جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، الطور الثالثLMD

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الاستثمار

بعنوان

فض منازعات عقود الاستثمار الدولـــــــــية

بين القضاء والتحكيم

من إعداد الطالب
رضوان ربـــعية

تحت إشراف
الأستاذة الدكتورة: يسمينة لعجال

نوقشت وأجيزت علنا بتاريخ 2020/02/13

أمام اللجنة المكونة من السادة:

نصر الدين الأخضري	أستاذ التعليم العالي	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
يسمينة لعجال	أستاذ التعليم العالي	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
نور الدين زرقون	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا
أحمد خديجي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا
عمار زعبي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة حمة لخضر الوادي	مناقشا
رفيقة بسكري	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة حاج لخضر باتنة	مناقشا

الموسم الجامعي:2019– 2020

جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، الطور الثالثLMD

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الاستثمار

بعنوان

فض منازعات عقود الاستثمار الدولـــــــية
بين القضاء والتحكيم

من إعداد الطالب
رضوان ربـــعية

تحت إشراف
الأستاذة الدكتورة: يسمينة لعجال

نوقشت وأجيزت علنا بتاريخ 2020/02/13

أمام اللجنة المكونة من السادة

نصر الدين الأخضري	أستاذ التعليم العالي	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
يسمينة لعجال	أستاذ التعليم العالي	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
نور الدين زرقون	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا
أحمد خديجي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا
عمار زعبي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة حمة لخضر الوادي	مناقشا
رفيقة بسكري	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة حاج لخضر باتنة	مناقشا

الموسم الجامعي:2019– 2020

بسم الله الرحمن الرحيم

" ...وَسِعَ رَبّنَا كُلّ شَيْءٍ عِلْمًا عَلَى اللَّهِ تَوَكَّلْنَا
رَبّنَا اِفْتَحْ بَيْننا وَبَيْن قَوْمنَا بِالْحَقِّ"

(صدق الله العظيم)

(سورة الأعراف/ الأية رقم 89)

اهداء

إلى قبس أنار درب عمري فسرت بهديتي إلى مثلى فخري واعتزازي

إلى روح والدتي أحسن الله ثراها وأدخلها فسيح جنانه وحشرها مع الصديقين والشهداء وحسن أولئك رفيقا

إلى من زرعني بذرة ورعاني شجرة وعلمني فظلا وكفلني بعطفه دهرا
إلى الرجل العظيم الذي مازال همه حمل همي إلى من علمني معنى الرجولة أنها المضي في ضرب طلب العلم والتعلم
أبي العزيز أسأل الله أن يطيل عمره

إلى اللذين ليست بينهم فروق ودمائهم تسري في العروق ونورا يسطع كالشمس في الشروق إخوتي لا يكفيكم الحب والشوق

إلى زملائي وزميلاتي وكل من يعرفني

إلى كل من علمني حرفا وأمدني بخبايا المعرفة ...

إلى كل من أبدو استعدادا منقطع فلم يقّصروا عند الطلب وعند عدم الطلب ولو بالكلمة الطيبة

رضوان ربعية

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا يليق بمقامه وعظيم سلطانه وصلي اللهم على سيدنا محمد خاتم الأنبياء و المرسلين .

نشكر الله سبحانه وتعالى على فضله وتوفيقه لنا والقائل في محكم تنزيله

{{ لئن شكرتم لأزيدنكم }} (الآية 07 – سورة إبراهيم)

إن أول ما أتوجه به من كلمات الشكر والتقدير فهو إلى الأستاذة الدكتورة يسمينة لعجال التي تفضلت بالإشراف على هذه الرسالة ،و لما بدلته معي من عظيم الجهد والصبر طيلة إعداد ها، فقد وسعتني بحلمها وعلمها وأشهد أنها أسدت لي المعلومة برفق وانتقدتني فلم تقصني بل شملتني برعايتها ونصائحها وتواضعها فأثَرَت عقلي علما وهدت رشدي بصفاتها النبيلة بل كانت أما عطوفا حنونا بأبنائها من طلبة العلم فقد كان كل هذا دافعا حتى أبدل كل ما بوسعي لأكون عند حسن ظنها بي فجزاها الله عني خير الجزاء ونفع بعلمها طلبة العلم

كما تطيب نفسي شوقا لكي أتوجه ببعض من عبارات الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذا العمل وعلى نصائحهم وتوجيهاتهم التي أثرت البحث ثوبا قشيفا

كما أتوجه أخيرا بالشكر والتقدير إلى كل أساتذة جامعة قاصدي مرباح– كلية الحقوق وأخص بالذكر الدكتور" بوليفة عمران" ... على دعمهم ومساندتهم لي

وكذا العاملين بمكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي برباح ورقلة فلهم عظيم الشكر لما بذلوه معي طيلة سنوات إعداد هذه الرسالة من جهد وتعاون فلهم مني اصدق مشاعر الحب والتقدير وأتمنى من الله أن يجزيهم عني خير الجزاء .

الشكر إلى كل من ساهم في انجاز هذا العمل

رضوان ربعية

قائمة المختصرات :

أولا: باللغة العربية:

01	ص	الصفحة
02	د . ط	دون طبعة
03	د.س	دون سنة نشر
04	ج .ر.ج.ج	جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
05	ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
06	ق إ م ف	قانون الاجراءات المدنية الفرنسي
07	ق.م	قانون المدني

ثانيا: باللغة الأجنبية :

01	**ICC**	International Chamber of Commerce
02	ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
03	**CIRDI**	Centre international pour le règlement des déférents des relatives aux investissement
04	**UNICTRAL**	United Nations Commission on international Trade Law
05	P	Page
06	№	Numéro
07	Op.cit	Opus citatum. Une locution latine qui signifie:"Ouvrage précédemment cité"
08	I.B.I.D	الهامش السابق

مقدمة

مقـــــــــدمة

أبرز الواقع العملي اليوم تنافس كبير وواضح في مجال الإنماء الاقتصادي بين دول العالم، في عصر سادت فيه العولمة وهيمنت فيها التكنولوجيا الحديثة، و أصبح فيها الاقتصاد كأحد أكبر الأسلحة في ميزان القوى باعتباره الأساس والدعامة الحقيقية لحياة الشعوب بكل جوانبها، وعليه فإن من أسباب تذبذب تحقيق تنمية اقتصادية في العديد من دول العالم الثالث ومنها الجزائر، هو قلة خبراتها التقنية في استغلال ما لديها من موارد وإمكانات، كذا عدم توفر الأموال اللازمة مما حتم على الجزائر كغيرها من دول العالم النامي بالخصوص إلى اختيار الاستثمارات الأجنبية كقبلة لها، على نحو ما تحققه هذه الأخيرة من أثار ايجابية على القدرة الاقتصادية والصناعية والزراعية والسياحية كمتغير أساسي في تطور البلدان ونموها، أين يتم تمويلها بكل مقومات بناء اقتصاد متطور من خلال ما يقدمه المستثمر الأجنبي من رؤوس أموال وخبرات فنية وإدارية وتكنولوجية حديثة تهيئ لها الأجواء للانفتاح على الأسواق وزيادة صادراتها وإيجاد فرص عمل لمواطنيها، وما يوفره من علاقات اقتصادية وتجارية وحتى سياسية.

لأجل هذا الغرض تعمل الدول على إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية كعقود استغلال ثرواتها الطبيعية وعقود التكنولوجيا وعقد بناء المصانع وعقود الأشغال التي تستلزمها لبنيتها التحتية وعقود امتياز المرافق العامة وعقود المساعدة والاستشارات الفنية وهذا ما ينطبق عليه وصف عقد استثمار.

ومنطق الحال في استقطاب عقود الاستثمار في أي بلد هو تكوين مناخ استثماري مشجع وملائم تروج له الدول بكل السبل من أجل إقناع المستثمر الأجنبي بالاستثمار في دولها ، وعلى هامش هذا القول فإنه في إطار سياسة جذب الاستثمارات الأجنبية وتحسين الاقتصاد ركزت الجزائر جهودها من أجل تحسين مناخها الاستثماري بجملة من الإصلاحات ترجمتها التعديلات القانونية الأخيرة بداية من التعديل الدستوري الجديد رقم 01/16 في مادته 43 بإقرار ضمانة أساسية أن حرية الاستثمار تمارس في اطار القانون[1]، وتزامن ذلك مع إصدار قانون الاستثمار الجديد[2] رقم 09/16 الذي أبان فيه المشرع تعزيز بعض الضمانات الأساسية الممنوحة للمستثمر على الرغم من أنه مزال يحتاج إلى معالجة قانونية أكثر لدرء بعض القيود التي مازالت تعيق استقطاب الاستثمارات الأجنبية في الجزائر.

وعليه فإن الحديث عن تشكيل دعامة اقتصادية قوية وتكوين مناخ استثماري ملائم يتسم بالثقة المتبادلة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، لابد فيه من توافر ضمانات تعمل على أمن المستثمر وصون حقوقه كعامل محفز لتشارك في التنمية الاقتصادية واستقطاب رؤوس الأموال ومن بين أهم هذه الضمانات، نجد الضمانات القضائية التي يتم من خلالها التوفيق بين مصالح أطراف العلاقة الاستثمارية وتسوية النزاعات التي يمكن أن يقعا فيها، نتيجة لإخلال أحدهم بنطاق وحدود التزاماته وحقوقه. فالمؤكد أن المستثمر سواء كان وطنيا أو أجنبيا لا يفتح باب رأس ماله مقداما للاستثمار إلا في

---

[1]- قانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مرس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ، ج ر عدد 14.

[2]- قانون رقم 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتضمن القانون ترقية الاستثمار ج ر عدد 46

ظل توافر هذا المناخ، أي المناخ القانوني الآمن والمحفز الذي يحتوي على ضمانات تصون حقوقه وتضمن له تحقيق الأرباح، فهو لا يسعى إلى تحقيق عوائد انتهاءا بل الحفاظ على رأس ماله ابتداءا.

ولقد ازدادت مشاكل وتعقيدات العلاقة بين أطراف عقود الاستثمار، كنتيجة لزيادة أهمية هذه الأخيرة – عقود الاستثمار – التي تتميز بمسائلها التقنية والمعقدة ، ناهيك عن طبيعتها الخاصة و تعارض مصالح طرفيها بين ما تسعى تحقيقه الدولة المضيفة وبين ما يسعى المستثمر الأجنبي إنشاده، زد على ذلك أن عقود الاستثمار من عقود المدة التي غالبا ما تكون طويلة المدة أين يطرأ خلالها تغيرات في الظروف المحيطة بالعقد تكون سببا لحدوث نزاعات بين الطرفين ، وعليه فان القواعد الخاصة بالحماية الموضوعية التقليدية أصبحت غير كافية لطمأنة المستثمر الأجنبي بل تطلب لكفاية هذا الأمر وجود طرق أخرى يمكن اللجوء إليها للفصل في المنازعات الاستثمارية.

وكما هو معلوم أن الطريق العادي لفض المنازعات داخل الدولة يعود للقضاء الوطني تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها وكذا سلطة من سلطاتها فانه يعد المختص بفض المنازعات التي تثور في مجال المعاملات الاقتصادية بصفة عامة وعقود الاستثمار بصفة خاصة لكن على الرغم مما يوفره هذا الطريق (القضاء) من ضمانات تحقيق العدالة والمساواة إلا أن هذا الطريق يشوبه عيب البطء وطول الإجراءات وعدم الإلمام بالمسائل التقنية التي تتميز بها منازعات عقود الاستثمار هذا من جهة، ومن جهة أخرى لما قد يثار بشأنه الشك وعدم الطمأنينة والخوف في نفس المستثمر الأجنبي من التحيز وانحياز القاضي لإملاءات السلطة العامة (لمصلحة الدولة) وكونهم كذلك يخشون الصعوبات من نظم قضائية لا يعرفونها ويجهلون إجراءات التقاضي أمامها.

لهذه الأسباب ولغيرها وتلبية لإرادة المستثمر الأجنبي والتطورات الحديثة على المستوى الدولي، أدى هروب أطراف العلاقات ذات الطابع الدولي بوجه عام، وعقود الاستثمار بوجه خاص من القضاء الوطني في جل دول العالم ومنها الجزائر وتحبيذ وسيلة قضائية بديلة عن القضاء الرسمي لحل ما يثور بشان علاقاتهم من منازعات، ألا وهي التحكيم إلى الحد الذي أصبح معه من نافلة القول وصف هذا القضاء الخاص بأنه القضاء الطبيعي والذي يفضله المتعاملون في إطار العلاقات الدولية ولوجه مفضلين إياه على قضاء الدولة ، وقد اعترف بحق هذا الاتجاه جميع الأنظمة القانونية والاتفاقات الدولية، أين يقوم على اعتبارين أساسين هما:

إرادة الخصوم وإقرار الدولة لهذه الإرادة ، فالدولة لم تكن لتقر هذه الإرادة وتتنازل عن الاستئثار بسلطتها القضائية بصفة مطلقة إلا لأسباب طاغية واعتبارات ضرورية حدت بها في النهاية إلى تنظيم مسألة التحكيم.

لذا نلاحظ اليوم أنه لا يخلو عقد استثمار من شرط التحكيم كوسيلة لفض ما يثور بين الأطراف من نزاعات، وفي هذا الصدد يقول الفقيه جورجينو برينيني"حيثما يوجد استثمار يوجد تحكيم "، فالتحكيم

أصبح الأداة الطبيعية والأساسية التي تضمن للعاملين في المجال الدولي احترام حقوقهم ومصالحهم في حالة وقوع نزاع بين أطرافه.

إذن التحكيم يقرر وضعا استثنائيا والذي ينعى بحرمان وتحييد القضاء صاحب الولاية الأصلية في النظر في النزاع لما له من ضمانات أساسية للأفراد، يقصد من ورائه جلب وتسهيل الاستثمارات الأجنبية للدولة وبمعنى أدق كضمانة إجرائية لجلب الاستثمارات وتهيئة مناخ ملائم مستقطب لرؤوس الأموال الأجنبية، كما يتصف التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بالخصوصية التي تميزه عن التحكيم في المنازعات الأخرى ذلك لاختلاف نوعية المشاكل التي تقوم عليها هيئات التحكيم بالتصدي لها ومحور أساسها كون أحد أطرافها شخص عام يتمتع بالسيادة والذي يتعامل مع شخص خاص فذلك يجعل التحكيم والعملية التحكيمية تصبغ بالصفة الخاصة، كما أن عقد الاستثمار هو في حد ذاته عقد ذو طبيعة خاصة في كونه يحمل بعض الخصائص الأصولية للعقد الإداري في فقه القانون العام كما أنه ليس من عقود القانون الخاص وإنما يجمع بين خصائصه شروط جديدة دخيلة على عقود الدولة بصفة عامة ومنها شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي وما قد يستتبعه من وجود شرط القانون الواجب التطبيق على العقد خلافا للقانون الوطني .

والغني عن البيان أنه من المقرر أن تخضع عقود الاستثمار الوطنية التي يغيب فيها العنصر الأجنبي للقوانين والمحاكم الوطنية ولا يجوز اللجوء إلى المحاكم الأجنبية لفض النزاع أما إذا كان عقد الاستثمار يشتمل على طرف أجنبي فإنه يخضع لأحكام القانون الدولي الذي يسمح للأطراف اختيار المحاكم المختصة بنظر المنازعة وكذلك اختيار القانون الواجب التطبيق ، وان الصفة الدولية للعقد هي شرط الضروري لصحة اختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه ومن ثم لا يمكن الحديث عن القانون الواجب التطبيق إلا بعد التيقن أولا من أن العقد دولي وهذا النوع من العقود هو الذي يثير مشكلتي تنازع القوانين، لذا فقد حظي التحكيم بأهمية خاصة في المعاملات الدولية لتجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين.

لكن على الرغم ما يوفره التحكيم من أفضلية عن جل وسائل التسوية القضائية وغير القضائية، فإن هذه الوسيلة قد تنحرف عن حسن أداء وظيفتها في تحقيق العدالة المنشودة ودعم ثقة المتقاضين، إذا ما تغيرت إرادة الأطراف التي تؤسس لمنح الاختصاص للتحكيم، أو تضمنت عيب في صياغة ألفاظها أو عدم اكتمالها، أو إذا تضمنت مسائل تخرج عن ولايتها التي حددها التشريع، زد على ذلك أن هيئة التحكيم عند إصدارها لحكم التحكيم لا تملك سلطة الجبر المحتكرة من طرف قضاء الدولة، الأمر الذي يستلزم معه الطرف الذي صدر الحكم لصالحه الولوج في رحلة معاناة أخرى أكثر صعوبة اسمها رحلة تنفيذ الحكم والتي بدونها يصبح الحكم مجرد حبر لا قيمة له، إذا تعنت الطرف الآخر الامتثال له طواعية.

وعليه حتى يكتمل ضمان الدعوى التحكيمية وتحقيق فاعليته في حماية أطراف عقد الاستثمار وإرساء قواعد العدالة، لابد من درء كل العوائق والإشكالات التي تعيق استمرار إسناد الاختصاص للتحكيم، والذي لا يتأتى ذلك إلا بتدخل القضاء الرسمي لتسهيل مهمة التحكيم وتمكينها من أدائها على الوجه السليم. ولا شك أن الاجتهاد القضائي في مجال التحكيم لا يجب أن ينظر إليه بنظرة عدائية أو أنه تعدي على مبدأ استقلالية التحكيم أو خروج عن إرادة الأطراف، بل هو صميم وظيفته المتمثلة في إرساء قواعد العدالة .

إذن التحكيم صنع ثقة المحتكمين فيه من خلال فض النزاعات المثارة بين أطراف العلاقة الاستثمارية بمرونة وبزوغه كعدالة موضوعية، يعمل للحفاظ على العلاقات واستمرارها، في حين بقي القضاء الرسمي يعمل على تجاوز العوائق التي تعترض طريق التحكيم، غير القضاء الموضوعي، وتوفير الحماية القانونية للحق في جانبه الإجرائي، أي عدالة إجرائية كمسألة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية التي تتطلب الاستعجال أو توفير الأدلة، وغيرها وهو دور كبير في تعزيز فاعلية التحكيم في فض النزاعات، وعليه فلا قيمة للقواعد التي ترسي العدالة الموضوعية دون القواعد التي تكفل تحقيق عدالة إجرائية، وهو ما يتجلى لنا أن خصومة التحكيم ليست بمنأى عن ولاية القضاء وحتى يحقق التحكيم فاعليته لابد أن يقتضي تعاونه مع القضاء.

وهو ما أبرزته أهمية موضوعنا محل الدراسة، أين تجلت في ثلاث اعتبارات أساسية قانونية واقتصادية وعملية نوردها فيما يلي:

1/ اعتبار قانوني: التعرف على النظم والقواعد التي تحكم فض منازعات عقود الاستثمار، وواجب التبصر بحقيقة ومعنى أي عبارة واردة في صلب العقد، لأن الإشكال الذي يواجهه أطراف عقد الاستثمار بداية هو تعريفهم بحقوقهم والتزاماتهم، ثم إبراز حقيقة التحكيم كامتياز قضائي يلجأ إليه الأطراف المتخاصمين ثم الوقوف على حقيقة أكبر هي أن القضاء يستلهم تطهير شوائب التحكيم ليحقق فعاليته.

2/ اعتبار اقتصادي: يبرز من خلال أهمية عقود الاستثمار الدولية في تنمية الاقتصاد ، اذ تشكل أحد المتغيرات المؤثرة في تطور البلدان ونموها على نحو ما تحققه هذه العقود من أثار ايجابية على القدرة الاقتصادية والصناعية والزراعية والسياحية، وكذا الانفتاح على الأسواق وزيادة صادرات الدولة وإيجاد فرص عمل للمواطنين وما يوفره من علاقات اقتصادية وتجارية وسياسية.

3/ اعتبار عملي: التحسيس لفهم العلاقة بين القضاء والتحكيم والتشاركية في فض منازعات عقود الاستثمار والتوفيق بين مصالح الطرفين، وكذا التقليل من النزاعات.

ويرجع سبب اختيارنا لدراسة موضوع فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم مرتبطا بعدة عوامل ذاتية وموضوعية أهمها:

1- الارتباط الموجود بين موضوع الدراسة وطبيعة الاختصاص "قانون الاستثمار" فهو يمثل مجالا خصبا للبحث كما أنه يقع ضمن دائرة الميول والرغبة الشخصية.

2- تنامي الاهتمام أكثر بالتحكيم من قبل المجتمع الدولي في الآونة الأخيرة وإبراز مميزاته ومبرراته، إذ أصبح يشكل أحد أهم القضايا الحديثة فلا ينفك أي عقد من العقود التي تبرمها الدولة بغض النظر عن كونها عقود الاستثمار عن اقترانه ببند يتضمن اللجوء إلى التحكيم كبديل عن القضاء الوطني .

3- يشكل هذا الموضوع تدعيم وترقية الاستثمار في أي بلد، فهو مرتبط بنسبة كبيرة بموضوع تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية والتي شكلت حيزا كبيرا من السياسة الاقتصادية في الجزائر في الآونة الأخيرة

4- تكبد الجزائر الخسائر الكبيرة من جراء التحكيم خاصة عقود الاستثمار بمعدلات كبيرة وأرقام مخيفة [3] مما جعلها دافعا لي للبحث عن هذه الوسيلة وضوابطها وإجراءاتها وأسبابها وعلاقتها بالقضاء الوطني.

ونسعى من خلال دراسة هذا الموضوع إلى بلوغ الأهداف التالية:

1-إبراز العلاقة بين القضاء والتحكيم ببيان الدور الوظيفي المشترك الذي يسعى له كل من قضاء الوطني والتحكيم للوصول للعدالة المرجوة والتوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي من خلال تبين مساندة القضاء للتحكيم في جل فترات حياة التحكيم، والى إبراز حقيقة إقصاء قضاء الوطني للنظر في النزاع باعتباره صاحب الولاية الأصلية – ضمانة إجرائية بالأساس .

2- تحديد نطاق وحدود عزل القضاء الوطني فالمعلوم أن التحكيم لا يبعد الأطراف عن اللجوء إلى القضاء فهو حق مكتسب من الحقوق المتعلقة بالنظام العام المكفولة في جميع الدول.

3- تسليط الضوء على الدوافع والأسباب الحقيقة التي تؤدي الى قيام المنازعات بين أطراف عقود الاستثمار، وتحديد الآثار الناجمة عن خرق كل طرف لحدود التزاماته وحقوقه.

4-العمل على نشر ثقافة التعاون بين القضاء والتحكيم وهي صناعة حديثة تحتاج لزيادة التحسيس للتكامل في العمل بينهما و الانفتاح على محيط الخارجي والداخلي على حد سواء في ظل ما يسمى بعصر العولمة ، رغبة في إيجاد آليات فعالة تستجيب لخصائص العمل الاقتصادي من سرعة وثقة وائتمان حتى يصبح قادرا على إيجاد الحلول للمنازعات التي تهم مجال الاستثمار ومن ثمة يكون فاعلا في خلق مناخ سليم يسوده الثقة والاستقرار والاطمئنان ويشكل دافع للتنمية الاقتصادية.

5-الرغبة في تقييم العلاقة بين القضاء والتحكيم و مظاهر التشارك والتكامل بين الطرفين من أجل تسوية منازعات عقود الاستثمار وتفنيد أن هناك علاقة عدائية وتنافسية بين هذين النظامين القضائيين.

تكمن مشكلة بحثنا في تزاحم كل من القضاء والتحكيم في النهوض بنفس الوظيفة، فبالرغم من أن كل منهما يشكل نظاما قضائيا مستقلا، إلا أنهما يقفان موطأ تناظر في علاقة واقعية مرتبطة ومتجانسة

[3] - Ali Ben Mohamed, **Le nom de L'ALgérie de pLus en pLus cité, 20 cas litigieux**, journal de L'éco n°69 / du 1er au 15 juillet 2013.p 35-49

تشكل الإرادة فيها نقطة ارتكاز تعمل على الموائمة بين مقتضيات سيادة الدولة ومقتضيات التحرر الاقتصادي، أين تمنح الأولوية للقضاء في فض النزاعات المثارة، لكن الواقع يثبت أنه قاصر في تطبيق القواعد الموضوعية في تسوية منازعات عقود الاستثمار خاصة، الأمر الذي أحالها للتحكيم الذي يعد استثناء عنه لكن يبقى مرهون بفعالية مصدر اللجوء إليه أي اتفاق التحكيم هذا الأخير كذلك أثبت قصوره في عدم امتلاكه للقوة الجبرية المحتكرة من طرف القضاء، وهو ما يجعل من مسألة تدخل المشرع لتفسير الأدوار الوظيفية بينهما تكتنفها العديد من الصعوبات التي تتطلب ترسيخ ضوابط تحقق التوازن بين المتعاقدين، لتكريس عدالة آمنة تحترم فيها توقعاتهم الأمر الذي نطرح فيه إشكاليتنا :

كيف نظم المشرع توزيع الأدوار الوظيفية بين كل من القضاء والتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار وتمكين أطراف العلاقة الاستثمارية من حل عادل لمنازعاتهم ؟

لإشباع حاجيات بحثنا، وتحقيق النتيجة التي نهدف إليها اعتمدنا على المنهج المركب الذي يعتمد على عدة مناهج، فدراستنا تتطلب المنهجين الوصفي والتحليلي القائمين على استقراء المواد القانونية من خلال عرضها وتحليلها وتقويمها وترتيبها، وكذا على المنهج المقارن لأن هذه الدراسة لا تقتصر على تناوله في ظل نظام قانوني واحد بل تتطلب الإشارة إلى أنظمة قانونية وطنية مقارنة بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية.

وللاقتراب من إشكالية الدراسة ومحاولة الإجابة عنها ارتأينا تقسيمها وفقا خطة ثنائية ذات أساس تقني ابتدأت بمقدمة عامة شملت تبيان دعائم قوة الدول التي لا تكمن في ما تتوفر لديها من إمكانيات اقتصادية فقط بل واجب حرصها في تطبيق القوانين وقيمة عدالتها، مرورا بأهمية عقد الاستثمار في النهضة الاقتصادية لأي دولة، كما تم توضيح خصوصية هذه العقود، وما تقتضيه من نزاعات تقنية معقدة شكل فيها التحكيم منعرج أساسي يفضله الأطراف عن القضاء الوطني ومحاولة لفت الانتباه إلى العلاقة بين هذين النظامين وإبراز حقيقة تجاورهما ودورهما في تجسيد وظيفة القضاء العادلة من خلال الإشكالية الرئيسية.

شملت هذه الدراسة بابين حاولنا فيهما بقدر الإمكان خلق التوازن بين فصولها ومباحثها وتفريعاتها، أين تناولنا في **الباب الأول:** الدور الوظيفي للقضاء في تسوية منازعات عقود الاستثمار، من خلال إبراز الاختصاص المزدوج الذي يتميز به، أين يتقرر له اختصاص أصلي مبدئي تطبيقا لمبدأ السيادة الوطنية وهو اختصاص اختياري في يد المستثمر كامتياز وضمان لاستقطاب رؤوس الأموال، وهو ما أكده المشرع في توسيع الحماية القضائية في إمكانية الاتفاق على وسائل بديلة مقررة، في إمكانية اختيار التحكيم كوسيلة بديلة أملتها ضرورات وتطورات وأصبح القضاء الطبيعي في هذا الشأن لكن هذا مرهون ومشروط بشروط التزام الأطراف باكتمال ما اتفق عليه، وإلا عاد الاختصاص للقضاء **(الفصل الأول)**.

ولا يتوقف دور القضاء على هذا الاختصاص الذي قد يسلب منه، بل له اختصاص تكميلي عارض في وجود اتفاق التحكيمي، كمساند كون الواقع يثبت وقوع فروض اختلال الإرادة أو عدم اكتمالها أو في بعض المسائل التي تعجز أدوات التحكيم عن تأمينها، بالإضافة إلى دور مرفقي وقائي رقابي في تحقيق العدالة في رقابة الحكم التحكيمي و مقبولة تنفيذه والاعتراف به، بما يمتلكه القضاء من سلطة الجبر التي تفتقدها هيئة التحكيم نظرا لاحتكار سلطة الأمر التي لا يحوزها التحكيم**(الفصل الثاني)**.

