمه الأطراف في مراسلاتهم واتصالاتهم بشأن مفاوضات إبرام العقد.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أنه من الناحية العملية قد يكون من المناسب والمستحسن، والأقل نفقة أن يتقن المحكم لغة التحكيم، ولكن لغة التحكيم الدولي، في الواقع، هي عادةً الإنجليزية كثيراً والفرنسية قليلاً.

ويأتي المحكمون من العالم الثالث الذين يتقنون الإنجليزية أو الفرنسية قليلاً أو كثيراً، ولكنها ليست لغتهم فتجري المحاكمة ويستمع إلى الشهود ويقدم المحامون اللوائح وتجري المرافعات ثم يصدر الحكم، كل ذلك بلغة أجنبية عنهم، وهذا يشكل حاجزاً بين العالم الثالث والتحكيم الدولي، فلماذا لا يكون للتحكيم لغتان، الإنجليزية أو الفرنسية من جهة ثم لغة القانون المطبق ولغة أطراف النزاع من جهة أخرى. إن المرونة في هذا الأمر ضرورية حتى يصبح التحكيم هو قضاء أجنبي أو قضاء المميزين أو قضاء الدول الصناعية.<sup>2</sup>

وقد اتخذ القضاء الفرنسي موقفاً من لغة التحكيم في حكم أصدره في 2004/06/10 اعتبر فيه أن طلب إبطال الحكم للزعم بأن المحكم لم يتقن لغة التحكيم مردود طالما أن الحكم التحكيمي مكتوب بلغة التحكيم بشكلٍ يخلو من أيّ عيب.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - طارق مجاهد، مشاكل وصعوبات ومعوقات قضايا التحكيم التجاري الدولي في مصر والدول العربية، المرجع السابق، ص 06.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 300.

<sup>3</sup> - C.A Paris (1ere ch. Civ), 10 juin 2004, *Bargues Agroindustrie c/ young peean*, Rev., arb., 2006, n° 01, p 154.

مشار إليها في عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 300.

ومن الملاحظ أن بعض المؤسسات التحكيمية الدولية تهمل دور اللغة العربية مع أن المتحدثين بالعربية ما يزيد عن 05% من سكان المعمورة، أما حجم الاستثمار والمشاريع والنزاعات التي تنشأ عن ذلك في الدول العربية أو تعد هذه الدول طرفاً فيها أكثر من ذلك بكثير، وقد تكون هناك مشقة في صدور الحكم باللغة العربية، في حين أن العقد والمراسلات بلغة أخرى غير العربية، إلا أن هذا ممكن ولا بد من وضعه بعين الاعتبار.<sup>1</sup>

#### المطلب الرابع: ارتفاع مصاريف التحكيم

قد توجد ظروف خاصة تحول دون تحقق كل أو بعض مزايا التحكيم، من ذلك أنه في القضايا التي تتضمن بعض المصاعب والتعقيدات، قد يتكبد الخصوم مصاريف طائلة، تتمثل في أتعاب هيئة التحكيم، والمحامين، والخبراء وغيرهم، وهذه المصاريف قد تتجاوز بكثير مصاريف التقاضي.<sup>2</sup>

ونجد أن نسبة مصاريف التحكيم بالمقارنة مع القضاء تكون الأولى أكثر بفارق، وخاصة عندما يكون التحكيم دولياً، ففي هذه الحالة، قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع، والمحامين من جنسيات مختلفة أو مقيمين في دولة مختلفة، مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لانتقالاتهم واجتماعاتهم في مكان معين، هذا بالإضافة لأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم، حيث يكون التحكيم مؤسسياً وعلى الأغلب، فإن هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طردياً مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة.<sup>3</sup>

وطالما اختار الأطراف محكماً ليفصل في الخصومة أو النزاع القائم بينهم، وقبل المحكم القيام بهذا الدور، فمن الطبيعي أن تثبت له حقوق مالية وأجر مقابل

<sup>1</sup> - أحمد حداد، لغة التحكيم وفقاً لقواعد الأونسيترال، مجلة التحكيم، 2010، ملحق العدد الثامن، ص 501.

<sup>2</sup> - محمد السيد عرفة، التحكيم الداخلي في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 39.

<sup>3</sup> - إبراهيم محمد شاكر علي، التحكيم في منازعات شركات سمسة الأوراق المالية مع العملاء (دراسة تحليلية تأصيلية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 327.

المهمة التي يؤديها، وهذا الحق للمحكم يعتبر من أهم حقوقه، نظراً لأن الأصل في التحكيم أنه بأجر.

ولم ينظم القانون مسألة أتعاب المحكمين، ولذلك فإن هذه الأتعاب تتحدد في اتفاق التحكيم، أو في اتفاق مستقل، فإذا لم تحدد فإن للمحكم أن يرفع الأمر إلى المحكمة، وتتولى المحكمة تحديد أتعاب المحكم.

ومن المؤكد أن من حق المحكم الذي أتم عمله أن يطالب بمصاريفه وأتعابه، إلا إذا كان قد قبل المهمة بغير مقابل، وتشمل المصاريف نفقات السفر من موطنه إلى مكان النزاع إذا تطلب الأمر ذلك، ونفقات الإقامة كاملة من هذا المكان، ونفقات الكاتب الذي ساعده في كتابة محاضر الجلسات. وتقتصر الأتعاب على تعويض مقابل العناء الذي بذله المحكم عند نظر النزاع على أساس مدة التحكيم، وكثيراً ما تكون المصروفات وأتعاب المحكمين مناصفة بين الطرفين.<sup>1</sup>

ولا مشكلة إذا كان التحكيم مؤسسياً، إذ تنص قواعد مراكز التحكيم على الأتعاب التي يتقاضاها المحكم أو المحكمون بمراعاة قيمة النزاع.

كما تنظم هذه القواعد ما يتعلق بزيادة هذه الأتعاب مراعاة لبعض الظروف، وتتضمن لوائح مراكز التحكيم مبدأ أساساً هو تحريم أي اتفاق خاص على الأتعاب بين المحكم والطرف الذي اختاره، وإذا كانت الأتعاب المحددة من مراكز مبالغاً فيها، فليس للأطراف الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بتخفيضها، فيما أنهم قبلوا التحكيم بواسطة مركز تحكيم معين قد ارتضوا مقدماً هذه الأتعاب، ولكن المشكلة تثور إذا كان التحكيم حراً، فإذا كان المحكم فرداً فعندئذ يتفق الطرفان عادة على أتعاب المحكم ونفقاته، وعلى اقتسام هذه الأتعاب والنفقات إلى أن يصدر الحكم ويلزم بها الطرف الخاسر، والمشكلة تكون لو لم يتفق الطرفان على أتعاب المحكم الفرد، حيث لا يجوز للمحكم أن يصدر قرار يحدد أتعابه إلا إذا قبل الأطراف ذلك<sup>2</sup>، حيث أنه يجوز للخصوم تفويض المحكم في تقدير أتعابه، ويحددها في هذه الحالة بعد الحكم في

<sup>1</sup> - أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 232.

<sup>2</sup> - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 290.

الموضوع، وعند تقدير مصاريف الدعوى وتحديد الخصم الذي يكلف بها، أو تعيين النصيب الذي يتحمّله كل خصمٍ منهم، ويخضع تقدير المحكم لأتعابه لمطلق رقابة المحكمة التي تملك تعديله<sup>1</sup>، ويكون تقدير الأتعاب بنسبة معيّنة من قيمة الدعوى والنزاع المعروف.

ولكن إذا ما أبطل حكم التحكيم لسبب يرجع إلى إهمال المحكم، أو خطئه فلا يحق له طلب الأتعاب، لأنه يكون قد تسبّب في ضياع وقت الخصوم وجهدهم دون جدوى ولا اعتبار لما أضاعه هو من وقتٍ وجهدٍ، ومن الواجب أن تردّ إليه جميع المصاريف الفعلية التي أنفقها أثناء مباشرته مهمته، إلا إذا كان سيء النية وتسبب عن عمدٍ في بطلان حكمه.<sup>2</sup>

في الواقع العملي، نجد أن مسألة الأتعاب تعدّ إحدى تحديات التحكيم من حيث مغالاة بعض المحكمين في التقدير ومبالغة أطراف النزاع في تحديدها بمبلغٍ ضئيلٍ أو تافه في بعض الحالات، إذ أنّ بعض المحكمين يبالغون لأنهم يعتبرونها فرصة العمر للحصول على مبلغٍ كبيرٍ دفعةً واحدةً خلال مدةٍ وجيزةٍ قد لا يحصل عليه طوال حياته، وبالتالي يسعى بكلّ ما أوتي من قوّة لبلوغ مبتغاه، كما أنّ طرفي النزاع قد يكون لهم رأي في تقدير المحكمين حتى ولو كان معقولاً وعلى وجه الخصوص المحتكم ضده، إما أن يكون محقاً في ذلك، وإما مناورة منه لتطويل أمد النزاع لتوفيق أوضاعه.<sup>3</sup>

بناءً على ما سبق من تعارض وجهات النظر بين الطرفين، فقد يعتذر المحكمون عن تولي المهمة، وبالتالي على طرفي النزاع البحث عن محكمين آخرين يقبلون ما يصبون إليه، وفي كل الأحوال نجد أن المتضرر الأساسي في هذه العملية هو طالب التحكيم نسبة لتطويل أمد النزاع.

<sup>1</sup> - أحمد أبو الوفا، نفس المرجع، ص 292.

<sup>2</sup> - كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، المرجع السابق، ص 211.

<sup>3</sup> - طارق مجاهد، مشاكل وصعوبات ومعوقات التحكيم التجاري الدولي في مصر والدول العربية، المرجع السابق، ص 04.

لذلك نقرّ ونعترف بأن ارتفاع تكاليف التحكيم هو المشكل الذي قد يؤثر على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة مناسبة لتسوية المنازعات، فإذا كانت تكاليف التحكيم في بعض الدول منخفضة، مثل الولايات المتحدة الأمريكية، ليس لانخفاض مصاريف اللجوء إليها، وإنما بسبب علو تكاليف القضاء الباهظة هناك، فتظهر تكاليف التحكيم منخفضة، ولكن الوضع مختلف تماماً في الوطن العربي والدول النامية ككل، فتكاليف القضاء منخفضة جداً بالنسبة لمصاريف التحكيم الباهظة، وهذا ما يؤثر سلباً جذرياً على الاستثمارات الأجنبية.<sup>1</sup>

وفي هذا المقام، نشير إلى قضية أوراسكوم للاتصالات المصرية التي لجأت للتحكيم الدولي ضد الدولة الجزائرية بناء على اتفاقية الاستثمار الثنائية بين البلدين التي تناولتها وسائل الإعلام الجزائرية بإسهاب، والتي تكبدت فيها الجزائر خسائر مالية فادحة.

في أحدث تطور للصراع الحاصل بين شركة أوراسكوم تليكوم والجزائر للسيطرة على الشركة الموجودة في الجزائر للهاتف المحمول Djezzy، تقدمت أوراسكوم بطلب تحكيم في 12 أبريل 2012، بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية الموقعة في سنة 1997 بين مصر والجزائر<sup>2</sup>، والتي تنصّ على إجراء تحكيم خاص Ad hoc وفقاً لقواعد الأونسيترال، وتعيين رئيس معهد التحكيم التابع لغرفة التجارة في ستوكهولم كسلطة تعيين للمحكّمين في حال التأخر في اختيار أعضاء الهيئة التحكيمية.

<sup>1</sup> - Il a été affirmé que l'arbitrage d'investissement était coûteux et que cela conduisait à un détournement de fonds et de bien public pour financer la procédure arbitrale. selon une étude récente ; les couts des demandeur représentent en moyenne USD 4 437 000 , les couts des états défendeurs représentent USD 4 559 000 . et la moyenne des couts du tribunal a savoir les frais dépenses des arbitres et frais institutionnels USD 746 000 (voir Walid benhamida ; ou va l'arbitrage d'investissement op cit p 401

<sup>2</sup> - الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليها في 29/03/1997، والمصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 230/98، مؤرخ في 11/10/1998، ج ر، العدد 76.

نشأ الخلاف بين الجزائر وشركة Djezzy في نوفمبر 2009، على إثر تلقي هذه الأخيرة طلباً من الجزائر بتسديد ضرائب تبلغ ملايين الدولارات، كذلك الأمر، طلبت الجزائر الحصول على 51% من حصص شركة Djezzy. في 28 مارس 2012، صدر عن الغرفة الابتدائية في الجزائر حكم يقضي بفرض غرامة تصل إلى 1.3 مليار دولار أمريكي على Djezzy، والحكم جزائياً على أحد كبار المسؤولين التنفيذيين فيها لمخالفتها قوانين تتعلق بالحوالات الأجنبية.

استأنفت شركة Djezzy و مسؤولها التنفيذي الادعاءات، مما دفع بالبنك المركزي الجزائري إلى تجميد جميع الحوالات بالعملات الأجنبية التي تجريها شركة Djezzy. في أبريل 2011، أصبحت إدارة أوراسكوم بين أيدي الشركة الروسية Vimpelcom للخدمات السلكية Wireless التي انضمت منذ ذلك الحين في مفاوضات مع الجزائر حول بيع الأسهم، وكان الطرفان على وشك إيجاد حل للخلاف لولا صدور قرار الغرفة الابتدائية الجزائرية وإطلاق شرارة الخلاف من جديد.<sup>1</sup> ونتيجة لفرض ضرائب تقارب 1 مليار دولار أمريكي من دون مبرر، ومحاولة الجزائر إجراء بيع قسري لشركة الاتصالات Djezzy لصالحها، وبسبب الانتهاكات التي تسببت بأضرار كبيرة في استثمار شركة Weather II التي يملكها رجل الأعمال المصري نجيب ساوريس، والتي مقرها ليكسمبورغ، تقدمت هذه الأخيرة في 16 أبريل 2012، بإنذار دولة الجزائر بضرورة التوصل إلى حل ودي خلال فترة ستة أشهر، وإلا تعرضت لدعوى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفقاً لمعاهدة الاستثمار الثنائية بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي للكسمبورجي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أنظر في هذا الصدد، باب أخبار التحكيم، دعوى تحكيمية بين شركة مصرية والجزائر بناء على معاهدة الاستثمار الثنائية بين البلدين، مجلة التحكيم العالمية لسنة 2012، العدد الخامس عشر، ص 865.

<sup>2</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 345/91، المؤرخ في 1991/10/05، الذي يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي للكسمبورجي حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 1991/04/24، العدد 46، لسنة 1991.

انصبّ الخلاف حول استثمارات Weather II في مجموعة أوراسكوم الجزائرية للاتصالات، والتي تتضمن مساهمين آخرين، بمن فيهم الشركة المصرية أوراسكوم للاتصالات القابضة، وهي فرعٌ من الشركة الروسية Vimpelcom للخدمات اللاسلكية.<sup>1</sup>

وبعد سنواتٍ من النزاع القضائي، خسر رجل الأعمال المصري نجيب ساوريس دعواه ضد الدولة الجزائرية في قضية شراء متعامل الهاتف النقال Djezzy، وتمّ رفض إجراء التحكيم الذي رفعه ساوريس ضد الجزائر، والذي طالب من خلاله بمبلغ 05 ملايين دولار كتعويضٍ عن الضرر، وهو ما أكّده القرار الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي الهيئة الدولية في قرارها المشكل من 167 صفحة، أشارت إلى أنه نظراً للأسباب المعروضة أعلاه قررت عدم قبول المطالب المرفوعة لهذا التحكيم، على اعتبار أنه لا يُمكن للمحكمة ممارسة اختصاصها في الخلاف المرفوع، أكثر من ذلك، حمل قرار المحكمة مجموعة أوراسكوم، كامل مصاريف الإجراءات والمصاريف التي أنفقتها الدولة الجزائرية في القضية. وعليه يتعيّن على المدعي تعويض المدعى عليه عن مبالغ التحكيم التي أودعها لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ووفق القرار، يتعيّن على شركة أوراسكوم تليكوم دفع مبلغ 2.84 مليون دولار و 58.382.16 أورو للجزائر، تعويضاً عن المصاريف القضائية التي أنفقتها خلال هذا الإجراء التحكيمي، وفق قرار الهيئة الذي نصّ أيضاً على رفض جميع المطالب الأخرى.<sup>2</sup>

للتذكير، كان ساوريس قد طالب الدولة الجزائرية بدفع مبلغ قدره 5 ملايين دولار كتعويض عن الضرر، مبرراً دعوته رفض الحكومة الجزائرية تمكينه من بيع فرعها الجزائري للهاتف النقال من خلال ممارستها حق الشفعة، وتابع ساوريس في

<sup>1</sup> - أنظر في هذا الصدد، أخبار التحكيم، احتمال تقديم دعوى تحكيمية جديدة ضد الجزائر بناء على معاهدة الاستثمار الثنائية بين الجزائر واللكسمبرغ، مجلة التحكيم العالمية لسنة 2012، العدد الخامس عشر، ص 868.