أما **الباب الثاني** فخصصناه لإبراز الدور الوظيفي للتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار أين يتقرر اختصاصه وفق قاعدتين أساسيتان إقرار الدولة لها عن طريق التنظيم القانوني**(الفصل الاول)** والإرادة الحرة للأطراف **(الفصل الثاني)** .

لننهي بحثنا بخاتمة، كحوصلة لأهم النتائج المستخلصة والتوصيات التي توصلنا إليها ،آملين أن وُفّقنا في إعطاء هذه الدراسة حقها

الباب الاول

الدور الوظيفي المزدوج للقضاء بين الاختصاص الأصيل و التكميلي

الباب الأول:

الدور الوظيفي المزدوج للقضاء بين الاختصاص الأصيل والتكميلي

الغني عن البيان أن فض المنازعات بصفة عامة يعتبر من صميم اختصاصات المحاكم القضائية في الدولة أي" السلطة القضائية"، وذلك بصفتها صاحبة الاختصاص الأولي والأصلي في الفصل في المنازعات وتسويتها وفق الإجراءات القانونية السارية، وهذا الحق يستمد قوته من الأحكام والمبادئ الدستورية التي يتضمنها الدستور، وبموجب ذلك تحال جميع القضايا والمنازعات للمحاكم القضائية بدراجاتها المختلفة للفصل فيها بين مدعي ومدعى عليه ويكون الحكم قابلا للنفاذ بعد استنفاذ كل مراحل التقاضي ونهايات الاستئناف [1].

غير أن تسوية منازعات عقود الاستثمار الدولي بصفة خاصة، عن طريق القضاء الوطني تثير الكثير من النفور من قبل المستثمر الأجنبي، لشعوره بضعف مركزه القانوني في عدم استطاعته مجابهة دولة تهيمن على قضائها– زوال عنصر الثقة– كما يقر أن المشكلة ليست في التعريف بحقوقه والتزاماته وتحديد مداها بقدر ما هو البحث عن وسيلة مستقلة ومحايدة وعلى درجة عالية من التخصص، نظرا للمسائل الدقيقة المعقدة التي من الممكن أن تفرزها عقود الاستثمار، كذلك يتبين أن اللجوء للمحاكم القضائية والبحث عن العدالة في ردهاتها قد تشوبه بعض أو العديد من المعضلات التي تجعل اللجوء إليها نقمة وليست نعمة لدرجة نكران العدالة، نظرا للعديد من المثالب، في ضوء ذلك استقر الوضع لضرورة البحث عن بدائل مناسبة ومقبولة لتسوية المنازعات لحفظ الحقوق وفق أسس العدالة التي ينشدها ويتطلع لها الجميع .

ومن بين هذه البدائل المعترف بها لدى معظم الدول و التي درج الأطراف على اختيارها واللجوء إليها "قضاء التحكيم"، لما تشتمله هذه الآلية من مميزات أساسية كالسرعة والخبرة والسرية تحقق عدالة ناجزه يطمئن لها أطراف العلاقة الاستثمارية.

ومع هذا نجد أن المشرع في العديد من الدول مثل الجزائر لا يتضمن قانونها إقصاء صريح للقضاء الوطني في فض المنازعات الاقتصادية، مع أنه يستوعب جيدا نفور المستثمر الأجنبي منه، بل تقديمه كحل مبدئي وفي المقابل منح حق تسوية المنازعات بالطريقة التي يتفق عليها الأطراف .

لكن على الرغم من تفرد قضاء التحكيم وتمييزه على قضاء الدولة إلا أن المحكم ليس كالقاضي لا يملك سلطة توجيه أوامره وإجبار الخصوم أو غيرهم، بالإضافة أن الواقع يثبت وجود فروض تقع عملا تبين قصور الهيئة التحكيمية للقيام بوظيفتها عند غياب الإرادة أو تجاوزها أو عدم اكتمالها أو مسائل تخرج عن ولايتها، هنا يجعل القضاء ليس بعيد عن العملية التحكيمية ويفرض تدخله كلما دعت الضرورة لتحقيق

---

[1]– عبد القادر ورسمه غالب، المميزات العامة للتحكيم التجاري، **مجلة التحكيم والقانون الخليجي**، العدد 26 مارس، 2015، ص 44.

فاعلية التحكيم، وحماية الأطراف وهو دور وظيفي تكميلي، لا يعتبر تعدي على استقلالية التحكيم بقدر ما هو سهر على تكريس العدالة، وهو الحق الذي كفلته معظم التشريعات والاتفاقات الدولية.

وعليه في ضوء هذا التقديم سنقسم هذا الباب إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: الاختصاص الأصيل للقضاء لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية

الفصل الثاني: الاختصاص التكميلي للقضاء في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية: تحقيق متطلبات العدالة الإجرائية.

الفصل الأول:

الاختصاص الأصيل للقضاء لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية

تقر أغلبية التشريعات أصالة انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني لأي منازعة بضفة عامة أو لمنازعات المشروعات الاستثمارية الدولية بصفة خاصة لما في ذلك حماية للسيادة التي تمثل ما للدولة من سلطان تواجه به أي فرد داخل إقليمها وتواجه به الدول خارجه، وهو كذلك تعبير يمثل ترجمة في قلق الدول خاصة النامية عن سيادتها وحذرها من تغلل الأجنبي على اعتبار أن رأس المال يعد أداة من أدواة بسط النفوذ والاستغلال الذي عانت منه الكثير من الدول.

وبالتالي مبدئيا يعد القضاء الوطني للدولة المضيفة يحظى بالاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات عقود الاستثمار وفق ما تقرره التشريعات الوطنية والدولية، غير أن الدول بما تملكه من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد أو الهيئات القضائية بسلطة الفصل في بعض المنازعات في نطاق معين ومتى توفرت الشروط لذلك وهو ما يدخل في إطار الوسائل البديلة لحل النزاعات، الأمر الذي وُسّع من خلاله نطاق الحماية القضائية، بعدما كانت محصورة في قضاء الدولة الذي أثبت عجزه في مسايرة هذه المنازعات، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 24 من قانون الاستثمار الجديد 09/16[1].

باستقراء هذه المادة نجد أنها وضعت بناء متدرجا في منح أولوية الاختصاص بفض هذه النزاعات للقضاء الوطني كأصل، ووضعت لهذا الأصل استثناء وهو وجود اتفاق تحكيمي، هذا الأخير الذي يعد نظام قضائي اتفاقي يهدف إلى تقديم عدالة موضوعية ناجزه، توفر للأطراف حماية قضائية تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار الدولية، التي تتميز بتعقيداتها ومسائلها التقنية، وما يتضمنه من ضمانات لتحقيق توازنات في العلاقة التعاقدية الاستثمارية بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

[1]- ينظر: نص المادة 24 من **قانون رقم 16-09** المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق لـ03 أوت سنة 2016، **يتعلق بترقية الاستثمار**، ج.ر.ج عدد 46.

وعليه يعد التحكيم كضرورة حتمية للدولة المضيفة حتى تستقطب رؤوس الأموال – ضمانة أجرائية – لتغدية سياستها الداخلية، وضمان يصر المستثمر على وجوده، وهو ما جعله أبرز وسيلة لفض منازعات عقود الاستثمار " فحيثما يوجد استثمار يوجد تحكيم"[1].

وعليه وفي ضوء ما تقدم فقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: أولوية انعقاد الاختصاص للقضاء: حل تشريعي مبدئي

المبحث الثاني: سلب الاختصاص للتحكيم وفروض عودة الاختصاص للقضاء.

المبحث الأول:

أولوية انعقاد الاختصاص للقضاء: حل تشريعي مبدئي

ومما لا شك فيه أن وجود قضاء عادل ونزيه في الدولة المضيفة يعتبر من العوامل الأساسية التي تساعد على توفير مناخ وبيئة قانونية مشجعة على الاستثمار، وأن هذا الضمان مقرر لكل من أطراف العلاقة الاستثمارية على حد سواء و لأي نزاع يمكن أن يواجهه المشروع الاستثماري[2].

لكن الملاحظ و المسلم به أن هناك توجسا من القضاء على الرغم من أولويته إختصاصه بشأن التسوية القضائية لمنازعات عقود الاستثمار، وبأنها ليست أفضل الطرق لأنها لا تقدم الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي، كما أنها لا تستطيع أن تمارس دورها الطبيعي في هذا النوع من العقود الذي يتسم بالتعقيد، والتباين التقني والفني المتطلب للتخصص.

وليس في ذلك ما يعد انتقاصا لمرفق يعد الحارس الأول للحريات العامة وصمام الأمان للحقوق الأساسية، وركنا أساسيا في الحياة العامة بل لضرورات فنية واقتصادية ونقائص لا يمكن غض الطرف عنها[3].

والملاحظ أنه على الرغم من أن المشرع الجزائري قد وضع حد للتأويلات التي أثيرت في نص المادتين[4]41 و17 من التشريعين الملغيين، حول الاختصاص الإقليمي عندما نصت صراحة في المادة 24 من قانون الاستثمار الجديد أن المقصود بالقضاء، قضاء الدولة المضيفة "الجهات القضائية

---

[1]– قول د/ جورجينو برنيني مقتبس من مرجع: خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**، دار الثقافة،الأردن،الطبعة الاولى،سنة 2014 ص 4.

[2]– حسايني لامية، **مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، سنة 2017، ص 104.

[3]– محمود مصطفى يونس، **المرجع في قانون التحكيم المصري والمقارن**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 2016ص 19.

[4]– كانت المادة 41 من **مرسوم التشريعي 12/93** المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 **المتعلق بترقية الاستثمار** ج.ر.ج.عدد 64 **(الملغى)**، تنص على اختصاص ا"لمحاكم المختصة" وكذا نص المادة 17من **الأمر 03/01** المؤرخ في 20/أوت 2001 **المتعلق بترقية الاستثمار** ج.ر.ج عدد47 على " الجهات القضائية المختصة" الأمر الذي فتح التأويلات على أن المقصود بها المحاكم الوطنية وكذا الأجنبية .

الجزائرية المختصة إقليميا"، (مطلب الأول)، إلا أنه لم يحدد لنا الاختصاص النوعي لمثل هذه المنازعات- عقود الاستثمار الدولية- خاصة مع ضبابية الطبيعة القانونية لهذه العقود خاصة مع انتفاء ولا قضية تم سبق الفصل فيها أمام جهات القضائية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مبدأ اللجوء للقضاء الوطني : دعوة لإصلاح منظومة القضاء

نشير أنه يحق للدولة المضيفة أن تجبر الأطراف اللجوء إلى قضائها الوطني لحل منازعاتهم الاستثمارية في قانونها،إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك، وفي المقابل إذا رغب الأطراف اللجوء إلى قضائها فلا يحق لها أن تمنعهم من ذلك، وإلا عرضت نفسها للمسائلة الدولية لأنها في هذا الفرض تكون قد ارتكبت جريمة إنكار العدالة بموجب العرف الدولي الذي يلزمها بوجوب تأمين العدالة للجميع وفقا لاتفاقية لهاي الرابعة 1957 المادة (23/فقرة 03)[1].

وقد حدد المشرع الجزائري الاختصاص الإقليمي لفض منازعات عقود الاستثمار بصفة عامة ونعي بذلك الجهات القضائية التي ينفذ في دائرة اختصاصها الاستثمار، وفق الشروط العامة في القانون الإجراءات المدينة والإدارية وما تضمنته نص المادة 24 من قانون الجديد 09/16 (الفرع الأول) وليس قضاء دول المستثمر أو دولة محايدة (الفرع الثاني) ولا القضاء الدولي(الفرع الثالث)، مع وجود إمكانية اتفاق الأطراف عليهما.

الفرع الأول: اللجوء للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار

تجسدت أهمية وقيمة القضاء الوطني للدولة المضيفة، كوسيلة أولية في حسم النزاعات المتعلقة بالمعاملات الأجنبية بموجب "شرط كالفو"[2]، الذي كرس لفترة معتبرة من الزمن إناطة القضاء الوطني مهمة تسوية النزاعات الناجمة عن الاستثمار، بمعنى أن هذا الشرط يقضي بخضوع المشروعات الأجنبية للقوانين والمحاكم الداخلية في الدولة المضيفة بالإضافة إلى تنازل أصحاب هذه المشروعات عن الحق في طلب الحماية الدبلوماسية من دولها الأصلية[3]. ثم اعتنقته بعد ذلك العديد من التشريعات على تباين

---

[1]- رضية محمد حسن الرعيني، **إشكالات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في مجال الاستثمار في اليمن وبعد الدول العربية والأجنبية، دراسة قانونية ومقارنة**، رسالة لنيل شهادة الماجستير قسم قانون الرافعات جامعة القاهرة مصر سنة 2014، ص 39.

[2]- هو شرط تدرجه بعض الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب، إذ يتنازل المستثمر بمقتضى هذا الشرط عن حقه في الالتجاء إلى طلب الحماية الدبلوماسية من دولته في مواجهة الدولة المتعاقدة وقد تردد القضاء الدولي في مدى صحة هذا الشرط لكونه يتضمن تنازلا من المستثمر من حق دولته في حمايته أمام القضاء الدولي وهو مالا يمكله المستثمر على أساس أن هذه الحماية هي حق خاص للدولة التي يتبعها، للمزيد راجع : هشام علي صادق، **الحماية الدولية للمال الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية دون طبعة، سنة 2002، ص 100-102

[3]- قصوري رفيقة، **النضام القانوني للاستثمار في الدول النامية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، سنة 2011، ص 211.

شدتها(أولا) لكن التساؤل الذي يمكن أن نطرحه في هذا الخصوص ما هي مبررات هذا المبدأ؟ (ثانيا) وما هو سبب عزوف المستثمر عنه وما هي متطلبات إصلاحه ؟ (ثالثا).

أولا: موقف التشريع الجزائري والمقارن من مبدأ اللجوء إلى القضاء الوطني أغلب قوانين الاستثمار واتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار استوعبت جيدا نفور المستثمر من القضاء الوطني، فاتجهت نصوصها إلى المساواة بين إمكانية اللجوء إلى القضاء الوطني أو إلى قضاء التحكيم أو أي وسيلة أخرى لحسم النزاع، ومع ذلك لم تتضمن إقصاء صريح للقضاء الوطني، بل أعطته الأولوية في الاختصاص، مع الأحقية في تسوية المنازعات للطريقة التي يتفق عليها الأطراف، في هذا السياق سنبين موقف المشرع الجزائري (1) ثم التشريع المقارن (2).

1- **موقف المشرع الجزائري** : نجد موقف المشرع الجزائري في العديد من التشريعات والاتفاقيات، ولعل نص المادة 24 من قانون 09/16 أبانت ذلك بوضوح أين أقرت " 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 متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"[1].

والمؤكد في نص هذه المادة أن الأصل والأساس الأول في تسوية نزاعات الاستثمار يعود إلى القضاء الوطني مالم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الجزائر أو اتفاق خاص مع المستثمر يقضي بوسيلة أخرى، فضلا على شرط إثبات استنفاذ إجراءات التسوية الودية إذا اتفق عليها كذلك.

وسبق الإشارة أن المشرع قد رفع اللبس الذي كانت تعتريه هذه المادة قبل تعديل في نص المادة 41 من المرسوم التشريعي 12/93 وكذا نص المادة 17 من الأمر 03/01 المتعلق بالاستثمار[2](القديمين الملغيين) بموجب قانون 09/16 الحالي، وبين بشكل واضح أن المقصود بمصطلح الجهات القضائية هي " الجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا "، وهو ما أصبح يتماشى مع القاعدة العامة في الاختصاص القضائي المنصوص عليها في نص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه "

---

[1]-ينظر: المادة 24 من **قانون 09/16** المتعلق بقانون ترقية الاستثمار، **المرجع السابق**

[2]- ينظر: المادة 17 من **الأمر 03/01** الملغى فقد اكتفى المشرع في سياق المادة ان الخلافات التي تحدث بين المستثمر والدولة الجزائري " إلى الجهات القضائية المختصة" وما يعاب على الصياغة الواردة على الرغم أنه يفهم منها الوطنية إلا أنها جعلها في مصدر تأويلات لدى البعض فيما إذا كانت تؤول إلى المحاكم الجزائرية أو المحاكم الأجنبية، ولو أن نص المادة الجديد عالج هذه المسالة وحددها بدقة إلا أن المادة تحتاج إلى إعادة صياغة من ناحيتين أولاها أن يوسع نطاق النزاع فيها إلى المنازعات اللاإرادية كالقوة القاهرة والظروف الطارئة، ومن الناحية الأخرى أن يفصل بين المصالحة والتحكيم بحرف التخيير "**أو** " وأن لا يضعها في كفة واحدة لأن لكل وسيلة إجراء خاص بها .

يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.
كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائرين".

كما أكدت الجزائر تكريسا لترقية وحماية الاستثمار إلى إمكانية خضوع نزاعات الاستثمارات للمحاكم الوطنية في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطرف ونذكر منها:

- اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى[1]، والتي نصت في فقرتها 03 على أنه " تعترف بأنه اذا كانت هذه المنازعات يجب كقاعدة عامة أن تطرح على القضاء الداخلي لأن الالتجاء إلى طريق التسوية الدولية في شأن هذه المنازعات يمكن أن لا يكون مناسبا في بعض الأحيان " [2].
- اتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية[3]، بموجب نص المادة 31 من الاتفاقية" للمستثمر العربي أن يلجأ إلى القضاء الدولة التي يقع فيها وذلك في الأمور التي تدخل اختصاص المحكمة على أنه إذا رفع المستثمر الدعوى أمام أحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى" .
- اتفاقية التشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي[4]، نصت في فصلها الخامس على الضمانات القضائية وتسوية النزاعات فأقرت في نص المادة 19 و 20 على بعض الحلول للنزاعات التي تثور بين دولة من دول الاتحاد والمستثمر على أنه " تقبل الأطراف المتعاقدة عرض كل نزاع له صبغة قانونية ينشأ بين أحدهم ومستثمر أحد الأطراف الأخرى بخصوص استثمار مقام في بلاده على الهيئة القضائية لدول اتحاد المغرب العربي أو محكمة الاستثمار العربية في الدول العربية أو هيئات التوفيق والتحكيم الدولية المتخصصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار وذلك طبقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بها والمصادقة عليها من قبل الأطراف المتعاقدة الأطراف في النزاع".

---

[1]- ينظر: **المرسوم الرئاسي رقم 95/346** المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ج ر عدد 66 **المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و ورعايا الدول الأخرى** .

[2] - UNCTQD/EDM/MISC.232/ADD.1.COUURSE ON DISPUTE SETTLEMENT .2.2 APPLIDABLE LAW . UNITED NATIONS.NEW YOURK AND GENEVA. 2003.P 10.
مؤتمر منشور على الموقع التالي لمن أراد الاطلاع عليها : http://unctad.org/en/Pages/DITC/DisputeSettlement

[3]- ينظر : **المرسوم الرئاسي رقم 306/95** مؤرخ في 07 أكتوبر 1995 **الذي يتضمن المصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية**، ج ر عدد 59.

[4]-صادقت الجزائر بموجب **المرسوم الرئاسي رقم 90-420** المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990 على **الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر** بتاريخ 23 يوليو سنة 1990.ج ر عدد 06.

- الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر وايطاليا[1]، التي نصت مادتها 08/ف 2 على أنه " إذا لم يسوى الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع إلى جهات التقاضي المختصة في الدولة التي يتم الاستثمار على إقليمها"

- الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وفرنسا[2]، في نص المادة 8 على أنه إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى 06 أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع فانه يمكن أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة إما إلى الهيئات القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع ..."

2- **موقف التشريعات المقارنة:** على نفس النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري أخذ به المشرع المصري وهو عدم إقصائه للقضاء الوطني وإنزاله منزلة متساوية على تسبيق ترتيبه مع التحكيم، تقررها إرادة الأطراف في فصله لنزاعات المتعلقة بالاستثمار في نص المادة 08 من القانون رقم 18 لسنة 2015 المعدل للقانون رقم 07 لسنة 1997 المتعلق بالاستثمار[3] على أن تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار تخضع وفقا للطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو وفقا لقانون التحكيم المصري .الذي يحيل إلى إمكانية حله باللجوء إلى القضاء الوطني .

بيد أنه في هذا الصدد نشير أنه هناك من تشدد في إعتبار أن القضاء الوطني الداخلي هو الجهة الوحيدة التي تستطيع الشركات الأجنبية المستثمرة الرجوع إليها ومن هذه القوانين [4]، قانون الاستثمار الكويتي رقم 08 لسنة 2001 فقد نص في مادته 16 من الفصل السادس منه على أنه " تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أيا كان و كذلك قانون البترول البرتغالي لعام 1930 المادة 30، وكذا القانون الاسباني لعام 1957 وغيرها.

---

[1]- ينظر: **المرسوم الرئاسي رقم 91- 346** المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1991 ج ر عدد 46 **التي تضمنت الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة إيطاليا** الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي 1991.

[2]- ينظر: **المرسوم الرئاسي رقم 94-01** المؤرخ في 02 جانفي 1994 ج ر عد 02، **التي تضمنت الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة فرنسا حول التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما** والموقعة في الجزائر في 13 فيفري 1993

[3]- ينظر: المادة 08 **قانون الاستثمار المصري رقم 17** المؤرخ في 12 مارس 2015 جريدة الرسمية العدد 11.

[4]- غسان علي علي، **الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 2004،ص 211.

ولم يقتصر الأمر على الأنظمة القانونية الداخلية فهناك بعض الصيغ الدولية ذات الطابع الإقليمي أو التخصصي والاتفاقات التي أكدت على اختصاص القضاء الوطني بالفصل في المنازعات الناجمة على الاستثمارات الأجنبية[1] ونذكر منها:

- قرار رقم 29/3281 الصادر في الدورة 29 من الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول الأعضاء والذي منحت بمقتضاه اختصاصا واسعا لمحاكم الدولة المضيفة في كل ما يتعلق بمنازعات الاستثمار اذ نصت المادة (2/ف2) من الميثاق على أنه " عندما تثير مسألة التعويض خلافا يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني وعن طريق محاكمها مالم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على إتباع وسائل أخرى سلمية لحل هذه المنازعات تقوم على أساس المساواة في السيادة بين الدول وفقا لمبدأ الاختيار الحر للوسائل" .
- الاتفاقية الثنائية الموقعة بين دولة فرنسا ودولة الأرجنتين حيث نصت المادة 8/ ف2 منها على الأتي " بمجرد اختيار المستثمر أن يخضع نزاعه إلى قضاء الطرف الأخر المتعاقد أو إلى التحكيم الدولي فإن اختياره يكون نهائيا"، فااللجوء إلى للقضاء الوطني يفقد المستثمر حقه في عرض نزاعه على التحكيم و يطبق فقط في إذا ما كان النزاع الذي تم عرضه على القضاء الوطني هو نفس النزاع وبنفس الأسباب والأطراف[2].
- كما يجب التنويه في هذا الخصوص الجدل الذي وقع في قضية بين مستثمر فرنسي ودولة الأرجنتين، أن الأطراف اتفقوا في العقد الاستثماري على بند اللجوء إلى للقضاء الوطني بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد، لكن عند وقوع النزاع هرع المستثمر للاستشهاد بالاتفاقية الدولية التي تؤمن له حق اللجوء إلى التحكيم الدولي ورفع دعواه إلى تحكيم مركز الأكسيد بدلا من المحاكم الوطنية الأرجنتينية وفقا لأحكام الاتفاقية الثنائية المبرمة بين فرنسا والأرجنتين وقد ميزت محكمة التحكيم بين المطالبات المؤسسة على عقد الامتياز المبرم بين الطرفين والمطالبات المؤسسة على الاتفاقية الدولية وذهبت إلى أن بند اختصاص محاكم الدولة الوارد في عقد الامتياز لا يؤثر على حق المدعي الفرنسي

---

[1]- غسان علي علي، **المرجع السابق**، ص 212 و213.

[2]- مثال ذلك النزاع الذي حدث في القضية **GMD V RGENTINA** حيث ادعت دولة الأرجنتين أن المستثمر الأجنبي استنفذ حق الخيار بين التحكيم والقضاء وفقا لأحكام الاتفاقية الموقعة بين دولة الأرجنتين والولايات المتحدة الأمريكية وذلك عندما قامت الشركة الوطنية التي تدعى **TGM** التي يشارك بها مستثمر وطني باستئناف قرار قضائي صادر من المحكمة الفدرالية العليا وقد رفضت المحكمة هذا الإدعاء وأشارت إلى أن الاستئناف قد رفع من شركة وطنية أكثر منها أجنبية وأن الخيارات التي أخذتها الشركة كانت دفاع وليس طلبات جديدة أمام القضاء الوطني كان مختلفا تماما عن موضوع الدعوى المرفوعة أمام مركز التحكيم الأكسيد فمطالبات شركة **TGM** كان موضوعها التزامات عقدية ناشئة عن اتفاقية ثنائية أي أن موضوع الدعويين مختلف تماما وأكد المركز الأكسيد في قرارات عديدة على التفرقة بين المطالبات العقدية والمطالبات المتعلقة بالالتزامات والحقوق الناشئة عن تطبيق اتفاقية لمزيد من تفاصيل القضية راجع:

Rudolf Dolzer and Christoph schreur , **principale of international investment law**, Oxford University Press, Oxford, 2008 page 217.

في اللجوء للتحكيم وفقا لأحكام الاتفاقية الثنائية[1]. بمعنى يجب ألا يتعارض القانون الداخلي أو العقد المبرم مع اتفاقيات الدولية، لأسبقية هذه الأخيرة، لأنه لا يعد ممارسة لحقه النهائي أو اختيارا نهائي .

- كما أوصت منظمة الدول المصدّرة للبترول (اوبك) في مؤتمرها السادس عشر الذي عقد في فيينا في يونيو عام 1968 الدول الأعضاء مرارا بالتنازل نهائيا عن التحكيم والاستعاضة عنه بحل وطني فقد أوضح قرارها رقم (16/90) أنه في ماعدا الحالات التي تنص القوانين الوطنية الدول الأعضاء على خلاف ذلك فإن جميع المنازعات التي تنشأ بين الحكومة والمشروعات الأجنبية يجب أن تخضع لقضاء المحاكم الوطنية المختصة أو المحاكم الإقليمية المختصة إذا كانت موجودة أو متى وجدت.[2]

- كما اشترط في بعض العقود اللجوء إلى المحاكم الوطنية كضرورة، قبل الانتقال لوسيلة أخرى من وسائل تسوية منازعات، معناه وجوب استنفاذ الطرق القضائية الوطنية في الدولة المضيفة للاستثمار وهو ما نصت عليه المادة 26 من اتفاقية الأكسيد(اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار 1965) أن الدولة يمكن أن تشترط ضرورة استنفاذ الحلول الوطنية كشرط لقبول التحكيم ولكن في الواقع العملي هذه الإمكانية من الصعب استعمالها.

وقد وضعت قضية waste management شرط ضرورة استنفاد الطرق الوطنية لتسوية النزاع كالأتي " في هذا السياق أن مفهوم ضرورة استنفاذ الطرق الوطنية لتسوية النزاع الاستثماري على المستوى الموضوعي ليس مجرد مطلب إجرائي في المطالبة الدولية، وإنما هو مطلب يتصل بموضوع النزاع "، وفي نفس الإتجاه حكمت به المحكمة في قضية generation ukrain v ukrain بأن الإخفاق في طلب التعويض من الجهات المختصة ينتقص أو يضعف المطالبة الدولية لضرروة استنفاذ الحلول الوطنية"[3].

يتبن أن العديد من الدول مازلت تقر أو تقبل بأن يخضع النزاع المحتمل في عقود الاستثمار إلى قضائها الداخلي احتراما لسيادتها فهو الأصل، إلا أن لجوء المستثمر إلى هذه المحاكم لا يخلو من الصعوبات سواء كانت موجودة بالفعل، أم أنه لا يثق بقدرة القضاء على إنصافه الأمر الذي جعلها غير فعالة بالنسبة إليه فيفضل اللجوء إلى التحكيم الدولي، فالمفاضلة بين التحكيم والقضاء الخاضع للدولة المضيفة للاستثمار في رأيي تحكمه علاقات القوة الاقتصادية في العلاقات القانونية الدولية.

ثانيا: مبررات مبدأ أولوية انعقاد الاختصاص لقضاء الدولة المضيفة الغني عن البيان أن جل التشريعات ومنها الجزائر أقرت أولوية انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني، بمعنى أسبقيته في الترتيب

---

[1]- هند محمد مصطفى مصطفى، **وسائل تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي**، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق قسم القانون التجاري، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2015،ص 110 .

[2]- غسان علي علي، **المرجع السابق**، ص 212-213.

[3] - Rudolf Dolzer and Christoph schreur **, op.cit** ,p 326.

على أي وسيلة قضائية أخرى قبل أن تفتح الاستثناء على هذه المبدأ إلى إمكانية اتفاق الأطراف على اختيار التحكيم أو أي وسيلة لحل نزاعاتهم، ولعل مبررات هذا التسبيق، حماية للسيادة التي تمثل ما للدولة من سلطان تواجه به أي شخص داخل إقليمها كما تواجه به الدول خارجه، كذلك اعتباره حق من الحقوق الدستورية التي تعتبر من النظام العام الذي لا يمنع فيه أحد من التقدم له، بمعنى حق اللجوء الى القضاء الوطني هو حق عام لا يمكن التنازل عنه ولا الحد منه.

1- مبدأ السيادة الوطنية: يعتبر هذا المبدأ العنصر الأساسي المكون والمميز للدولة عن غيرها من الكيانات، بل ركنا أساسيا لنظام العلاقات الدولية، وهو سبيل يبحث بشكل مباشر للحيلولة دون الوقوع في حل النزاعات بالقوة، من خلال الالتزام باحترام ما تقتضيه سيادة كل دولة على أراضيها وهو ما يشكل صدا لأي دولة للقيام بإجراءات قضائية تزاحم بها دولة أخرى لأعمال تقوم بها أجهزتها الرسمية أو يقوم بها مواطنوها لأن ولاية القضاء الوطني محدود بالحدود الإقليمية للدولة .

والمقصود من كل هذا أن الدولة لا تخضع في علاقتها الخارجية لسلطة أخرى وهي السيادة الخارجية وثانيهما أن الدولة هي السلطة العليا في ما يجري من علاقات داخلها وهذه هي السيادة الداخلية، وعليه حتى تكتسب أي دولة سيادتها التامة الغير منقوصة يجب أن يتوفر لها الاستقلال الخارجي والسلطان الداخلي[1].

فالسيادة واحدة لا تقبل التجزئة ولا تقبل التصرف فيها ولا تخضع للتقادم المكسب أو المسقط[2]، من خلال هذا التعريف يتبين لنا أوصافها:

- السيادة واحدة في الدولة: معناه أنه لا توجد في الدولة الواحدة أكثر من سلطة واحدة تمارس سيادة الدولة، فالدول حتى المركبة منها لا يستساغ أن تكون السيادة فيها موزعة بين إدارة محلية وإدارة مركزية [3].
- عدم قابلية سيادة الدولة للتجزئة: يعني ذلك أنه مهما يكن التنظيم الدستوري والإداري والقضائي لهذه الدولة فلا مجال لغير سلطة عليا واحدة، بغض النظر عن كون هذه الدولة موحدة أو اتحادية أو لا مركزية أو مركزية الإدارة فإنها على كل حالة ذات سيادة موحدة، والبعض أثار موضوع تجزئة سيادة الدولة بعد نشأة المنظمات الدولية وإعطائها بعض الصلاحيات لاتخاذ قرارات في بعض المسائل التي تدخل في نطاق السيادة والسلطان الداخلي للدولة، غير أن غالبية الفقهاء ذهبوا إلى أن السيادة لا تتجزأ، وتأسيسهم في هذا أن السيادة متلازمة مع شخصية الدولة وأن الأمر مجرد توزيع

---

[1]- سلمان عبد المجيد، **النظرية العامة للقواعد الدولية الأمرة في النظام القانوني الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة دون سنة نشر، ص 20.

[2]- النظرية التقليدية التي قامت على أساس تحديد دستور الثورة الفرنسية الصادر في 1791/09/3، نقلا عن: سعيد عزيزة هارون محمد، سيادة الدول، **مجلة العدل**، العراق، مجلد 20 عدد 52، لسنة 2018،ص 162.

[3]- وداد مهدي هادي الأسدي، السيادة الوطنية والوسائل السلمية لتسوية المنازعات، **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسة**، العراق العدد20 سنة 2014، ص 255.

اختصاصات تمارس تطبيقا للسيادة، حيث تعاقدت الدول على منح المنظمة الدولية اختصاصات لكي تقوم هذه الأخيرة بالوظائف المناطة بها وأن الدول الأعضاء لا تتنازل البت عن سيادتها لتلك الأجهزة [1].

- السيادة لا تقبل التصرف فيها :(شاملة وغير قابلة للتنازل) بمعنى أنها تنسحب لجميع مكونات الدولة بحيث تسيطر على الإقليم وعلى جميع المواطنين داخل الدولة، وكذا المقيمين على أرضها ولو كانوا أجانب استثناء المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية، فإذا لم تمارس السيادة في جميع عناصر الدولة وسلطاتها فإن الدولة تكون ناقصة السيادة، وهو نفس الأمر إذا تنازلت الدولة لدولة أخرى بأن تمارس حقوق السيادة على جزء من إقليمها أو شعبها أو قبلت بتطبيق قوانين تلك الدولة على إقليمها فنكون أمام دول ناقصة السيادة[2].
- السيادة غير قابلة للتقادم المكسب أو المسقط: بمعنى أنها مجردة من أشخاص الحكم الذين يمارسون السلطة في الدولة ولا تنتهي بتركهم للسلطة أو سقوطهم، فالسيادة لا تتعلق بالأشخاص، ولا تكتسب بمرور الزمان ولا تسقط بالمدة الطويلة[3].

وعليه احتكار الاختصاصات على مستوى ممارسة السلطة القضائية يعني انفراد الدولة بالعمل القضائي فوق إقليمها وعدم جواز الرضوخ إلى أي سلطان أخر عدى القانون ومن باب أحرى عدم السماح بوجود قضاء أجنبي داخل الدولة وبأن يفرض عليها قضاء أجنبي خارجها.

وعلى الرغم من أن هذا المبدأ تعرض في العصر الحديث لانتقادات جوهرية، على إعتبار أنه أسيء استخدامه لتبرير الاستبداد الداخلي والفوضى الدولية، وإلى إعاقة عمل المنظمات الدولية وتسلط الدول القوية على الدول الضعيفة، اتجه مفهوم السيادة في الوقت الحاضر نحو منحى جديد نظرا لتحولات النظام الدولي في الميادين الاقتصادية والسياسية والعسكرية، إلى تأكل هذا المبدأ وتقلصه وجعله غير مطلق، من خلال وضع العديد من الاتفاقيات الشارعة لأحكام واجب احترامها من طرف جميع الدول [4].

2- مبدأ حق اللجوء إلى القضاء: يعتبر الحق في التقاضي من الحريات والحقوق العامة، فهو يثبت للكافة وبغض النظر عن السن والجنس والأصل الاجتماعي والمركز القانوني والاقتصادي والسياسي فالحق في التقاضي حق عام متاح ومباح للأشخاص كافة، تتكافأ فيهم مراكزهم القانونية في سعيهم للمطالبة بحقوقهم ومراكزهم أو للدفاع عنها، لذا فلا يجوز تقييده بأي قيد إلا في الحدود التي رسمها

---

[1]- وداد مهدي هادي الأسدي، **المرجع السابق**، ص 256.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 256-257

[3]- سعيدة عزيزة هارون محمد، سيادة الدول، **مجلة العدل**، االسودان، مجلد رقم 20 عدد 52، سنة 2018،ص 163.

[4]- أحلام نواري، تراجع السيادة الوطنية في ظل التحولات الدولية، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 4 جانفي 2011، ص 25 ومابعدها.

القانون ولا يجوز مصادرة الحق في التقاضي ولا التنازل عنه ولا يجوز قصره على فرد دون الأخر، ولا ينقضي بالتقادم أو بأي سبب من أسباب الانقضاء[1].

من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن حق التقاضي من الحقوق المميزة التي تتمتع بالعديد من الخصائص، لكن قبل هذا فإن المبدأ العام في القانون أنه لا يمكن إقرار أي حق من الحقوق الموضوعية أو الشخصية إلا من خلال تكريسه قانونيا لذا سنوضح التكريس القانوني للحق في التقاضي في النصوص الدولية والوطنية .

أ-الحق في اللجوء إلى القضاء في النصوص الدولية والوطنية: تم الاعتراف بالحق في اللجوء إلى القضاء، على مستوى الدولي من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر الأول 1947 في مادته الثامنة " لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"، ثم من خلال الإعلان العالمي لحقوق المدنية والسياسية الصادر في 19 ديسمبر 1966 في مادته 14 فقرة 1" الناس جميعا سواسية أمام القضاء"، ثم من خلال الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في مادتها 6 فقرة 1، وأخير ميثاق العربي لحقوق الإنسان المعتمد من قبل مؤتمر القمة العربية المنعقدة في تونس في 23 ماي 2004 في مادتها 12" جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء وتضمن الدول الأطراف استقلال القضاء وحماية القضاة من أي تدخل أو ضغوط أو تهديدات كما تضمن حق التقاضي بدرجاته لكل شخص خاضع لولايتها"[2]

أما على المستوى الوطني فنجد معظم الدساتير الوطنية نص على الحق في اللجوء للقضاء مثلما الحال بالنسبة للدستور الجزائري في مادته 158 " أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء، وهو متناول الجميع ويجسده احترام القانون"[3]. وهو مكرس كذلك في أغلب دساتير دول العالم كالدستور المصري مثلا [4].

ب-خصائص حق التقاضي: يتضح من خلال ما سبق أن لحق التقاضي خصائص نوردها في ما يلي[5]:

---

[1]- محمد فايز محمد حسين، سيادة القانون والحق في التقاضي والمساعدة القضائية، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية**، بكلية الحقوق، الإسكندرية، **عدد خاص بالمؤتمر السنوي الدولي الخامس للكلية العدالة بين الواقع والمأمول**، ديسمبر سنة 2012، ص 1252.

[2]- عامر زعير محسيسن، كمال جواد كاظم، حيدر عرس عفن، الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري، **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية**، العراق، العدد27، سنة 2016، ص 228.

[3]- المادة 158 من **قانون رقم 01/16** المؤرخ في 06 مارس 2016 **يتضمن التعديل الدستوري** ج.ر عدد 14 الصادرة في 2016/03/07.

[4]- ينظر المادة 97، من **الدستور المصري المعدل** المؤرخ في 18 يناير 2014، العدد 3 مكرر (أ) .

[5]- فودة محمد سعد إبراهيم، الحماية الدستورية لحق التقاضي، دراسة مقارنة، **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية**، جامعة المنصورة مصر، عدد57، سنة 2015،ص 171 ومابعدها.

1)- موضوع مشترك بين فروع القانون المختلفة: فقد شكل موضوع دراستي القانونية في القانون الخاص على اعتبار أن أطراف العلاقة الاستثمارية الدولية، سواء الدولة أو أحد أجهزتها أو المستثمر الأجنبي لهم الحق في اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة وأنه شكل أحد أهم المبررات التي تجعل الدول تسبّق قضاءها الوطني في الفصل في النزاعات المحتمل وقوعها مع طرف الأخر في كونه حق مكفول في اختياره، كما لاحظنا أنه يشكل جزءا بارزا في مواضيع بعض فروع القانون العام فقد اهتمت قواعد القانون الدولي العام بتقريره وحمايته كحق إنساني.

2)- حق التقاضي من الحقوق العامة المتعلقة بالنظام العام: ويترتب على هذا أنه حق لا يجوز التنازل عنه أوالتصرف فيه، كما لا ينقضي بالتقادم أو بأي سبب من أسباب الانقضاء، كما أن هذا الحق لا يقتصر على تقرير الدولة لحق الشخص في اللجوء إلى القضاء دون الأخر كما يقتضي معه توفر كل مقومات الحصول على الحق ومقتضيات كفالة الحق من مساواة وعدالة، ومبادئ التقاضي إلى غاية تنفيذه و الحصول على الحق.

3)- حق التقاضي مقيد بعدم التعسف في إستعماله: فحق الشخص في الالتجاء إلى القضاء حق كفله القانون، نظرا للأهداف الاجتماعية والاقتصادية المبتغاة منه، وعليه لا يمكن لدولة مثلا إجبار الطرف الأخر على التقاضي في محاكمها الداخلية في ظل وجود اتفاق تحكيم بحجة حق التقاضي قصد فسخ الاتفاق والإضرار بالطرف الأخر .

4)- حق التقاضي مرتبط بممارسة وسيلة اقتضائه: أن حق الأفراد في اللجوء الى قضاء الدولة يعتبر مكونا أساسيا من مكونات سيادة القانون فيها ومحور نظامها وأساس مشروعيتها وقوتها، لكن تجدر الإشارة أن هذا الحق لا يرتب أدنى مسؤولية على الشخص في عدم استعماله، ولا يلزم القاضي بمباشرته دون طلب، فالقاضي لايمكنه حماية مصالح الأفراد من تلقاء نفسه بل لابد من المطالبة القضائية[1]، عن طريق دعوى قضائية فإذا امتنع أصحاب الشأن من استعمال تلك الوسيلة فقد حرم من أصل الحق نفسه والأصل أن السلطة القضائية تظل في مكانها الذي حدده لها القانون، إلى أن تعرض عليها هذه الخصومة في صورة دعوة قضائية ولا يمكن أن يتم ذلك إلا عن طريق هذه الوسيلة[2].

ثالثا: مثالب الإعراض عن القضاء الوطني ومتطلبات إصلاحه: يذهب الفقه إلى أن إناطة تسوية المنازعات الاستثمارية بالقضاء الوطني في الدولة المضيفة للاستثمار لا يقدم الضمان الكافي للاستثمار[3]، ولهذا الاتجاه الرافض للعدالة الوطنية مبررات استند عليها، وعليه لا بد على الدولة أن تسعى إلى تطوير قضائها بما يتلاءم مع التطورات الحاصلة في إطار العلاقات الدولية، و بناء جوانب

---

[1]- محمد فايز محمد حسين، **المرجع السابق**، ص 1226.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 174.

[3]- هشام خالد، **جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري مزاياه وأمراضه**، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، سنة 2007،ص 40.

قانونية وقضائية بديلة و كفيلة لتسوية منازعات الاستثمار، بأكثر فاعلية يرتاح معها المستثمر الأجنبي خاصة إذا ما سلمنا إدراكها أن المستثمر دائما ما يشعر بضعف مركزه القانوني اتجاهها، وأنه لا يستطيع الوقوف أمامها إذا استعملت حصانتها السيادية و اتخاذ إجراءات قد تضر بالمستثمر حتى ولو يتم تعويضه.

1-مبررات عزوف المستثمر عن اللجوء للقضاء الوطني : يستند عزوف المستمر وإحجامه عن اختيار القضاء الوطني طريقا لحل نزاعاته، بالأساس إلى العديد من العوامل الموضوعية والشكلية نوردها فيما يلي:

أ- **العوامل الموضوعية لعزوف المستثمر عن قضاء الدولة المضيفة:** وأُستند على ما يلي[1]:

- الاختلاف والتنوع المستمد من الطابع الوطني والإقليمي لقواعد تنازع القوانين ومن ثم صعوبة العلم بالمحتوى الحقيقي لهذه القواعد بسبب اختلاف التطبيق القضائي عند تحديد معنى القاعدة الواحدة، بمعنى أن هناك قواعد محددة ذات مصدر دولي تكفل صدور أحكام قضائية بشان منازعات يكون أحد أطرافها أجنبي (المستثمر) قد ترتب في الكثير من الأحيان اختلاف طريقة إعمال القاضي للقواعد الموحدة سواء كانت قواعد الإسناد أو قواعد المادية فنشهد أحكام قضائية متضاربة نظرا لاختلاف التطبيق القضائي في تحديد نطاق وامتداد اثر القاعدة الواحدة.
- أن القانون الواجب التطبيق وفقا للمنهجية التقليدية لن تكون له صله إلا بأحد طرفي العقد فقط وهو الأمر الذي يمكن تفسيره على أنه منح الطرف الأقوى (الدولة ذات السيادة) امتيازا قانونيا على حساب الطرف الأضعف (المستثمر)، على اعتبار اختلاف المراكز القانونية بين طرفي النزاع ومن ثم صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما[2].

فالأصل أن العقود الدولية هو خضوعها للنظرية العامة لتنازع القوانين، وقواعد هذه الأخيرة تفرض على القاضي الوطني أن يقوم بتكييف الرابطة محل النزاع المطروح عليه، فإذا تبين أنها رابطة عقدية تتسم بالطابع الدولي فهو يسندها إلى القانون الذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين في قانون الوطني، وهو قانون الإرادة في هذا الفرض فإذا لم يكن المتعاقدان قد حددا القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، يلجأ إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية المقررة في قانونه والتي تحدد القانون المختص بحكم العقد الدولي عند سكوت الإرادة، ويقال أن قواعد الإسناد إنما هي قواعد عمياء إذ أنها تعمل بطريقة آلية لتحديد القانون الأقرب للعلاقة بصرف النظر عن مضمونه والأصل في المنهج التقليدي لتنازع القوانين، أي القوانين التي تتنازع لحكم العلاقة هي – القوانين الوطنية- السائدة في الدول المتصلة بالرابطة محل النزاع[3].

1- هند محمد مصطفى مصطفى، **المرجع السابق**، ص 104-105.

2- غسان علي علي، **المرجع السابق**، ص 216-217.

3- هند محمد مصطفة مصطفى، **المرجع السابق**، ص 105.

- عدم ملائمة منهجية تنازع القوانين للعلاقات التجارية الدولية وكذلك الاستثمار الأجنبي نظرا لأنها تعتمد على قواعد قانونية معدة أساسا للعلاقات الوطنية الداخلية [1].
- اصطدام المستثمر الأجنبي على وجه الخصوص بعائق حصانة الدولة سواء القضائية أو التنفيذية الأمر الذي يحول دون نظر المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة في التصرفات التي تصدر عن سلطات هذه الدولة وحتى ولو افترضنا جدلا أنه قد حصل حكم ضد الدولة المضيفة للاستثمار فقد ينتهي به الأمر إلى العجز عن تنفيذ الحكم، نظرا لما تقرره التشريعات الوطنية في هذا الفرض في عدم التنفيذ الجبري على الأموال العامة[2].

ب-**العوامل النفسية والشكلية لعزوف المستثمر اللجوء إلى القضاء الوطني:** هناك خوف وتوجس كبير من طرف المستثمر من القضاء الوطني للدولة المضيفة، فهو يقر بقناعة نفسية أكثر بأنها ليست أفضل الطرق حل للنزاعات، فهو لا يطمئن من نتيجة دعواه المقامة ضد الدولة وأمام محاكمها الداخلية ربما يرجع ذلك إلى شعور المستثمر بالتحفظ اتجاه التعويل على المحاكم والأجهزة القضائية في دولة أجنبية عنه، يجهل إجراءات التقاضي فيها، ويخشى من تأثر القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية والاجتماعية السائدة في دولته، التي غالبا ما تكون هي السبب المباشر أو غير المباشر في الإجراءات الحكومية المتعسفة اتجاه المستثمر[3]. زد على ذلك العديد من المبررات التي تدور مجملها في معنى هذا الأخير نوردها كما يلي:

- الشك في الأحكام التي تصدر من القضاة في أنها لا تتسم بالحيدة، فانتماء القاضي الوطني الى الدولة المضيفة للاستثمار يجعل حالته النفسية تتجه في الكثير من الأحيان إلى تغليب المصالح القومية والوطنية وإلى إملاءات السلطة العامة [4].
- تعارض مع قاعدة عرفية قانونية وهي أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه، وبالتالي ففصل القاضي الوطني لدولته يجعله حكما وخصما في آن واحد [5].
- في غالب الأحيان يكون القاضي ملزم بتطبيق أحكام القانون الداخلي لدولته وهذه الأحكام قد تكون محل شكوى أو اعتراض من المستثمر الأجنبي[6] .

1- هند محمد مصطفة مصطفى، **المرجع السابق**، ص 105.

2- غسان علي علي، **المرجع السابق**، ص 217.

3- بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون طبعة، سنة 2006ص 332.

4- شيرازاد حميد هروري، **منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2018، ص 75.

5- **المرجع نفسه**، ص 75.

6- غسان علي علي، **المرجع السابق**، ص 219.

- افتقار المحاكم الوطنية وخاصة الدول النامية الخبرة الفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار، خاصة الدعاوي المعقدة التي ترتبط بعقود استغلال الثروات الطبيعية، وعقود نقل التكنولوجيا مما يؤدي الى عدم الوصل إلى تسوية مرضية للطرفين [1].
- عدم وضوح الاختصاص القضائي بالنسبة للمحاكم فتظل دعواه حائرة متنقلة بين المحاكم الداخلية وهذا كله قد يؤدي إلى ضياع بعض الوقت من المستثمر الذي يحرص على استغلال وقته كله.
- بطء الإجراءات وذلك بسبب تعدد درجات التقاضي من محكمة ابتدائية، إلى محكمة الاستئناف، إلى المحكمة العليا، وهذا البطء لا يتناسب مع طبيعة القضايا الاستثمارية التي تتطلب السرعة في حسم الخلاف، ويرجع ذلك سلبا على الطرفين من ناحية ضياع الوقت، والكشف على أسرار العلاقة والمشروع أمام العامة مما يقضي على المنافسة، إضافة إلى ذلك تفاقم المشاكل المالية والأضرار و الخسائر بالنسبة للمستثمر [2].

لكل هذه الاعتبارات وغيرها لا يطمئن المستثمر الأجنبي على نتائج منازعاته المعروضة على المحاكم الوطنية، مما يجبره على اتخاذ قراره باستثمار أمواله في دول توفر وسائل أخرى بديلة عن القضاء لحسم المنازعات الاستثمارية بينه وبين الدولة المضيفة لاستثماراته توفّر الحياد والضمان لأمواله وحقوقه .

2-متطلبات إصلاح القضاء الوطني لحسم منازعات عقود الاستثمار: حتى يتم تطوير النظام القضائي بما يتلاءم ومتطلبات المستثمر الأجنبي ويحقق أهداف الدولة، لا بد من الموازنة بين المحافظة على سيادة الدولة وخضوعها لقضائها الوطني وطمأنة المستثمر وجذبه إلى ميادين العمل والبناء داخلها، ومن أهم لبنات هذا البناء إيجاد القاضي المتخصص سيما في مجال المنازعات التجارية بحيث يكون القضاء التجاري متخصصا وعلى درجة من التطور والمهنية منفتحا على المحيط الخارجي ملما بالتجارب القضائية وعلى دراية بقوانين التجارة والاستثمار في الدول الأخرى، إذ لا يكفي مجرد إلمام القاضي بقانونه الداخلي حتى يكون قادرا على إيجاد الحلول المناسبة، لما يعرض عليه من منازعات في مجال الاستثمار وبالتالي يكون فاعلا في خلق مناخ يسوده الاطمئنان والثقة، بما يحقق الاستقرار الاقتصادي ويسهم في الدفع بعملية التنمية وتشجيع الاستثمار، لا يتحقق ذلك إلا إذا كان ضمن أهدافه ضمانة آمن المستثمرين وصون حقوقهم، وعلى الدولة أن تدرك أنه لا استثمار مالم تكن هناك ضمانات قضائية واضحة من خلال وجود قاض عادل يتمتع بالاستقلالية والكفاءة المتخصصة وملما بالوسائل العلمية في مجال الاتصالات الحديثة، بما يمكنه الاطلاع على نصوص القانون الأجنبي وأحكام القضاء المقارن وما تجود

---

[1]- هشام خالد، جدى اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي مزاياه وأمراضه، **المرجع السابق**، ص 265، وانظر بشار محمد الأسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، **المرجع السابق**، ص 332.

[2]- عبد الحميد نصر أحمد الحميري، **الاستثمار الأجنبي(الحوافز والحماية القانونية) دراسة مقارنة**، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2008، ص 87.

به الاجتهادات الفقهية وما تتناوله الاتفاقيات الدولية، حتى يكون هناك اجتهاد متطور يتلاءم مع تطور أساليب ونظم الحياة الاقتصادية الحديثة فيساعد على إيجاد حلول عملية وواقعية للمنازعة، بدلا من الوقوف عند حرفية النصوص التي عادة ما تكون نصوصا عتيقة سنت في عقود غابرة وقت أن كانت المعاملات تتسم بالبدائية والبساطة ولم يتدخل المشرع لتحديثها الأمر الذي يجعلها غير كافية لطمأنة وحماية المستثمر الأجنبي فيشترط في عقود الاستثمار فض المنازعات عن طريق التحكيم الدولي بما يزعزع الثقة في القضاء وينقص هيبة الدولة[1].

اذا من منطلق ما يجب أن يكون، على الدولة أن تدخل بعض التعديلات على جهازها القضائي حتى تتخلص من مثالب علقت بها وتحسين صورتها وبذلك تكون انطلاقة جديدة لهيمنة القضاء الوطني على الوسائل البديلة التي درج المستثمر على اختيارها لما توفره من مزايا ولعل أهم ما يجب القضاء الوطني في اعتماده تطويرا لجهازه القضائي ما يلي [2]:

- هيكلة قضاء متخصص، من خلال إيجاد محكمة تجارية متخصصة، ولو محكمة مركزية على مستوى العاصمة .
- تأهيل قضاة متخصصين في مجال التجارة الدولية و العقود الدولية والاقتصادية سواء في الجانب القانوني أو التقني الخاص بالمعاملات التجارية والأنشطة الاقتصادية والاتصالات الحديثة والاعتمادات المستندية ودعاوي النقل الجوي والبحري وأعمال المصارف والبنوك ومؤسسات الضمان والتأمين..الخ، وتنظيم فرع خاص في الجامعات كمرحلة أولية وتدريبهم تدريبا مهني نظريا و تطبيقي بإنشاء محاكمات افتراضية، قبل تخصيص أكاديميات لتربص طويل المدى لصقل المكتسبات والمعارف وتطويرها، يمكن أن يكون هؤلاء قضاة وطنيين أو أجانب دوليين معترف بهم دوليا .
- العمل على تحقيق مبدأ الملائمة والمرونة مع الحياة التجارية ومتطلباتها من سرعة وثقة وائتمان، من خلال تقصير أجال ومواعيد إجراءات التقاضي والتقليص من درجاتها .
- تسهيل إجراءات تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية ذات الصلة بعمليات الاستثمار وإعطائها قوة إلزامية غير قابلة للطعن إلا في استثناءات محدودة .

ولعل هذه المقترحات قد تعيد للقضاء الوطني هيبته من وجهة نظرنا، تحافظ بها الدولة على سيادة إقليمها و أحكامها القضائية، دون أن تتنازل مرغمة على سيادتها لوسيلة أو بدائل قضائية لحسم النزاع كالتحكيم .

---

[1]- مفتاح خلف الله المهدي، **طرق فض منازعات الاستثمار الأجنبي في الدول الأقل نمو(دراسة مقارنة)**، رسالة لاستكمال درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، سنة 2015، ص 86 ومابعدها.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 88-89.

الفرع الثاني: قضاء دولة المستثمر أو دولة ثالثة كوسيلة لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية

تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإنه يمكن لأطراف عقد الاستثمار الاتفاق على اللجوء إلى قضاء دولة المستثمر أو دولة ثالثة محايدة لفض ما يثور بينهم من منازعات، على الرغم من أن هذه الحالة نادرة الوقوع، ذلك ان اللجوءّ إلى محاكم دولة المستثمر أو دولة ثالثة لا يمكن أن يسهم كثيرا في تسوية النزاع بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، لعدة أسباب تتعلق بمبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة والذي يقصد به منع المحاكم الوطنية في بلد ما محاكمة دولة أجنبية أو مؤسساتها إذ أن سيادة الدولة واستقلالها يتنافيان مع إمكانية خضوعها بأية صورة من الصور لسلطات القضاء في دولة أخرى، فمقاضاة الدولة أمام محاكم دولة أخرى ينطوي على انتهاك لسيادتها القضائية ومساس باستقلاليتها[1].