<sup>2</sup> - أنظر المقال المنشور في جريدة لمساء اليومية، بتاريخ 09 جوان 2017، بعنوان بعد نزاع قضائي دام سنوات حول شركة "جازي"، ساوريس يخسر دعوى ضد الجزائر. تم الاطلاع عليه يوم 2017/07/19، على

الموقع: <http://www.el-massa.com/dz>

2014 دعوى التحكيم التي رفعها رغم الإتفاق المتوصل إليه في 18 أبريل 2014، بين Vimpelcom والصندوق الوطني للاستثمار، والمتضمن التسوية الودية للنزاع، والذي أنهى أيضاً إجراء التحكيم الثاني الذي رفع في سنة 2012، من قبل الفروع الروسية التابعة لـ Vimpelcom لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

### المطلب الخامس: ضعف الثقافة القانونية لممارسي التحكيم التجاري الدولي:

من الأمور التي تهدد التحكيم التجاري الدولي، والتي أثبت التطبيق العملي وجودها، مشكلة ضعف الثقافة القانونية للمحكمين والمستشارين القانونيين للخصوم، فمن الواجب أن يتمتع هؤلاء بثقافة قانونية واسعة وقائمة على الدراسة المقارنة للنظم القانونية المختلفة، كذلك من الواجب أن يتمتع المتقدمون بسعة الأفق لأقصى درجة ممكنة، وأن يكون لديهم وعي كامل بواقع الحياة الدولية المعاصرة، فكل هذا يعتبر ضروريا للحد من ضعف تكوين المحكمين، لإمكان القول بكفاءتهم، بحيث لا يمكن تصور هذه الكفاءة إذا ما كان المحكم ضيق الأفق، ضحل الثقافة القانونية، ويقتصر علمه على مدرسة قانونية واحدة مع إنكار المدارس القانونية الأخرى الموجودة في العالم<sup>1</sup>.

إن اختيار المحكم لا يقتصر فقط على ثقة الأطراف في شخصه، وإنما أصبح يتطلب كفاءة قانونية، وتخصصا وعلما بقواعد وأصول يثير النزاع مسائل تتطلب درجة عالية من التخصص، فالتكوين القانوني السليم للمحكم يدعم استقلاله، لأن المحكم غير المتخصص يكون أكثر عرضة للتأثر بآراء الآخرين والتأثر بعواطف ومصالحه الشخصية، مما سيؤثر سلبا على مصداقية الحكم التحكيمي، وبالتالي سيلحق الضرر بمصلحة الأطراف.

ففي التكوين المهني المميز للمحكم وفي التخصص الفني ضمانات قوية ترجح عدالة حكمه وسلامة مسلكه في إدارة الدعوى<sup>2</sup>، وهذا خصوصا في منازعات الاستثمار الدولية التي تتسم بالتعقيد وتتطلب كفاءة قانونية عالية (الفرع الأول)، ومن

<sup>1</sup> - هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مزاياه-أمراضه: المرجع السابق، ص430.

<sup>2</sup> - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص108. بق

الخيارات المتروكة للأطراف إمكانية اتفاقهم على اشتراط الخبرة في المحكم الذي سوف يختارونه للقيام بإدارة العملية التحكيمية، ولم تشترط أغلب التشريعات خبرة معينة في المحكم، لكن البعض منها اشترط أن يكون المحكم من ذوي خبرة، حسن السيرة والسلوك، (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: كفاءة المحكم:

من ضمن الحرية المضمونة للأطراف المحتكمين إطلاق يد الخصوم في تحديد مواصفات خاصة في من يختارون كمحكمين، وتعيينهم وفق شروط ومعايير يرونها هم كافية لحل النزاع الحاصل بينهم، وسرعة الوصول إلى قرار حاسم وعادل، لذلك غالبا ما يختار الأطراف ويتفقوا على اختيار شخص يتقون في كفاءته وقدرته على إدارة العملية التحكيمية ، والتوصل لحل عاجل لما ثار بينهم من نزاع، حيث أن أحكام قانون التحكيم المصري تركت للأطراف حرية اختيار المحكمين، ولم تشترط كفاءة المحكم، فسرعة الوصول إلى قرار حاسم وعادل تقتضي تفرس المحكم في مهنته، وإحاطته بالأعراف والتقاليد التي تحكمها، فالمحكم المتمرس لا يجد صعوبة في تحديد الخطة الإجرائية على نحو يحقق السير العادل للإجراءات ، فطابع التحكيم الرضائي واتساع نطاق السلطات التي يتمتع بها المحكم يتطلب إسناد هذه المهمة لشخص تتوافر فيه الكفاءة اللازمة<sup>1</sup>.

فالمحكم هو قاض خاص خلال حسمه للنزاع المعروض أمامه ، لا يختلف كثيرا عن قاضي الدولة ، لذلك يفترض أن يتوافر فيه ما يتوافر في قاضي الدولة من كفاءة وتخصص<sup>2</sup>.

وفي هذا الاتجاه يرى الأستاذ الدكتور وجدي راغب أنه "يجب أن تتوفر في شخص المحكم الكفاءة الذهنية والخلفية التي تتيح له القدرة على تكوين رأي عن مراكز الخصوم القانونية ، ويتطلب هذا أن يكون على علم بالقانون الذي يطبقه نسا

<sup>1</sup> - هدى محمد مجدي عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص112 .

<sup>2</sup> - كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، المرجع السابق، ص92.

وروحا، وعلى دراية بالحقائق الاجتماعية التي ينطبق عليها ، مما يقتضي قدرا من الذكاء والثقافة<sup>1</sup>.

ونحسب أن اشتراط كفاءة المحكم القانونية هي الأهم عند اختياره مقارنة بغيرها من الشروط الاتفاقية الأخرى ليخرج الأطراف من العملية التحكيمية بحكم صحيح ينفذ بسرعة كما أرادوه دون أن يتعرض للبطلان، كذلك إلى أن طبيعة النزاع هو الذي يوجه الأطراف نحو اختيار محكم كفاء قادر على إدارة العملية التحكيمية بمهارة خاصة عندما يثير النزاع مسائل تتطلب درجة عالية من التخصص، وبالتالي يختار الأطراف المحكم المناسب، والذي غالبا ما يكون محاميا إذا ما كان النزاع يثير مسائل قانونية، أو شخص غير قانوني إذا كان موضوع النزاع يثير مسائل تتطلب كفاءة فنية أو مهنية مختلفة.

وتكاد تتفق القوانين في مختلف الدول على وجوب توافر الكفاءة الفنية في المحكم، وفي مجال تنازع القوانين، فإن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو الذي يحدد الصفات والمهارات الواجب توافرها في الشخص الذي يختار محكما، فالأمر يتعلق بنوع من الأهلية الخاصة ، يحكمها القانون الذي يتطلبها، وهو القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم<sup>2</sup>.

والكفاءة ، أو الاختصاص الفني، المتطلبية تعتمد على طبيعة النزاع، والغالب أن يكون المحكم مختصا مهنيا في مجال التجارة، أو الصناعة، أو المال أو المقاولات، ويتم اختياره اعتبارا لذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة ، 1978 ، ص216 .

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ، المرجع السابق، ص385 .

<sup>3</sup> - يقول الدكتور احمد أبو الوفا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون المحكم غير متخصص ولا خبرة له في موضوع النزاع، أنظر في هذا الصدد أحمد أبو الوفا التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 1983، ص150 .

غير أنه لا يجب أن يغيب العنصر القانوني عن تشكيل هيئة التحكيم، بحيث يختار الأطراف أحد رجال القانون لعضوية تلك الهيئة ، كأحد أساتذة كلية الحقوق، أو أحد المحامين<sup>1</sup> أو أحد القضاة، وهذا الأخير يختار بشخصه، وليس بصفته<sup>2</sup>. ويرى الأستاذ عبد الحميد الأحذب<sup>3</sup> أنه من الصعب تصور محكمة تحكيمية بدون رجال قانون. حتى أن بعض القوانين ذهبت إلى إلزام تعيين المحكمين من رجال القانون، كالقانون الإسباني مثلا ولكن إذا لم تكن المحكمة التحكيمية مكونة من محكم واحد فلا بأس من تطعيمها بخبير فني ولكن من الخطورة بمكان أن لا يكون في المحكمة التحكيمية حقوقيون ، إذ أن النزاع حتى ولو كان يتعلق بأمور فنية فإن حسمه يجب أن يكون مطابقا للقانون وأن تسير المحاكمة وفقا لإجراءات قانونية لا يلم بها إلا الحقوقيون.

لذلك يطالب جانب من الفقه<sup>4</sup> أن يكون أحد المحكمين على الأقل من رجال القانون ، فتطبيق أحكام القانون، وصياغة حكم التحكيم تعد من المسائل المتخصصة التي لا يشق طريقه فيها إلا رجل القانون، ويفضل أن يكون المحكم المرجح من رجال القانون.

<sup>1</sup>- J.L.Devolvé : Devoirs et responsabilité de l'avocat exerçant la fonction d'arbitre.rev.arb..1984.p435.

مشار إليه في أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 386 .  
<sup>2</sup>- في اعتقادنا أنه يجب الحد من قبول القضاة كمحكمين، وذلك لعدة اعتبارات أهمها أنه يجب على القاضي التفرغ لوظيفته الأساسية التي يتقاضى أجرا من الدولة عليها، حتى لا يكون مثقلا بتبعيات تؤثر على حسن أدائه العدالة ، والابتعاد عن أي شبهة خصوصا إذا كانت القضية المطروحة على التحكيم قد سبق أن عرضت على محاكم الدولة ، كذلك الحفاظ على هيئة القضاة ، إذ كيف يقبل القاضي أن يعمل محكما ويصدر حكما قد يتعرض للبلطان أو عدم الاعتراف به من قبل المحاكم القضائية.

<sup>3</sup>- عبد الحميد الأحذب ، المشكلات العملية في التحكيم التجاري الدولي ووسائل علاجها: ص05 ثم الاطلاع عليه على الموقع : dttyar-consultants.com يوم : 2017.08.01.

<sup>4</sup>- رضا السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2004 ص 147 .

فلم يعد اختيار المحكم يعتمد على محض ثقة الخصوم في شخص المحكم بل أصبح يقتضي توافر كفاءة موضوعية، وتخصصا وعلما بقواعد وأصول ممارسة المهنة<sup>1</sup>.

وتشدد الاتفاقيات الدولية، ولوائح هيئات التحكيم، على توفر عنصر الكفاءة والتخصص لدى المحكم.

خذ مثلا اتفاقية واشنطن لسنة 1965 حول تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى حيث تنص المادة 1/14 على أن "يكون الأشخاص المعنيون للعمل في هيئة -هيئة التحكيم - على قدر من الأخلاق وأن يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكما مستقلا وتشكل كفاءتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم".

ويلاحظ أن النص قد حرص على اشتراط الكفاءة في المجال المهني بجانب الكفاءة في مجال القانون، على نحو ما أوضحنا سابقا. كما نصت المادة 1/14 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 على ذات المعنى بقولها "يعد مجلس الإدارة سنويا قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية والإطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال ومتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة".

وبخصوص لوائح هيئات التحكيم فقد استلزمت، هي الأخرى الكفاءة والتخصص في المحكم، من ذلك مثلا النظام الأساسي لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، حيث نصت المادة 11 على أنه يشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون أو القضاة أو ذوي الخبرة العالية أو الإطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال، وأن يكون متمتعا بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة والاستقلال في الرأي".

<sup>1</sup> - هشام صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الدولية الخاصة، الدار الفنية للطباعة والنشر. الإسكندرية، مصر 1987، ص 24.

وتحرص هيئات ومراكز التحكيم الدائمة على حسن اختيار أعضاء هيئة التحكيم من ناحية كفاءتهم واختصاصهم، ولذلك تحتفظ بقوائم منظمة لديها بأسماء المحكمين المعتمدين للاشتراك في عضوية هيئات التحكيم التي تعمل تحت رعايتها، ويتم تحديث تلك القوائم ومراجعتها بصفة دورية لتزويدها بأكفأ الكوادر وحذف من يفقدون المستوى المطلوب من الكفاءة والاختصاص المهني الفني<sup>1</sup>.

ونضيف أن عنصر كفاءة المحكم وتخصصه ليس ترفا إجرائيا، بل عنصر محل اعتبار شخصي، بحيث أن تخلفه يمكن أن يبطل تشكيل هيئة التحكيم، ولعل ما يؤيد هذا التحليل أن القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985، قد جعل عدم توفر الكفاءة في المحكم، على عكس ما يعتقد المحكمون، سببا لرد المحكم، حيث نصت المادة 2/12 على أنه يجوز رد المحكم إذا لم يكن حائزا لمؤهلات اتفق عليها الطرفان".

#### الفرع الثاني : خبرة المحكم.

رغم أهمية عنصر الخبرة في الشخص القائم بالعملية التحكيمية، فإنها لا تعد شرطا لاختياره، إلا في الحدود التي يقرها الخصوم، وخبرة المحكم هي مبعث الثقة في نفسه أولا، وفي التحكيم ثانيا، ولذلك فقد اشترطت بعض أنظمة التحكيم، أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المعروضة على التحكيم، مثل نظام التحكيم السعودي رقم 46 بتاريخ 1403/07/12 هجري الموافق ل 1983/04/25 ميلادي الذي تنص مادته الرابعة على أنه يشترط في المحكم أن يكون ذوي الخبرة حسن السير والسلوك" غير أن نظام التحكيم السعودي الجديد<sup>2</sup> نص في المادة 3/14 على أنه يشترط في المحكم أن يكون حاصلا على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفي توافر هذا الشرط في رئيسها".

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 387.

<sup>2</sup> - الصادر بالمرسوم الملكي رقم 34 المؤرخ 24/05/1433 الموافق ل 16 ابريل 2012 ثم الاطلاع عليه على الموقع [www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file id=332943](http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file id=332943) يوم 2017/08/01.

ولئن كانت قوانين التحكيم لم تشترط في المحكم ثقافة معينة باستثناء نظام التحكيم السعودي الجديد إلا أن المنطق العملي يقضي بأن اختيار المحكم الجاهل قلما تذهب إليه إرادة الخصوم، وإلا كيف يوقع على الحكم الذي أصدره، ولا سيما إن كان محكم فرد وليس ضمن هيئة التحكيم<sup>1</sup>.

إن أغلب التشريعات والأنظمة قد سكتت عن هذا الشرط وتركت الأمر لتقدير طرفي التحكيم، ومنها التشريع الجزائري<sup>2</sup> والتشريع المصري الذي لم يشترط في المحكم خبرة معينة، رغم أهمية هذا الشرط في مجال التحكيم، لأنه يغني عن الاستعانة بالخبراء كإجراء قد يؤخر الفصل في الدعوى، ولا يحقق بالتالي الهدف المبتغى من التحكيم، وهو سرعة الفصل في المنازعات<sup>3</sup>.

لذلك يمكن أن يكون جاهلا بالقانون، أو بالقراءة والكتابة، بشرط ألا يكون وحده في هيئة التحكيم، لأن القانون يتطلب أن يوقع على الحكم أغلبية المحكمين، بل من الجائز اتفاق الخصوم على تعيين محكم واحد يجهل القراءة والكتابة بشرط أن يعينوا شخصا آخر لمجرد كتابة الحكم، والأوراق اللازمة لمباشرة العملية التحكيمية. وشرط الخبرة له أهمية خاصة في خصومة التحكيم، لذلك يتعين على المحكم أن يكون واعيا بالطبيعة القضائية لمهمته، حتى لا يعرض حقوق الأطراف للضياع، وهذا أمر يجب، أن يحرص عليه الأطراف، فبعض المحكمين على نحو ما ذهب البعض<sup>4</sup> رغم ما يتوافر لهم من خبرة مهنية قد لا تكون لديهم القدرة على دراسة القضايا وتحقيقها والوقوف على مواطن النزاع فيها وتكييفها تكييفاً قانونياً صحيحاً، فمن غير المقبول أن يكون المحكم منعدم الخبرة بشأن هذا النزاع.