ومع ذلك فإنه من الممكن أن تفض منازعات الاستثمارات عن طريق لجوء المستثمر الأجنبي إلى قضاء دولته أو قضاء دولة ثالثة، وينبغي أن يلاقي هذا الاختيار احترام جميع الأطراف لأن المشرع قد اعترف بالإرادة كقاعدة عامة وبالتالي بالقدرة على جلب الاختصاص للقضاء الوطني أو نفيه عنه[2]، وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد المنعم زمزم أنه " أنه عادة ما يعترف المشرع للإرادة بالقدرة على جلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية وذلك في الأحوال التي تكون فيها مختصة بنظر المنازعة طبقا للقواعد العامة في الاختصاص الذي يقررها، فمن الأمور المسلمة في القانون الدولي الخاص أن هذا الفرع يفسح لإرادة الأفراد في بناء أحكامه وبذلك نجد أنه يعتد بإرادة المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق في نظرية تنازع القوانين، كما يعتد بها أيضا في تحديد المحكمة المختصة في نظرية تنازع الاختصاص القضائي، وأساس هذا الضابط أن أكثر المحاكم اختصاصا بنظر الدعوى هي المحكمة التي ارتضى الأطراف الخضوع إلى حكمها، وبناء على ذلك فقد راعى المشرع أن هدف هذا الاختصاص قد يكون في النهاية هو حماية المصالح الخاصة للأفراد وتسيير معاملات التجارة الدولية وكلاهما هدف أصيل من أهداف القانون الدولي الخاص في عمومه، فرغم تعلق بعض قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام إلا أن المشرع أجاز للخصوم مكنة الخضوع الاتفاقي للمحاكم والمتصور من الناحية النظرية اتفاق طرفي العقد على إختصاص محاكم دولة المانح أو محاكم دولة المتلقي أو حتى محاكم دولة ثالثة "[3].

---

[1] –UNCTQD/EDM/MISC.232/ADD.1.COUURSE ON DISPUTE SETTLEMENT .2,2, **OP,cit** p 10.

[2]– شيرازاد حميد هروري، **المرجع السابق**،ص 86

[3]– **المرجع نفسه**، ص 85-86 نقلا عن عبد المنعم زمزم، **عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية** مطبعة الكلية الحقوق، جامعة القاهرة مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد29، نيسان سنة 2011،ص 213 ومابعدها.

ولقد سجلنا قضية واحدة قبلت فيها الدولة الخضوع إلى قضاء دولة المستثمر، وهي قضية التي جمعت شركة تصنيع الأسلحة النارية colt مع حكومة جمهورية كوريا الجنوبية [1]. ، نظرا لأنه نادرا ماتقبل الدولة المضيفة الخضوع لقضاء دولة أخرى، إنطلاقا من مبدأ المساواة القانونية بين الدول، ومن ناحية أخرى ليس من مصلحة المستثمر الأجنبي رفع الدعوى على الدولة المتعاقدة معه أمام المحاكم الكائنة في دولته أو في دولة ثالثة ذلك حتى إذا حصل المستثمر على حكم من قضاء دولته فيخشى أن لا يكون لمثل هذا الحكم أية قيمة، لاسيما إذا لم يكن لدولة المدعي عليه أموال يمكن الحجز عليها في إقليم دولة المستثمر كما أن هذا الحكم لا يمكن تنفيذه في مكان أخر في حالة عدم إقامة المدعى عليه فيه أو لعدم وجود أموال له فيها [2].

وهذا نظرا لتمتعها بالحصانة القضائية التي تأبى الخضوع لقضاء دولة أخرى وهذه الأخيرة تشكل أهم إشكال يثيره لجوء المستثمر الأجنبي إلى قضاء دولته أو قضاء دولة ثالثة وهو الدفع "بالحصانة القضائية للدولة" خاصة كما سبق وأن قلنا إذا لم توجد أموال الدولة على إقليم الدولة التي أصدرت الحكم، الأمر الذي يستحيل معه تنفيذه، وبالتالي ضياع المزيد من الوقت والجهد والمال، وفي هذا السياق سنوضح فكرة الحصانة القضائية كأهم إشكال يثيره اللجوء لقضاء المستثمر أو دولة ثالثة لتسوية المنازعات (أولا)، ثم نبين معيار تنازل الدول عن الحصانة القضائية (ثانيا).

أولا: الحصانة القضائية : من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، أن الدولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة القضاء الوطني للدول الأخرى، وتعد هذه القاعدة وفق الرأي الراجح في الفقه الدولي العام نتيجة منطقية لمبدأ المساواة القانونية بين الدول أعضاء الجماعة الدولية، فإذا كانت الدول جميعها تتساوى أمام القانون وتتمتع كل منها بالسيادة والاستقلال فلا يجوز بعد ذلك أن تقوم إحداها بمقاضاة الأخرى أمام محاكمها وإلا أخلت بمبدأ المساواة [3].

ولما كانت الحصانة القضائية هي امتياز ممنوح للدولة مضمونه أنه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفا فيها لغير قضاء هذه الدولة، وهو ما يعني في الوجه

---

[1]– قضية تم نشرها في المؤتمر :
(UNCTQD/EDM/MISC.232/ADD.5).COUURSE ON DISPUTE SETTLEMENT .2.6 APPLIDABLE LAW . UNITED NATIONS.NEW YOURK AND GENEVA. 2003.P 07.
منشور على الموقع التالي لمن أراد الاطلاع عليها : http://unctad.org/en/Pages/DITC/DisputeSettlementتاريخ الإطلاع يوم 2018/04/06 ساعة 22:25

[2]– غسان علي على، **المرجع السابق**، ص 224، شيرازاد حميد هروري، **المرجع السابق**، ص 84–85.ونقلا عن مقال منشور في مؤتمر:
- (UNCTAD/EDM/MISC.232/ADD.1).COUURSE ON DISPUTE SETTLEMENT .2.2 **OP.cit**;.P10-11.
منشور على الموقع السابق: http://unctad.org/en/Pages/DITC/DisputeSettlement

[3]– هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، مجلد 11، عدد 01، سنة 1969، ص 1–2.

المقابل عدم اختصاص أي قضاء أخر سواء كان قضاء رسميا في دولة أجنبية أو قضاء تحكيمي في نظر مثل هذه النزاعات، كل هذا بغرض المحافظة على سيادتها واستقلالها إزاء دولة أخرى، لكن نتيجة للتطورات التي شهدها العالم نظرا لإتساع دور الدولة وقيامها بأعمال تخرج عن إطار نشاطها التقليدي نظرا لممارستها وتدخلها في العديد من الأنشطة التجارية، وعليه فالنتيجة المنطقية المترتبة على ذلك أنه يجوز للدولة أن تتنازل عن حصانتها هذه وتخضع بإرادتها لولاية المحاكم الأجنبية[1].

وعليه نميز في هذا الصدد أن الدول اختلفت طبيعة ممارستها للحصانة القضائية ولم تصبح مطلقة كذي قبل بل أصبحنا نميز بين أعمال سيادية تتمتع بالحصانة المطلقة وهي الأعمال الصادرة عنها بوصفها شخص دولي وبين الأعمال العادية التي تخضع للقانون الخاص ومثاله النشاط التجاري أو الاستثماري الذي تتنازل فيها عن حصانتها وتصبح مقيدة أو وظيفية لكن تخضع لشروط، وعليه سنوضح في هذا الصدد كل من نظرية الحصانة المطلقة، ثم نظرية الحصانة المقيدة ثم نتطرق لشروط ونطاق التنازل عن الحصانة القضائية .

1- نظرية الحصانة المطلقة : يرى أنصار هذه النظرية التقليدية أنه يحق للدولة أن تدفع بحصانتها أمام قضاء الدول الأخرى في جميع الأحوال وسواء تعلق النزاع بنشاطها كشخص دولي ذا سيادة أو كان النزاع على العكس ذي طبيعة خاصة كما لو تعلق بنشاطها التجاري كفرد عادي.

ثم تطور القضاء في معظم دول العالم ووضع تحفظا هاما على مبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية، فلم تعد الدول الأجنبية تتمتع بهذه الحصانة إزاء المنازعات التي تتعلق بنشاطها التجاري[2].

وبدأ ملامح هذا التطور في فرنسا بمناسبة المنازعات المتعلقة بالنشاط التجاري لروسيا السوفيتية، وأكد على ضرورة هذا الحل وحتميته اتجاه غالبية دول أوروبا بعد ذلك إلى اعتناق المذاهب الإشتراكية، فقد ترتب على هذا التطور أنه لم تعد المعاملات بين التجار أو الشركات والمؤسسات الخاصة التاجرة هي الصورة التقليدية الغالبة بل أصبحت الدول الاشتراكية تمارس تجارتها الدولية، إما بنفسها أو عن طريق مشروعاتها العامة المؤممة ومن ثم فلم يعد من المقبول بعد ذلك أن تتمتع هذه الدول بالحصانة القضائية عند ممارستها لنشاط تجاري[3].

2-نظرية الحصانة المقيدة: تقر هذه النظرية أن هناك معيار وضابط يجب الأخذ به لتمييز مدى تمتع الدول الأجنبية بالحصانة القضائية من عدمه، وهو التفرقة بين أعمالها الصادرة عنها بوصفها شخص دولي من جهة وبين تصرفاتها العادية التي تخضع للقانون الخاص من جهة أخرى، فالدولة الأجنبية لا تتمتع بالحصانة القضائية عند ممارستها لنشاط خاص سواء اتسم هذا النشاط بالطابع التجاري من عدمه.

---

[1]- هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة، **المرجع السابق**، ص 03.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 07.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 7-8.

والأكيد أن المحاكم الفرنسية لم تستقر على هذا التمييز في بدايته– الحصانة المقيدة– لكن أخذ بهذه الفكرة كل من القضاء الإيطالي والبلجيكي والألماني، كما أخذت به أيضا المحاكم المختلطة في مصر[1].

وقد بدأ العمل بهذا المبدأ في الولايات المتحدة الأمريكية في خطاب رفعه المستشار القانوني للولايات المتحدة الأمريكية ويسمى هذا الخطاب (TATS LETTER) حيث نص عليه في تشريع الولايات المتحدة الأمريكية وسارت عليه بعد ذلك معظم الدول وذلك بالنص عليه ضمن تشريعاتها الوطنية، وفحوى هذا النص " في حالة الدخول في اتفاقيات مع الدول الأخرى تلزم الاتفاقية أطرافها بالتخلي عن الحصانة المطلقة وفي حالة دخولها في نشاطات تجارية عبر مؤسساتها الداخلية" [2].

وكانت الرسالة بمثابة دعوى موجهة إلى المحاكم للتمييز بين أفعال الدولة ذات الصفة السيادية والأفعال ذات الصفة التجارية الخاصة، وفي حالة الأفعال ذات الصفة التجارية يكون للمحاكم الوطنية الاختصاص، لكن لم تحدد هذه الرسالة للمحاكم المعيار الذي يحدد الفعل بأنه من أعمال السيادة أم هو من الأفعال الخاصة التجارية، فقد أصدرت الولايات المتحدة عام 1976 تشريع جاء فيه أن الدول ذات السيادة لها حصانة مقررة في قانون الدولة إلا أنه هناك استثناءات على هذا التشريع[3]:

- إذا كان الفعل من الأفعال التجارية
- الدعاوي التي تتصل بالمسؤولية التقصيرية
- الدعاوي التي تتصل بالشؤون البحرية (من تأجير وترحيل عبر السفن في البحر)
- الدعاوي المتعلقة بتعويض تسبب الموت أو الأذى لأشخاص سببته الدولة أو إحدى مؤسساتها

ثم سارت على هذا الاستثناءات معظم الدول وعرف انتشار كبير

أ- **شروط التنازل على الحصانة** : يقصد بالتنازل عن الحصانة للدول بأنه إعلان صادر من الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة أو الخاصة كما هو الحال في الاتفاقيات الدولية أو عقود الاستثمار الأجنبية أو الدولية مع المستثمرين الأجانب عن الإفصاح في نيتها التخلي وعدم استخدام لرخصة الحصانة ضد التنفيذ على ممتلكاتها أو اللجوء إلى قضاء دولة أجنبية لصالح من صدر له التنازل[4].

فالأصل في المجال المادي لإعمال تنازل الدول عن حصانتها القضائية(التنفيذية أوالإجرائية)، يكون عاما غير محدود، وهو الأمر الذي يسمح بإصداره بصدد أي إجراء من إجراءات التنفيذ، كما يمكن التعبير عنه في أي وقت سواء قبل حدوث النزاع وذلك عن طريق إدراجه في بنود العقد أم التعبير عنه أثناء نظر النزاع وعن طريق إبدائه شفاهة أو كتابة أمام المحكمة المعروض عليها النزاع، كما

---

[1]- هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة، **المرجع السابق**، ص 09.

[2]- شيرازاد حميد هروري، **المرجع السابق**، ص 89.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 90.

[4] -UNCTQD/EDM/MISC.232/ADD.1.COUURSE ON DISPUTE SETTLEMENT .2.2 **OP.cit** ;p10-11.

يمكن إبداؤه قبل التعاقد نفسه وذلك عن طريق النص عليه صراحة في اتفاقيات تشجيع الاستثمارات الأجنبية، سواءا كانت ثنائية أم متعددة الأطراف ليستفيد منها بعد ذلك المستثمرون الأجانب المنتمون للدول الأطراف في هذه الاتفاقية وبمناسبة تعاقدهم مع هذه الدولة.لكن هذا المجال يمكن أن ترد عليه شروط تحد من نطاقه ومن بين هذه الشروط مايلي[1]:

- يجب أن يصدر التنازل عمن يملكه، فلا بد على الدولة وهذا لا جدال فيه أنها تملك إعلان إرادتها للتنازل عن الحصانة والقبول للخضوع لولاية المحاكم الأجنبية، ويسري ذات الحكم بالنسبة للحصانات والمنضمات والهيئات الدولية [2].
- لا يجوز التنازل عن الحصانة للأشخاص المعنوية العامة ماعدا في علاقاتها الاقتصادية[3] والبحث عن المممتلكات التي تخرج من دائرة التنازل والتنفيذ عليها كما هو الحال الممتلكات العسكرية أو المؤسسة العسكرية فلها حصانة مطلقة ضد التنفيذ عليها حتى ولو تم التنازل الصريح عنها من الدولة المحكوم ضدها وهو ماسلكه التشريع الأمريكي والكندي.لذلك يشدد الفقه على توخي الحذر الشديد لدراسة الاتفاقيات والقوانين الوطنية للدول المراد التمسك بالتنازل أمام محاكمها وذلك من أجل إجراء مواؤمة قانونية سليمة تحصن المتعاقد مع الدولة من عنصر المفاجأة لوجود قيود تحد من أثار التنازل ونطاقه وهو مايؤثر على وضعه القانوني [4].
- يجب التدقيق حول النظرية المتبعة داخل دولة المحكمة إذا ما كانت تعتنق النظرية المطلقة أو المقيدة، اذا كانت تعتنق النظرية المطلقة لابد أن يكون هناك تنازل من الدولة في مواجهة أي نوع من ممتلكات الدولة المحكوم عليها، بينما في نظرية المقيدة فانه تخرج شريحة الممتلكات المستخدمة لأغراض تجارية فلا يكون القاضي مجبرا أن يتأكد من تنازل الدولة عليها بل هي غير محصنة مند البداية .
- يجب أن يكون التنازل عن الحصانة صريحا وواضحا، ولو أن بعض التشريعات تجيز التنازل الضمني عن حصانتها وهذا ما أكدته هيئة الأمم المتحدة في نص المادة 1610 من قانون الحصانة السياسية الأجنبية وعلى عكس ذلك نجد الإتفاقية الأروبية لحصانات الدول لعام 1972 تذهب إلى حضر التنازل الضمني بصفة مطلقة، من أجل التنفيذ على أي من ممتلكات دولة عضو في إقليم

---

[1]- حسين محمد مصطفى سيد، النظام القانوني للتنازل عن الحصانة التنفيذية للدولة، **مجلة الشرق الأوسط (مركز بحووث الشرق الأوسط بجامعة عين شمس)**، مصر، عدد41، سنة 2017، ص 496.

[2]- سلامة أحمد عبد الكريم، الحصانة القضائية في قانون الاجراءات القضائية الدولية، **مجلة الدراسات الدبلوماسية**، السعودية، عدد 10، سنة 1993، ص 36

[3]- وضع المشرع الجزائري قاعدة للجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم والتنازل عن حصانة الدولة القضائية لكن قيد اللجوء إليها في ماعدا الاعمال التجارية والاقتصادية راجع المادة 1006 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنيةو االادراية .

[4]- حسين محمد مصطفى سيد، **المرجع السابق**، ص 497.

دولة أخرى وتذهب هذه الاتفاقية صراحة إلى اشتراط أن يكون التنازل عن الحصانة دائما صريحا وواضحا وكذلك مكتوبا ومحدد بحالة بعينها[1].

تعد خاصية الوضوح ضرورية حتى تحدد نطاق هذه الحصانة وتحدد أثارها لبعض الممتلكات ذات الأهمية الخاصة للدولة والتي لا يمكن التنفيذ عليها[2]، ولقد شددت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 28 مارس 2013 في النزاع بين شركة (NML Capital ltd) ضد جمهورية الأرجنتين، على أهمية الوضوح في تنازل الدولة عن حصانتها التنفيذية عن ممتلكات الدولة السيادية كالأموال المتعلقة بالضرائب العامة، فبمقتضى القانون الدولي العرفي المشار إليه في اتفاقية الأمم المتحدة المؤرخ في 02 كانون الأول 2004 بشان الحصانات القضائية للدول وممتلكاتهم، يجوز للدول التنازل كتابة في العقد، عن حصانتهم ضد التنفيذ على الممتلكات أو فئات المستخدمة أو المراد استخدامها للأغراض العام، ولا يمكن التنازل عنها إلا إذا كان التعبير عنه بطريقة خاصة مشيرا لها بطريقة واضحة، وعليه قررت المحكمة رفض التنفيذ لعدم تضمن عقود إصدار السندات تنازلا صريحا من جمهورية الأرجنتين عن حصانتها التنفيذية بخصوص مواردها المالية والاجتماعية[3]، وهذا يعتبر حماية للدول وبالخصوص للدول النامية من الانزلاق ومنح تنازلات عامة وغير محددة على حصانتها.

ثانيا: معيار تنازل الدولة على حصانتها القضائية إذا كان الأمر قد إستقر في مختلف دول العالم على الأخذ بالتفرقة بين أعمال الدولة التي تتمتع بالحصانة والتي لا تتمتع بالحصانة، فهناك خلاف حول المعيار الذي بمقتضاه التفرقة بين هذه الأعمال، هل هو معيار السلطة العامة أو الوظيفة العامة أو ممارسة الدولة لسيادتها أم النشاط الشبيه بذلك الذي يقوم به الأفراد أو النشاط الذي تباشره الدولة وفقا لأحكام القانون الخاص، او الدعوى المقامة على الدولة بصفتها الخاصة عند ممارستها لنشاط خاص مدني أو تجاري أو اقتصادي[4].

في الواقع لا يوجد معيار واحد ومقبول من جميع الدول يمكن أن يفصل بين ما هو عمل من أعمال السلطة العامة وعمل من أعمال الإدارة العادية، ولكن الملاحظ بهذا الشأن أن غالبية الفقه والقضاء تتبنى معيار طبيعة العمل الذي تمارسه الدولة ويقوم هذا المعيار على التفرقة بين أعمال الدولة التي تأخذ صفة أعمال السيادة والأعمال العادية والتي لا تختلف عن أعمال الأفراد العاديين، ففي النوع الأول لا يمكن إخضاع الدولة لقضاء دولة أخرى إلا إذا قبلت بذلك، أما النوع الثاني فلا تتمتع الدولة الأجنبية بأية حصانة ويمكن خضوعها للقضاء الوطني.أما بالنسبة للأعمال المدنية والإدارية فلا تتمتع الدولة بأي

---

[1]- حسين محمد مصطفى سيد، **المرجع السابق**، ص 501.

[2]- سلامة عبد الكريم، **المرجع السابق**، ص 38.

[3]- حسن محمد مصطفى السيد،**المرجع السابق**، ص 502.

[4]- غسان علي علي، **المرجع السابق**، ص 225.

حصانة عليها وبالتالي يمكن خضوعها للقضاء الوطني، وفي تحديد ما يعتبر من أعمال سيادية أو أعمال مدنية أو تجارية فتكون العبرة بطبيعة النشاط وليس غرضه[1].

كما أنه قد تبنت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها معيار طبيعة العمل ومن هذه الأحكام الحكم الصادر في 25 فبراير 1969 الذي جاء فيه بأن هذه الحصانة تتوقف على طبيعة العمل الذي تمارسه الدولة، وهو نفس الأمر الذي تبنته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 29 أبريل 1986 والذي قررت فيه لئن كانت قواعد القانون الدولي المتمثلة في العرف الدولي والواجبة التطبيق بإعتبارها مندمجة في القانون الداخلي المصري فيما لا إخلال بنصوصه قد استقرت على أن الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو مانبني عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى إلا أنه لما كانت الحصانة غير مطلقة وإنما تقتصر على الأعمال التي تباشرها الدولة الأجنبية بما لها من سيادة فلا يندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات مما تنحسر عنه هذه الحصانة[2].

وفي الأخير نخلص للقول أن الدفع بالحصانة ضد التقاضي في دولة أجنبية يعد من أهم إشكالات لجوء المستثمر إلى دولة قضاء المستثمر أو دولة ثالثة، الأمر الذي قد يحدث فيها تنازع بين الأعمال السيادية والعادية للدولة وبالتالي ضياع المزيد من الوقت، الأمر الذي لا يسهم في حل النزاع نظرا لأنه قد تتولد عليها إشكالات عطلت التنفيذ على أموال الدولة المضيفة في دولة المستثمر أو المحايدة، وكذا إمكانية وجودها على إقليم الدولة المضيفة الرافضة للتنفيذ والدفع بحصانتها القضائية التنفيذية والإجرائية لعدم وجود تصريح بالتنازل عنها وتبنيها للحصانة المطلقة.

الفرع الثالث:القضاء الدولي كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية

بعد أن تطور المجتمع الدولي ووصل بما يسمى بعصر التنظيم الدولي الذي تكاد تنعدم فيه القوة المفرطة أصبحت حرية الدول وسيادتها تقف حين تبدأ سيادة الدول الأخرى بعدما كانت الدول ترفض بوجود سلطة قضائية عليا تحكمها في بعض المسائل القانونية، فلقد أصبح طريق القضاء الدولي اليوم من أهم الطرق لتسوية النزاعات الدولية ولعل التطبيقات العملية تبين مدى نجاعتها في جميع المجالات وبما في ذلك مجال فض منازعات عقود الاستثمار الدولية، بين تمسك المستثمر باللجوء إليها لاعتقاده بأنها تتميز بالاستقلالية والحيادية وتوفير ضمانات قانونية على حقوقه، وبين دولة تسعى لتأمين بيئة استثمارية كفيلة لجذب رأس مال أجنبي وتبديد مخاوف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني، وفي عدم رغبتها في انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة المستثمر الأجنبي لأن مقاضاة دولة أمام محاكم دولة أخرى يعني المساس بسيادتها [3].

---

[1]- غسان علي علي، **المرجع السابق**، ص 225، شيرازاد حميد هروري، **المرجع السابق**، ص 91-92

[2]- **المرجع نفسه**، ص 225- 2026، وكذا شيرازاد هروري، **المرجع نفسه**، ص 92.

[3]- رضية محمد حسن الرعيني، **المرجع السابق**، ص 50-51

وتجدر الإشارة أن هذا الطريق يباشر عمله وفق عدة أجهزة (أولا) سنعمل على تعداداها قبل أن نبين أهم عوائق هذا الطريق في فضه لمنازعات عقود الاستثمار (ثانيا).

أولا: أجهزة القضاء الدولي: تتمثل أهم أجهزة القضاء الدولي في محكمة العدل الدولية التي أنشأت بموجب ميثاق الأمم المتحدة عام 1945في لهاي، (أولا) محكمة التحكيم الدائمة التي أنيط بها العمل في عام 1962 مهمة تسوية منازعات التي تنشأ بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي(ثانيا) ومحكمة الاستثمار العربية التي أنشأة بموجب الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980.

1- محكمة العدل الدولية : تعد الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة وتختص بشكل عام بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، وهي تتكون من 15 عضو يتم انتخابهم بناء على ترشيح من مجلس الأمن وموافقة الجمعية العامة للأمم المتحدة، والأصل أن هؤلاء القضاة لا يمثلون دولهم كما انه لا يجوز لهم العمل بأي مهنة أخرى أو أن يتولوا وظائف سياسية وإدارية، مدة عضويتهم تسع سنوات قابلة للتجديد وتنتهي مهمتهم بانتهاء المدة أو الاستقالة أو العزل ووجب أن يقوموا بأعمالهم بكل نزاهة وحيادية.

ولقد نص النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الملحق بميثاق الأمم المتحدة على اختصاص محكمة العدل الدولية بالرجوع الى نص المادة (34) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية نجد أنها حددت لنا اختصاص شخصي على أنه " للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافا في الدعاوي التي ترفع للمحكمة" و تنص المادة (35) " الدول التي هي أطراف في النظام الأساسي للمحكمة" أو الدول الغير الأعضاء الذين يجوز انضمامهم بالشروط التي حددتها الجمعية العامة بناءا على توصية مجلس الأمن ووفقا لأحكام المادة 93 من الميثاق، كما حددت لها اختصاص نوعي أحدهما قضائي يتمثل في إصدار الأحكام القضائية في المنازعات التي تقع بين الدول والأصل أن تكون إختياريا وأن تقوم على رضا المتنازعين سواء عند قيام النزاع أو قبله، وثانيها اختصاص استشاري إفتائي يقوم على إبراز الرأي في المشاكل القانونية التي تعترضها أجهزة الأمم المتحدة[1].

2- محكمة التحكيم الدائمة : تعد ثمرة مؤتمر السلام في لهاي لعام 29 يوليو1889 وكذا اتفاقية التسوية السليمة للمنازعات الدولية، وأعيد النظر فيها في مؤتمر السلام الثاني الذي عقد في لهاي أيضا في أكتوبر عام 1907، وتعد هذه المحكمة هيئة مؤقتة وليس محكمة حيث أن دورها ينتهي بمجرد انتهاء الفصل في النزاع .

[1]- المولى معاذ علي فضل، **العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين ودور كل منهما في تسوية المنازعات الدولية بالتركيز على قضيتي دارفور وأبيي**، رسالة لاستكمال متطلبات درجة الدكتوراه كلية القانون، جامعة النيلين الخرطوم، السودان، سنة 2013، ص 78 وما بعدها

يتمثل اختصاص هذه المحكمة في تسوية المنازعات التي تحصل بين الدول المتعاقدة،لكن المجلس الإداري لها قد وافق في 26 مارس عام 1962 على قواعد التوفيق والتحكيم لتسوية المنازعات التي قد تثور بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص من غير الدولة الموقعة على هذه الاتفاقية، حيث تشكل في هذا الصدد لجان من ثلاثة محكمين يختارهم أطراف النزاع وعند فشلهم في ذلك فانه يمكنهم الاستعانة بسكرتارية المحكمة للتولى عنهم مهمة إختيار المحكمين وتعد هذه القواعد سببا في إيجاد وسيلة دولية للفصل في المنازعات التي تثار بين الدولة المستضيفة والمستثمرين الأجانب واللجوء إلى هذه الوسيلة يعد اختياريا، ويقتصر على الدول الأطراف في الاتفاقية التي تأسست عام 1907 ويشترط للجوء المستثمر إلى هذه المحكمة أن تكون كل من الدولة التي يحمل جنسيتها والدولة المستقطبة للاستثمار طرفا في الاتفاقية وتكمن أهمية هذه الهيئة في تسوية المنازعات التي تنشأ بين المستثمر والدولة بمعنى أنها محصورة ومحددة للغاية[1].