<sup>1</sup> - عبد الله عيسى على الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية 2013، ص206.

<sup>2</sup> - ندعو المشرع الجزائري أن يحدو حدو المشرع السعودي ويشترط أن يكون المحكم ذا خبرة ودراية كافية في مجال النزاع.

<sup>3</sup> - رضا السيد عبد المجيد، المرجع السابق، ص146.

<sup>4</sup> - محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص183.

لكن البعض يشترط في المحكم أن يكون على الأقل ملما بالقراءة والكتابة لأن وظيفة التحكيم تستلزم في القائم بها أن يكون قادرا على الإطلاع على مستندات الخصوم وأوراقهم، وعلى كتابة الحكم وتوقيعه، ذكر أسبابه، والاطلاع على القوانين والأنظمة وغير ذلك من الأمور التي تستدعي إلمام المحكم بالقراءة والكتابة، وإذا لم تكن الأنظمة قد نصت على هذا الشرط فذلك لأنه شرط بديهي، واجب التحقق دون حاجة للنص عليه<sup>1</sup>.

وقد أصبح شرط الخبرة من الشروط الجوهرية في المحكم، ولو لم يشترطها القانون في مجال منازعات الاستثمار الدولية التي تقدر بقيمة ضخمة، وتأسيسا على ذلك فإن بعض النظم القانونية في التحكيم تعد جداول خاصة بالمحكمين في مختلف التخصصات، وذلك لتسهيل للخصوم مهمة اختيار المحكم وقد ورد في ذلك في المادة 6 من مواد الإصدار في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التي تنص على أنه يصدر وزير العدل قوائم المحكمين الذين يجرى الاختيار من بينهم وفقا لحكم المادة 16 من هذا القانون، ويراعى في إدراج اسم المحكم في القوائم المشار إليها أن تتوفر فيه خبرة كافية في مجال من المجالات التي تكون موضوعا للتحكيم، ولا تنفذ قوائم المحكمين المشار إليها في هذا القرار إلا اعتبارا من تاريخ اعتمادها من طرف وزير العدل.

ويرى البعض<sup>2</sup> أن ما يميز المحكم فعلا، ويشجع على اختيار التحكيم كأسلوب لحسم النزاع هو الخبرات المزدوجة للمحكم الفنية منها والقانونية في ممارسة مهمة القضاء، من خلال عملية التحكيم، ومن خلال هذه الخبرة المزدوجة تنبع الثقة في المحكم، واختيار الأطراف له.

<sup>1</sup> مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 214.

كذلك، محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 183 .

<sup>2</sup> هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 111 .

وعندما يثير النزاع مسائل قانونية، فإن الأمر يقتضي حتما الاستعانة بمحكم قانوني ليدير الإجراءات، فإذا أراد الأطراف تحديد الحقوق والالتزامات القانونية، يتعين الاستعانة بمحكم قانوني، ولو كان من رجال المال والأعمال، فخبرة المحكم وتجربته الشخصية في المسائل الفنية والمالية تدعم خبرته القانونية، وتؤهله للفصل في الكثير من المسائل الفنية المطروحة عليه دون حاجة للالتجاء إلى الخبراء المختصين.

### الفرع الثالث: أثر الثقافة القانونية للمحكم على العملية التحكيمية.

إن لثقافة المحكم القانونية دور كبير في تحقيق أهم مزايا التحكيم ألا وهي سرعة البث في النزاع بقرار سليم ومتوافق مع الوقائع والإجراءات المطلوبة والقانون الواجب التطبيق، لأن توفر تلك الثقافة إضافة إلى الدراية في أمور التجارة والمال الأعمال، أو فنيات موضوع النزاع يوفر الكثير من المال والوقت في فهم إشكالات التي تتضمنها أوراق النزاع أو تلك التي يثيرها الخصوم أو وكلاءهم أثناء لنظر في الدعوى ، كما أنها الأساس الأول لصياغة حكم التحكيم بشكل صحيح شكلا ومضمونا بما يضمن إعطائه صيغة النفاذ من الجهة المختصة دون أن يتعرض إلى المطالبة أو الحكم ببطلانه<sup>1</sup>.

وفي الواقع التطبيق العملي فإن الكثير من القرارات التي تصدر عن بعض المحكمين يشوبها القصور أو الغموض بسبب عدم معرفة من نظر النزاع بالنواحي القانونية والشرعية.

مما يجعل ضمان وجود تكوين هذه الثقافة أمر ملح وهام جدا خاصة إذا كان أطراف النزاع هم من يقوموا بتعيين المحكمين ودون اللجوء إلى القوائم التي تعدها المؤسسات التحكيمية.

وفي الغالب يكون محكم كل طرف من دائرة من يثق بعلمه ودرايته في مجال النزاع أو من يعتقد بأنه ذو قدرة وعلم تمكنه من القيام بمهمة التحكيم على أتم وجه،

<sup>1</sup> - طلال صوفان، مؤهلات وثقافة المحكم القانونية وأثر ذلك في العملية التحكيمية، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، العدد العاشر، أكتوبر 2009، ص27.

وبالتالي فإن تعيين من هو متخصص في مجال النزاع ودون ثقافة قانونية هو حالة متكررة وليست استثناء من القاعدة أو حدثا نادرا<sup>1</sup>.

وفي هذا المقام نحن نؤيد ضرورة وجود محكم على الأقل في كل هيئة تحكيم من رجال الفقه والقانون حتى يتسنى له القيام بعمله والمهمة النبيلة الموكلة إليه. لهذا أصبح من الأهمية أن يظهر المحكمون الدوليون معرفة بالعالم وبالعلاقات التجارية الدولية ، وبمختلف تقاليد مفاهيم وثقافات المشاركين في التحكيم، إن محكما عاديا، إذا كان مرتبطا بالثقافة التي تشربها والمجتمع الذي كبر فيه، هو محكم يصلح للتحكيم الداخلي، ولكن المحكم الدولي المجرب يحاول تجاوز الإطار الداخلي ويسعى لتجاوز الأحكام الداخلية ولا يقف عند ثقافة وحدها بل يتعداها إلى ثقافات الآخرين بالفهم والأفق الواسع الذي لا تحده قيود داخلية، لأنه من المضر كثيرا بالثقة بالتحكيم الدولي أن تتغلب الثقافة المحلية للمحكم على نظرتة للنزاع. يقول الأستاذ لاليف<sup>2</sup>: "في طريقة إدارته للتحكيم وفي أحكامه التحكيمية ، فإن المحكم الدولي يجب أن يكون قادرا على أن يراعي فكرة النسبية وليس المطلق في الأحكام ويكون متفتحا على القوانين الأخرى له ثقافة قانونية مقارنة، متفتحا على التعددية القانونية وعلى مختلف الثقافات وعلى مختلف الأنظمة السياسية والاجتماعية".

هذه الناحية هي بالفعل أساسية في التحكيم الدولي ، وقد أخذت مراكز التحكيم الدولي تعطيها الأهمية التي تستحقها وتأخذها بعين الاعتبار.

فمعظم دول العالم الثالث لا تتق كثيرا بالتحكيم التجاري، لأنها تشعر أحيانا، أن التحكيم هو عبارة عن محاكم مختلطة جديدة يحاكم فيها القوي الضعيف والدول الصناعية والتجارية القوية دول العالم الثالث وتجارته الضعيفة وفقا لمفاهيم وقواعد الدول الصناعية ذاتها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - طلال صوفان ، المرجع السابق، ص 28 .

<sup>2</sup> - Lalive « the enforcement of arbitral awards » in sixty years icc arbitration, a look at the future, paris ,ICC publishing, 1984, p317.350.

مقتبس من: عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 300.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 301 .

لعل من الخطأ الفادح أن يتم اختيار محكم، وخاصة المحكم الثالث أو المحكم الفرد، تبعاً لبلده الأصلي، ومؤهلات وقدرات المحكم هي التي تؤخذ بعين الاعتبار ليس وطنه الأصلي، فمن المفروض الخروج عن حلقة محكمي الدول الصناعية والثقافة القانونية الأوروبية، فالمحكم السويدي حين ينظر في القانون القطري أو السعودي لا يستطيع أن يكون حيادياً مستقلاً برغم كل نزاهته وعلمه لأنه غريب عن الثقافة القانونية لهذا القانون المطبق الذي ليس مجرد ترجمة لبعض المواد القانونية، بل هو عالم قائم بذاته وتاريخ من الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية التي تعكس صورة المجتمع وظروفه وأوضاعه وثقافته ومفاهيمه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، من هذه الخيوط كلها ينسج مفهوم العدالة .

وفي هذا الصدد يقول الدكتور أحمد محيو "أن القاضي الذي لا تكون نزاهته موضع أي جدل يبقى منتمياً إلى مناخ معين ولنظام اجتماعي محدد، إن الفكر القانوني لهذا القاضي أو المحكم يجب أن لا يكون ظلاً لنظامه إذ كثيراً ما يميلون إلى اعتبار حجج محكمي دول العالم الثالث مجردة من أي أساس قانوني لأنها لا تطابق مفاهيمهم<sup>1</sup> القانونية.

ولذلك ونظراً لما يتمتع به المحكم من مسؤولية في النظام التحكيمي للمنازعات المتزايدة في الدول العربية بشكل خاص وبقيّة دول العالم، وخاصة في مجال الاستثمار، فإنه من الضروري إعدادة بشكل صحيح وتأهيله قانونياً، مع وجوب توافر كل الشروط والمؤهلات اللازمة لاعتلائه منصة التحكيم، بحيث يصبح محكماً عادلاً عارفاً بكل المسائل التفصيلية لكل نزاع والآثار القانونية المترتبة عليه بالنسبة لطرفي التحكيم ومعرفته بالحقوق والالتزامات الواجبة عليه<sup>2</sup>، لذا فإننا نلخص مما سبق إلى أن كل من يريد الدخول إلى عالم التحكيم وقبل قبوله لتسوية أي نزاع يعرض عليه اللجوء إلى الجهات المتخصصة في إعداد المحكم وتأسيسه على أن يكون محكماً

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب ، المشكلات العملية في التحكيم التجاري الدولي ووسائل علاجها، المرجع السابق، ص 05.

<sup>2</sup> - اسلام أحمد اسماعيل ، المحكم وأثر خبرته في العملية التحكيمية مجلة التحكيم والقانون الخليجي العدد الخامس عشر، أبريل 2012. ص 48 .

عادلا والتدرب على كيفية إدارة الدعوى التحكيمية دون إهدار لحقوق الدفاع وكيفية الحفاظ على الحكم دون إشابته بأسباب لبطلانه، مراعيًا في ذلك المهل القانونية ومدة التحكيم ككل وعدم ضياع الميزة الأهم في نجاح التحكيم وهي سرعة الفصل في النزاع وعدم إطالة أمد التحكيم.

من هنا تظهر أهمية وضرورة تدريب المحكمين وفقا لبرامج مكثفة وعملية وتطبيقية لتمكينهم من اكتساب التجربة التحكيمية الدولية على يد هيئات التحكيم ومراكز التحكيم الدولية التي لها تجربة وسمعة في التحكيم الدولي. كالهيئة الأمريكية للتحكيم وغرفة التجارة الدولية ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي، ومحكمة لندن التحكيمية والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذين يعدون دورات خاصة لإعداد المحكمين على يد كبار المختصين بعقد جلسات تحكيمية نموذجية.

ويرى الدكتور هاشم خالد أنه بالنسبة للمحكمين، فهم مدعوون لزيادة ثقافتهم القانونية القائمة على الدراسة المقارنة، وهذه الدراسة لن تكون قاصرة على القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقانون الأجنبي والقانون المقارن، بل يتعين عليهم فوق ذلك دراسة التحكيم الدولي وتنمية المهارات ودراسة الأساليب التي يمكن أن تمكنهم من الوقوف على حقيقته والاستفادة منه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 433.

## خلاصة:

هذه بعض المشاكل التي يعاني منها التحكيم التجاري الدولي اليوم، خصوصا إذا كانت الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفا في العملية التحكيمية، ومثل هذه المشاكل إنما نتجت عن السلوك السيئ لممثلي الدول النامية ومستشاريها القانونيين<sup>1</sup>. ولما كان ذلك وكانت الاستثمارات الأجنبية تلعب دورا هاما وحيويا في تنمية الدولة المضيفة، وهو ما بيناه من خلال العديد من النقاط في دراستنا هذه، وأن المستثمر الأجنبي يفضل نظام التحكيم كوسيلة فعالة لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بينه وبين الطرف المضيف، وتعمل الدول المضيفة على التنافس الشديد من أجل جذب وتدفق المزيد من الاستثمارات الأجنبية إليها، ففي تقديرنا أنه يجب على الدولة المضيفة عندما تثار منازعة بينها وبين المستثمر الأجنبي، ويلجأ إلى التحكيم ويحصل على حكم لصالحه أن تسارع في تنفيذ هذا الحكم طالما أنه لا يمس أمنها وسيادتها، وتستقطب هذا المستثمر إليها حتى لا يقوم بتصفية استثماراته داخل إقليمها ويستثمرها في دولة أخرى تنافسها مما يعرقل تنميتها ونمو شعبها، فالأمر قد لا يقف عند هذا الحد بل يمكن للمستثمرين الراغبين في الاستثمار في هذه الدولة أن يمتنعوا عن استثماراتهم فيها خوفا من تعرضهم لمثل هذا الموقف ويقومون باستثماراتهم بدولة أخرى تنافسها في التنمية، وزيادة على ذلك فالأمر يعطي صورة سيئة عن قدرة هذه الدولة في توفير الحماية اللازمة للاستثمارات الأجنبية.

<sup>1</sup> - هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 437.

الخاتمة

من الصعب جدا الوقوف على صياغة خاتمة في موضوع يكشف كل يوم عن إشكاليات جديدة، تبحث لها عن إجابات خاصة وأن ظاهرة الانفتاح على التحكيم في منازعات الاستثمار أصبحت من أهم الظواهر القانونية المعاصرة سواء على المستوى الإقليمي أو على المستوى الموضوعي.

فعلى المستوى الإقليمي شمل الاعتراف بالتحكيم كنظام بديل لفض المنازعات كافة الدول على اختلاف أنظمتها القانونية وأوضاعها الاقتصادية، بل نجد أن معظم الدول بالرغم من اختلاف أنظمتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية قد رأت في التحكيم النظام الأنسب لحل منازعات الاستثمار.

أما على المستوى الموضوعي فنجد أن تدخل الدولة وأشخاصها العامة قد ازداد في مجال الاستثمار الدولي الأمر الذي أدى إلى نشأة الكثير من المنازعات، وحرصا من الدولة على عدم مثولها أمام القضاء الأجنبي نظرا لاعتبارات سياسية وسيادية، فكان التحكيم هو القضاء البديل لحل مثل هذه المنازعات.

ونظرا لازدهار التجارة الدولية وتطور النظام القانوني لعقود الاستثمار، ونظرا للعمليات التي تتم فيه، وبين أطرافه. فإننا نجد أن التحكيم أصبح يفرض نفسه على الساحة الدولية في مجال الاستثمار، ليس ذلك فحسب، بل دفع بالدول التي كانت قوانينها تمنع اللجوء إلى هذا القضاء، إلى تغيير توجهها وذلك استجابة إلى ضغوط المستثمرين الأجانب المدعمون من قبل الدول المتقدمة، من أجل تحقيق نوع من التوازن في المراكز القانونية بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي.

إن التحكيم في منازعات الاستثمار يعتبر من المواضيع دائمة التأثير بما يجري من تطور على الساحة الدولية، لهذا يصعب تأطيره بصفة نهائية، إلا أن هذا لن يقعدنا عن الوقوف على بعض النتائج التي خلصت لها الدراسة لعلها تساعدنا على اقتراح بعض التوصيات في هذا المجال:

لقد توصلت الدراسة إلى أن التحكيم ما زال يمثل الوسيلة الأكثر قبولا لحسم منازعات الاستثمار لأنه ساهم في توفير الكثير من الضمانات للمستثمر الأجنبي.

فإذا أراد الأطراف في منازعة تجارية أو استثمارية ذات طابع دولي صدور حكم ملزم في النزاع فيما بينهم، فإنهم يفضلون اللجوء إلى التحكيم، إذ قد لا يرغب أحدهم في اللجوء إلى التقاضي أمام المحاكم الوطنية، خشية تطبيق قواعد القانون الداخلي التي في الغالب يجهلون أحكامها لأن في اللجوء إلى التحكيم بعيدا عن التمسك بحرفية وروح النص القانوني الذي يؤدي أحيانا إلى عدالة صماء قد لا تكون في صالح الخصوم، بينما يختلف بالنسبة للمحكم الذي يكون أكثر تحررا من القاضي في تطبيق القانون المختص بحكم النزاع، إذ أن المحكم يعمل لصالح الخصوم أكثر مما يعمل لصالح حرفية القانون، وهذا ما يجعل المحكم يحرص على التوفيق بين مصالح الأطراف قدر المستطاع، فيأتي حله وسطا.

وعلى ذلك يمكن القول أن الذي أدى إلى تزايد أهمية التحكيم في العصر الحالي كوسيلة فعالة لحل منازعات الاستثمار خارج إطار المحاكم الوطنية، إنما يرجع إلى ما يتميز به المحكمين من حياد واستقلال، بحيث يفصح المحكم كتابة عن حياده واستقلاله عن الأطراف، ويعلن عما إذا كانت هناك شكوك تحوم حول حياده، لأن في ذلك ضمانة كبرى لنجاح عملية التحكيم وصدور حكم تحكيمي يكون في منأى من كل بطلان.

فضلا عن ذلك فإن السرية التي تعتبر إحدى المزايا الأساسية للتحكيم التجاري الدولي، بدأت تتراجع في العصر الحالي أمام مقتضيات الشفافية والنشر والعلانية، خاصة عندما يتعلق الأمر بمنازعات الاستثمار التي تكون الدولة طرفا فيها، وتمس بشكل مباشر تسيير الأموال العمومية وتحقيق المصلحة العامة فتبدو إيجابيات الشفافية في التحكيم في مجال الاستثمار أكبر من مزايا السرية، خاصة بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار التي تعمل على تحقيق الاستقرار والسلم الاجتماعي، لكن من غير الممكن التضحية بمبدأ السرية دفعة واحدة بعد أن تبلور عبر الزمن كميزة من مزايا التحكيم التجاري الدولي لأنه قد يفقد التحكيم بريقه في ظل شفافية كاملة، وتبقى أبرز تحديات التحكيم، قدرته على التوفيق بين خاصية السرية ومقتضيات الشفافية.

كما شخصت الدراسة أن الرقابة القضائية المفروضة في مراحل معينة من التحكيم، يغلب عليها الطابع المساعد أكثر من الرقابي، ذلك أن المرونة في إجراءات التحكيم لا تعني التحرر من كافة صور الرقابة.

يتضح دور القضاء المساعد للتحكيم في المرحلة السابقة على صدور الحكم التحكيمي والمتمثلة أساسا في تعيين المحكم، والفصل في طلب رده، وسلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية والأوامر الوقتية، والتدخل في مجال الحصول على الأدلة والمسائل العارضة، قد أقرها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي لا تخلو من عدم الدقة وإغفال تنظيم إجراءات التدخل وأجالها. فتدخل القاضي بهذه الصفة يكون من أجل تفادي إجراءات المماطلة التي يعتمد عليها الطرف سيء النية.

وبصفته مراقبا للحكم التحكيمي أبرزت الدراسة أن القاضي يكتفي بمراقبة سطحية يتأكد من خلالها من وجود حكم تحكيمي من جهة، وغير مخالف للنظام العام الدولي من جهة ثانية، وهذا يكون متى رفع أمامه طلب الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي وتنفيذه. وهذا إن دلّ على شيء إنما يدل على أن المشرع لم يضع شروطا صارمة لذلك.

كما يبرز دور القاضي كمراقب من خلال طرق الطعن الممنوحة للأطراف سواء ضد أحكام التحكيم الأجنبية، أو أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر، بحيث لا يمكن للقاضي الوطني التدخل المباشر في الحكم التحكيمي الصادر بالخارج إلاّ بطريق غير مباشر، عن طريق الموافقة على الاعتراف والتنفيذ أو رفض ذلك، لكن له الحق في مراقبة الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في حالة الطعن ضده بالبطلان من أحد الأطراف.

إن السمات الخاصة بعقود الاستثمار، متمثلة في أجالها الطويلة وتعلقها في كثير من الأحيان باستغلال مصادر الثروة الطبيعية في الدولة المضيفة، وارتباطها عادة بخطط التنمية الاقتصادية للبلاد علاوة على ما تتمتع به الدول من سلطات سيادية وامتيازات السلطات العامة، هذه السمات الخاصة بعقود الاستثمار قد أورثت

المنازعات المتولدة عنها طابعا خاصا. أكدت هذه الدراسة على ملائمة التحكيم وقدرته على تسويتها والفصل فيها.

فإذا كانت المنازعات التي تثور بسبب التغيير في الظروف التي صاحبت عقود الاستثمار وضرورة إعادة التوازن الاقتصادي إليها لا تقوم على اعتبارات قانونية، وهو ما يجعل لأسلوب التفاوض دور في معالجتها.

واختلال التوازن في عقود الاستثمار قد لا يكون مرجعه التغيير في ظروف لا إرادية فرضت نفسها على أطرافه، وإنما قد يحدث هذا الاختلال نتيجة للسلطات الواسعة التي تملكها الدولة والتي يكون لها تأثيرها على حياة هذه الاتفاقات ومضمونها.

إن الاستقرار الذي ينشده المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة ليس الاستقرار الاقتصادي وحده وإنما يسعى إلى الاستقرار التشريعي والذي يكون له أحيانا مردودا اقتصاديا.

إن مثل هذه الإجراءات الاستثنائية حتى ولو غلب عليها الطابع السياسي فإن المنازعات التي تدور حولها هي ذات طابع قانوني يتعلق بتحديد تراجع الدولة عن التزاماتها وتعهداتها، وهي من المسائل التي تدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم، بيد أنه يتعين الإشارة إلى ثلاثة أمور جوهرية لابد أن تؤخذ بعين الاعتبار عند صياغة عقود الاستثمار للحفاظ على توازنها الاقتصادي، تتمثل أولا في تحديد الأحداث والمتغيرات التي تدفع لطلب إعادة التفاوض خاصة إذا كانت هذه الأحداث غير متوقعة وخارجة عن سيطرة أطراف العقد كذلك فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق وكون هذا الأخير يعترف لهيئة التحكيم بالقدرة على إعادة توازن العقد إذا لم ينجح الأطراف في الوصول إلى اتفاق فيما بينهم.

ولابد أن تتوافر لدى هيئة التحكيم المعيار الذي يمكنها من إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

وقد اثبت الواقع العملي والتطبيقي أن المستثمر يرى في التحكيم الضمانة الكبرى لقبول الاستثمار في أي دولة ، يأتي ذلك في الوقت الذي تراه الدول المضيفة

للاستثمار يمثل عبء عليها ، خاصة وأن جهات التحكيم غالبا ما تتحاز لصالح المستثمر .وقد كانت الدول قديما تلجأ للهروب من التحكيم بتأميم المشروعات الاستثمارية ، الأمر الذي لم يكون يمنع المستثمر من اللجوء إلى التحكيم بموجب الشرط الوارد في العقد .

من ناحية أخرى ، كشفت الممارسات التحكيمية على مدار سنوات كثيرة أن الدول في سبيل سعيها إلى جذب الاستثمار تقدم العديد من التنازلات المخلة بسيادتها على مواردها ومرافقها الاقتصادية ، الأمر الذي تسبب في كثرة الخسائر التي تكبدتها على اثر ذلك .أيضا كشفت عن وجود حالة من عدم النضوج لدى العديد من الدول المضيفة للاستثمار في استيعاب التوجهات الحديثة للتحكيم في عقود الاستثمار أيضا قلة خبرة المفاوضين والمعنيين بالاتفاقيات الدولية والثنائية بشؤون التحكيم وفنون صياغة شروطه.

وقد سعت هذه الدراسة إلى محاولة الإبقاء على شرط التحكيم ، خاصة وأنها رأت أن المشكلة ليست في التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار ، ولكن المشكلة الحقيقية في ضوابط صياغة الاتفاق الخاص به ، وذلك على النحو الذي يجعل التحكيم وسيلة لتحقيق مصالح أطراف العقد، وحفظ توازنه الاقتصادي إذا ما أصابه خلل .

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة أن التحكيم في عقود الاستثمار مازال يصادف العديد من المشاكل والعقبات الناجمة عن كون أحد أطراف العقد وهو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية المنبثقة عنها يتمتع بوضع مميز يسعى للحفاظ عليه سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناءه أو حتى بعد صدور الحكم وترتبط هذه المشاكل في الغالب بالتشكيك في أهلية الدولة على اللجوء إلى التحكيم وحصانتها القضائية والتنفيذية.

إلى جانب المشاكل العملية الأخرى التي تحول دون اتمام جدية تنفيذها يصدر عنها من قرارات كالمشاكل المتعلقة باختيار المحكمين، ارتفاع تكاليف التحكيم وضعف الثقافة القانونية لدى المحكمين.

انصل في الأخير أنه بالرغم من المشاكل التي تواجه التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، وفقا لما بيناه فيما سبق، فإن الواقع العملي يدل بشكل واضح على ازدياد اللجوء إليه في منازعات الاستثمار الأجنبية، حتى يمكن القول أن الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود هو التحكيم، وأن اللجوء إلى القضاء هو الاستثناء، ومن هنا ازداد الاهتمام بالتحكيم في مختلف الدول المصدرة لرأس المال والمضيفة له وخاصة الدول العربية، سواء في مجال التشريعات أو إنشاء مراكز التحكيم أو عقد الندوات والمؤتمرات الخاصة به، وهذا يعني أن إسهاماته الإيجابية لازالت تفوق مثالبه، مما يدعونا إلى التفكير والعمل جديا على تنمية التحكيم وتطويره، وإزالة العقبات التي تعترض مسيرته للأمام، وبشكل خاص التخفيف ما أمكن من القيود التي تقف عثرة في طريق تنفيذه، سواء أكانت إجرائية أو تتعلق بحالات عدم تنفيذه، بحيث يضمن المستثمر الذي صدر القرار لصالحه أن القرار سينفذ ما أمكن، وأن ذلك سيتم بأسرع وقت ممكن.

إن سالف النتائج المتوصل إليها دفعتنا إلى تقديم مجموعة من التوصيات لتحقيق فاعلية التحكيم في عقود الاستثمار

1- اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، أو التحكيم المنظم، حيث أن معظم الدول النامية مازالت في مهد الطريق إلى العمل بآلية التحكيم، والمستثمرون الأجانب ليسوا على دراية كافية بنظام التحكيم ككل، وغير ملمين بكافة قواعد الإجرائية والموضوعية، فما المانع من وجود أكثر من مركز تحكيم عالمي معتمد يوجد به تخصصات في جميع أنواع المنازعات، ويكون على أعلى مستوى قانوني وفني وتقني ورقابي.

وبذلك يمكننا إزالة كل العقبات التي تعترض التحكيم إذا ما تم تطبيقه على نحو سليم، ففي المركز المتخصص يتم لجوء الأطراف له، ويقومون بدفع الرسوم ويتقاضى المحكمون المتدربون المتأهلين لذلك المنصب روايتهم من المركز وليس من الأطراف، وإتاحة كافة القوانين المرنة سواء الإجرائية أو الموضوعية لتطبيقها على النزاع وبكثرة تلك المراكز نجد أنه سوف يتم تلقائيا انخفاض تكلفة رسوم التحكيم، ويراقب المركز أعمال المحكمين وليس هناك ما يمنع أن يتم تدريبهم كل في مجاله،

وإقامة اعتبارات لتقييم مستواهم القانوني والفني لطمأنة الأطراف بحيادية المحكمين واستقلالهم، وأيضاً مدى توافر الخبرة لديهم، واستقلالية المركز عن أي جهة حكومية تابعة للدولة حتى لا يزرع الخوف لدى المستثمرين وخاصة الأجانب من الهواجس النفسية التي قد تنشأ لديهم من عدم الحيطة والعدالة والاستقلال والنزاهة في تسوية النزاع. وبذلك كله سوف نصل إلى مستوى تحكيمي أفضل، ومن ثم فض المنازعات بطريقة أسلم وأعدل، وهذا ما يؤدي إلى طمأنة المستثمر الأجنبي في حالة حدوث نزاع بينه وبين الدولة المضيفة لتوافر آلية عادلة وحقيقية تعطي كل ذي حق حقه.

2- يجب بذل العناية القصوى عند صياغة شرط التحكيم في عقود الاستثمار وذلك أن وجود بعض الثغرات في مضمونه أو صياغته قد تتحرف بالتحكيم عن مساره الطبيعي، حيث تسمح للطرف الذي لا يرغب باللجوء إليه باتباع أساليب المماطلة، كذلك فتح المجال أمام المحكمين الدوليين للوصول إلى نتائج قد تكون غير عادلة مما قد يؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد.

3- على الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها أن تحترم التزاماتها التعاقدية فيما يتعلق شرط التحكيم، وألا تقوم بأعمال تؤدي إلى تعطيل التحكيم وتحد من فاعلية كأن تدفع بعدم صحة شرط التحكيم بسبب نقص أهليتها في هذا الشأن، لأن قانونها لا يسمح لها باللجوء إليه، أو أن تتذرع بالحصانة السيادية أو القضائية، حيث أنها مادامت قد وافقت على اللجوء إليه عند إبرام العقد، فإن ذلك يكون ملزماً لها ولهيئتها العامة حتى ولو كان قانونها الداخلي يحظر عليها ذلك، وإذا ما لجأت الدولة إلى ذلك فإنها ستفقد مصداقيتها وبالتالي يحجم المستثمرون الأجانب عن القدوم للاستثمار لديها.

4- العمل على إشراك رجال القانون في المفاوضات قبل إبرام العقد لمراعاة 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.

- 5- يجب أن يتم تحديد مكان التحكيم نظرا لأهمية ذلك، حيث أن قانونه قد يكون هو الذي سيطبق على موضوع النزاع وعلى إجراءات النزاع في حال سكوت الأطراف المتعاقدة على اختياره، مع ملاحظة تدخل المحاكم الوطنية في بعض المسائل لمساعدة التحكيم وكذلك النظر في دعاوى بطلان قرارات التحكيم بعد صدورها.
- 6- ترسيخ السمعة والمكانة الرائدة بين مراكز وغرف تسوية المنازعات الدولية من خلال التواصل والمشاركة بمهنية ايجابية عالية في المؤتمرات والاجتماعات الدورية الدولية.
- 7- تشجيع الدراسات القانونية العليا، فيما يتعلق بالتحكيم وتأهيل السلك القضائي علميا فيما يتعلق بالتحكيم.
- 8- المراجعة الدائمة والمستمرة لتشريعات الدول النامية حتى لا تترك مجالا للقول بأنها متخلفة ولا تساير التطورات المستجدة، ولا يجب أن تبقى فترة زمنية طويلة، دون تغيير وتحديث، ولا شك أن ذلك يزيد من استقلالية التحكيم، ويعمل على قيام المحكم بمهامه لتحقيق العدل المنشود.
- 9- نشر قرارات التحكيم الصادرة عن مراكز التحكيم الموجودة فيها حتى يعلم بها المتعاملون في ميدان المال والأعمال لتأكيد الثقة بهذه المراكز وكفاءتها وجديتها.
- 10- تفعيل دور مراكز التحكيم الموجودة بالمنطقة العربية وذلك بأن تكون هي المختصة بتسوية منازعات الاستثمار التي يكون أطرافها من الدول العربية سواء الطرف المضيف أو الطرف المستثمر، وتجدر الإشارة في هذا المقام أن مركز التحكيم الدولي لشمال إفريقيا يفتح أول فرع له في الجزائر بعد ما خسرت هذه الأخيرة أكثر من 3,5 مليار دولار في المحاكم الدولية.
- 11- يجب على الدولة أن تتأني كثيرا قبل إدراج شرط الثبات التشريعي ، بحيث لا يأتي ذلك إلا بعد دراسة مستفيضة تراعي احتمالات تغير الظروف التي ابرم العقد في ظلها .كما يجب عليها إذا ما قبلت إدراج مثل هذه الشروط أن تلتزم بتنفيذه بخصوص شرط التحكيم .