3-محكمة الاستثمار العربية: ولقد نشأت بموجب الاتفاقية الموحدة رؤوس الأموال العربية لرعايا الدول العربية عام 1980، وكان ذلك خلال القمة العربية التي انعقدت في عمان نوفمبر 1980، وقد انضمت إلى هذه الاتفاقية 21 دولة عربية ودخلت حيز النفاذ في 1981، وتم بمقتضاها إنشاء هذه الهيئة القضائية – محكمة الاستثمار العربية- التي وضع نظامها الأساسي عام 1985 من قبل الهيئة العربية للاستثمار واختصت بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات العربية والتي بموجبها يستطيع المستثمر اللجوء إليها لكنه لا يستطيع اللجوء إلى القضاء الوطني وإليها في نفس الوقت وفقا لنص المادة 31 لاتفاقية عام 1980 وتعد هيئة مؤقتة و خطوة تمهيدية لإنشاء محكمة العدل العربية للوصول إلى وحدة عربية اقتصادية وقانونية[2].

وفقا لنص المادة 03 من الاتفاقية الموحدة المعدلة في 2013، تتكون هذه المحكمة من سبعة قضاة على الأقل بالإضافة إلى عدد مماثل من الأعضاء الاحتياطيين ينتمي كل منهم إلى جنسية عربية مختلفة يختارهم المجلس الاقتصادي من بين قائمة من القانونيين العرب، تعد خصيصا لهذا الغرض ترشح كل دولة أثنين منهم تؤهلهم صفاتهم الخلقية والعلمية لتولي المناصب القضائية الرفيعة على أن يتمتعوا بخبرة لا تقل عن خمس سنوات، شريطة تخصصهم في قضايا الاستثمار أو الاقتصاد أو التجارة وأن يكونوا شاركوا في نظر عشر قضايا تحكيمية استثمارية أو تجارية ويراعى في اختيارهم التوزيع الجغرافي، ويسمى

1- شيرازاد حميد هروري، **المرجع السابق**، ص 96.

2- مضت أكثر من ثلاثين سنة على هذه الاتفاقية لكن لا وجود لهذه المحكمة العربية فهي حلم وأمل عربي طال انتظاره، وعلى الرغم من وجود هذه المحكمة المؤقتة على ارض الواقع والاعتراف بها لكن في الواقع هي سراب في صحراء يتهيأ بوجودها فقط لقلة قضاياها التي يمكن تعد على أصابع اليد الواحدة فليس من المعقول مند تأسيسها عام 1985 أول قضية كانت في 2003 بين شركة سعودية ضد جمهورية تونس واصل الحكم فيها تقريبا عام إلى غاية 12 أكتوبر 2004 لمراجعة هذه القضية ارجع الى:
Walid Ben hamida, **the first Arab investment court decision**, journal of world investment ; 2006 p700.

المجلس من بين أعضاء المحكمة رئيسا لها، ويكون أعضاء المحكمة متفرغين إذا تطلبت حاجة العمل لذلك وتكون مدة عضويتهم 03 سنوات قابلة للتجديد[1].

تجدر الإشارة أنه رغم أن الاتفاقية أدخل عليها بعض التعديلات في 21 و 22 جانفي 2013 إلا أنه لم يؤثر على اختصاص هذه المحكمة، فهو نفس الاختصاص الذي سبق أن تطرقنا له في محكمة العدل الدولية، اختصاص شخصي إذ يشترط أن يكون النزاع إما بين الدول الأطراف في الاتفاقية والمؤسسات والهيئات العامة التابعة لدولة أو أكثر من أطراف الاتفاقية وإما كل نزاع يتعلق بالمستثمرين العرب طبيعيين أو معنويين الذين يملكون رأس مال عربي ويقومون باستثماره في إقليم دولة طرف لا تمتع بجنسيتها، وكذا الجهات التي توفر ضمانات الاستثمار طبقا للاتفاقية [2].

كما نصت المادة 29 و30 من إتفاقية لعام 1980 أنها تختص بالمنازعات التالية :

- المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها
- المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي يتفق أطرافها اعتبارها داخلة ضمن ولاية المحكمة ولو كان هناك اتفاق سابق على عرض هذه المنازعات على التحكيم أو القضاء الدولي .

كما لها اختصاص إفتائي استشاري وهذا ما نصت عليه المادة 36 على أن لها أن تفتي برأي استشاري غير ملزم بأي مسألة قانونية تدخل ضمن اختصاصها وبناءا على طلب دولة طرف أو الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس الاقتصادي.

كما تتميز أحكامها بالقوة الملزمة والنهائية بمجرد صدورها وغير قابلة للطعن ويكون للحكم قوة النفاذ في الدول الأطراف ويتم تنفيذه فيها مباشرة كما لو كان حكما نهائيا قابلا لنفاذ كما لو انه صادر من قضائها المختص إلا إذا حدث انتهاك جسيما وخطير في قواعده الأساسية أو في إجراءات التقاضي أو عند اكتشاف وقائع جديدة، فطبقا لنص المادة 60 من الاتفاقية يستطيع وقف تنفيذ أحكامها لغاية البث في التماس إعادة النظر.

ثانيا: عوامل نفور أطراف عقد الاستثمار لطرح منازعاتهم على القضاء الدولي: على الرغم ما يوفره هذا الطريق من مزايا الحيدة والاستقلال وحتى التخصص، إلا انه من الشائع استخدامه، وهذا راجع لجملة النقائص التي تعتريه وتجعل اللجوء إليه شاقا ومرهقا ومكلفا لمستثمر الذي لا يشعر بالثقة الكاملة ولعل أهم هذه العوائق:

1-ضرورة طلب المستثمر الحماية الدبلوماسية قبل البدء في إجراءات التقاضي الدولي: سبق وأن أشارت المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن المستثمر الأجنبي سواء كان فردا أو شركة لا يمكنه التوجه مباشرة إلى القضاء الدولي فإن الدولة هي التي ملك الحق وحدها في أن تكون طرفا في الدعوى التي ترفع للمحكمة ومع ذلك يمكن للفرد وبطريق غير مباشر أن يعرض نزاعه مع

---

[1]- ينظر: المادة 03 من مشروع النظام الأساسي المعدل لمحكمة الاستثمار العربية في 21 و 22 جانفي 2013 .

[2]- ينظر: المادة 29 من **اتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية** لعام 1980، **مرجع سابق.**

الدولة المضيفة له على هذه المحكمة وذلك إذا ما نجح في إقناع دولته بوضع المسؤولية الدولية موضع التطبيق وهو الأمر الذي يتم عن طريق الحماية الدبلوماسية [1]، في حالة تعرضه لأضرار من قبل الدولة المضيفة وتعذر عليه اللجوء إلى طرق التقاضي الوطني بتلك الدولة إلا لأنه لممارسة الدولة طلب الحماية يجب توافر ثلاثة شروط:

أ–وجود رابطة تبعية بين الدولة وطالب الحماية : وتعد من المبادئ المستقرة في العرف الدولي، فالدولة لا يمكن أن تتصدى لحماية أحد الأشخاص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا إلا إذا كانت هناك ثمة رابطة بين الشخص–مستثمر– الذي أصابه الضرر بفعل إحدى الدول – الدولة المضيفة– وبالتالي لابد من رابطة سياسية واقتصادية هي التي تبرر تدخل الدولة للحماية وفي هذا الصدد ثار نزاع بين دولة جهورية الكنغو موضوعها شركة في دولة الزائير الذي اعترضت فيه هذه الأخيرة على اختصاص محكمة العدل الدولية بنظر النزاع ضد جهورية غينيا بطلب ممارسة الحماية الدبلوماسية على شخص قانوني لا يحمل جنسيتها، وكان دفاع جمهورية غينيا أنها تطلب الحماية الدبلوماسية عن مواطن ينتمي لجنسيتها مطالبة بحقوقه الفردية كمواطن واستنادا أيضا إلى حقه كشريك وموظف ومالك وحيد لشركة قام هو بتأسيسها، إلا أن محكمة العدل الدولية أصرت على رفض طلب دولة غينيا بفرض الحماية الدبلوماسية على الشركات المملوكة لمواطن يحمل جنسيتها استنادا إلى أن دولة جنسية الشركات فقط تستطيع فرض حماية دبلوماسية على هذه الشركات وقررت المحكمة أنه لا يوجد استثناء في القانون الدولي العام يسمح بمنح الحماية الدبلوماسية للشركاء في شركات تحمل جنسية دولة أخرى خاصة مع وجود اتفاقيات دولية لحماية الاستثمار[2].

ب– استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية كإجراء أولي: لا يكفي لممارسة الدولة دعوى الحماية الدبلوماسية بالنيابة عن المستثمر الأجنبي المضرور أن يكون تابعا لها بجنسيته، فالدولة لا تقوم بحماية تابعيها ضد الدولة التي سببت لها ضررا إلا إذا لم يحصل على حقوقه في التعويض من هذه الدولة وفقا للوسائل القضائية المقررة في قانون هذه الدولة، وتبقى الدولة لها السلطة التقديرية في قبول الطلب أو رفضه، وقد توافق على منح الحماية الدبلوماسية وترفعها عنه في وقت لاحق وقد تتخلى عن الدعوى وقد تقبل بتسوية غير كافية لا يقبل بها المستثمر، ولطلب الحماية عدة سلبيات فمثل هذه المطالبات يمكن أن تؤدي إلى دخول الدولتين في منازعات سياسية وقد تصل إلى قطع العلاقات الدبلوماسية [3].

ج– أن لا يكون الضرر الذي أصاب المستثمر قد حدث بمساهمة منه: وهذا أمر بديهي تتطلبه دعاوي المسؤولية، لأن مساهمة المستثمر في الضرر الذي وقع له بحسن نية أو بسوء نية تنتفي معها مسؤولية الدولة كون هذا الضرر وقع بمساهمة منه.

---

[1]– غسان علي علي، **المرجع السابق**، ص 225.

[2]– هند محمد مصطفى مصطفى، **المرجع السابق**،ص 121.

[3]–بشار محمد الأسد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، **المرجع سابق**،ص 343.

وتجدر الإشارة أنه قد اقترح تطوير نظام المحكمة لتتمكن في نظر في الدعاوي بين الدول والأطراف الخاصة، إما عن طريق إنشاء لجنة خاصة تتبع المحكمة وتختص بالاستثمارات الأجنبية حيث يمكن لثلاثة قضاة أو أكثر عقد جلسات في قضايا تحكيم استثمار بين الدول والأطراف الخاصة، أو عن طريق توسيع اختصاص المحكمة فالاقتراح الأول لم يحقق ظهور الطرف الخاص (مستثمر) أمام المحكمة إلا عن طريق دولته والحصول على تفويض منها يمكنه من الحضور ومتابعة دعواه أما اللجنة الخاصة بالإضافة إلى أن تلك اللجنة لن تكون متاحة للفصل في المنازعات الاستثمارية إلا بناء على عقد اتفاقية بين دولة جنسية المستثمر والدولة المضيفة، أما الاقتراح الثاني فيتطلب تعديل النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وهو أمر مرتبط بتعديل ميثاق الأمم المتحدة الذي يتطلب ثلثي أعضاء الجمعية العامة وموافقة الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن وهو ما يتعذر ويصعب تحقيقه في ظل الظروف الدولية الحاضرة [1].

وعليه نستنتج أن القضاء الدولي لا ينظر إلى الأطراف منازعات عقود الاستثمار بنظرة المساواة وذلك للاختلاف المركز القانوني لأطراف العلاقة الاستثمارية وليس للمستثمر الطرف الخاص الحق في المثول أمام القضاء الدولي بصفته الشخصية إلا عن طريق دولته لكونه لا يتمتع بالشخصية الدولية .

2- محدودية الاختصاص لبعض الأجهزة: محكمة التحكيم الدائمة وكذا محكمة الاستثمار العربية: على الرغم من أن هذين الجهازين يمثلان قضاء متخصص للفصل في النزاع الذي يثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له لكن مفهوم اختصاصهما مقيد فمثلا يتعذر على أغلب مستثمري الدول النامية من اللجوء إلى محكمة التحكيم الدائمة إذا لم تكن دولته طرفا في اتفاقية مؤتمر السلام الدولي الثانية لعام 1907 لذا ليس لها جدوى إلا على دول الأعضاء فيها فقط، وهو نفس الحال بالنسبة لمحكمة الاستثمار العربية (المؤقتة) التي اشترطت أن يكون أطراف النزاع له خصوصية عربية، دولة عربية عضوة في اتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية لعام 1980 ومستثمر طبيعي أو معنوي ينتمي بجنسيته إحدى هذه الدول الأعضاء وكذا رأس المال عربي خالصا بشكل مباشر أو غير مباشر.

ولقد تعالت الاقتراحات من قبل الكثيرين نحو توسيع الاختصاص هذه المحاكم لتشمل كافة الاستثمارات بغض النظر عن جنسية أطرافه أو أعضائه ونحن نؤيد هذا الاقتراح حتى تتمكن المحكمة من حسم جميع النزاعات التي ترفع لها الناشئة بين مستثمر عربي ودولة أجنبية والعكس، وهو أمر منطقي لأن معظم المستثمرين الذي يستثمرون في الدول العربية ليسوا عرب بل من الغرب سواء من دول أوروبا أو أمريكا أو من آسيا والدليل قلة القضايا المطروحة على المحكمة العربية للاستثمار.

[1]- هند محمد مصطفى مصطفى، **المرجع السابق**، ص 118.

المطلب الثاني: الاختصاص النوعي للقضاء الوطني لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية

عندما تثار منازعة في أي نوع في عقود الاستثمار الدولي، فان أول نقطة تطرح هو تحديد جهة الاختصاص القضائي هذا الأخير الذي يعد مسألة جوهرية في سير الدعوى القضائية و حلحلة النزاع .
والملاحظ أن مختلف التشريعات خولت سلطة ذلك للقضاء أصالة ما لم يكن هناك اتفاق بين أطراف العقد يقضي بخلاف ذلك، لكن في هذا السياق تطرح مسالة أخرى أكثر أهمية وهي مسالة ضبط الاختصاص النوعي إذا ما اتجه الأطراف إلى القضاء الوطني، أين نجد العديد من التشريعات تكرس أنماط مختلفة تخص بها منازعات عقود الاستثمار بصفة عامة ناهيك عن الدول التي تكرس نظام الازدواجية القضائية على غرار المشرع الجزائري، وهذا راجع إلى خصوصية هذه العقود القانونية التي تبرم بين طرفين-الدولة أو احد أجهزتها، ومستثمر أجنبي- ينتمي كل منهما الى نظام قانوني مختلف عن الطرف الأخر وهذا ما أثار تباين في الآراء الفقهية حول طبيعتها، بالإضافة لأهميتها للاقتصاد الوطني وعليه سنبين من خلال هذا المطلب، خصوصية عقود الاستثمار الدولية(الفرع الأول) ثم أنماط الاختصاص النوعي للقضاء الوطني لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية في التشريع الوطني والمقارن (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: خصوصية عقود الاستثمار الدولية

دائما ما ترتبط عقود الاستثمار الدولية بالوضع الاقتصادي لأي دولة، هذا ما يجعلها من المسائل الحساسة الواجبة الدقة لتبصر بمفهومها (أولا) كونها تحتوي أبعاد فكرية وثقافية وسياسية عدى بعدها القانوني، أين يلاحظ تفاوت في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود والشعور المتبادل بان كل طرف هو الأضعف في العقد والذي يتعين حمايته، الأمر الذي دفع العديد من الدول المضيفة إلى الجدب وتسكينه وتوطينه في القانون الوطني وفي المقابل شد المستثمر إلى تدويله، ناهيك عن ما أفرزه من خلط في طبيعته من قبل البعض بينها- عقود الاستثمار الدولية- وبين عقود الدولة الأخرى أو بينها وبين عقود الاستثمار الأجنبي[1]، والأقرب أنها فكرة وصفية تنطبق عليها خصائص معينة، الأمر الذي يستوجب البحث عن طبيعة هذه العقود التي تقف على الحدود الفاصلة بين كل من القانون العام على اعتبارها عقود إدارية وبين القانون الخاص على اعتبارها عقود خاصة (ثانيا) .

---

[1]- لابد أن نشير في هذا الصدد أن مصطلح عقود الاستثمار الدولية تنصرف الى العقود التي تبرمها الدولة مع شخص خاص أجنبي في مجال الاستثمار، بمعنى أنه يمثل أحد عقود الدولة بمعناه الواسع ويشكل مرادف لمصطلح عقود التنمية الإقتصادية، وعقد الاستثمار الدولي وان كان يمثل الموضوع الأصيل لعقود الدولة، إلا أن عقود الدولة لا تقتصر على الاستثمار فقط فقد تتعاقد الدولة مع شخص طبيعي محامي، صحفي، خبير في مجال معين وهو مالا ينطبق عليه وصف عقد استثمار ومثال ذلك العقد الذي أبرمته الحكومة الكويتية عن طريق وكالة الأنباء الكويتية مع صحفي بريطاني: ينظر حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة الأولى سنة 2001، ص 164-165.

أولا: مفهوم عقود الاستثمار الدولية : عقود الاستثمار الدولية هي عقود مستحدثة وليدة تطورات أملتها ضرورات الحياة الاقتصادية لدفع عجلة النمو في معظم دول العالم، هذه الأخيرة التي اقترنت بمشاريع ذات علاقة بحركة البضائع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود، بمعنى تقرير صفة الدولية مرتبط بوجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية أو تعلق موضوع العقد بمصالح التجارة الدولية وانتقال قيم اقتصادية من دولة إلى أخرى وبالتالي تعددت أشكالها وأصنافها[1]، وعليه حتى نتمكن من استيعاب مفهوم هذه العقود لابد أن نبين تعريفها وأطرفها ثم أنواعها.

1- تعريف عقد الاستثمار الدولي: المستقرأ للعديد من التشريعات الوطنية ذات الصلة بموضوع الاستثمار والاتفاقيات الدولية يقف على حقيقة عدم التطرق لبيان المقصود بعقد الاستثمار الدولي وإنما أغلبيتها اكتفت بتبيان المقصود بالاستثمار بين موسع ومحدد[2].

وبالتالي لا يوجد عقد مسمى نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار ففكرة هذه العقود أقرب ما تكون فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة[3]، أوجدت لضرورات المصلحة العامة .

وقد حاول فقهاء القانون وضع تعريف لعقود الاستثمار الدولية على أنها كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد[4].

كما عرفها مجتمع القانون الدولي في عبارة " العقود التي تتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية"، وهو ما جاء كذلك في نفس نهج تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري c.u.n.d.l بأنها "عقود تقوم بترتيب علاقة تعاقدية ذات طابع تجاري" [5].

---

[1]- يعد المعيارين القانوني والاقتصادي هما أساس تحديد دولية العلاقة التعاقدية بصفة عامة أيا كانت طبيعة أطراف العلاقة فالمعيار القانوني يذهب أنصاره إلى أن دولية العقد تتحدد على أساس وجود عنصر أجنبي في العلاقة التعاقدية وسواء كان هذا الأخير عدد من العناصر الأجنبية كمحل الإقامة أو الجنسية ومحل التنفيذ او عنصر واحد طالما كان مؤثر، أما المعيار الاقتصادي فلا ينظر إلى مدى وجود العنصر الأجنبي بقدر ما يركز على مدى اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية، وهذا المعيار الأخير طغى على المعيار القانوني لقصوره.

[2]- كل تعريفات الاستثمار تدور حول عناصر معينة، وهي عاجزة عن إعطاء تعريف وافي نظرا لتعدد أشكال وأنواع الاستثمار وتطوره باستمرار ولعل أبرزها " أنها انتقال رؤوس الأموال أو الخبرات الفنية والإدارية عبر الحدود من أجل تحقيق مصلحة المستثمر التي تتمثل في تحقيق أكبر ربح ممكن ومصلحة البلد المضيف المتمثلة في إحداث إضافة اقتصادية تضاف إلى الثورة القومية لهذا البلد.

[3]- بشارمحمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، **مرجع سابق**، ص 11.

[4]-عصام الدين القصبي، **خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1993، ص10.

[5]-إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، **مجلة العلوم القانونية والشرعية**، كلية القانون جامعة الزاوية، العدد السابع 2015،ص 287 .

وتعرف على أنها العقود المبرمة بين المشروعات العامة الوطنية والشركات الأجنبية ويكون محلها إنشاء أو صيانة أو إدارة المرافق العامة للدولة أو جلب التقنية الحديثة لها"

كما عرفها المحكم ديبي في تحكيم قضيةTEXACO ضد الحكومة الليبية بأنها " عقود تنمية طويلة لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعا من التعاون بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي وتتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية للطرف المتعاقد مع الدولة في أعمالها لسيادتها التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهاؤه بإرادتها المنفردة"[1].

وفي هذا السياق يجب أن نشير أنه ليس كل عقد استثمار فهو دولي، وأن كل عقد استثمار أجنبي فهو عقد استثمار دولي، فعقد الاستثمار مفهومه اشمل يضم الجميع، صحيح أن اغلب عقود الاستثمار أحد أطرافه ما يكون الدولة المضيفة للاستثمار، لكن هذا لا يمنع أن يكون أحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين التابعة لجنسية الدولة المضيفة تبرم مثل هذه العقود مع المستثمر الأجنبي وذلك من أجل تنمية الدولة المضيفة اقتصاديا واجتماعيا وفي مختلف المجالات، بمعنى أن عقود الاستثمار ليست قاصرة على قيام الدولة المضيفة وحدها بأن تبرمها مع المستثمر الأجنبي بل يمكن لشخص طبيعي وليكن رجل أعمال بمفرده أو شركة إعتبارية ذات كيان قانوني مستقل عن الدولة يقوم أو تقوم بعمل مثل هذه العقود لنقل التكنولوجيا التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي والتقدم العلمي، ذلك لتنمية الاقتصاد الوطني والعمل على رفع تقدمها، فمثلا: لأي شركة وطنية أن تبرم عقد استثمار مع شركة أجنبية في مجال معين وليكن صناعة السيارات أو آلات صناعية أو زراعية وتكون الدولة ليست طرفا فيها، فهذا عقد استثمار لرأس مال أجنبي مشترك بين الشركيتين وطنية وأجنبية[2].

هذا من ناحية الطرف الأول وهو الدولة المضيفة كما أنه لا مانع أن يكون الطرف الثاني طرف الدولة المصدرة لرأس المال مقابل الدولة المضيفة الأخرى نفسها أو متمثلة في الحكومة أو هيئات تابعة لها، لا يشترط أن يكون شخصا خاص[3]. كما أن عقود الاستثمار بمفهومها العام قد لا تكون مع مستثمر أجنبي فقد تبرم الدولة أو أحد أجهزتها التابعة لها مع شخص عام أو خاص طبيعي أو معنوي وطني ويلتزم بمقتضاها هذا المستثمر المحلي باستغلال مشروعات تهدف لتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة .

وعليه من خلال هذه المفاهيم يمكن أن نقول أن عقد الاستثمار الدولي هو عقد يحتوي على خصائص معينة نوردها فيما يلي[4]:

1- إبراهيم محمد القعود، **المرجع السابق**، ص 288 .

2-أحمد المصطفى محمد صالح الصادق، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة)**، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة شندي، السودان، سنة 2012، ص 116.

3- **المرجع نفسه**، ص 117.

4- إبراهيم محمد القعود، **المرجع السابق**، ص 288-289.

أ- وجوب أن تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها طرفا في هذا العقد، بمفهوم المخالفة لا تعتبر العقود التي تبرم بين الجهات الخاصة أو الأفراد التابعين لأكثر من دولة من عقود الاستثمار الدولية .

ب- الطرف الثاني في العقد يتعين أن يكون أجنبيا لدولة كانت أو أشخاصا طبيعيين كانوا معنويين ولذلك لا تتمتع العقود التي تبرم بين الدولة والجهات والأشخاص الوطنية بالصفة الدولية، بل تعد عقود إدارية داخلية .

ت-محل العقد يجب أن يكون مرفقا عاما سواء بمفهومه الشكلي "تبعية المرفق للإدارة ممثلة في الدولة أو أحد أجهزتها العامة" أو بمفهومه العضوي وهو تحقيق المصلحة العامة من وراء هذا المرفق ".

ث- الهدف من العقد هو إنشاء أو صيانة أو إدارة مرافق عامة، وكذا توريد سلع أو خدمات أو تكنولوجيا لهذه المرافق .

ج-تخضع عقود الاستثمار الدولية في إبرام لنظام التفاوض والاتفاق المباشر بين الدولة والمستثمر الأجنبي أيا كانت صفته وذلك خروجا عن القواعد العامة في إبرام العقود الإدارية نظام المناقصات والممارسات والتكليف المباشر.

2- **أطراف عقد الاستثمار الدولي:** تبرم عقود الاستثمار الدولية كأي عقد أخر بتلاقي إرادتين بقصد أحداث أثر قانوني معين، ويعتبر المتعاقدين أحد أركان العقد الذي لا يتصور وجوده أو انعقاده دونهم[1].

والملاحظ من خلال تعريف عقود الاستثمار الدولية أعلاه، أن هذه العقود تتميز بحقيقة مهمة، ألا وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها وذلك عندما يكون أحد أطراف العقد هو شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو الدولي وهو ما يتمثل في الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها في حين الطرف الثاني يكون غالبا شخصا أجنبيا طبيعي أو معنوي، لا يتمتع على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية التي ربما تفوق ميزانية دول بأية سيادة أو ميزة وهو ما يتمثل في المستثمر الأجنبي[2].

وعليه عقد الاستثمار الدولي يتضمن طرفين رئيسيين :

أ- الدولة أو أحد أجهزتها التابعة لها كطرف أول: قد تبرم الدولة من خلال سعيها في تحقيق التنمية الاقتصادية إلى إبرام العديد من عقود الاستثمارية وفق أسلوبين:

- أسلوب مباشر عن طريق من يمثلها سواء كان رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو وزير الاستثمار أو أحد الوزراء المفوضين لإبرامها.

---

[1]- وائل صلاح الدين محمد الأمين، **عقود الاستثمار الدولة ومنازعاته**ا، بحث تكميلي لنيل درجة ماجستير في القانون، جامعة الخرطوم، السودان، سنة 2006، ص 16.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 116-17.

- أسلوب غير مباشر عن طريق إحدى المؤسسات او الهيئات العامة التابعة له[1].

الملاحظ ان صفة عقود الاستثمار الدولي ليست قاصرة على العقود التي تبرمها الدولة بشكل مباشر ولكنها تمتد أيضا للعقود التي تبرمها بواسطة الأجهزة التابعة لها .

ولما كان الأمر في أن قيام الدولة بإبرام عقود الاستثمار بشكل مباشر عن طريق الحكومة لا يثير أي صعوبة، كون الدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي لها الحق في أن تبرم مثل هذه العقود، بينما تثار الصعوبة عندما يكون الطرف الذي أبرم عقد الاستثمار مؤسسة أو هيئة هامة تتمتع بشخصية المعنوية وذمة مالية مستقلة عن الدولة، وفي ذات الوقت تتميز بعلاقة تبعية للدولة(تابعة للدولة) فهل تعتبر الدولة طرفا في هذا العقد؟.

للإجابة على هذا التساؤل نرجع فيه لأحكام القضاء والفقه أين وضعوا معيارين أساسين يمكن اللجوء إليهما لتحديد أثار العقد التي تبرمها هيئة عامة أو مؤسسة تابعة للدولة في ما يلي[2]:

1)- المعيار القانوني: يذهب هذا الاتجاه أن الدولة لا تكون طرف في العقد المبرم بواسطة المؤسسات أو الهيئات العامة وبالتالي لا يمكن الرجوع عليها وتنتفي مسؤوليتها، بيد أنه يضع شرطين أساسين أولهما الاستقلالية القانونية ويقصد بها تمتع المؤسسة أو الهيئة الحكومية باستقلاليتها عن الدولة وتمتعها بالشخصية المعنوية في تحمل الحقوق والواجبات ولها ميزانيتها المالية الخاصة، وثانيها التوقيع المادي للعقد وهو إثبات أن واقعة إبرام العقد كان بتوقيع هذه الهيئة أو المؤسسة العمومية.