12- من المفيد أن يضع المشرع الجزائري قانونا خاضعا للتحكيم وعدم إدراجه ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على غرار ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة بما فيها مصر، ومجلة التحكيم التونسية التي تمكن المستثمر الأجنبي من الإطلاع عليها بشكل مستقل وبسهولة تشجع على الاستثمار ببلادنا.

وفي الأخير نود أن نشير إلى أن نجاح التحكيم في إطار منازعات الاستثمار منوط بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمرين الأجانب وبين مصالح الدول النامية من قبل قضاء التحكيم، الذي يجب أن لا ينشغل بالدفاع عن حقوق المستثمر وتجاهل اهتمامات الدول المضيفة للاستثمار.

وأن مصير نجاح التحكيم التجاري الدولي في الدول النامية وخاصة الجزائر وترسيخه ميدانيا مرهون بدوره بتدفق الرساميل من الخارج واستثمارها في الجزائر، وهذا ما يؤكد الواقع أكثر فأكثر.

والله ولي التوفيق

# قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، مصر، 1997.
2. إبراهيم كمال، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية القانون التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1991.
3. إبراهيم محمد شاكر علي، التحكيم في منازعات شركات سمسة الأوراق المالية مع العملاء (دراسة تحليلية تأصيلية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2015.
4. إبراهيم نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
5. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار أبو المجد للطباعة، ط1، القاهرة، مصر، سنة 2006.
6. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، ط4، الإسكندرية، سنة 1983.
7. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007.
8. أحمد أمين الهواري وأحمد عبد الحميد عشوش، دروس في التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.
9. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
10. أحمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2000.

11. أحمد عبد الحميد عشوس، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1990.
12. أحمد عبد الحميد عشوس، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر، 2003.
13. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2006.
14. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، مصر، 2000.
15. أحمد عبد الله المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، ط1، الإسكندرية، 2015.
16. أحمد هندي، التحكيم، دراسة اجرائية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2013.
17. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2012.
18. أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، سنة 2008.
19. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006.
20. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2003.
21. أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.

22. آمال أحمد الغزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري، السعودي الإيطالي، منشأة المعارف الإسكندرية، 1993.
23. أمير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة، المكتب الجامعي الحديث، ط1، الإسكندرية، سنة 2007.
24. إياد محمد بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2004.
25. ايسر عصام داؤد سليمان، الأثر المانع لانفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، سنة 2014.
26. إيناس خلف الخالدي، التحكيم و الوسائل البديلة لحل المنازعات، دراسة سعودية مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2016.
27. إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2014.
28. بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، سنة 2014.
29. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2009.
30. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2006.
31. بن يوسف بن خدة، نهاية حرب التحرير في الجزائر، اتفاقية إيفيان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1987.
32. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، سنة 1975.

33. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
34. جمال محمد الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، مصر، 2003.
35. حازم جمعة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
36. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
37. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010.
38. حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006.
39. الحسين السالمي، التحكيم والقضاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، لبنان، سنة 2008.
40. حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم من حيث استقلاليتها وآثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثير التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي ط2، الإسكندرية، مصر، 1997.
41. حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2001.
42. حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1995.
43. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1996.

44. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
45. حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، سنة 2005.
46. حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
47. حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013.
48. خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، سنة 2010.
49. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، سنة 2014.
50. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، ط1، القاهرة، سنة 2002.
51. خالد منصور اسماعيل، اشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط، مكتبة القانون والاقتصاد، ط1، الرياض، 2015.
52. رضا السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
53. رضوان أبو زيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981.

54. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، سنة 2011.
55. رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، سنة 2012.
56. سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.
57. سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1986.
58. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، ط1، 2000.
59. سونا عمر علي عبادي، التحكيم في الصناعة المالية، دار النفائس، ط1، عمان، الأردن، سنة 2012.
60. شريف الطباخ، التحكيم الاختياري والاجباري في ضوء القضاء والفقهاء، دار الفكر والقانون، ط1، مصر، سنة 2008.
61. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2007.
62. شعبان أحمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، مصر، سنة 2016.
63. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2005.
64. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2006.
65. طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، سنة 2009.

66. طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2009.
67. طه احمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، الازاريطه، الإسكندرية، 2008.
68. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص للتحكيم، طبيعته، نشأته، انعقاده، صحته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
69. عاطق سليمان، معركة البترول في الجزائر، دار الطليعة، ط1، بيروت، لبنان، 1974.
70. عبد الحميد الأحذب، التحكيم في البلدان العربية، الجزائر، الإمارات العربية المتحدة، السودان، ملحق الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3 منقحة ومحدثة، بيروت لبنان، 2009.
71. عبد الحميد الأحذب، الوسائل السلمية لحل المنازعات الاقتصادية، التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الاقتصادية، مركز الدراسات العربي الأوروبي، ط1، باريس، 1995.
72. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، سنة 2001.
73. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة ثالثة منقحة ومحدثة سنة 2008.
74. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، لبنان، 2008.
75. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية، الكتاب الثالث، ط3 منقحة ومحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2008.
76. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، لبنان، سنة 2000.

77. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري ضمان الاستثمارات، دار هومة، الجزائر، 2004.
78. عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، سنة 2008.
79. عبد الله عيسى علي الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013.
80. عبد المجيد منير، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2000.
81. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، 1986.
82. عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، سنة 2014.
83. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1993.
84. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
85. علاء التميمي عبده، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2015.
86. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، سنة 2003.
87. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
88. عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

89. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، سنة 2014.
90. فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.
91. فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، مصر، 2010.
92. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2008.
93. قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري/ دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، سنة 2009.
94. كرم زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار المناهج، عمان، الأردن، (دون سنة النشر).
95. كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
96. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2012.
97. لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، سنة 2008.
98. مجدي دسوقي، تدويل الحلول في منازعات البترول، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، سنة 2012.
99. محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
100. محمد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2008.

101. محمد السيد عرفه، التحكيم الداخلي في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2012.
102. محمد الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الحبيب، ط2، عمان، الأردن، 1995.
103. محمد سامي عبد الحميد، القانون الدولي العام، الدار الجامعية 1989.
104. محمد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، ط4، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008.
105. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000.
106. محمد علي بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، دار اليازوري، ط1، عمان، الأردن، سنة 2013.
107. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادية الجزائر، 2008.
108. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
109. محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ط1 الإسكندرية، سنة 2006.
110. محمود صلاح الدين مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دراسة في ضوء أهم وأحدث أحكام التحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، ط2، الإسكندرية، سنة 2006.
111. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
112. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1995.

113. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1990.
114. محند علي عيبوط، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012.
115. مراد عبد الفتاح، شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، سنة 1998.
116. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2010.
117. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دون ناشر، الإسكندرية، سنة 1998.
118. مصلح أحمد الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دار وائل للنشر، ط1، عمان، الأردن، سنة 2010.
119. مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، سنة 2013.
120. معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، ط1، 1997.
121. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2010.
122. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1995.
123. موسى بودهان، القوانين الأساسية للاستثمار في الدول المغاربية، دار مدني للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2006.
124. هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، ريم للنشر والتوزيع، ط1، سنة 2011.

125. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب اعماله على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، سنة 2008.
126. هبة هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، سنة 2016.
127. هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطته، دار النهضة العربية، 1997.
128. هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2004.
129. هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (دون سنة النشر).
130. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مزاياه وأمراضه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.
131. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2000.
132. هشام خالد، عقود ضمان الاستثمار، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، مصر، سنة 2012.
133. هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2008.
134. هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.
135. هشان صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الدولية الخاصة، الدار الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 1987.

136. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العزلي، ط1 القاهرة، مصر، 1978.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه:

1. حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006.

2. خديجة بودالي، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015.

3. دريس كمال فتحي، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري الدولي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.

4. الطيب زيروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1994.

5. الطيب قبائلي، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية، 2012-2013.

6. عبد اللطيف هني، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.

7. علي غسان، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصدها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004.

8. عمار معاشو ، الضمانات في العقود الاقتصادية في التجربة الجزائرية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1998.
9. كريم تعويلت، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2016-2017.
10. محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، كلية الحقوق، القاهرة، 2000.
11. محمد عدلي، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011.
12. محمديلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2015-2016.
13. محند واعلي عيبوط، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2005-2006.
14. معزوزة زروال ، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.
15. نادية والي، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لتيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015-2016.

16. نور الدين بوسهوية، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانون الدولي والجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، سنة 2005-2006.

**ب- مذكرات ماجستير:**

1. أحمد ولد الجيلالي، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار في التشريعات الوطنية ومعاهدة واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، 2004.

2. سعاد بودودة ، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار، رسالة ماجستير في الحقوق كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، 2011.

3. ليلي سالم ، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2011-2012.

4. محمد كولا، التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري، مكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، سنة 2001-2002.

5. نعيمة كروش ، تطور موقف البلاد النامية من التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002.

**ثالثا: المقالات والمدخلات:**

1. ابراهيم شحاتة، دور البنك الدولي في تسوية منازعات الاستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 41 لسنة 1985.

2. أحمد حداد، لغة التحكيم وفقا لقواعد الأونيسترال، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، أكتوبر 2010.

3. أحمد عبد الرحمان الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، يونيو 1994، السنة الثامنة عشر، العدد 2، تصدر عن المجلس النشر العلمي، جامعة الكويت.

4. أسد علام وراجا باثيرانا، الاصلاح التجاري في أمريكا اللاتينية ومنظمة الكاريبي، مجلة التمويل والتنمية، 1993.
5. اسلام أحمد اسماعيل، المحكم وأثر خبرته في العملية التحكيمية، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، العدد الخامس عشر، أبريل 2012.
6. اسماعيل ابراهيم الزيايدي، المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيدة الواجبة في القاضي، مجلة التحكيم العدد 4 أكتوبر 2009.
7. اسماعيل الزيايدي، اختيار المحكم بواسطة محاكم الدولة بين التدخل الخشن والتدخل الناعم، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس عشر، يوليو 2012.
8. اسماعيل شعباني، محتوى الشراكة الأورو-عربية، تحليل اتفاقات تونس والمغرب وآفاق الشراكة الأورو جزائرية، مجلة العلوم القانونية رقم 01 لسنة 2002، المعهد الوطني للتجارة.
9. اقبال الفلوجي، على عتبة العولمة والقرن المقبل من أجل مصداقية التحكيم العربي، المستقبل العربي، العدد 248 سنة 1999.
10. أكثم أمين الخولي تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، العدد الخاص، يناير 2010.
11. تامر ملوح المطيري، الخصخصة في المملكة العربية السعودية الواقع والتطلعات والأبعاد الأجنبية، المجلة العربية للدراسات والترتيب 1996، مجلد 11، عدد 22.
12. حسن طالبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ع01 سنة 2008.
13. حسين مصطفى فتحي، أهم المبادئ المستنبطة من القضاء المصري في شأن التحكيم، مجلة التحكيم العربية، ع 08، أوت 2005.
14. حفيفة السيد الحداد، دور الخلاق للقضاء في التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، أوت 2006.

15. رضوان أبو زيد، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الخامسة، العدد 2، سنة 1979.
16. رضوان أبو زيد، قانون التجارة الدولية، أو القانون التجاري الدولي، دراسة فكرة LEX Mercatoria، مجلة الأمن والقانون، تصدر عن كلية شرطة دبي، عدد 1، سنة 1993.
17. ريتا بوعون، اعداد اليونسترال لمعيار قانون في شأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المشتتمر والدولة، مجلة التحكيم العالمية، سنة 2011.
18. سامي منصور، نظرة في التحكيم الدولي، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 17 سنة 2001.
19. شاهر مجاهد الصالحي، لغة التحكيم، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، أكتوبر 2010.
20. طارق مجاهد، مشاكل وصعوبات ومعوقات قضايا التحكيم التجاري الدولي في مصر والدول العربية، منشور على الموقع: <http://www.facebook.com/perma.php?id.story.FRid2>
21. طلال صوفان، مؤهلات وثقافة المحكم القانونية وأثر ذلك في العملية التحكيمية، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، العدد العاشر، أكتوبر 2009.
22. عبد الحميد الأحذب، اتجاهات تعديل قواعد تحكيم الأونيسترال في ضوء متطلبات الممارسين، مجلة التحكيم، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، عدد 10، أبريل 2009، ص 23.
23. عبد الحميد الأحذب، القضاء والتحكيم، آفاق وتحديات، مقال منشور بنشرة المحامي، دورية تصدر عن منظمة المحامين، سطبِق، العدد 11، أبريل 2010.
24. عبد الحميد الأحذب، المشكلات العملية في التحكيم التجاري الدولي ووسائل علاجها منشور على الموقع: <http://www.altayat-consultants.com>

25. عبد القادر دربال، بلقاسم زايري، تأثير الشراكة الأوروبية متوسطة على أداء وتأهيل القطاع الصناعي في الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير عدد 01 لسنة 2002 جامعة فرحات عباس سطيف.
26. عبيد صقر، تأملات في نظريات الناظمة للتحكيم، مجلة الأمن والقانون تصدر عن كلية شرطة دبي سنة 1993، العدد 1.
27. عمر زعودي، الاستثمار الأجنبي في الجزائر كقطاع بديل لتشجيع الصادرات خارج المحروقات، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع11، 6 جوان 2017.
28. عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، العدد التاسع، الأردن، 2002.
29. فرج أحمد معروف، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، ورقة عمل ليبيا مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة من 14 إلى 26 سبتمبر 2013.
30. فريجة حسين، أثر التحكيم في عقود الاستثمار الدولي، الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، جامعة الجزائر، سنة 2014.
31. فوزي قدور نعيمة، مطفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 10، العراق سنة 2011.
32. فوزي نعيمة، التحكيم التجاري الدولي ودوره في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، أكتوبر 2011.
33. لافي محمد دراركة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كاحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة 25 و 27 أبريل 2011.

34. محمد اقلولي، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ع01 جانفي 2006.
35. محمد العريان وشمس الدين طارق، الاصلاحات الهيكلية في البلاد النامية، سنة 1992.
36. محمد أمين الداعوق، التحكيم الدولي وأثره في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال مع التركيز على أوضاعه في البلاد العربية عموماً وفي لبنان خصوصاً، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 5 لسنة 1997.
37. محمد بجاوي، العالم العربي في تحكيم غرفة التجارة الدولية، مجلة المحامون السورية، العدد 4، 5، 6، سنة 1992.
38. محمد صبحي الأثري، التجارة الدولية في التكنولوجيا، مجلة الاقتصاد سنة 1975، عدد 57.
39. محمد يوسف، اتجاهات الاستثمار الدولي وآثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي للبلدان المغاربية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، سنة 1992، عدد 2.
40. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية واشكالات التطبيق، مجلة الشريعة والقانون، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد.
41. محمود محمود المغربي، أزمة التحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد السابع عشر، لسنة 2013.
42. محند علي عيبوط، الاستثمارات الأجنبية في ظل سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، العدد 01 جانفي 2006.
43. مروان كركبي، الحصانة والتحكيم، مجلة التحكيم العالمية، ع16، أكتوبر 2012.

44. مصطفى تراري ثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر اثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، مجلة دراسات قانونية العدد 01 جوان 2002.
45. معاشو عمار، دور القضاء في حماية حقوق الإنسان، مجلة المحاماة، العدد الأول، تصدر عن منظمة الماحمين منطقة تيزي وزو، الجزائر، ماي 2004.
46. نور الدين زرقون، الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين، مجلة دفتر السياسة والقانون، ع12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2015.
47. هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها، مجلة التحكيم العربي، العدد 24، جوان 2015.
48. هنية شريف، أعمال القواعد العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية متخصصة، محكمة، السنة الخاصة، المجلد 10، عدد 02، 2014.
49. وليد بن حميدة، مبادئ اليونيدورا للعقود التجارية الدولية والتحكيم عبر الدولي، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن عشر، لسنة 2013.
- رابعا: النصوص القانونية:
- 1- دستور الجمهورية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 المعدل والمتمم بمقتضى القانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ج رع 14 الصادرة في 07 مارس 2016.
- 2- النصوص التشريعية:
- 1- قانون رقم 11/58 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 المتضمن قانون البترول الصحراوي.

- 2- قانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 1962/12/31 ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج ر ع 20 الصادرة في 1963/01/11.
- 3- الأمر رقم 287/65 المؤرخ في 18 نوفمبر 1965 المتضمن المصادقة على اتفاق 1965/07/29، الخاص باستغلال الوقود والثروات الهيدروكربونية، ج ر ع 95 الصادرة في 1965/11/19.
- 4- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم ج ر ع 47 لسنة 1966.
- 5- الأمر رقم 591/68 المؤرخ في 31 أكتوبر 1968 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من طرف شركة جي تي بتروليوم كومباني، وكذلك بروتوكول يتعلق بنشاطات الأبحاث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل شركة جي تي بتروليوم كومباني، ج ر ع 88 السنة الخامسة الصادرة في 1968/11/01.
- الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12 أبريل 1971 المتضمن تعديل الأمر رقم 11/58 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، ج ر ع 30 السنة الثامنة الصادرة في 1971/04/13.
- الأمر رقم 86/71 المؤرخ في 31 ديسمبر 1971 المتضمن قانون المالية لسنة 1972، ج ر ع 108.
- الأمر رقم 44/75 المؤرخ في 17 جوان 1975 المتضمن التحكيم الاجباري الداخلي لبعض الهيئات ج ر ع 53 لسنة 1975.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ع 78 الصادرة في 1975-09-30، المعدل والمتمم.

- القانون رقم 13/82 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر ع 35 الصادرة في 31 أوت 1982.
- القانون رقم 13/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 يعدل ويتم القانون رقم 13/82 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر ع 35 الصادرة في 27 أوت 1986.
- القانون رقم 14/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بأنشطة التقيب والبحث عن النحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب ج ر ع 35 الصادرة في 27/08/1986.
- القانون رقم 01-88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ع 01 الصادرة في 13 جانفي 1988.
- القانون رقم 10-90 المؤرخ في 14 أبريل سنة 1990 يتعلق بالنقد والقرض ج ر ع 16 الصادرة في 18 أبريل 1990.
- الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 21 جانفي 1995 المتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية واشنطن الخاصة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ج ر ع 07 لسنة 1995.
- الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار ج ر ع 47 الصادرة في 22 أوت 2001.
- الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ع 52 الصادرة في 27 أوت 2003 المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 08-06 المؤرخ في 15 يونيو 2006 يعدل ويتم الأمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ع 47 الصادرة في 19 يوليو 2006.
- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21 الصادرة في 23/04/2008.
- القانون رقم 09-16 المؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ع 46 الصادرة في 3 أوت 2016.

### 3- النصوص التنظيمية:

المرسوم رقم 63-384 المؤرخ في 14 سبتمبر 1963 المتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم وملحق خاص بنظام التحكيم المبرم بباريس بتاريخ 26/06/1963 ، ج.ر.ع 67 الصادرة في 17/09/1963.

المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 افريل 1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ج.ر.ع 15 الصادرة في 13/04/1982

- المرسوم الرئاسي رقم 223/88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ لاتفاقية نيويورك حول الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية ج ر ع 48 لسنة 1988.

- المرسوم الرئاسي رقم 319/90 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات ج ر ع 45 لسنة 1991.

- المرسوم الرئاسي رقم 420/90 المؤرخ في 22 ديسمبر يتضمن المصادقة على الاتفاقية للتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 يوليو 1990، ج ر ع 6 بسنة 1991.

- المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 24/04/1991 ج ر ع 46 لسنة 1991.

- المرسوم الرئاسي رقم 346/91 المؤرخ في 15 أكتوبر 1991 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 18/05/1991 ج ر ع 46 لسنة 1991.

- المرسوم الرئاسي رقم 01/94 المؤرخ في 2 يناير 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل

- المتعلق بهما الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير 1993 ح ر ع 01 الصادرة في 2 يناير 1994.
- المرسوم الرئاسي رقم 328-94 المؤرخ في 22 أكتوبر 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية وحكومة رومانيا الموقع بالجزائر في 28 يونيو 1994 والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ج. ر. ع 69 الصادرة في 26 أكتوبر 1994.
- المرسوم الرئاسي رقم 306-95 المؤرخ في 07 أكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج ر ع 59 سنة 1995.
- المرسوم الرئاسي رقم 88-95 المؤرخ في 25 مارس 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 سبتمبر 1994 ح ر ع 23 الصادرة في 26 أبريل 1995.
- المرسوم الرئاسي رقم 103-97 المؤرخ في 5 أبريل 1997 يتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ أول أوت 1996 ج ر ع 20 الصادرة في 6 أبريل لسنة 1997.
- المرسوم الرئاسي رقم 229-97 المؤرخ في 23 يونيو 1997 يتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 24 أكتوبر سنة 1996 ج ر ع 43 الصادرة في 25 يونيو 1997.
- المرسوم الرئاسي رقم 320-98 المؤرخ في 11 أكتوبر 1998 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 20 مارس 1997، ج ر ع 76 الصادرة في 11 أكتوبر 1997.

- المرسوم الرئاسي رقم 98-431 المؤرخ في 27 ديسمبر 1998 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في باماكو بتاريخ 11 يوليو سنة 1996، ج ر ع 97 الصادرة في 27 ديسمبر 1997.
- المرسوم الرئاسي رقم 247/2000 المؤرخ في 22 أوت 2000 يتضمن يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية النيجر المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في الجزائر يوم 16 مارس 1998، ح ر ع 52 الصادرة في 23 أوت 2000.
- المرسوم الرئاسي رقم 280/2000 المؤرخ في 07 أكتوبر 2000 يتضمن التصديق على الإتفاق والبروتوكول الإضافي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية ألمانيا الاتحادية يتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعين في الجزائر بتاريخ 11 مارس 1996، ح ر ع 58 الصادرة في 8 أكتوبر 2000.
- المرسوم الرئاسي رقم 01-201 المؤرخ في 23 يوليو 2001 يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة موزمبيق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 12 ديسمبر 1998، ح ر ع 40 الصادرة في 25 يوليو 2001.
- المرسوم الرئاسي رقم 01-204 المؤرخ في 23 يوليو 2001، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية كوريا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 12 أكتوبر سنة 1999، ح ر ع 40 الصادرة في 25 يوليو سنة 2001.
- المرسوم الرئاسي رقم 01-206 المؤرخ في 23 يوليو 2001 يتضمن التصديق على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية جنوب إفريقيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في الجزائر في 24 سبتمبر 2000، ح ر ع 41 الصادرة في 29 يوليو 2001.

- المرسوم الرئاسي رقم 01-211 المؤرخ في 23 يوليو 2001 يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليمنية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في صنعاء بتاريخ 25 نوفمبر 1999، ح ر ع 42 الصادرة في 1 أوت 2001.
- المرسوم الرئاسي رقم 01-212 المؤرخ في 23 يوليو سنة 2001 يتضمن التصديق على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ماليزيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 27 يناير 2000، ح ر ع 42 الصادرة في 1 أوت 2001.
- المرسوم الرئاسي رقم 01-366 المؤرخ في 13 نوفمبر سنة 2001، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الأرجنتينية حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 4 أكتوبر سنة 2000، ح ر ع 69 الصادرة في 18 نوفمبر 2001.
- المرسوم الرئاسي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 يتضمن المصادقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وبين شركة أوراسكوم، ح ر ع 80 الصادرة في 2001/12/26.
- المرسوم الرئاسي رقم 02-124 المؤرخ في 7 أبريل 2002 المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية التشكية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببراغ في 22 سبتمبر 2000، ح ر ع 25 الصادرة في 14 أبريل 2002.
- المرسوم الرئاسي رقم 02-223 المؤرخ في 22 يوليو 2002 يتضمن التصديق على الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة سلطنة عمان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر بتاريخ 9 أبريل سنة 2000، ح ر ع 44 الصادرة في 26 يونيو 2002.

- المرسوم الرئاسي رقم 226/02 المؤرخ في 22 يوليو 2002 يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية اندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات الموقع في الجزائر في 21 مارس 2000، ح ر ع 45 الصادرة في 30 يونيو سنة 2002.
- المرسوم الرئاسي رقم 392-02 المؤرخ في 25 نوفمبر 2002 المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية الصين الشعبية حول التتجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع ببيكين يوم 20 أكتوبر 1996، ح ر ع 77 الصادرة في 26 نوفمبر 2002.
- المرسوم الرئاسي رقم 94-03 المؤرخ في 17 مارس 2003 المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية نيجيريا الإتحادية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بأبوجا في 14 يناير 2002، ح ر ع 16 الصادرة في 8 مارس 2003.
- المرسوم الرئاسي رقم 121-03 المؤرخ في 17 مارس 2003 المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، الموقعة بسرت في 06 أوت 2001، ح ر ع 33 الصادرة في 11 مايو 2003.
- المرسوم الرئاسي رقم 525-03 المؤرخ في 30 ديسمبر 2003 المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدنمرك حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع في الجزائر في 1999/01/25، ح ر ع 02 الصادرة في 7 يناير سنة 2004.
- المرسوم الرئاسي رقم 431-04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 15 فبراير سنة 2009، ح ر ع 84 الصادرة في 29 ديسمبر 2004.

- المرسوم الرئاسي 05-75 المؤرخ في 26 فبراير 2005، المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران في 19 أكتوبر 2003، ح ر ع 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.
- المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في أبريل 2005 يتضمن التصديق على اتفاقية الأورومتوسطية لتأسيس شراكة بين الجزائر من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من حيث أخرى الموقعة بفالونسيا يوم 2002/04/22 ج ر ع 31 الصادرة في 2005/04/31.
- المرسوم الرئاسي 05-235 المؤرخ في 23 يونيو 2005 المتضمن التصديق على الإتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة السويسرية الموقع في 2004.11.30، ح ر ع 45 الصادرة في سنة 2005.
- المرسوم الرئاسي رقم 06-404 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس في 16 فبراير سنة 2006، ح ر ع 73 الصادرة في 19 نوفمبر 2006.
- المرسوم الرئاسي رقم 13/334 المؤرخ في 30 سبتمبر 2013، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية صربيا، المتعلق الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 13 فبراير سنة 2012، ح ر ع 49 الصادرة في 2 أكتوبر 2013.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-336 المؤرخ في 27 ديسمبر 2015 المتضمن التصديق على الإتفاق بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الإسلامية الموريتانية من أجل تفادي الازدواج الضريبي وتجنب التهرب والغش الضريبي فيما يتعلق على الدخل والثروة، ح ر ع 70 الصادرة في 29 ديسمبر 2015

- المرسوم الرئاسي رقم 15-337 المؤرخ في 27/12/2015 يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة السعودية لتجنب الازدواج الضريبي ولمنع التهريب الضريبي في شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال، ح ر ع 01 الصادرة في 6 يناير 2016.

- المرسوم الرئاسي 16-156 المؤرخ في 26 ماي 2016 يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية لتجنب الازدواج الضريبي ولمنع التهريب الضريبي في شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال، الموقعة في الجزائر في 18 فيفري سنة 2015، ح ر ع 33 الصادرة في 5 يونيو 2016.

#### 4- النصوص القانونية لبعض البلدان:

1- مجلة التحكيم التونسية الصادرة بموجب القانون رقم 93-42 المؤرخة في 26/04/1993، الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، ع 33 الصادرة في 04/05/1993.

2- قانون المسطرة المدنية المغربي المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 30 نوفمبر 2007، منشور على الموقع التالي: [www.Adala.justice.gov.ma](http://www.Adala.justice.gov.ma)

3- قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008 منشور على الموقع: [www.damascusbar.org](http://www.damascusbar.org)

4- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 منشور على الموقع: [www.moj.gov.jo](http://www.moj.gov.jo)

5- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 منشور على الموقع: [www.damascusbar.org](http://www.damascusbar.org)

6- قانون التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم 34 المؤرخ في 16 أبريل 2012 منشور على الموقع: [www.bog.gov.sa](http://www.bog.gov.sa)

- 7- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 90 الصادر في 16/09/1983 وفقا لآخر تعديلاته. منشور على الموقع: [www.data.lebaneselaws.com](http://www.data.lebaneselaws.com).
- 8- قانون الإجراءات المدنية الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 11 لسنة 1992 المعدل بالقانون الإتحادي رقم 30 لسنة 2005 المنشور على الموقع: [www.dji.gov.ae](http://www.dji.gov.ae).
- 9- الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع 31 المؤرخ في 11 ماي 1984، المنشور على الموقع: [www.legislation.tn/recherche/jort](http://www.legislation.tn/recherche/jort).
- 10- قانون المرافعات المدنية الهولندي المؤرخ في 01/02/1986 المنشور على الموقع: [site.eastlaws.com](http://site.eastlaws.com).
- 11- قانون التحكيم اليمني الصادر في 14 أبريل 1997، قرار جمهوري بالقانون رقم 32 لسنة 1997، المنشور على الموقع [www.usip.org](http://www.usip.org).
- 12- مرسوم بقانون رقم 30 لسنة 2009 بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية الصادر بتاريخ 02/07/2009، منشور على الموقع: [www.legalaffaires.gov.bh/legislationsearchdetails.default](http://www.legalaffaires.gov.bh/legislationsearchdetails.default).
- 13- قانون البترول الليبي رقم 25 المؤرخ في 19 يونيو 1955 منشور على الموقع: [site.eastlaws.com](http://site.eastlaws.com).

#### خامسا: الوثائق

- 1- اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ والاعتراف بالأحكام الأجنبية (1958).
- 2- اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي (1961).
- 3- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات بين الدول ومواطني الدول الأخرى (1965).
- 4- قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (1976).
- 5- القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (1985) منشور على موقع اللجنة [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).
- 6- نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ICC منشور على الموقع: [www.iccbo.org](http://www.iccbo.org).

- 7- نظام التحكيم لدى محكمة لندن للتحكيم الدولي منشور على الموقع:  
[www.F.law.net](http://www.F.law.net)
- 8- نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، منشور على موقع المركز  
[www.crcica.org](http://www.crcica.org) .
- 9- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، منشورة على موقع الجامعة العربية:  
[www.lasportal.org](http://www.lasportal.org)
- 10- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى، منشور على الموقع: [www.lasportal.org](http://www.lasportal.org) .
- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية منشورة على موقع الجامعة العربية [www.lasportal.org](http://www.lasportal.org) .
- تقرير الاستثمار العالمي لسنة 2015 منشور على الموقع [unctad.org/en/publications.library](http://unctad.org/en/publications.library) .
- تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لسنة 2016 عن الموقع الإلكتروني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار [www.dhaman.org](http://www.dhaman.org) .

### المراجع باللغة الفرنسية:

#### 1- Ouvrages:

1. Amor Zahi, l'état et l'arbitrage, O.P.U, édition publisud, Paris 1980.
2. Antoine Kassis, la reforme de l'arbitrage international, l'harmattan, Paris 2008.
3. Belkacem Bouzana, le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères en Algérie, O.P.U, ALGER, 1976.
4. Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheist, droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, Lextenso édition, Paris 2016.
5. Daniel Levy, les abus de l'arbitrage commercial international, l'harmattan, Paris, 2015.

6. David René, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris 1982.
7. Dominique Carreau, droit international, 4ème édition, apedone, 1994.
8. Eric Loquin, l'arbitrage du commerce international, Joly édition, France, 2015.
9. Frederic Eisman, la clause d'arbitrage pathologique, Essais in memoriam eugenio, minoliturin, utec, 1974.
10. Guy Keutgen, Georges Albert Dal, l'arbitrage en droit Belge et international, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2006.
11. Jean Billemont, la liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage, Alpha édition, Paris, 2015.
12. Jean Touscoz, transfert de technologie, sociétés transnationales et nouvel ordre international, paris, presses universitaires de France, 1978.
13. Juris Jan Schokkaert, la pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux, Bruylant, Bruxelles, 2006.
14. Mario Amadio, le contentieux international de l'investissement privé et la convention de la banque mondiale du 18 Mars 1965, LGDJ, Paris 1967.
15. Mostefa trari TANI, droit Algérien de l'arbitrage commercial, 1ère édition, Berti édition, ALGER, 2007.
16. Nathalie Najjar, l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, édition, Delta, Liban, 2007.
17. Nour eddine Terki, la société d'économie mixte en droit algérien, JDI, numéro 3 sans lieu d'édition, 1988.
18. Nour-eddine Terki, l'arbitrage commercial international en Algérie. Edition Ajed, ALGER, 2015.
19. Nour-eddine TERKI, les sociétés étrangères en Algérie, OPU, Alger, 1976.
20. Osman Filali, Ahmed Cemil Yildirim, ou va l'arbitrage international ? de la crise au renouveau, journées d'études méditerranéennes eu l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, Avril 2016, Lexis nexis, Paris, 2017.