وتجد الإشارة أن هذا المعيار يمتاز بتحقيق الاستقرار القانوني في الروابط التعاقدية، أين يعرف كل طرف مقدما من سيكون ملتزما أمامه بتنفيذ العقد والآثار المترتبة عليه، وقد أخذ بهذا المعيار العديد من أحكام التحكيم منها على سبيل المثال قضية هضبة الأهرام[3].

لكن ما يعيب هذا المعيار في نظر بعض الفقهاء، إنه تضيق فيه مساحة الضمان والأمان للمستثمر، والمعلوم أن المستثمر جبان يحتاج إلى ضمان ورؤوس أمواله وتحقيق الربح كما أنه لا يؤدي إلى إشباع رغبة الدولة في تحقيق هدفها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية [4].

2)- المعيار الاقتصادي: يرى أنصار هذا التوجه أن تمتع المؤسسات العمومية والهيئات العامة بالشخصية القانونية يجب ألا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد ووقعت عليه ماديا تقوم بتطبيق وتنفيذ سياسات مرسومة سلفا من

---

[1]- وائل صلاح الدين محمد الأمين، **المرجع السابق**، ص 20.

[2]- أحمد المصطفى محمد صالح الصادق، **المرجع السابق**، ص121.

[3]- صالح أحمد المصطفى محمد، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، **مجلة العدل**، السودان، المجلد رقم 17 عدد 44، سنة 2015، ص 241.

[4]- **المرجع نفسه**، ص 241-242.

قبل الدولة التي تنتمي إليها وتمثل مصالحها العامة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية على الرغم من تمتعها بالشخصية المستقلة عن الدولة إلا أن هذه المؤسسات أو الهيئات العامة في حالة تبعية للدولة تمارس الأخيرة عليها الرقابة والإشراف والتوجيه سواء فيما يتعلق برأس مالها أو إدارتها أو بالأعمال التي تقوم بها، حيث يصعب فصلها عن الدولة في هذه الحالات[1].

يمتاز هذا المعيار بأنه تتسع فيه مساحة الأمان والضمان للمستثمر، كما انه يتم تحديد صفة الطرف المقابل للمستثمر على أساس وظيفي يتحرى فيه حقيقة الواقع الاقتصادي للعملية التعاقدية في مجملها وبالتالي النظر خارج الوثيقة العقدية لتحديد من يعد طرفا ومن يعد من الغير، ولقد أخذ بها المعيار العديد من أحكام التحكيم، كالحكم الصادر عن هيئة تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم في القضية رقم 94/51 وذلك بشأن نزاع بين إحدى شركات المقاولات الإفريقية ووزير الإسكان وجهاز حكومي إفريقي خاص بالصرف الصحي[2].

ونضم صوتنا للعديد من الباحثين في تغليبهم هذا المعيار على المعيار القانوني، كون هذه المؤسسات والهيئات لا يتعد عملها ما تقرره لها سياسة الدولة التي تتبعها، هذه الأخيرة التي وجدت لخدمة المصلحة الاقتصادية العامة، بالإضافة أنه عامل لاستقطاب رؤوس الأموال لما يعد ضمانة إجرائية للمستثمر في إمكانيته توسيع دائرة الرجوع على الدولة عند نشوب أي نزاع ينشأ بينه وبين المؤسسة أو الهيئة الحكومية التابعة للدولة.

ب-المستثمر الأجنبي كطرف ثاني: ويستوي أن يكون هذا الطرف أجنبي، واصطلاح الأجنبي يقصد به في القانون الدولي الخاص بالنسبة لدولة ما كل من لا يحمل جنسيتها وهذا التعريف السالب لتحديد من هو الأجنبي يشمل بشكل عام الأجانب الطبيعيين أو الاعتباريين، سواء كان المنتمي منهم منتميا الى جنسية دولة معينة أو أن يكون مجردا من الجنسية، وسواءا كان الأجنبي عابرا أم مقيما او متوطن في اقليم الدولة، أما الجنسية فيعرفها الفقه أنها رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة[3].

ومن المستقر عليه أن هذا المستثمر الأجنبي قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وقد عرف أحد الفقهاء المستثمر الأجنبي بأنه شخص غير وطني (طبيعي أو إعتباري) يوظف أمواله وخبراته في مشروع اقتصادي بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقا لقانون الدولة المضيفة له"، كما اشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965 لانعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرا

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، **المرجع السابق**،ص 100.

[2]- يراجع القضية في: محي الدين إسماعيل علم الذين، **احكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي من ل1984 -2000**، دون دار نشر، طبعة أولى، سنة 2000، ص100.

[3]- فؤاد محمد محمد ابو طالب، **التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام : دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى، سنة 2010، ص 92-93.

أجنبيا ينتمي لدولة أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية سواءا كان المستثمر شخصا طبيعيا أم شخصا إعتباريا[1].

وقد عبرت نص المادة 2/25 من الاتفاقية " أنه يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى مايلي:

- كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع..."
- كل شخص معنوي يحمل جنسية أحدى الدولة المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع...".

ونخلص إلا أنه لا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار الدولية كون المتعاقد مع الدولة شخص طبيعي أو معنوي مادام العقد يتعلق بتحقيق التنمية المنشودة لهذه الدولة، وأن الضابط في تحديد أجنبية هذا المتعاقد هو الجنسية التي يتمتع بها[2].

3- **أنواع عقود الاستثمار الدولية:** تتنوع العقود التي تبرمها الدولة مع أصحاب رؤوس الأموال، بهدف الاستثمار في إقليمها، هذه الأخيرة التي لا يمكن حصرها في أنواع أو نماذج معينة، أين نجد الدول اليوم تبرمها حسب حاجتها لتنفيذ خططها التنموية والاقتصادية.

ولعل أهم نماذج هذه العقود وأكثرها شيوعا عقود البترول(أ) عقود التعاون الصناعي(ب) وعقود الأشغال العامة الدولية(ج)، والتي سوف نتطرق إليها بإيجاز بما يخدم موضوع الدراسة في ما يلي:

أ- عقود البترول: يعد النفط اليوم سلعة إستراتيجية للدولة المنتجة له، ولقد ازدادت أهميته يوما بعد يوم منذ اكتشافه، اذ يعد من أهم الوسائل المساعدة على الرخاء الإقتصادي وأداة مهمة لتحقيق السيادة والوحدة الوطنية[3].

ويعد عقد البترول من العقود الغير العادية التي لا تنصب على عملية واحدة وتنقضي، بل تتضمن عدة عمليات وعقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى والغالب أن يكون هذا الطرف الثاني من الشركات الكبرى المتخصصة والتابعة لإحدى الدولة الصناعية المستهلكة للطاقة والتي تملك من الأموال والخبرة التكنولوجية ما يمكنها الدخول في هذا الميدان[4].

ولقد تعددت العلاقات التعاقدية في هذا المجال ويمكن تقسيمها الى عقود تقليدية (عقود الامتياز) وعقود حديثة (عقود المشاركة وعقود المقاولة) وفيما يلي سيتم عرض أنواع العقود البترولية:

1- ميمون خراط، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص: دراسة تحليلية، **مجلة العلوم القانونية**، المغرب، عدد1 سنة 2013 ص 100.

2- **المرجع نفسه**، ص 102.

3- الشمري ثامر ياسين، **الطبيعة القانونية لعقود استثمار النفط**، رسالة لنيل درجة الماجستير كلية الحقوق، جامعة الاسراء الخاصة الأردن سنة 2015، ص 8.

4- **المرجع نفسه**، ص 10.

1/- عقد الإمتياز البترولي: تعد أول العقود البترولية التي كانت تبرم بين الدولة المنتجة والشركات البترولية الأجنبية بقصد استثمار البترول، إلا أنها كانت تتميز ببعض الخصائص التي تمس بالسيادة الوطنية، كون اغلب الدول المنتجة وخاصة الدول العالم الثالث التي تملك هذه المادة، كانت تخضع للدول الأروبية سياسيا واقتصاديا وذلك من خلال شركاتها الاحتكارية.

ويعرف عقد الامتياز البترولي بأنه التصرف الذي بواسطته تمنح الدولة لمشروع أجنبي حقا خالصا له وقاصرا عليه في البحث في إقليمها عن البترول واستخدامه واستغلاله وذلك خلال مدة زمنية محددة اذ يخول الامتياز للمستفيد حقا في ملكية المواد المستخرجة من الأرض وما ينجم عن حق الملكية من القدرة على التصرف فيها دون قيود[1].

ولقد اتسعت هذه العقود في صورتها التقليدية في فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية واتصفت بالاجحاف والاحتكار اذ تحقق فوائد كبيرة لجانب واحد وهو المستثمر مقابل فوائد ضئيلة لدولة المنتجة كون هذه الدول كانت عاجزة عن وضع إطار قانوني تمارس عليه وخلاله الشركات الأجنبية نشاطها بدون قيود بل كانت هذه الأخيرة – الشركات الأجنبية- تفرض على الدول المنتجة شروطها، لكن بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وتغير الظروف السياسة والاقتصادية والاجتماعية للدول، عرفت بعض من الدول المنتجة لهذه المادة استقلاها من الاحتلال الواقع عليها، والاتجاه لمعرفة قيمة هذه الثروة ومراجعة عقودها مع هذه الشركات بما يحقق مصالح جميع الأطراف المتعاقدة.

2/- عقود المشاركة: يقصد بعقود المشاركة قيام الدولة المنتجة للنفط بالاشتراك بجزء من رأس مال الشركة التي تقوم باستثمار النفط فتصبح هذه الدولة مساهمة في هذه الشركة، ويكون لها ممارسة أعباء ومسؤوليات الإدارة، كما أن تملّكها لجزء من هذه المؤسسة يصبح له أثر من إدارة وتوجيه هذه المؤسسة المستثمرة للنفط، و ما ساعد على إبراز مبدأ المشاركة في عقود البترول إقدام الدول المنتجة على إنشاء مؤسسات نفطية عامة، ويتخذ عقد المشاركة إحدى الصور الثلاثة[2]:

- إما أن يمنح امتياز البترول في منطقته المحددة وشروطه المعهودة وذلك لكل من المؤسسة الوطنية المولجة قطاع النفط والشركة الأجنبية صاحبة الامتياز معا بحق النصف لكل منهما.
- وإما أن يمنح الإمتياز أصلا إلى المؤسسة الوطنية للنفط، وتقوم هي بإشراك الشركة الأجنبية المعينة معها حق النصف .
- أو أن يمنح الإمتياز للشركة الأجنبية على أن تتعهد هذه الأخيرة بأن تؤسس بعد اكتشاف الكميات التجارية، شركة يكون للمؤسسة الحكومية نصف أسهمها أو أقل أو أكثر وذلك حسب الاتفاق.

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، **المرجع السابق**، ص 175.

[2]- سراج حسين محمد أبو زيد، **التحكيم في عقود البترول**، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى سنة 200، ص 17-18.

وتحقق عقود المشاركة العديد من المزايا للطرفين فهي تسمح للدولة المضيفة بالسيطرة على مصادر ثرواتها الوطنية عن طريق ما تمارسه من رقابة داخلية على المشروع كما تحقق الشركات الأجنبية نوعا من الاستقرار والاطمئنان في علاقتها مع الدولة المنتجة[1].

3/- عقود المقاولة: يتمثل هذا العقد في جعل الشركة الأجنبية مجرد مقاول، يعمل لحساب الشركة الوطنية، حيث تقوم الشركة الأجنبية بعمليات البحث والتنقيب على نفقتها، وعندما تعثر على النفط بالكميات الكافية للاستغلال التجاري تعتبر هذه النفقات قروضا دون فائدة، أما في مرحلة تطوير حقول النفط فإن نفقاتها تكون عبارة عن دين بفائدة وفي مقابل ذلك يمكن للشركة الأجنبية شراء نسبة من النفط بأسعار خاصة ونتيجة هذا النوع من العقود تبقى الدولة المنتجة هي المالك الوحيد للنفط المنتج ولكافة الأصول الثابتة والمنقولة[2] كما أن من ميزات هذه العقود هو قصر مدتها مقارنة بعقود الامتياز.

ب- **عقود التعاون الصناعي:** تعتبر هذه العقود من العقود الحديثة نسبيا، حيث ترجع نشأتها إلى أوائل الستينات من القرن الماضي، وذلك إبان التطور والتحول التكنولوجي الهائل الذي يشهده العالم والحاجة إلى نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية بهدف تضييق الفجوة العميقة في التقدم الإقتصادي والصناعي والفني بين الدول المتقدمة من جانب والدول الأقل نمو من جانب أخر[3].

ويعرفها البعض أنها صورة خاصة للتعاون الإقتصادي الدولي تتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفاعلية في استخدام الظروف التكنولوجية بزيادة التخصص والتعاون في الإنتاج والبحث والتطوير من أجل تحقيق الأثار الاقتصادية المستهدفة[4].

ويتضمن عقود التعاون الصناعي صور متعددة من العقود تهدف إلى تحقيق التقدم التكنولوجي والصناعي نعددها وفق مايلي:

1/- عقود نقل التكنولوجيا: هي عملية أو عمليات نقل معرفة فنية من مكان إلى أخر مع إجراء بعض التعديلات عليها أو نقلها لقابلة احتياجات محددة وتتم في شكل مشروع أو إنتاج مرخص به أو اقتراض تكنيك مع استيراد محدد للآلات والخبراء والمستشارين والمواد وما شابه، وتكييف ذلك مع الظروف المحلية أو التطابق والنمو للعوامل التي تولد أو تنشئ تكنولوجيا مناسبة للبلد أو المكان الذي يتم نقلها إليه وتكون أشمل وتتعلق بالعوامل التي تساعد الدول النامية على التحرر التكنولوجي[5].

---

[1]- ميمون خراط، **المرجع السابق**، ص 113.

[2]- الشمري ثامر ياسين، **المرجع السابق**، ص 19.

[3]- ميمون خراط، **المرجع السابق**، ص 114

[4]-**نفس المرجع**، 114-115.

[5]- ثامر اسماعيل حسين، **النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا: دراسة مقارنة**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أل البيت الأردن، سنة2015، ص 11.

2/- عقود المساعدة الفنية:يقصد بعقد المساعدة الفنية ذلك الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية بتقديم المساعدة الإيجابية والخدمات الضرورية وذلك للأخذ بيد المتلقي لها حتى يبدأ السير على الطريق السليم المرجو من عقد نقل التكنولوجيا.

أي تتضمن هذه العقود التزام بتوفير العمالة الفنية والخبراء لتدريب العمالة المحلية على طريقة التشغيل السليمة للمنشأة الصناعية، بالإضافة إلى التزام الشركة بالمساعدة على التشغيل في فترة محددة من مرحلة البدء في تشغيل المنشاة وتكون هي المسئولة على التشغيل[1].

3/-عقود تسليم المفتاح: هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي في إحدى المشروعات الكبرى بإعداد التصاميم وتوريد كافة المواد الخام والمعدات والأجهزة اللازمة لعملية التشييد والبناء وكل الأعمال الأخرى سواء كانت كهربائية أو ميكانيكية أو خلافها والقيام بتسليمها في صورتها النهائية للدولة المتعاقدة أو الجهة المعينة وتكون جاهزة للتشغيل فور التسليم[2].

وتتخذ عقود تسليم المفتاح أنواع متعددة اذ نجد عقد تسليم المفتاح الجزئي أو البسيط وبمقتضاه يلتزم الطرف الأجنبي بتسليم مصنع متكامل من آلات وبراءات الاختراع وعلامات تجارية أو صناعية بالإضافة إلى الدراسات والطرق المعدة مسبقا، كما نجد عقد تسليم المفتاح الثقيل أو الشامل وبمقتضاه يلتزم الطرف الأجنبي بالإضافة إلى تسليم المصنع والمساعدة الفنية أيضا بتدريب العمالة المحلية فنيا وتقديم المساعدة وتشغيل المصنع[3].

4/- عقود تسليم المنتج في اليد: هو التزام الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة لتشغيل المنشأة وقيادتها فنيا وصناعيا خلال فترة محددة سلفا متفق عليها، على شرط رفع كفاءة العمالة المحلية لدرجة فنية كبيرة تمكنها من استيعاب وتشغيل التكنولوجيا المركبة واستخدامها على الإنتاج النهائي المرجو من هذه التكنولوجيا[4].

ج- عقود الأشغال العامة الدولية : "هي العقود التي تبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي بهدف إنجاز أعمال من طبيعة عقارية، وفقا لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا والأموال من دولة إلى أخرى"[5].

وتأخذ هذه العقود صور عديدة من أهمها عقود تسليم المفتاح، وكذا عقود البناء والتشغيل والتحويل أو البوت (B O T) وتعتبر هذه الأخيرة من العقود الحديثة نسبيا في ميدان المعاملات

---

[1]- ميمون خراط، **المرجع السابق**، ص 116.

[2]- وائل صلاح الدين محمد الأمين، **المرجع السابق**، ص 54.

[3]- سميحة القليوبي، **مدى جدوى تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشان تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا**، دار النهضة العربية القاهرة 2002، ص 315.

[4]- **المرجع نفسه**، ص 316.

[5]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، **المرجع السابق**، ص61.

الاقتصادية وقد بدأ الاهتمام بهذه العقود في إطار التغيير الذي يشهده العالم في دور الدولة في ظل التغيرات الاقتصادية الجديدة إذ أصبحت الحكومات معنية أساسا بالرقابة والضوابط من خلال النظم الإدارية والتشريعية لحماية المصالح الاقتصادية للمجتمع .

ويقصد بعقود البوت تللك المشروعات التي تقوم الشركة الأجنبية بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، حيث تبرم الجهة الحكومية عقدا مع المستثمر لتمويل أو تشييد مرفق من مرافق البنية الأساسية مثل إنشاء مطار أو محطة كهربائية لحساب الجهة الحكومية على أن يكون لهذا المستثمر الحق في تشغيل المرفق على أساس تجاري وتحصيل أرباح التشغيل لحسابه فترة معينة، تنتقل فيها بعد ذلك أصول المرفق ومسؤولية إدارته إلى السلطة المتعاقدة فملكية أصول المشروع تظل للجهة الحكومية أو الدولة[1].

وتلجأ الدولة الى تمويل مشروعاتها العامة عن طريق اتفاقيات عقد البوت في مجالات متعدد منها مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية، المجمعات الصناعية، تنمية واستغلال الأراضي المملوكة للدولة .

ولقد أفرز التعامل عن صور عديدة لهذه العقود لعل أهمها[2]:

- عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T
- عقود البناء والتملك والتشغيل B.O.O
- عقودالبناء والإيجار ونقل الملكية B.L.T
- عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيلD.B.F.O

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية : تعد مسالة تحديد التكييف القانوني لعقود الاستثمار الدولي من أصعب المسائل وأدقها على الإطلاق، فالمتطرق لهذا الموضوع يجد غياب التنظيم القانوني لهده العقود لا في التشريعات الوطنية ولا الدولية الأمر الذي أصبحت موضوعا فقهيا بدرجة أكبر يجتهد فيها الفقهاء لإيجاد شرح لطبيعة هذه العقود، خاصة أمام تعدد أنواعها وموضوعاتها وأساليبها التعاقدية الأمر الذي انقسموا فيه إلى عدة اتجاهات، الاتجاه الأول يرى أن عقود الاستثمار الدولية ماهية إلا تصرف قانوني مرده إلى الاتفاقيات الدولية، وهناك اتجاه أخر يضفي عليها معنى العقد الإداري بمعناه الفني الدقيق ويخضعها لقواعد وأحكام القانون الإداري أما الاتجاه الأخير فيرى أنها تدخل في نطاق العقود الخاصة بمعنى تخضع لأحكام القانون الخاص.

1- عقود الاستثمار الدولي هي اتفاقيات دولية : ذهب أنصار هذا الاتجاه الفقهي إلى اعتبار عقود الاستثمار الدولي ماهي إلا نتاج اتفاقيات تعقدها الدول، وهذا بقصد إخضاعها لقواعد القانون الدولي

---

[1]- الدوري حسين محمد، الطبيعة القانونية والإطار التنظيمي لعقود الإستثمار الدولي، **بحث مقدم في ندوة عقود الإستثمار الدولية (B O T) ومنازعاتها**، المنظمة العربية للتنمية الإدارية،عمان، ابريل 2008، ص 04.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 14 ومابعدها.

العام واقصائها عن سلطان النظم الداخلية بزعم توفير الحماية للمستثمر الأجنبي الذي يكون دائم المواجهة مع سلطة حكومية سيادية يخشى ان تضيع فيها بعض حقوقه[1].

وقد استند هذا الراي على عدة أسانيد لتبرير وجهة نظره نبينها وفق مايلي:

- لا تختلف عقود الاستثمار الدولية عن الاتفاقيات الدولية، من حيث كونها اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها لغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة[2].
- عقود الاستثمار الدولية تبرم في صورة اتفاقية دولية يكون أحد أطرافها شخصا قانونيا دوليا مثل الاتفاق الدولي تماما وتنشئ أثارا على عاتق الدولة المتعاقدة ويكون الاختصاص في فض المنازعات الناشئة عنها مسند إلى هيئات دولية متمثلة في التحكيم الدولي وغالبا ما تستبعد القوانين الداخلية من التطبيق على المنازعات الناشئة عن هذه العقود [3].
- ويرى أنصار هذا الاتجاه أن هذا الوصف يمكّن من تحقيق نوع من المساواة بين طرفي العلاقة الاستثمارية باعتبار أن الدولة المضيفة طرف مهيمن لما يتمتع بسلطة وسيادة لا يتمتع بها المستثمر الأجنبي رغم ملاءته المالية، فتكييف هذه العلاقة التعاقدية على أنها اتفاقية دولية تحكمها قواعد القانون الدولي العام يضمن للطرف الخاص الأجنبي حماية أكيدة فعالة، فمن جهة يوسع مساحة الضمان والأمان في إمكانية تمسك المستثمر بقواعد القانون الدولي العام ومساءلة الدولة عن لكل إجراء قد يضر به.
- عقود الاستثمار الدولية هي عقود تنمية لا تقوم بها إلا الدولة من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبرمها مع أطراف دولية أخرى، كما أن تدويل العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي لا يعني بالضرورة تمتع باختصاصات مماثلة لاختصاصات الدولة ولكن هذه المساواة بين العقد والاتفاقية هي بهدف الاعتراف بتمتعه بأهلية دولية من نوع خاص تمكنه من التصرف على مستوى الدفاع عن حقوقه واعتبر وأن صفة الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي لا تخوله الدفاع عن حقوقه المستمدة من العقد[4].

بيد أنه على الرغم من وجاهة هذه العناصر التي تحجج بها هذا الاتجاه الفقهي في تبرير أن عقود الاستثمار الدولية ماهي الا اتفاقيات دولية، إلا أنه طالته العديد من الانتقادات لعل أهمها:

---

[1]- إبراهيم محمد القعود، **المرجع السابق**، ص300

[2]- **المرجع نفسه**،ص 300.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 300.

[4]- عطار نسيمة، **النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر قايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2018، ص 150.

- أن عقد الاستثمار الدولي وأن كان غرضه التنمية وأن أحد أطرافه شخص قانوني دولي لا يخرجه من فئة العقود الدولية، بل تبقى الصفة العقدية هي الأساس في تحديد طبيعة هذه العقود[1].
- علاوة على ذلك أن وصف الاتفاقية الدولية ينطبق فقط على التصرفات المنعقدة بين أشخاص القانون الدولي العام، وذلك وفقا لأحكامه أما العلاقة الاستثمارية فأنها تتم بين شخص من أشخاص القانون الدولي العام وطرف خاص أجنبي، الأمر الذي يفقدها صفة الاتفاقية الدولية .
- كما أن لهذا التوجه سبب خفي ظاهره حماية الطرف الضعيف (المستثمر) وتوسيع دائرة الحماية وباطنه، الهروب من سلطان قانون الدولة الوطني وتجاوز تمسك الدولة بقانونها.

2- **عقد الاستثمار الدولي عقد إداري:** ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن عقود الاستثمار الدولية أو الأنشطة الاقتصادية التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها الحكومية التابعة لها وذلك بحسب طبيعة النشاط الذي تقوم به سواء كان صناعة أو زراعة أو نفط أم تجارة ام أدوية ... الخ تقوم بذلك بناء على قوانين الاستثمار والتشريعات الوطنية وبموجب إشراف الهيئة العامة للاستثمار تعد هذه العقود عقود إدارية وإذا كانت هذه العقود بحسب مظهرها الخارجي أنها عقود خاصة، ويكون الاختصاص بشأن منازعاتها للقضاء الخاص أو لجهات التحكيم والتي ينص عليها في عقد الاستثمار فعلى الرغم من تميز هذه العقود بهذه الميزات فلا يمنع من وصفها بالعقود الإدارية وتطبيق قانون الإداري عليها[2].

وقد ساق أصحاب هذا الرأي العديد من الحجج لتبرير وجهة نظرهم نلخصها فيما يلي:

- تتمتع الدولة في هذا النوع من العقود بالصفة السيادية والتي تعد أهم مبادئ القانون الدولي المعاصر، على اعتبار أن الدولة لها الحق في السيادة على ثرواتها الطبيعية واستغلالها بالطريقة التي تحقق لها التنمية في مجالات الحياة المختلفة .
- وجود شخص معنوي عام الدولة أو أحد أجهزتها التابعة لها طرفا في العقد والقائمة على النشاط الاقتصادي وهو أهم مميزات العقد الإداري الدولي.
- عقود الاستثمار الدولية هي عقود تنمية بالدرجة الأولى تهدف الدولة من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة أو تسيير مرفق عام أحد أهم معايير العقد الإداري.
- احتواء العقد شروط استثنائية الغير مألوفة في عقود القانون الخاص، فالدولة باعتبارها ذات سيادة تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها المتعاقد مع الدولة، تتمثل في ممارسة نفوذها

---

[1]- إبراهيم محمد القعود، **المرجع السابق**، ص 301.

[2]- عالية يونس الدباغ، وسن مقداد، عقد الاستثمار، **مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية**، المجلد16، العدد2شباط 2009 ص367.

على مستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية وهذا يقودنا إلى مسمى اختلاف المراكز القانونية في العقد، فيقوم المستثمر هو كذلك لتأمين نفسه بالعديد من الضمانات القانونية بقدر كاف من احتمال تضيع حقوقه أو إخلال التوازن التعاقدي والتي تجبره إلى تضمين شروط تعاقدية كاختيار القانون الواجب التطبيق، أو اختيار التحكيم كوسيلة محايدة بدلا عن القضاء الوطني، شرط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي...الخ

وبالرغم من وجاهة ما أستند إليه أصحاب هذا الرأي بأن عقود الاستثمار الدولية هي عقود إدارية إلا أنه وجه لهم العديد من الانتقادات، حيث انطلقوا من خلفيات اقتصادية وليست قانونية، وعالجوا هذه العقود من زاوية أهدافها الاقتصادية، وهذا راجع أن جلهم ينتمي إلى الدول النامية التي تسعى إلى التنمية الاقتصادية وتحقيق نمو اقتصادي من وراء إبرام هذه العقود، كما أن صفة السيادة للدولة التي بنى عليها أصحاب هذا الرأي فكرهم هو مجرد غطاء للضغط على الدولة المضيفة، بل تتميز العديد من هذه العقود بالتساوي في المراكز القانونية بين أطرافها، وبالتالي تنتفي فكرة السيادة ولا تعد أساسا يميز هذه العقود واعتبارها عقود إدارية بالإضافة إلى أن معظم المستثمرين في عقود الاستثمار الدولية احتكاريين مما يعطيهم مراكز قوة في العقد وهو الأمر الذي يحقق المساواة الاقتصادية بينهم وبين الدولة [1].

إضافة على ذلك أن إضفاء صفة العقود الإدارية على تلك العقود يتطلب بالضرورة وجود قضاء إداري دولي للنظر في المنازعات التي تنشأ عنها، والواقع يثبت لنا أن هذا النوع من المنازعات عادة ما يكون الاختصاص فيه للتحكيم الدولي[2].