21. Philippe Fouchard, Emanuel Gaillard, et Berthold Goldman, traite de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, 1996.
22. Philippe le boulanger, les contrats entre état et entreprises étrangères, Economica, Paris, 1985.
23. Rose Noëlle Schutz, la résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international, Delta, Bruylant LEDJ Paris, 2009.
24. Thomas Clay, l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles de procès équitable, impartialité du juge et de l'arbitre, étude de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2006.

### **2- thèse de doctorat :**

1. Ammar Belhimer, analyse politique et juridique des stratégies de gestion de la dette extérieure de l'Algérie 1986-1996, thèse de doctorat en droit public, Paris 5, 1997.
2. Farida Hocine, l'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge Algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial, thèse pour le doctorat, université Mouloud Mammeri, Tizi ouzou, 20 juin 2012.
3. J. Pommier, principe d'autonomie et loi du contrat en droit privé conventionnel, thèse, Paris, 1992.
4. Widad Bouleghlimat, l'arbitrage commercial dans les pays arabes et les principes unidroit relatifs aux contrats du commerce en droit privé, université de Pantheon, Assas, Paris, soutenue le 19/05/2014.
5. Yongoné Franck Nicéphore, arbitrage commercial international et développement, thèse de doctorat, école doctorale de droit, université Montesquieu, Bordeaux IV, soutenu le 11 Septembre 2013.

### **3- Articles :**

1. Abdelhamid, El AHDEB, l'arbitrage en Arabie Saoudite sous le régime de la nouvelle loi de 1983 et son décret d'application de 1985 revue arbitrale, n°4.
2. Abdelmadjid Zaalani, l'intervention des personnes publiques et parapublics dans l'arbitrage commercial international, RASJEP, 1997, N 1.
3. Ahmed Mahiou, l'arbitrage en Algérie, R.A.S.J.E.P, 1989, N4.

4. Ali Bencheneb, l'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droit Algérien et Français, Rev de droit des affaires international, international business LAW journal, n1, 2012.
5. Ali Bencheneb, les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, OPU, 1984.
6. Ali Mabroukine, le règlement d'arbitrage Algéro-français du 27 Mai 1983, rev arb, 1986.
7. Ali Mezgheni , convergence et harmonisation du droit de l'arbitrage commercial à propos de clauses compromissaires contenu dans le contrats commerciaux internationaux tunisiens , revue de droit tunisien, 1981.
8. Ali Mezgheni, les instruments juridiques des relations commerciales en droit tunisien, imprimerie officielle de la république.
9. Amar Beghzouz, le parlement euro-méditerranéen, enjeux et perspectives pour les pays du Maghreb, une décennie de relations internationales 90-2000, ouvrage collectif sous la direction du prof. Abdelaziz Djerad, publication du centre de documentation et de recherche administrative ALGER 2001 .
10. B. Oppetit, la théorie de l'imprévision en droit comparé, rev.dr.prat.com.int, 1976, n1.
11. B.Goldman, la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international, réalité et perspective, JDI ,1979.
12. B.Stern, trois arbitrages, un même problème, trois solutions, les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international. revue arbitrale 1980.
13. Borhan Atallah, dixans d'applications de la loi égyptienne de 1994 relative à l'arbitrage, Bulletin de la CCI, Vol 14, N2 , 2003.
14. Bruno Oppetit, Arbitrage et contrat d'état, JDI, N 1, 1982.
15. Bulletin de la chambre de commerce international, vol N 8, 1 Mai 1997.
16. Ch.Muller, la confidentialité de l'arbitrage commercial international, un trompe d'œil ASA, Bull, vol 2 n°1,2001.
17. Charles Boussan, chronique des faits internationaux RGDI,1984.
18. Christain Vigner, l'accord Franco-Algérien, 26 Juin 63, AFDI 1964.

19. Dominique Carreau, le nouvel ordre économique international, JDI, 1991.
20. Edward Van, chronique juridique Maroc, AAN 1990.
21. Emanuel Jolivet, la clause compromissoire pathologique, les cahiers de l'arbitrage, 2010.
22. Eric Loquin, la réalité des usages du commerce international, rev.int.dr.eco,1989.
23. F.Ghiles, la dette Algérienne dans les perspectives historiques,AAN,1989.
24. Fages Fabrico, la confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financières, rev.arb, N1, du 01.01.2003.
25. Fouad Abdelmonem Riad, le contrat de développement et l'arbitrage international, revue égyptienne de droit international, vol 42, Caire, 1986.
26. François Knoefler, l'immunité d'exécution contre les états, in la rev.arv, 2003 numéro 3.
27. Gerard Pluyette, 1981-2011, trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage, texte de la conférence A.F.A, le 15 Octobre 2013 dans les salons de la maison des arts et métiers à Paris.
28. H Scarlbert et L Marville, les clauses compromissoires, pathologiques, rev arab, 1998.
29. H.Bagner, l'imbroglie de confidentialité dans l'arbitrage commercial international, Bull, CCI vol12 n°1, 2001.
30. Hassan A Bouabdelmajid Maroc annuaire de législation Française et étrangère1988.
31. Imed Ben Ramdane, avis d'expert, nouveau code tunisien d'incitation aux investissement Novembre 1994.
32. J.Flavieu Lalive , un grand arbitrage pétrolier entre le gouvernement et deux sociétés privées étrangères, JDI,1977 .
33. Jean François Poudret et Sébastien Besson, doit comparé de l'arbitrage international, LGDJ,2002.
34. Jean Jacquet Michel, l'état opérateur du commerce international, JDI, 1985, N 2.
35. Jean Louis Devolvé, vraies, et fausses confidences, ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage, revues de l'arbitrage, 1996, N 3.

36. Jean Louis Retal , la Libye républicaine face au cartel , ANA , 1974.
37. Jean Michel Jaquet, l'état opérateur de commerce international, clunet, 1989.
38. Jean Paulsson, N. Rawding, les aléas de la confidentialité, Bull,CCI,vol.5n°1,1994.
39. M. Boussoumah , la notion d'entreprise publique en droit algérien, RASJEP n°1,1989.
40. M.Bekhechi, l'investissement et le droit en Algérie, lecture d'une mutation vers le libéralisme économique en, lettre juridique n°26,1995.
41. Maurice Flory, « souveraineté des états et coopération pour le développement, R.C.A.D.I vol 41, 1971.
42. Mohamed Bejaoui et Ali Mebroukine, le nouveau droit de l'arbitrage international, J.D.I, 1993, N 4.
43. Mohamed Bejaoui, l'évolution de la conception et de la pratique Algérienne en matière d'arbitrage commercial, CNC à Alger 14, 15, Décembre, 1992.
44. Mohamed Brahmi, quelques questions à la reforme de l'entreprise publiques « loi n88-01 » RASJEP N1, OPU Alger Mars 1989.
45. Mohand Issad, comment régler les litiges, revue mensuelle, édictée par CACI, Fevrier,2001,n°119.
46. Mohand Issad, deux conventions bilatérales pour la protection des investissements ,RASJED,1991.
47. Mohand Issad, l'arbitrage en Algérie revue arbitral, 1977.
48. Mohand Issad, la loi du 27 Aout 1982 sur les sociétés d'économie mixte, in RASJE,n°2,1984.
49. Mohand Issad, le nouveau droit Algérien, revue mutation, N 05, Alger, 1993.
50. Mohand Issad, le projet de code de conduite pour le transfert de technologie, R A S J.E.P, 1983.
51. Mostefa Trari Tani, les règles d'arbitrage international en Algérie, commentaire du décret législatif 93-09 du 25 Avril 1993, revue Algérienne 1997 n1.
52. P.Lalive et E.Gaillard, le nouveau droit de l'arbitrage en Suisse, clunet,1989.

53. P.level, l'arbitrage, rev arb n 02, 1992.
54. P.Rambaud, Arbitrage, concession et nationalisation quelques observations sur la sentence BP, AFDI 1981.
55. Peter Shillessen et Sylvine Volmary, régime des investissements étrangères à l'intérieur du marché commun andin JDI, 1972, N2.
56. Ph Théry, Feu, l'immunité d'exécution ? gaz.pal, 2001, N 161.
57. Ph. Cavalieros , la confidentialité de l'arbitrage, Gazette du palais, 2005.
58. Philippe Fouchard, les garanties juridiques accordées aux investissements, étrangères en Tunisie, revue tunisienne de droit,1977.
59. Phillippe Le Boulanger, le séminaire sur le centre régional de l'arbitrage commercial international, revue d'arbitrage, du caire,1993,n°4.
60. Pierre Bourel, l'arbitrage international immunité des états étrangers, jurisprudence récente, Rev.arb 1982 numéro 2.
61. Pierre Maurice, Djibouti, chronique économique et démographique, annuaire des pays de l'océan indien, 1982-1983.
62. Pierre-Yves Tshanz, contrats d'états et mesures unilatérales de l'état, devant l'arbitre, Rev.crit in.privé, 1985.
63. R. Ziade, comparaison entre trois règlements principaux d'arbitrage, CIRDI, CNUCED et CCI, in choix d'un règlement d'arbitrage, revues de droit des affaires, 2ème éd, 2008.
64. René Otayek, chroniques politiques et constitutionnels annulaires des pays de l'océan indien 1982,1983.
65. Sadjo Ousmanou, comment prévoir le recours à l'arbitrage dans un contrat ? revue camerounaise de l'arbitrage n 35 oct.nov.dec.2006.
66. Sadok Belaid, La Tunisie et l'arbitrage commercial international, revue tunisienne de droit,1981.
67. T.Clay, l'arbitre, nouvelle bibliothèque des thèses Dalloz, 2001.
68. Toufik Mounastri, chronique juridique Libye AAN,1990.

69. Yusuf Abdelguanie, l'élaboration d'un code de conduite pour le transfert de technologie, bilan et perspective, RGDIP, N4,1984.
70. Yves Derain, cour international d'arbitrage de la chambre de commerce international in chronique des sentences arbitrales, J.D.I, N , 1991.
71. Yves Derain, le statut des usages de commerce devant les juridictions arbitrales, revue ARB,1973.
72. Yves Derains, les tendances de jurisprudence en arbitrage international , JDI ,1993,N°3.
73. Zouaimia Rachid, l'ambivalence de l'entreprise publique en Algérie, R.A.S.J.E.P n°1 Alger 1989.

#### **4- Jurisprudence étrangère :**

1. c/société européenne d'études et d'entreprises « S.E.E.E » et autres, rev.arb 1987 n2 p 149-156, note jean louis devolvé .
2. C.cass, 2 Mai 1966, Trésor public/Galakis, JDI clunet, 1966, N03, p 648, note level.
3. T.G.I Paris du 08 juillet 1970 , affaire opposant la société SEEE à la yougoslavie.
4. Cass.com, 18 décembre 1979, Bulletin IV n 339 .
5. C.cass, 19 Mars 1980, clunet , 1980 p896, note ph kahn.
6. C.A paris ,18 Février 1986, in revue d'arbitrage 1986, page 583, Note G.Flecheux.
7. CE avis du 6 Mars 1986, section des travaux publics, n 339710, rev.arb, 1992 N2, p 397.
8. Cass.civ, 1<sup>er</sup> chambre, 18 Novembre 1986 (état français)
9. T.G.I Paris, 13 décembre 1988, rev.arb, 1990, p 521.
10. TGI Paris, ordonnance du 12 Juillet 1989, affaire de « la belle créole », rev.arb, 1990, note ph Kahn.
11. Cass.civ, 11 juin 1991, JDI 1991 ,1005 note E Gaillard .
12. C.A de paris, 28 Juin 1991, rev arb, 1992, p 569, note.p.pellet.
13. C.A Paris du 17.12.1991, rev.arb, 1993, p 281, note herve synvet.
14. C.A paris, 12 Janvier 1996, rev.arb, 1996, Note ph fouchard .
15. C.A Paris du 13 Juin 1996, rev.arb 1997, p 251 , note.Egaillard.

16. C.A paris, 06 Juillet 2000, rev arb 2001 note (ph) le boulanger.
17. Civ 2<sup>ème</sup>, 10 Juillet 2000, rev 2001 N1 p114 note (ph) le boulanger.
18. Cass.civ 1<sup>er</sup>, 28 Mai 2002, N 99-10741, GP 2002, SOM 1811, GP 21/12/2001, p 12.
19. Cass de Paris, 22 Janvier 2004, Revue de l'arbitrage, 2004, p647, Note Eric Loquin.
20. CA Paris, 2 Juin 2004, rev.arb 2005, 673, Note J.B racine.
21. C.A Paris (1<sup>ère</sup> ch.civ), 10 Juin 2004, Barges Agro-industrie c/young peean, rev arb, 2006 N01, p 154.
22. Cass (1<sup>ère</sup> ch.civ) 13 Mars 2007, rev.arb.2007 N03.
23. C.A paris 1<sup>ère</sup> chambre, C, 12 Février 2009, JSP, AVAX C. tecnimont RG N 07/22164, 2009 منشور في مجلة التحكيم العدد الثالث سنة 2009.

#### **5- Jurisprudence arbitrale :**

1. Sentence rendue dans l'affaire CCI N 4381 en 1986, Clunet , 1986 N04, 1103-1113 Ob.Yves derains .
2. Sentence CCI N3460, 1980 .
3. Sentence rendue en 1984 dans l'affaire CCI N4472, JDI 1984, P946, obs,s Jarvin .
4. Sentence preliminaire du 14 Janvier 1982, rev arb, 1984. P 397.

#### **6- Documents :**

- 1-Code de procédure civile Français, consultable sur [www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr)
- 2- Code civil Français, consultable sur : [www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr).
- 3- La loi fédérale Suisse sur le droit international privé (1987) consultable sur : [www.admin.ch](http://www.admin.ch) .
- 4- Ordonnance N2012 -487 du 07 Juin 2012 portant code des investissements de Côte D'ivoire consultable sur : [www.droit-afrique.com](http://www.droit-afrique.com) .
- 5- La loi Italienne N05 de 1994 portant sur les nouvelles dispositions en matière d'arbitrage et discipline de l'arbitrage modifiée par le décret législatif N40 du 2 Février 2006, consultable sur le dite : [www.thèses.fr](http://www.thèses.fr) .
- 6- La loi espagnole N60/2003 du 23 Décembre 2003, relative à l'arbitrage, consultable sur : [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es) .

**7- Sites Internet :**

- [www.andi.dz](http://www.andi.dz) .
- [www.Ligefrance.gouv.fr](http://www.Ligefrance.gouv.fr) .
- [arab.ency.com/law/detail/164153](http://arab.ency.com/law/detail/164153).
- <http://www.uster.gov>
- <http://eprints.vcm.es>
- [www.afaarbitrage.com](http://www.afaarbitrage.com)
- [icsid secretariat @world bank.org](http://icsid.secretariat@worldbank.org)
- [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)
- [www.echorok.online.com](http://www.echorok.online.com)
- <http://www.caci.dz>
- [www.jorf.gov.fr](http://www.jorf.gov.fr)
- <http://dx.doi.org>
- [www.slideplayer.fr](http://www.slideplayer.fr)
- [www.memoireenline.com](http://www.memoireenline.com)
- <http://www.international-arbitration-attomey.com>
- <http://www.elmassa.dz>
- [www.aljazairyoun.com](http://www.aljazairyoun.com)

# الفهرس

1	مقدمة .....
10	الباب الأول: منظومة التحكيم من المناهضة إلى التكريس .....
11	الفصل الأول: مناهضة منظومة التحكيم في مجال الاستثمار .....
12	المبحث الأول : الأسباب المبدئية وازدواجية موقف تعاطي الدول مع التحكيم... ..
12	المطلب الأول : الأسباب المبدئية لرفض التحكيم في مجال الاستثمار .....
12	الفرع الأول : التحكيم ليس بمصدر تاريخي موثوق .....
17	الفرع الثاني : عدم تواجد الدول النامية في الأجهزة التحكيمية الدائمة.....
23	المطلب الثاني : ازدواجية موقف التعاطي مع التحكيم في مجال الاستثمار ...
24	الفرع الأول: الحالة الجزائرية والتعاطي مع التحكيم في مجال الاستثمار .
25	البند الأول : رفض الجزائر للتحكيم في مجال الاستثمار .....
30	البند الثاني : الخضوع للتحكيم في مجال المحروقات .....
33	الفرع الثاني: موقف ليبيا من التحكيم في مجال الاستثمار .....
35	البند الأول: الالتزامات الليبية في مجال التحكيم الدولي .....
36	البند الثاني: رفض ليبيا للتحكيم الدولي. ....
39	المبحث الثاني : التكريس القانوني لمواقف رفض التحكيم في مجال الاستثمار..
39	المطلب الأول : على الصعيد الدولي .....
	الفرع الأول : رفض مجموعة السبعة والسبعين للتحكيم في مجال
39	الاستثمار .....
40	البند الأول: التحكيم في إطار مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية. ....
41	البند الثاني : التحكيم في إطار المشروع الدولي لنقل التكنولوجيا .....
43	الفرع الثاني : رفض التحكيم على الصعيد الجهوي .....
43	البند الأول : رفض التحكيم من طرف الدول المصدرة للبترول.....
44	البند الثاني: رفض التحكيم من قبل دول الأندين Andean .....
45	المطلب الثاني : على الصعيد الداخلي.....
45	الفرع الأول : حظر التحكيم في إطار التشريعات الوطنية .....

- 45 ..... البند الأول: خصائص حظر التشريعات الوطنية للتحكيم
- 49 ..... البند الثاني: نطاق الحظر التشريعي للتحكيم
- 52 ..... الفرع الثاني: الممارسة العملية للتحكيم
- ..... البند الأول: الممارسة العملية للتحكيم في إطار النصوص القانونية الوطنية
- 53 ..... الوطنية
- ..... البند الثاني: الممارسة العملية للتحكيم في إطار النصوص الاتفاقية الدولية
- 57 ..... الدولية
- 57 ..... أولاً: اتفاقيات التحكيم الدولية في مجال الاستثمار
- 73 ..... ثانياً: التنظيم الإقليمي للتحكيم في مجال الاستثمار
- الفصل الثاني : التوجهات الجديدة للدول للتعاظم مع التحكيم في مجال الاستثمار**
- 81** ..... الاستثمار
- 83 ..... المبحث الأول : عوامل تحول المواقف
- 83 ..... المطلب الأول: العوامل الاقتصادية
- 83 ..... الفرع الأول: العوامل الاقتصادية الدولية
- 87 ..... الفرع الثاني: العوامل الاقتصادية الداخلية
- 89 ..... المطلب الثاني : العوامل القانونية
- 90 ..... الفرع الأول : النصوص الخاصة بالإصلاحات الهيكلية :  
..... الفرع الثاني: النصوص القانونية لسياسة الانفتاح نحو الاستثمارات الأجنبية
- 98 ..... الأجنبية
- ..... المبحث الثاني : التكريس القانوني للموقف الجديد نحو قبول التحكيم في عقود الاستثمار
- 105 ..... الاستثمار
- 105 ..... المطلب الأول: تكريس التحكيم في إطار القوانين الداخلية الجديدة
- 105 ..... الفرع الأول : مضمون التحكيم في التشريعات الداخلية الجديدة
- 107 ..... البند الأول : مصادر تشريعات التحكيم الجديدة
- 107 ..... أولاً: مجموعة القوانين التحكيمية المستوحاة من الأنظمة الأجنبية

ثانيا: مجموعة القوانين المستوحاة من القانون النموذجي الذي وضعته	
اليونسترال .	108 .....
البند الثاني: خصائص التشريعات الداخلية الجديدة.	109 .....
الفرع الثاني: نظام التحكيم في التشريعات الداخلية الجديدة للدول.	111 .....
البند الأول: توجهات جديدة للتحكيم في مجال الاستثمار	111 .....
أولا: عولمة التحكيم.	111 .....
ثانيا: تزاوج البعد القانوني والاقتصادي للتحكيم في مجال	
الاستثمار	115 .....
البند الثاني: قواعد وإجراءات التحكيم في التشريعات الداخلية الجديدة	123 .....
أولا: القواعد الخاصة باتفاق التحكيم.	124 .....
ثانيا: الخصومة التحكيمية.	134 .....
ثالثا: القانون الواجب التطبيق.	144 .....
رابعا: الطبيعة القانونية لحكم التحكيم.	149 .....
المطلب الثاني: تكريس التحكيم في مجال الاستثمار في ظل الاتفاقيات	
الدولية	158 .....
الفرع الأول: تكريس التحكيم في إطار الاتفاقيات الثنائية.	159 .....
الفرع الثاني: اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف:	167 .....
البند الأول: اتفاقية تشجع وضمان الاستثمار بين الجزائر ودول المغرب	
العربي.	169 .....
البند الثاني: اتفاق الشراكة الاورومتوسطية.	173 .....
الفرع الثالث: دور مراكز التحكيم الدولية في تسوية منازعات الاستثمار	176 .....
البند الأول: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الدولية	
CIRDI	176 .....
أولا: اختصاص المركز	177 .....
ثانيا: إجراءات التحكيم	178 .....
ثالثا: تقدير دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار	179 .....

- 180 ..... البند الثاني: غرفة التجارة الدولية في باريس CCI
- 185 ..... الباب الثاني : تقييم مساهمة منظومة التحكيم في حل منازعات الاستثمار**
- 186 ..... الفصل الأول: المساهمة الايجابية**
- 187 ..... المبحث الأول: من حيث إمكانية سرعة الفصل في النزاع
- 187 ..... المطلب الأول: آلية التدويل وإسهاماتها في تذليل نزاعات الاستثمار
- 188 ..... الفرع الأول: تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار
- 188 ..... البند الأول: التدويل والقانون الأنسب للعقد
- ..... البند الثاني: الحفاظ على مصالح الدول المتعاقدة في ظل تدويل النظام
- 192 ..... القانوني لعقود الاستثمار
- 193 ..... الفرع الثاني: منهج أعمال القواعد عبر الدولية أمام التحكيم
- 194 ..... البند الأول: تطبيق المحكم لضابط المنهج المباشر
- ..... البند الثاني: أهمية أعمال منهج التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية أمام
- 200 ..... قضاء التحكيم
- 202 ..... المطلب الثاني: الحياد والاستقلال
- 203 ..... الفرع الأول: بعض الملامح لحياد واستقلال المحكم
- ..... الفرع الثاني: واجب المحكم في الكشف أو الإفصاح عن أي اعتبارات قد تثير
- 207 ..... الشكوك في نزاهته
- 211 ..... الفرع الثالث: بعض التطبيقات لحياد المحكم واستقلاله
- 213 ..... المطلب الثالث: السرية والشفافية
- 214 ..... الفرع الأول: السرية هي الخاصية المميزة للتحكيم في مجال الاستثمار..
- 215 ..... البند الأول: مفهوم سرية التحكيم في مجال الاستثمار
- ..... البند الثاني : خاصية السرية بين الطبيعة القانونية والاتفاقية والتنظيمية
- 217 ..... المؤسساتية
- 223 ..... الفرع الثاني: مقتضيات الشفافية في تحكيم الاستثمار الدولي
- 224 ..... البند الأول: شفافية التحكيم في مجال الاستثمار

- 226 البند الثاني: التصلب النسبي لنظام اليونسترال إزاء مطلب الشفافية....
- 230 المطلب الرابع: زوال علاقة التصادم بين مؤسسة التحكيم والقضاء .....
- الفرع الأول: الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم الاستثماري
- 230 الدولي.....
- 231 البند الأول: دور القضاء في اختيار المحكم.....
- 234 البند الثاني: التدخل للمساهمة في توفير أدلة الإثبات.....
- 236 البند الثالث: تدخل القضاء في مجال التدابير المؤقتة والتحفيزية.....
- 239 الفرع الثاني: تدخل القضاء لرقابة أعمال التحكيم.....
- 239 البند الأول: ردّ المحكمين.....
- 241 البند الثاني: تدخل القضاء لعدم صدور حكم التحكيم في المدة المحددة
- 242 الفرع الثالث: رقابة القضاء اللاحقة لأعمال التحكيم.....
- 242 البند الأول: الطعن في أحكام التحكيم.....
- 243 أولاً: طرق الطعن في أحكام التحكيم.....
- ثانياً: تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعون ومواعيد
- 244 رفعها.....
- 245 ثالثاً: مبررات الطعن في أحكام التحكيم.....
- المبحث الثاني: مساهمة التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود
- 250 الاستثمار الدولية.....
- 250 المطلب الأول: التحكيم أداة للاستجابة مع تغير ظروف عقود الاستثمار ....
- 251 الفرع الأول: القوة القاهرة و عقد الاستثمار.....
- 255 الفرع الثاني: الظروف الطارئة و عقد الاستثمار.....
- 258 البند الأول: اختلاف النظم القانونية في معالجة أثر تغير الظروف ....
- البند الثاني: إعادة التفاوض لاستعادة توازن عقد الاستثمار على اثر
- 261 الظروف الطارئ.....
- 263 البند الثالث: دور المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد.....

- المطلب الثاني: التحكيم والإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار ..... 267
- الفرع الأول: التغييرات التشريعية وأثرها في التحكيم الدولي ..... 268
- البند الأول: اعتبار اتفاق التحكيم من شروط الثبات التشريعي ..... 269
- البند الثاني: ماهية شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار ..... 272
- البند الثالث: التحكيم والتصدي لمخالفة شروط الثبات التشريعي ..... 277
- الفرع الثاني: النزاع الناشئ نتيجة إجراء فردي اتخذته الدولة المضيفة للاستثمار ..... 278
- البند الأول: طرق استيلاء الدولة المضيفة على ممتلكات المستثمر الأجنبي ..... 279
- أولاً: نزع الملكية للمنفعة العامة ..... 280
- ثانياً: التأميم ..... 282
- ثالثاً: المصادرة ..... 285
- رابعاً: الاستيلاء ..... 286
- البند الثاني: مدى سلطة المحكم في مواجهة الإجراءات الفردية للدولة المضيفة للاستثمار ..... 288
- المطلب الثالث: اثر التحكيم الدولي على تدفق رؤوس الأموال ..... 293
- الفصل الثاني: الرهانات: ورشات متبقية. .... 302**
- المبحث الأول: المشاكل الناجمة عن وجود الدولة طرفاً في العقد ..... 304
- المطلب الأول: تمسك الدولة بحصانتها ضد قرار التحكيم ..... 304
- الفرع الأول: الحصانة القضائية بين الإطلاق والنسبية ..... 305
- البند الأول: موقف الاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم من حصانة الدول القضائية ..... 308
- أولاً: موقف الاتفاقيات الدولية من حصانة الدول القضائية ..... 308
- ثانياً: موقف هيئات التحكيم من حصانة الدول القضائية ..... 309

- 313 ..... ثالثا: موقف الفقه والقضاء من حصانة الدول القضائية
- 316 ..... البند الثاني: التمسك بالحصانة القضائية أمام المحاكم الأجنبية
- 320 ..... الفرع الثاني: انعكاس اتفاق التحكيم على حصانة الدولة التنفيذية
- 321 ..... البند الأول: مفهوم الحصانة التنفيذية
- 323 ..... البند الثاني: نسبة الحصانة التنفيذية
- 325 ..... البند الثالث: تطبيقات الدفع بالحصانة التنفيذية
- المطلب الثاني: المشاكل الناجمة عن التشكيك في أهلية الدولة على اللجوء إلى التحكيم
- 329 ..... الفرع الأول: حجة أن قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في عقود الاستثمار
- 330 ..... البند الأول: موقف المشرع الفرنسي
- 332 ..... البند الثاني: موقف المشرع المصري
- 332 ..... البند الثالث: موقف المشرع الجزائري
- 336 ..... البند الرابع: موقف القضاء
- 341 ..... الفرع الثاني : القانون الجديد بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيزه ..
- 344 ..... المطلب الثالث: التحكيم في عقود الاستثمار وإشكالية النظام العام
- 350 ..... المبحث الثاني: المشاكل العملية التي تعوق التحكيم
- 350 ..... المطلب الأول: المشاكل العملية ذات الصلة برداءة صياغة اتفاق التحكيم... الفرع الأول: شرط التحكيم المعتل: la clause d'arbitrage
- 352 ..... pathologique.
- 352 ..... البند الأول: مفهوم شرط التحكيم المعتل
- 353 ..... البند الثاني: حالات شرط التحكيم المعتل
- 354 ..... أولا: عيوب صياغة تتعلق بوجود اتفاق التحكيم
- ثانيا: عيوب صياغة تتعلق بالقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم
- 357 ..... ثالثا: عيوب صياغة تتعلق بالتحكيم المؤسسي
- 361

- 364 رابعا: عيوب تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم .....
- 366 خامسا: شرط التحكيم الأبيض: clause d'arbitrage blanche .....
- 368 الفرع الثاني: محاولات الحد من مشاكل صياغة اتفاق التحكيم.....
- 368 البند الأول: البحث عن الإرادة الحقيقية لطرفي النزاع .....
- 369 البند الثاني: التفسير الواسع لإرادة الطرفين:.....
- البند الثالث: البحث عن شرط التحكيم في عقود سابقة بين طرفي  
النزاع.....
- 369 النزاع.....
- 370 البند الرابع: التفسير الفعال لشرط التحكيم.....
- 373 المطلب الثاني: اختيار المحكمين .....
- 375 الفرع الأول: الصعوبات التي تعترض اختيار المحكمين .....
- 376 البند الأول: القانون النموذجي للتحكيم Uncitral .....
- 377 البند الثاني: القوانين الأوروبية.....
- 380 البند الثالث: القوانين العربية.....
- 381 البند الرابع: المعاهدات الدولية والإقليمية .....
- 384 الفرع الثاني: تقييم مسألة اختيار المحكمين .....
- البند الأول: مقارنة بين اختيار المحكمين عن طريق التحكيم الحر  
واختيارهم في التحكيم المؤسسي.....
- 384 واختيارهم في التحكيم المؤسسي.....
- 387 البند الثاني: بالنسبة لاختيار المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف..
- 389 المطلب الثالث: لغة التحكيم.....
- 389 الفرع الأول: تحديد لغة التحكيم.....
- 391 الفرع الثاني: موقف القوانين وقواعد مؤسسات التحكيم من اللغة.....
- 391 البند الأول: قانون التحكيم المصري .....
- 392 البند الثاني: قانون التحكيم السعودي .....
- 393 البند الثالث: القانون الجزائري للتحكيم .....
- 393 البند الرابع: نظام غرفة التجارة الدولية بباريس .....

394	البند الخامس: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.....
	البند السادس: قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية
394	والاستثمارية .....
395	الفرع الثالث: مشكلة لغة التحكيم.....
398	المطلب الرابع: ارتفاع مصاريف التحكيم .....
404	المطلب الخامس: ضعف الثقافة القانونية لممارسي التحكيم التجاري الدولي
405	الفرع الأول: كفاءة المحكم .....
409	الفرع الثاني : خبرة المحكم.....
412	الفرع الثالث: أثر الثقافة القانونية للمحكم على العملية التحكيمية.....
417	الخاتمة.....
426	قائمة المراجع.....
466	الفهرس.....



## ملخص:

بالرغم من المشاكل التي تواجه التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار، فإن الواقع العملي يدل على ازدياد اللجوء إليه في منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، حتى يمكن القول أنه أصبح الأصل، وأنّ اللجوء إلى القضاء الوطني هو الاستثناء. هذا ما يجعل الدول المصدرة لرؤوس الأموال تفضله كون محاسنه تفوق مساوئه.

## الكلمات المفتاحية

المستثمر الأجنبي - الدولة المضيفة - منازعات الاستثمار - التحكيم.

## Résumé :

L'arbitrage aujourd'hui confronte a des multiples tensions peut-il retrouver les vertus qui permettent aux investisseurs et aux états d'asseoir un droit d'arbitrage qui soit un véritable instrument de pacification de relations privées internationales.

A partir d'un diagnostic de l'existant des qualités mais aussi des problèmes auxquels ce mode de règlement des litiges devenu prépondérant, ce trouve confronté.

## Mots clés :

L'investisseur - l'état hôte - les différends d'investissement - l'arbitrage.

## Summary :

Arbitration today confronts multiple tensions can it find the virtues that allow investors and States d sit a law arbitration which is a genuine instrument of pacification of international private relations.

From a diagnosis of the existing qualities, but also the problems that this mode of settlement of disputes become predominant, is confronted.

## Key words:

Investor - the state of host - investment disputes - arbitration.