3- **عقود الاستثمار الدولية عقود مدنية** : يرى أنصار هذا الموقف أن عقود الاستثمار الدولي هي عقود خاصة تخضع لأحكام القانون المدني والتجاري، وذلك راجع لكون أن هذه العقود تختلف في مواصفاتها عن الخصائص المميزة للعقود الإدارية ويستند أنصار هذا الاتجاه على الحجج التالية:

- أن عقود الاستثمار الدولية لم تعد ترتبط بالمرافق العامة وتقديم الخدمات إنما أصبحت ذات طبيعة خاصة تنظمها مبادئ القانون الخاص والتي تستند على مبدأ الحرية الدولية للاتفاقات والعقود المشتقة من مبدأ سلطان الإرادة المتعارف عليه في القانون الخاص [3].
- عقود الاستثمار الدولي هي عقود تتخطى الحدود الجغرافية لإقليم الدولة، وغالبا ما تتعلق بمسائل التنمية والتجارة الدولية وتتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي وهي مواصفات يصدق عليها تكييف بأنها عقود تجارية دولية.

1- إبراهيم القعود، **المرجع السابق**، ص 302-303.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، **نظرية العقد الدولي بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، دونطبعة، سنة 1988، ص 92

3- إبراهيم القعود، **المرجع السابق**، ص303

- كما يرى أصحاب هذا الرأي أن الشروط الاستثنائية الغير مألوفة التي تضفي على العقد الصفة الإدارية تكون مقررة لصالح جهة الإدارة وليس للمتعاقد معها – المستثمر– كما في عقود الاستثمار الدولية .
- تميز عقود الاستثمار لدولي بقدر كبير من المرونة والعمل على الموازنة بين مصالح المستثمر ومصالح الدولة المضيفة عند أي نزاع وهذا ينتفي في العقود الإدارية، بل لفظ العقد الإداري يعتبر سبب في عزوف المستثمرين الأجانب واتخاذهم موقفا عدائيا تجاه السلطة العامة في الدولة المضيفة وذلك في عدم رغبتهم في المشاركة في هذا النوع من العقود خوفا على مصالحهم ومن المخاطر التشريعية والإدارية التي تظهر نتيجة تطبيق العقد الإداري[1].

بيد أن هذا الرأي كذلك وجه له نقد من قبل فقهاء القانون حيث أنه يعتريه النقص في تقديم تفسيرات لبعض مظاهر عقود الاستثمار الدولي التي تتمتع فيه الدولة بملامح السلطة العامة سعيا منها لتحقيق المصلحة العامة، زد على ذلك الاعتراف للدولة في هذه العقود ببعض امتيازات السلطة العامة [2].

الملاحظ بعد استعراضنا للآراء التي قيلت بشأن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولي واختلافها أن نجد رأي يقر بأنها عبارة عن اتفاقيات دولية، ورأي يرى أنها عقود إدارية ورأي ينكر ما جاءت به كل الفرق ويرى أنها عقود تدخل في دائرة القانون الخاص وما هي إلا عقود مدنية وتجارية، وعليه نرى التسليم بالطبيعة المختلطة لهذه العقود والتي تجمع بين خصائص القانون العام وخصائص القانون الخاص ونميل إلى أن عقود الاستثمار الدولي تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى طبيعة أطرافها وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة الضيفة الأمر الذي يستوجب الاعتراف لهذه العقود ببعض المبادئ العامة اللازمة لتحقيق الغرض المنشود من إبرامها بصرف النظر عما إذا كان يتوافر في العقد عناصر العقد الإداري من عدمه، فالطبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص وإنما تستمد الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة حيث أن ما تهدف إليه هذه العقود بشكل أساسي هو الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة مما يكسبها بعدا عاما يتمثل في الإرتباط في المجتمع أي أن هذه العقود لم تعد في مصلحة الأطراف وحسب وإنما في مصلحة المجتمع أيضا لذلك فإن إرادة الأطراف وقت توقيع العقد لم تعد العنصر الوحيد المهم بل هناك المصلحة العامة [3].

وعليه فعقود الاستثمار الدولي ليست عقود إدارية على إطلاقها وليست عقودا خاصة على إطلاقها وليس من السهل تغليب طرف على طرف وإنما يرجع الى تكييفها حسب كل عقد في ضوء شروطه

---

[1]– عالية يونس الدباغ، وسن مقداد، **المرجع السابق**، ص367.

[2]– عطار نسيمة، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، **المرجع السابق**، ص149.

[3]– عالية يونس الدباغ، وسن مقداد، **المرجع السابق**، ص369.

وعناصره وظروفه وما إذا كان من الأنشطة المرتبطة بسيادة الدولة أو الأنشطة الأخرى ذات صبغة صناعية أو تجارية تديرها هي أو بواسطة أجهزتها التابعة لها.

الفرع الثاني: أنماط الاختصاص النوعي للقضاء الوطني لفض منازعات عقود الاستثمار

سعيا لجودة العملية القضائية في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية من حيث الانجاز المتقن لحل النزاعات في التطبيق السريع للدعاوى وإصدار أحكام موضوعية محايدة، وكضمان إجرائي لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، اتجهت معظم التشريعات الوطنية إلى القيام بإصلاحات قضائية تتماشى مع طموحات المستثمرين الأجانب، نحو إعمال مبدأ التخصص القضائي هذا المبدأ الذي لا يعد مستحدث بل إعماله حسب نظرنا لم يكن جاد إلا منذ وقت ليس ببعيد، خاصة في منازعات عقود الاستثمار التي أثير حول طبيعتها القانونية تباين كبير في الآراء الفقهية كما رأينا أعلاه .

هذا الأخير انعكس على فرض أنماط مختلفة في الاختصاص النوعي للقضاء الوطني بين مختلف التشريعات، فقد أنيط بعضها مهمة تسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية للمحاكم الإدارية خاصة بالنسبة للدول التي تعتمد الازدواجية القضائية مثل الجزائر، كما نرى أن المشرع الجزائري أفرد بعض المنازعات ذات الطبيعة الاقتصادية لمحاكم أقطاب (أولا) وهناك من قامت بإنشاء محاكم اقتصادية متخصصة كما الأمر في جمهورية مصر العربية (ثانيا).

أولا : الاختصاص النوعي للقضاء الوطني الجزائري في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية: تعتمد الدولة الجزائرية في نظامها القضائي على ازدواجية القضاء، فهي تفصل في نوعية المنازعات بين ما هو عادي أو إداري، غير أن ما يهمنا في هذا الشأن هو التعريف بمكانة منازعات عقود الاستثمار الدولية ضمن هذا النظام القضائي الجزائري، على اعتبار أن الأصل في حسم المنازعات يعود للقضاء الوطني مما يقودنا في هذه النقطة البحث عن القضاء المختص بحسم هذا النوع من المنازعات فيما يلي:

1- **خضوع منازعات عقود الاستثمار الدولية للمحاكم الإدارية:** تعود نشأة المحاكم الإدارية كجهات قضائية على مستوى النظام القضائي الجزائري إلى نص المادة الأولى من قانون 02/98 والتي تضمنت بأنه " تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية ". وبناءا على هذا تعتبر المحاكم الإدارية قاعدة تنظيم القضاء الإداري في الجزائر[1]، وهي الدرجة الأولى من درجات التقاضي على مستوى المنازعات الإدارية.

تختص هذه الجهات القضائية"المحاكم الإدارية" على وجه الخصوص بالنظر في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها وهذا

[1]- أنشأت االمحاكم الإدارية بمقتضى **قانون رقم 02/98** المؤرخ في30 ماي1998 ج. ر عدد 37، لتحل محل الغرف الإدارية التي كانت تابعة للمجالس القضائية، وبتاريخ 14 نوفمبر 1998 **صدر المرسوم التنفيذي رقم 98/356 المتضمن كيفيات تطبيق القانون رقم 02/98**والذي **أنشا محكمة إدارية تنصب عند توفر الظروف الضرورية لسيرها**.ج .ر عدد58 .

بموجب حكم قابل للاستئناف"[1]. اذ يتضح من هذا النص بأن المحاكم الإدارية تتمتع بالولاية العامة والاختصاص العام بنظر جميع القضايا التي تحتوي على الأطراف التالية: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، فتصدر على إثر ذلك أحكاما قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة كدرجة ثانية للقضاء الإداري.

الملاحظ على هذه المادة أنها أشارت إلى ثبوت الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية ونفيه عنها في الوقت ذاته:

أ- ثبوت الاختصاص للمحاكم الإدارية لفض منازعات عقود الاستثمار: ضيّق المشرع الجزائري من مجال المنازعة الإدارية من الناحية العضوية (المعيار العضوي القائم على النظر الى أشخاص المنازعة لمعرفة جهة الاختصاص)، فجعل المحاكم الإدارية هي الجهة المختصة بنظر منازعات عقود الاستثمار الدولية اذ ما تم النظر إلى أشخاص المنازعة بأنهم ممثلون في الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية كطرف أول من هذه العقود .

وعلى هذا تثير مسألة الاختصاص القضائي الوطني لنظر منازعات عقود الاستثمار الدولية لبسا، خاصة وأنه من أهم مميزاتها أنّ أحد أطرافها شخص معنوي عام وهو الدولة أو إحدى الهيئات المعنوية العامة التابعة لها والطرف الثاني منها هو المستثمر الأجنبي. حيث لم يدرج المشرع الجزائري أي استثناء على هذه العقود في كونها عقود تخرج من دائرة العقود الإدارية لاحتوائها على طبيعة خاصة أو مختلطة.

المعلوم أن المشرع الجزائري ضبط نطاق اختصاص القضاء الإداري على المعيار العضوي وتغليبه على المعيار الموضوعي القائم على نوعية موضوع المنازعة، ما يجعلنا نقترب في تفسيرنا إلى القول بأن منازعات عقود الاستثمار الدولية يؤول اختصاصها إلى المحاكم الإدارية على أساس أنها أعمال إدارية، بالنظر إلى أطراف المنازعة، وكأنه يتجه للأخذ بالرأي الفقهي الذي يقر بالطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار الدولية.

لكن في الواقع العملي، لم نعثر فصل القضاء الإداري وعلى وجه الخصوص المحاكم الإدارية في أي قضية تتعلق بمنازعة موضوعها عقود استثمار دولية ذات الطرف المستثمر والدولة أو أحد هيئاتها، حيث يتم إحالة هذا النوع من المنازعات دائما إلى التحكيم.

ب- نفي الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية: انطلاقا من التحليل لنص المادة800 من ق إ م وذاته التي قمنا بتقسيمها إلى شقين، لمسنا تذبذب رأي المشرع الجزائري في إسناد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية فيما يخص منازعات عقود

---

[1]- ينظر: إلى نص المادة800 من ق إ م إ

الاستثمار الدولية، اذ تضمن نص هذه المادة إشارة إلى أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الإدارية هي المشمولة والمعنية بالاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية دون غيرها من المؤسسات. حيث تختص المحاكم الإدارية بنظر قضايا نوع معين من المؤسسات، وهي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مما ضيّق من مجال المنازعة الإدارية من الناحية العضوية وهو ما أثار جدلا فقهيا واسعا بخصوص بقية المؤسسات غير الواردة في نص هذه المادة[1].

تمتاز عقود الاستثمار الدولية بأنها عقود تربط بين الدولة أو أحد أجهزتها والتي سبق تبينا المقصود بها (وفق المعيار القانوني والاقتصادي) وبين المستثمر الأجنبي.

كما نجد أن المشرع وضع نص هذه المادة كقاعدة استثنائية لا يجوز توسيعها، أين نلمس غياب التنصيص على مسألة اختصاص هذه المحاكم الإدارية فيما يخص النظر في منازعات عقود الاستثمار الدولية المبرمة عن طريق المؤسسات العمومية الاقتصادية والتجارية التابعة للدولة، ولو أن أغلب العقود الاستثمارية خاصة في مجال النفط في الجزائر يبرم عن طريق شركة سونا طراك وهي مؤسسة عمومية اقتصادية وهذه الأخيرة تسير وفق خطط السياسة العامة في الدولة.

إن تحديد المشرع الجزائري لطبيعة المؤسسات الإدارية دون سواها وخضوعها لقضاء المحاكم الإدارية دون غيرها يكون قد نفى الاختصاص النوعي عن المحاكم الإدارية، في مثل هذا النوع من المؤسسات العمومية الاقتصادية والتجارية وترجيح كفة لجوء أطراف هذه المنازعات الى القضاء العادي.

وعليه مسألة الاختصاص النوعي المتعلقة بفض منازعات عقود الاستثمار الدولية . تتحدد وفق نوع النزاع وكذا أطرافه، فإذا كان النزاع في عقد الاستثمار الدولي ناشئا بين الدولة أو أحد أجهزتها وبالتحديد الأشخاص الأربعة التي تم ذكرهم في نص المادة 800 من ق إ م إ أعلاه كمبدأ عام ينعقد الاختصاص للمحاكم الإدارية، أما الأشخاص التي لم تذكرهم المادة فيختص بها القضاء العادي وهذا في ظل غياب نصوص قانونية تفصل في المسألة وترفع اللبس المطروح عنها أو تضع استثناء فيها

2- **خضوع منازعات عقود الاستثمار الدولية إلى محاكم الأقطاب:** تعد المحاكم الأقطاب أبرز تطبيق لمحاولة الإصلاح القضائي في الجزائر وعصرنته، والذي جاء به المشرع الجزائري في القانون العضوي 11/05 المتعلق بالتنظيم القضائي، إلا أنه لم يحدد لنا تعريف واضح لهذه

[1]- عجابي صبرينة، ضوابط الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية: دراسة مقارنة بين الجزائر والمغرب، **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية**، المجلد 7، العدد1 سنة 2018، ص 110.

الأقطاب أهي محكمة مختصة أو قسم في محكمة؟[1] على الرغم من أنه اهتم بالهيكلة المادية والبشرية لتشكل هذه الأقطاب[2].

بالرجوع لنص المادة 32فقرة06، نجد أنها تحدد إختصاص نوعي مانع محصور على بعض من المنازعات لهذه المحاكم الأقطاب دون سواها، إذ تنص" تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية والافلاس والتسوية القضائية والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية والمنازعات البحرية والنقل الجوي ومنازعات التأمينات" .

والملاحظ أن جميع المنازعات التي وردت في هذه المادة على سبيل الحصر تتصف بطبيعة تجارية حساسة تمس بالاقتصاد الوطني، لذا نجد أن هذه المنازعات من النظام العام التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، ما يهمنا في هذا السياق هل تخضع منازعات عقود الاستثمار الدولي الى هذه المحاكم الأقطاب؟ خاصة إذا فرضنا أن هذه الأقطاب وجدت أساسا لإرضاء المتعاملين الاقتصاديين في مجال العلاقات الدولية الاقتصادية[3] ! هذا من جهة وأولوية عقود الاستثمار الدولي التي غالبا ما ترتبط بالمصلحة العامة للدولة المضيفة وأهميتها الاقتصادية من جهة أخرى.

المشرع الجزائري لم يشر لمصطلح عقود الاستثمار إجمالا صراحة، في نص المادة المذكورة أعلاه، إلا أنه يمكن أن يكون ضمن هذه المنازعات مستثمر أجنبي، كما أن عقود النفط تعتبر من عقود التجارة الدولية، كون قواعد قانون التجارة الدولية هي الأكثر ملائمة لتطبيق هذه العقود كما يطلق عليها

---

[1]– بالرجوع إلى نص المادة 24 من **قانون العضوي 11/05** الموفق ل17 يوليو سنة 2005**المتعلقة بالتنظيم القضائي**، موضوع الإخطار المنصوص عليها في الفصل الخامس من الباب الثاني المتعلقة بالجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي ج الرسمية العدد 51، نصت على إمكانية إنشاء هيئات قضائية مسماة أقطاب قضائية متخصصة ذات اختصاص إقليمي موسع " ويفهم من هذا تنصيب جهة قضائية إلى جانب المحاكم والمجالس القضائية والمحكمة العليا، وقد تم تشكيله كقسم من الأقسام في المحكمة وهذا لتوسيع دائرة اختصاصها الإقليمي لدى المحكمة التابعة لها من جهة ومن جهة أخرى لها اختصاص نوعي محدد وفق ماحدده المشرع في نص المادة 32 من ق إ م إ وكذا المادة 37 من ق إ ج من قانون 14/04 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية . تبقى هذه الأقطاب تثير جدلا حول عدم مطابقتها لنص المادتين الدستوريتين 06 و122 التي بينت صلاحية إنشائها بقانون عادي وليس بقانون عضوي

[2]– ينظر: إلى نص المواد 24، 25 و26 من **القانون العضوي 11/05 المتعلق بالتنظيم القضائي(رأي رقم 01/ر.ق.ع/م د/05 مؤرخ في 10 جمادي الأولى عام 1426 الموافق 17 يونيو سنة 2005، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي**، للدستور، البند الثاني من الموضوع المتعلق بفحص المادة 24 وكذا المادتين 25 و26 من القانون العضوي محل الإخطار، ج ر عدد 2005/51، وكذا نص المادة 32 فقرة06 أين يحدد إطار تشكيلية محاكم هذه الأقطاب و تتشكل بتشكيلة تختلف عن محاكم القضاء العادي أي بثلاث قضاة يتمتعون بالخبرة الفنية و القانونية .

[3]– سي فضيل الحاج، **أليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر**، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الدولي للأعمال، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، سنة 2018، ص 300.

وصف عقد استثمار دولي[1]، وبالتالي كان على المشرع إخضاع منازعات عقود الاستثمار لهذه الأقطاب الخاصة كونها تتوافق مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار الدولية ذات الخصوصية وهو ما يمكن به تشكيل استثناء لنص المادة 800 من ق إ م إ السابق ذكرها المتعلقة بالمنازعات المحاكم الإدارية وينزع أي لبس حول خضوع منازعات عقود الاستثمار إلى المحاكم الإدارية واعتباره عقد إداري أو أنه ذو طبيعة خاصة أو مختلطة كون عقود الاستثمار الدولية تحتوي على عناصر متنوعة منها ما هو مستمد من القانون العام والبعض الأخر مستمد من القانون الخاص وهو ما يجعلها عقودا دو طبيعة خاصة، وهو ما نأمله في انتظار تنظيم قضائي خاص لموضوع هذه الأقطاب الذي لم يتجسد لليوم لحل هذا الغموض والفراغ التشريعي.

ثانيا: الاختصاص النوعي لمنازعات عقود الاستثمار الدولية في لتشريع المقارن المصري: المحاكم الإقتصادية: هذا النمط خاص بالنظام القانوني في مجال القضاء المصري، وهذه الفكرة في إنشاء مثل هذه المحكمة المختصة بالشؤون الاستثمارية والتجارية والصناعية وما شابهها هي فكرة محمودة جاء بها التشريع المصري، لتكريس مبدأ التخصص المطلوب في منازعات عقود الاستثمار التقنية، كما تعتبر حل إيجابي في ترقية مناخ الاستثمار، كما أن تخصيص بعض القضاة بنظر نوع معين من القضايا يتيح من ناحية العملية السرعة في الفصل في الدعاوي، وإتقانهم في فضها نظرا لخبرتهم، كما تشكل بادرة إصلاح منظومة القضاء الوطني وإرجاع الثقة في أحكامها وإزالة مثالبها وتبديد هواجس المستثمرين الأجانب في القضاء الوطني.

وتجدر الإشارة أن هناك نوعين من المحاكم في جمهورية مصر تتمتع بسلطة الفصل في منازعات الاستثمار فهناك دائرة مستقلة للمنازعة والاستثمار بمحكمة القضاء الإداري بالقاهرة تختص منازعات استثمارية معينة خاضعة لمجلس الدولة المصري، وأطلق عليها الفقه المصري المنازعة الاستثمارية الإدارية . وهناك المحكمة الاقتصادية تختص هي كذلك بنظر المنازعة الاستثمارية وتسويتها عبر آلية الصلح، فظلا على استحداث آلية التظلم أمام الهيئات العامة للاستثمار[2].

ويثر التساؤل في هذا الصدد حول إمكانية أن يحدث تنازع في الاختصاص بين المحاكم الاقتصادية ودائرة منازعات الاستثمار بمجلس الدولة، فإنه من الممكن دحض هذا التصور بالاحتجاج بقاعدة أن اللاحق ينسخ السابق، واللاحق هنا القانون، ونقصد قانون المحاكم الاقتصادية والذي بدأ العمل به في أكتوبر 2008، كما حدد الدستور المصري لعام 2014 اختصاص مجلس الدولة في نص المادة

[1]– يذهب جانب من الفقه ان القانون الدولي العام لا يصلح للأعمال على عقود الاستثمار النفط وبالتالي الحل الأمثل لحكم هذه العقود هو البحث على قانون اخر لا ينتمي لا الى القانون الداخلي ولا الى القانون الدولي العام وهو نظام يطلق عليه قواعد قانون التجارة الدولية والذي يعتبر أكثر ملائمة للتطبيق على عقود الاستثمار. راجع أكثر الشمري ثامر ياسين عبد الله، **المرجع السابق**، ص 65 وما بعدها.

[2]– سي فضيل الحاج، **مرجع سابق**، ص 292، **نقلا** عن : مصطفى محمد الدسوكي، **تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية بالوسائل الودية والقضائية– دراسة مقارنة**، الكتاب الثاني، درا لكتب القانونية، مصر 2016، ص 145 وما يليها.

190 على أن مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه كما يختص في الدعاوي والطعون التأديبية ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون[1].

وعليه فالقانون هو الآلية الشرعية لتحديد اختصاصات الهيئات القضائية، فإذا ما صدر قانون إنشاء محاكم مخصصة للفصل في المنازعات الاقتصادية ومنازعات الاستثمار، فإن هذه المحاكم دون غيرها هي التي تختص بالفصل فيها وذلك من منطلق اختصاص مجلس الدولة الأصيل بالفصل في المنازعات الإدارية وهذا ما أكدته المادة 06 من محاكم القانون الاقتصادي التي استهلت نصها " فيما عدا المنازعات والدعاوي التي يختص بها مجلس الدولة" ثم استطردت هذه المادة في تحديد الدعاوى التي تدخل في اختصاص المحاكم الإقتصادية وهي تلك التي تنشأ عن تطبيق مجموعة من القوانين الاقتصادية والمتعلقة بالاستثمار كما حددتهم المادة على سبيل الحصر[2].

المبحث الثاني:

سلب الاختصاص للتحكيم وفروض عودة الاختصاص للقضاء: حل تشاركي مشروط

كون المستثمر اليوم لا يثق في القضاء الوطني للدول المضيفة للاستثمار وخاصة الدول النامية نظرا لتخوفه من انحياز القاضي الوطني، وعدم التخصص في نزاعاته الاستثمارية المعقدة والتقنية في كثير من الأحيان، ساد الاقتناع باللجوء إلى التحكيم كعدالة خاصة أملتها ضرورات الانفتاح الاقتصادي، وحاجة الدول لاستقطاب الاستثمارات وجلب العملة الصعبة للخروج من أزماتها الاقتصادية التي تتخبط فيها لتغدية سياستها الداخلية، كضمانة للمستثمر تمنح له سلطة اختيار في رفع النزاع أمام التحكيم كامتياز له، خاصة أن الدولة تقر في قانونها على إمكانية استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية واللجوء إلى التحكيم(المطلب الأول) .

لكن تجدر الإشارة أن مفهوم سلب الاختصاص بالنظر في النزاع بوجود اتفاق تحكيمي بين طرفي العلاقة الاستثمارية لا يعني سلب ولاية القضاء نهائيا في النظر في النزاع، صحيح أن سلب الاختصاص القضائي ينبني مباشرة على اتفاق الطرفين وإرادتهم، معناه هذا أن ولاية التحكيم تبقى مشروطة في منحها الاختصاص، لكن اختصاص القضاء كمبدأ هو أمر يمكن أن يتوفر على وجه الدوام

1- صادق هبة بدر أحمد، إطلالة على المحاكم الاقتصادية ومنازعات الاستثمار : ملاحظات انتقادية للقانون رقم 120 لسنة 2008 بانشاء المحاكم، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، جامعة عين شمس، مجلد 59 عدد01،سنة 2017،ص 745 -746.

2- ينظر: المادة 06 من **قانون رقم 120** المؤرخ في 22 مايو 2008 **المتعلق بانشاء المحاكم الاقتصادية**، ج.ر المصرية عدد21، تبين اختصاصات هذه المحاكم على سبيل الحصر في المنازعات التي تنشا عن 14 قانون، في جميع الدعاوى التي تتجاوز خمسة ملايين جنيه فيما عدا المنازعات والدعاوي التي يختص بها مجلس الدولة.

والاستقرار للقاضي الوطني صاحب الولاية الأصلية[1]، كون اللجوء إلى القضاء يعتبر قاعدة دستورية ومن النظام العام، فلا يجوز منع الأفراد من اللجوء إليه، ولا يجوز للقضاء التمنع للفصل في الدعوى بدعوى وجود اتفاق التحكيم من تلقاء نفسه ما لم يثره أحد الأطراف وإلا توبع بجريمة إنكار العدالة، وهو الأمر لا يتوفر للمحكم إلا بوجود اتفاقية التحكيم وهو شرط نقل الاختصاص وتبادل الأدوار الوظيفية وعليه يجوز للأطراف التنازل عن الاتفاق صراحة أو ضمنا عن شرط التحكيم واللجوء إلى القضاء أو في حالة سقوط مدة اتفاق التحكيم الأمر الذي يسترد فيه القضاء اختصاصه الأصلي كلية.(المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضرورات اعتماد التحكيم : آلية تشجيعية تمس بالسيادة

زيادة على ما عرفه القضاء من مثالب في فض منازعات عقود الاستثمار، فقد احتل التحكيم في عقود الاستثمار أهمية كبيرة لما له من مزايا مكنته لأن يفضل على سائر وسائل تسوية المنازعات، كونه يجرد النزاع من الخاصية السياسية ضامنا استقلالية وحياد القرارات وسرعة الفصل في النزاع فضلا على اطمئنان المستثمر الأجنبي لوجود هذه الضمانة التي تجنبه تعسف الحكومات واحتمال إضرارها بمصالحه نضرا لما تتميز به هذه العلاقة بطبيعة خاصة من عدم تكافئ الطرفان، كما يخلق إحساسا بالعدالة المشروعية للمستثمر في حالة تغير الظروف الاقتصادية والسياسية وقوانين الدولة المضيفة مما يؤدي الى المساس بمصالح المستثمر و أمواله، وبالموازاة أداة تضمن للدولة المضيفة استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وزيادة الاستثمارات، وترتيبا لذلك تضافرت عدة اعتبارات فنية،**(الفرع الأول)** و إقتصادية، **(الفرع الثاني)** وسياسية **(الفرع الثالث)** أدت بمجملها لاعتماد التحكيم في مجال عقود الاستثمار كبديل عن القضاء وسنسوق أهم هذه الاعتبارات.

الفرع الأول: الاعتبارات الفنية الداعمة لمفاضلة التحكيم على القضاء

يقصد بالاعتبارات الفنية تلك الأساليب والعوامل الداعمة لحل النزاع بمرونة تتناسب و طبيعة العقود ذات الطابع التجاري كما هو الحال بالنسبة لعقود الاستثمار بالشكل الذي يتماشى مع رغباتهم وتيسيرا لاستمرار واستقرار علاقتهم وتعد من أهم الميكانيزمات اختيار التحكيم على القضاء نوردها فيمايلي:

أولا: عامل السرعة والوقت : تعتبر السرعة في حل المنازعات مطلب مهم لكل أطراف العلاقات التعاقدية لا سيما الطابع التجاري كما هو الشأن بالنسبة لعقود الاستثمار، ويأتي هذا العامل من المبررات الأساسية للاختيار التحكيم كبديل للقضاء، خاصة إذا ما راعينا تميز عقود الاستثمار وارتباطها بمشاريع ومصالح اقتصادية بالغة الأهمية و رؤوس أموال ضخمة، وجداول زمنية لتنفيذها، فإذا حصل بشأنها نزاع فإن الأمر يستوجب بالدرجة الأولى السرعة لتجنب تعطلها واستبعاد وقوعها في خسائر فادحة وتعقيداتها

[1]– لعجال يسمينة، دور القضاء في إعمال قواعد العدالة الإجرائية في خصومة التحكيم الدولي، **مجلة الحقوق والعلوم السياسية** جامعة لغواط العدد 15 أكتوبر سنة 2017،ص464.

التقنية الكثيرة التي تؤدي لتوقف هذه المشاريع وتجمد مبالغها النقدية الكبيرة وفقدان حتى لقيمتها الإسمية والائتمان من طرف البنوك والمراكز المالية الممولة [1].

إذا يرجع سبب تفضيل أطراف عقود الاستثمار للتحكيم بدلا عن القضاء لما يقدمه من عدالة سريعة على نحو يحقق استقرار العلاقة الاستثمارية واستمراريتها[2]، بعيدا عن اعتبارات اللدد في الخصومة والمماطلة التي تحقق المقولة القائمة بأن العدالة البطيئة نوع من الظلم[3]، وفي هذا السياق يمكن أن نعد أهم الدعامات الأساسية للتحكيم التي تحقق العدالة السريعة التي يتطلع لها الأطراف فيما يلي:

1- **الدعامة الأولى : تفرغ المحكم (الهيئة التحكيمية):** عادة ما يكون المحكم متفرغا للفصل في نزاع واحد وبذلك يسهل عليه حسمه في وقت أقصر مما يستغرقه القضاء العادي، الذي لا ينظر في أي قضية حتى يأتي ميعادها[4]، كذلك يعد عنصر الخبرة للهيئة التحكيمية الفضل في الفصل الخصومة في وقت قصير مقارنة مع القضاء، ضف على ذلك إمكانية المحكم الخروج بطلب من الأطراف على القانون والحكم بقواعد العدالة والإنصاف أي ما يراه المحكم مناسب كل هذا يكسب التحكيم ميزة العدالة السريعة.

2- **الدعامة الثانية: قانون التحكيم يلزم المحكم بالفصل في النزاع خلال مدة معينة:** نظرا لطبيعة التحكيم التي تستمد من إرادة الأطراف، فقد درجت أغلب قوانين وتشريعات التحكيم حرية الأطراف في تحديد ما يرونه مناسب في إجراءات التحكيم، أين تعطي للخصوم سلطة تحديد مهلة التحكيم يتوجب صدور حكم التحكيم دون تأخير، وفي حالة عدم الاتفاق وضع المشرع فترة زمنية محدودة وإن اختلفت هذه المدة من نظام إلى أخر، مع إمكانية تمديدها من قبل الأطراف أو الهيئة التحكيمية[5]، أو القضاء، وهذا ما نجده منصوص عليه في المادة 1018 من (ق إ م إ) [6] بقولها "

---

[1]-إناس هاشم رشيد،وعود كاتب الأنباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، **مجلة رسالة الحقوق**، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة السابعة، العدد الأول سنة 2015، ص 04

[2]- Dima Rihani, **the legal subjective principles applied on international Jordan disputes and the private international arbitration**, this thesis was submitted in partial fulfillment of the requirements for the master's degree in hnternational trade, faculty of graduate studies the university of Jordan, 2007;p24.

[3]- مختار أحمد بريري، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة، سنة 1995، ص 08.

[4]- السائح عمران علي، أهمية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، **مجلة جامعة الزيتونة**، ليبيا، عدد 02، سنة 2012، ص 36.

[5]- نجد بهذا الخصوص في نص المادة المشار اليها -1018- أن المشرع أعطى إمكانية تمديد المدة المقررة قانونا، أولا لإرادة الأطراف ثم نظام التحكيم ثم القضاء الوطني، وهو ترتيب يحسب للمشرع في إعطائه الأولوية للأطراف، لكن ما أثار انتباهنا عبارة " **في حالة عدم موافقتهم يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم**" فكيف يكون التمديد وفقا لنظام التحكيم في ظل عدم موافقة الأطراف على التمديد؟ الملاحظ أن هذه المادة نقلت بترجمة خاطئة من القانون الفرنسي الذي ينص على نفس المادة لكن بعبارة (a défaut d'accord) بمعنى في حالة غياب الاتفاق، وعليه وجب المشرع أن يصحح لفظها .

[6]- قانون **رقم 09/08** المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق لـ 25 فبراير 2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية**، جريدة الرسمية عدد 21.

يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه و في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف المحكمة المختصة"، وهو مادلت عليه كذلك نص المادة 54/ فقرة1 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 " على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنتي عشر شهرا (12) من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز لهيئة التحكيمة أن تقرر مد الميعاد على أن لا يزيد عن ستة أشهر مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك" .

والملاحظ هناك حرص كبير وجدية على فصل النزاع في أقصر مدة وهذا ما يوفره التحكيم كخاصية لصيقة به مع إعطاء الفروض التي يمكن أن تعترض سير التحكيم، أو محل القضية المتنازع فيها.

3- **الدعامة الثالثة: نظام التحكيم هو اختصار لدرجات التقاضي** : يستند القضاء العادي على مبادئ أساسية منها مبدأ التقاضي على درجتين أما ما يميز التحكيم وهو ما يخلق خاصية السرعة أنه قضاء من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن المحكم يكتسب حجية الأمر المقضي فيه ولا يطعن فيه بطرق الطعن العادية، فقد حدد المشرع أنه يجوز الطعن فيه بالبطلان ولأسباب جاءت على سبيل الحصر وأن الأصل العام في تنفيذ حكم التحكيم لا يمكن وقفه في الطعن بالبطلان[1]، ومع هذا أن سمة السرعة لا تجيز هدر الضمانات الأساسية للتقاضي كاحترام المساواة بين الأطراف واحترام مبدأ الوجاهية، فلا مجال لصرف النظر عن المبادئ الأساسية للتقاضي بداعي السرعة بل يجب احترامها وذلك حرصا على تحقيق العدالة المنشودة[2].

تجدر الإشارة أنه على الرغم ما يوفر التحكيم من سرعة إلا أنه قد تعترضه صعوبات قد يطول على إثرها أمد فصل النزاع وذلك راجع إما لإجراءات المماطلة التي يقوم بها أحد الأطراف بغية ربح الوقت كعدم تعين المحكم أو الدفع بالبطلان أو عدم شموله لما يثار في التحكيم من منازعات، وإما لخصوصية عقود الاستثمار التي تتميز بأنها عقود مركبة ومتشابكة ومتداخلة ومتعددة الأطراف توجد مشاكل قانونية وفنية ومالية مستعصية تتسم بالتعقيد الشديد إنعكست على سرعة التحكيم في الفصل فيها.

ثانيا: عامل السرية : يعد الحفاظ على السرية في الإجراءات مبدأ أساسي من مبادئ التحكيم وإحدى المزايا التي يجنح من أجلها المتنازعون إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم، فميزة السرية التي تغلف التحكيم

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،**المرجع السابق**،ص351.

[2]- محمد حسين محمد الأحمد، **بطلان حكم التحكيم ونطاق رقابة محكمة التمييز عليه (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير في الدراسات القانونية، جامعة أل البيت، الأردن،سنة 2012، ص 16.

تعد أحد العناصر الأساسية والطبيعة المكونة لنظام التحكيم والذي لا تقوم قائمته بدونها، وهي من المسائل التي تحرص عليها الأطراف المتعاقدة خاصة في مجال التجارة الدولية على وجه مفضلين إياها على القضاء كون هذا الأخير تحيط به العلانية كمبدأ وكضمان لتحقيق العدالة، لكن من شأنها أن تؤدي إلى إفشاء الأسرار التي يحرص عليها التجار والمستثمرون على إبقائها سرا، بغية عدم الأضرار بمشروعاتهم وتجارتهم، إذا التحكيم ليس مجرد قضاء خاص، ولكنه علاوة على ذلك قضاء يتم في سرية[1].

تزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار عن أهميتها بالنسبة لإجراءات التحكيم في ما عداها من منازعات، نظرا لما ترتبه هذه العقود من أثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر على مصالح الدول المضيفة وكذا الشركات الكبرى القائمة بالاستثمار، نظرا لحساسية المعلومات والوثائق والأسرار المرتبطة بإبرام هكذا عقود، لذلك لا تحبد أطراف عقود الاستثمار أن تكون النزاعات فيما بينها متاحة للكافة للإطلاع عليها لأنها ستسبب لها أضرار وأن الكشف عنها يضر بمصالح الأطراف[2]، لذلك نجد الكثيرين يفضلون خسارة قضاياهم على إقامة دعواهم على القضاء والكشف عن أسرارهم فيها بل أن 50 بالمئة وفق استطلاع من المستثمرين يقرون افتراض عنصر السرية كضمان ولا يرضون تقديم أي تنازل عنه عند التفاوض بشأن شرط التحكيم..

كون أنه يمكن أن يكون هذا السر يمثل قيمة أعلى من الحق المطالب به، فإذا كنا بصدد عقد من عقود النفط مثلا فإن حساسية المعلومات التي يحتفظ بسريتها والتي تتعلق بمستوى إنتاج الحقل أو تدفق إنتاجيته قد تؤدي إلى أزمات أو اضطرابات سياسية واقتصادية أو تؤدي إلى اضطراب أسعارها في السوق العالمية، أو بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي، فإن عدم مراعاة السرية يؤدي إلى تسرب الأسرار التكنولوجية المستخدمة في هذه العقود إلى الغير[3].

وعليه لا يمكن أن يطلع على أسرار العقد سوى المحكمين الذين ينظرون في النزاع وهؤلاء عليهم واجب المحافظة على أسرار المهنة فلا يمكنهم أن يديعوا ما يتعلق بالنزاع من معلومات تحت طائلة المسؤولية وهو ما يجعل أطراف العلاقة الاستثمارية دائما ما يحرصون على إدراج بند التحكيم .

بل وقد أبدت العديد من التشريعات على حرصها على الحفاظ على أسرار أطراف المنازعة التجارية والاقتصادية عند قضاء التحكيم وقررت في نصوصها إلزاما يقضي بدلك فنجد المشرع المصري قرر في

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت الطبعة الأولى، سنة2004،ص 18 ومابعدها.

[2]- jean francois guillemin , **les nouvelles attentes des entrprises en matière des règlements des conflit**, revue de l'arbitrage ; 1996 N04 p585-586.

[3]– بلحسان هواري، **تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية (دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار)**، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، سنة 2017، ص 265.

مادته 44/فقرة 02 من قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994 أنه لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم " في حين أنه لا نجد مقابل لهذه المادة أو معناها في التشريع الجزائري واكتفى بذكر عنصر السرية في المداولات طبقا لنص المادة 1025من (ق إ م إ) . إلا أنه يرى البعض أن الالتزام بالسرية يكون التزام ضمنيا بين الأطراف، وأنه في ضوء القبول له يمكن النظر إليه على أنه قاعدة عرفية في قضايا التحكيم أين نجد أن أخلاقيات التحكيم تفرض على المحكم الالتزام بالسرية[1].

وفي المجال الدولي أخذ بطابع السرية مكانا أساسيا لدى بعض المؤسسات والمنظمات الدولية حيث نجد أن المادة 27/ب من قواعد غرفة التجارة الدولية ICC [2] تراعي مبدأ السرية وتشترط تسليم نسخة الحكم إلى الخصوم دون غيرهم، وقبلها تنص المادة 26/فقرة 03 من القواعد نفسها لا تسمح بحضور من لا علاقة له لجلسات التحكيم [3]، وفي هذا الصدد أوردت اتفاقية واشنطن أيضا هذا المبدأ في المادة 48/ فقرة 05[4]، كما ورد هذا الحظر نفسه حول نشر قرار التحكيم في نص المادة 32/ فقرة 05 من قواعد اليونسترال[5]، ومن ذلك المادة 33/فقرة 04 من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1993.

وبناء على ما تقدم فإننا نعزى قلة القرارت التحكيم المنشورة عالميا الى تلك السرية، بالرغم من حاجة الباحثين إليها في البحوث والدراسات النظرية للتحكيم ولو تجرد التحكيم من هذه الخاصية لوجدنا الكثير ينفرون منه.

بيد أنه وعلى الرغم من أن الفقه يقر بأن هذه الخاصية من المميزات الكبرى للتحكيم، إلا أنها في الواقع تضعف الإلمام القانوني بالنواحي العملية لنظام التحكيم وسوابقه التحكيمية الأمر الذي يقف حجر عثرة في طريق تطور قواعده أكثر في المستقبل وعدم تحسين أدائه بتلافي تلك العثرات التحكيمية التي اكتنفت القرارات السابقة، لذلك أضم صوتي إلى ما اقترح في أن يتم نشر القرارات التحكيمية بعد مرور فترة زمنية من تمام التنفيذ وانتهاء العلة التي من أجلها شرعت السرية ولو تحدد مثلا بثلاث سنوات، أو

---

[1]–بلحسان هواري، **المرجع السابق**، ص 265

[2]– **قواعد تحكيم والوساطة غرفة التجارة الدولية بباريس المنقحة والنافذة** في 01 مارس 2017 نقلا عن موقع https://icczbo.org/ الرسمي لغرفة التجارة الدولية بباريس على الساعة 12:21تاريخ الإطلاع 2017/11/12.

[3]– نصت المادة 26فقرة 03 من قواعد التحكيم والوساطة بغرفة التجارة الدولية بباريس المنقحة في اذار 2017" يكون لهيئة التحكيم السلطة الكاملة في جلسات المرافعة والتي يحق لجميع الأطراف حضورها. ولا يقبل حضور أي شخص غير معني بالاجراءات إلا بموافقة هيئة التحكيم والأطراف".

[4]–يراجع: في ذلك **اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى**، والموقع عليها في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965.

[5]– يراجع: **نظام مركز التحكيم التجاري لمجلس التعاون لدول الخليج العربي** لعام 1993.

نشرها في أقل من ذلك عن طريق عدم ذكر أسماء الأطراف النزاع وتشفيرها باستعمال الرموز حتى يتم الاستفادة بميكانيزمات ومفاتيح حل نزاعاتها، وإلقاء الضوء على عدالة أحكام المحكمين والتعليق عليها[1].

كما تجدر الإشارة أن السرية في الكثير من الأحيان ما تنقلب إلى علنية عند ثغرة تنفيذ قرار التحكيم فالنتيجة الطبيعية لكل دعوى سواء أكانت قضائية أو تحكيمية أن يكسب أحد طرفي الدعوى ولو جزئيا القضية في حين يخسرها الأخر ولو جزئيا لذلك فإن أحد الطرفين قد يرفض تنفيذ القرار وديا وهذا وارد، مما يضطر الأخر للجوء إلى القضاء الوطني لتنفيذه جبرا و عندئذ سيعرض القرار التحكيمي وأسماء الأطراف وممثليهم وكل ما يتعلق بالقضية على القضاء لاتخاذ المناسب بشأن القرار التحكيمي من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه ولو جزئيا ويترتب على ذلك أن السرية التي حافظ عليها الأطراف وهيئة التحكيم إلى حين صدور القرار انقلبت إلى علنية من حيث النتيجة عند عرض الأمر على القضاء موضوعا[2].

ثالثا: عامل المرونة وسهولة الإجراءات: إن القاضي في المحاكم العادية ملتزم بنصوص القانون فإذا قضي بخلاف ذلك كان حكمه معيبا وللطرف المضرور استئنافه أو طلب نقضه بحسب الأحوال أين نجد أن العدالة هنا معصوبة العينين صماء وهذا ما يدفع الكثيرين للتخلي وإختيار عدالة تراعي مصالحهم قبل الاعتبارات القانونية المحضة[3].

بهذا نجد أن التحكيم يفصل في النزاعات دون التقيد بقواعد قانون المرافعات الغير متعلقة بالنظام العام و بإجراءات سهلة وبسيطة تراعي مصالح الأطراف المتنازعة، أكثر ملاءة وملائمة، لا يخدم ولا يرضي طرف أكثر من طرف أخر أو على حساب أحدهما أو لصالح الأخر[4]، كما نجد الهيئة التحكيمية تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك وهي في كل الأمور تبتعد قدر الإمكان عن التعقيدات الشكلية التي بفرضها القضاء العادي ومن ذلك درجات التقاضي وبطء إجراءاتها [5]، وهذا إدراكا لعدم تحميل المتنازعين جهود إضافية وإرهاقهم بتحمل المزيد من الجهد والوقت والتكاليف في عمليات الطعن والاستئناف .

---

[1]- جمال عمران أغنية، **تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، الأردن،سنة 2004، ص 26-27.

[2]-دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية،**مركز دراسات الوحدة العربية**، بيروت، سنة 2006، ص 338.

[3]- رياض رقية، دور التحكيم في جذب الاستثمارات الأجنبية، **مجلة المال والتجارة**، مصر، عدد37 فبراير، سنة 2000، ص 05.

[4]- إبراهيم جلال الدين، بومحراث فارس، **التحكيم في المنازعات التجارية الدولية وتطبيقاته في الجزائر**، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء الدفعة الخامسة عشر سنة2004، ص 22.

[5]- عبد الباسط محمد عبد الواسع، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)**،دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة،سنة 2013،ص 45.

كما يتمتع التحكيم بمرونة كبيرة تسمح للأشخاص في ظلها باحترام واسع لإرادتهم، هذه الأخيرة التي لا تتحقق بنفس المساحة في ظل قضاء الدولة، فلهم الحرية في إختيار القواعد الإجرائية والموضوعية التي تتبعها الهيئة التحكيمية [1]، حيث يملك الأطراف أولا اختيار نوع التحكيم فلهم أن يختاروا إما أن يكون التحكيم خاصا Ad hoc أو تحكيما مؤسسيا، كما لهم أن يختاروا ان يكون هذا التحكيم تحكيما بالقانون أو بالصلح، لا يقتصر الأمر على ذلك بل يتعداه حيث أجاز القانون للأطراف أن يحددوا مكان انعقاد التحكيم وزمانه، ويحدد الأطراف المدة التي يتعين على المحكم أن ينهي فيها النزاع المعروض عليه ويحسمه، وكذا القانون الواجب التطبيق، وهذه الحرية الواسعة التي استعرضناها في إطار التحكيم يفتقدها الأطراف عند عرض نزاعاتهم على القضاء يجب عليهم عندها اتباع قوانين المرافعات أو الإجراءات المدنية وأصول المحاكمات المدنية وطرائق الطعن المتعددة بالإضافة إلى الاحتكام لقواعد القانون الوطني الموضوعية والتي قد لا تناسب الأطراف مما يضيق المجال الرحب أمام المتخاصمين[2].

رابعا: عامل التخصص والمعرفة والثقة : يوفر التحكيم في حسم المنازعات قدرا كبيرا من الضمانات التي تبث الثقة والاطمئنان في نفوس الخصوم فالأطراف هم يختارون محكميهم سواء بطريقة مباشرة او غير مباشرة ومثل هذا الأمر يعطي الأطراف نوعا من الأمان والراحة النفسية، حيث يساهم الشخص في اختيار قاضيه الذي سينظر النزاع بل ويسهم ولو بطريقة غير مباشرة في المحكم الثالث إن وجد [3]، هذا يؤدي إلى تلافي الحقد بين الأطراف الفرقاء ويأتي قرار المحكمين بالنسبة إليهم أقرب للرضا لأنه صدر من محكمين حائزين على ثقة ومن اختيارهم، بالإضافة إلى الحوار اللامتناهي بين هيئة التحكيم وأطراف النزاع طيلة فترة التحكيم الذي يشكل عامل ثقة كبيرة لصالح الأطراف ناهيك عما تتمتع به الهيئة التحكيمية من حياد واستقلال[4] .

كما يكفل التحكيم عدالة متخصصة لما يتمتع به المحكمين من كفاءة وتخصص في تسوية مسائل عقود الاستثمار التي تتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلائم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، حيث يكون المحكمون في الأغلب الأعم على مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم فضلا عن تمتعهم غالبا بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها لما يمتازون به من الإحاطة بأعراف وعادات عقود التجارة والاقتصاد الدولية وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف[5]، وهذا خلافا للقاضي في

---

[1]- Houthoff buruma**, international commercial arbitration an introduction**, IN HOUSE COUNSEL PRACTICAL GUIDE; edition 2013,p 12.

[2]- محمد حسين محمد الأحمد، **مرجع سابق**،ص 19.

[3]- الفزايري أمال، **دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم**، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون طبعة، سنة 1993، ص 09.

[4]- jean- francois poudret et sèbasttien besson **; droit comparè de l'arbitrage international**, L.G.D.J, 2002 p366.

[5]- بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولة للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 20.

المحاكم العادية الذي يمكن أن يكون فقيها قانونيا وملم بهذا الجانب لكن غالب يكون قليل الخبرة في المجال التجارة الدولية واتفاقيات الاستثمار الأمر الذي يتعذر معه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلا بعد الاستعانة بخبير فني يعينه في الكشف ما كان غامضا عليه من جوانب النزاع، مما يؤدي لإضاعة الوقت وتحمل نفقات إضافية لذلك يكون الأفق اللجوء إلى الخبير مباشرة واختياره محكما حتى يفصل في النزاع في أسرع وقت، كما ان تعدد المحكمين يتيح فرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة التحكيمة وهو ما ينعكس في اطمئنان الأطراف والفصل في النزاع على نحو أفضل[1].

لكن تجدر الإشارة أنه من الأفضل أن تضم هيئة التحكيم رجل قانون حتى يعطي مصداقية للقرار التحكيمي وسلامة من الناحية القانونية .

الفرع الثاني : الاعتبارات الاقتصادية المنشودة لتفضيل التحكيم على القضاء

لقد أرسى المجتمع الدولي وأعطى التحكيم كنظام قائم بذاته أولوية على سائر وسائل التسوية المنازعات الأخرى، لما يوفره من أهمية على الحياة الاقتصادية، اذ يعد من ضمن خطط التنمية الاقتصادية للدول إذ يساعد في انعاش الحياة التجارية واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من خلال تشجيع المستثمر الأجنبي للدخول في استثمارات كبيرة دون خوف من ضياع الحقوق أو من قوانين المحلية او بطء إجراءات التقاضي، إذا فهو يحقق مصالح اقتصادية متبادلة للدولة المضيفة من خلال تهيئة مناخ مستقطب لرؤوس الاموال، ومصالح اقتصادية للمستثمر من خلال توفير ضمانة محصنة لأمواله، بالاضافة الى مصالح مشتركة كقلة المصروفات .

أولا: خدمة مصالح المستثمر: من الطبيعي أن لكل مستثمر عدة أهداف ودوافع يسعى إلى تحقيقها للاستثمار في الدول المضيفة وأول دافع هو تحقيق الربح و الحصول على المواد الخام من الدول المستثمر فيها لأجل استخدامها في صناعته، كذلك إيجاد أسواق جديدة لمنتجاته وبضاعته الراكدة والفائضة التي لا يستطيع تسويقها في موطنه، وكذا الاستفادة من ميزة هامة وهي قلة أجرة اليد العاملة التي عادة ما تكون منخفضة.

ولكن المنطلق الأساسي لكل هذا وذاك هو المحافظة على رأس ماله لذا يسعى إلى البحث عن البيئة الضامنة له، في الدول المضيفة التي تتوفر على مناخ أعمال واستثمار ملائم يتوفر قانونها على ضمانات قانونية ومالية وقضائية هذه الأخيرة وكون عقود الاستثمار غالب ما تبرم بين طرفين غير متكافئين فهناك دولة ذات سيادة ومستثمر أجنبي خاص، هذا الأخير الذي لا يرضى في غالب الأحيان اللجوء إلى محاكم الدولة لعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو أي نزاع قد يحدث، لذلك

---

[1]- هشام خالد، **تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية**، منشأة المعارف، الاسكندرية، المجلد رقم01، دون طبعة، سنة 2008، ص 30.

يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار خوفا من استعمال الدول لسيادتها عند نظر المنازعات على القضاء الوطني فضلا عن عدم ثقته بعدالة محاكم الدولة المضيفة[1].

وعليه فإن المستثمر يخشى إقامة مشروعاته الاستثمارية في الدول التي لا تؤمن بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبية وذلك للاعتبارات التي ذكرناها اعلاه، خاصة وانه غالبا ما يرى المستثمر أن الدول النامية والتي غالبا ماتكون هي الدول المضيفة لا تتمتع بالديمقراطية التي تجعلها مستقرة سياسيا واقتصاديا وبالتالي لا يتوفر لها الاستقرار التشريعي وهذا يؤثر بالسلب على مصالح المستثمرين [2].

وعليه فإن المعاملات الاقتصادية الدولية اليوم تشدد على الأخذ بأسلوب التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بها، اذ انه يعد ضمانة حقيقية ووسيلة لحماية المستثمر الأجنبي تضمن له صون أمواله وحقوقه ومصالحه وتطبيق الضمانات التشريعية المالية والقانونية الممنوحة له من قبل الدولة المضيفة نفسها، لذلك يتمسك المستثمر بالتحكيم، بل لا يوافق على الاستثمار على أن تحال المنازعات المتعلقة بمشروعه الاستثماري للتحكيم، أي ولو على حساب عدم اتمام العقد [3].

ثانيا: خدمة مصالح الدولة المضيفة: من المسلم به ان معظم الدول في العالم اليوم تحتاج الى تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إليها خاصة الدول النامية التي تحتاج الى سيولة مالية لانعاش اقتصادها وتطوير مستوى معيشة أفرادها، فاستقطاب رؤوس الأموال أصبح سياسة واضحة تنتهجها معظم الدول لما يسهم في استغلال مواردها الطبيعية وتنمية بنيتها التحتية كالاتصالات والطرق والمطارات كذلك تدريب الأيدي

---

[1]- بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، **مرجع سابق**، ص 21.

[2]- رياض رقية، **مرجع سابق**،ص 07.

[3]- ومثال ذلك "**عقد ديزني وولد**" الواقع بين شركة أمريكية وفرنسا، أين اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه من الموافقة على الاستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار الذي يجري بضواحي باريس الى التحكيم.

غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس شورى الدولة الفرنسي، وعلى عكس محكمة النقض في شان العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم جواز اللجوء الى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرف فيها، نزولا في ذلك على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية وكانت قيمة العقد بالمليارات الدولارات وترددت فرنسا فكيف تتخلى عن مجلس الشورى الفرنسي الذي وضع القوانين الادارية لفرنسا والعالم ؟ وتأخر توقيع العقد وأصبح أن يكون المشروع أو لا يكون متوقفا على الشرط التحكيمي وأخيرا قبلت فرنسا بالشرط التحكيمي أنظر في ذلك أكثر: عبد الحميد الأحدب، أليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأروبية، **بحث مقدم إلى مؤتمر أفاق وضمانات الاستثمارات العربية- الاروبية الذي نضمه مركز الدراسات العربي – الاروبي في بيروت** من 13إلى 15 فيفري 2001 ومنشور ضمن مؤلف بعنوان " أفاق وضمانات الاستثمارات العربية- الأروبية" إعداد **مركز الدراسات العربي- الأروبي**، الطبعة الأولى، سنة 2001، ص 73.

العاملة المحلية وتنمية وتطوير مختلف الصناعات من خلال ما يجلبه المستثمر من أصول متنوعة منها رأس المال والتكنولوجيا والقدرات والمهارات الإدارية والانفتاح والوصول إلى الأسواق الدولية [1].

وفي الواقع أن جدب رؤوس الأموال يستوجب إيجاد نوع من التوازن بين مصلحة المستثمر ومصلحة الدولة المضيفة للاستثمار، ويمكن ضمان تحقيق هذا التوازن باللجوء إلى التحكيم باعتباره الوسيلة الودية لحسم المنازعات وضمان استقرار الثقة في العلاقات الاقتصادية والمالية[2].

والملاحظ أن هناك همزة وصل بين التحكيم وتحقق جدب رؤوس الأموال الأجنبية، فالتحكيم يشكل إحدى وسائل جدب الاستثمارات الأجنبية وضمان ضد المخاطر الغير التجارية والنزاعات القانونية المختلفة الأمر الذي أكسبها قوة وثقة أطراف العلاقات التجارية والاقتصادية الدولية، ولذلك أصبح على الدول الراغبة في جدب الاستثمارات الأجنبية أن تأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار كضمانة إجرائية [3].

لهذا ارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجدب الاستثمارات وناد به الكثير من الفقه بضرورة استقلاله عن فروع القانون التقليدية وإدخاله تحت مسمى القانون الاقتصادي تأثرا بالاعتبارات السياسية والاقتصادية أين اتسع نطاق الأخذ بالتحكيم إذ تعدى العقود التجارية إلى عقود التنمية الاقتصادية كعقود الاستثمار الدولية.

وفي هذا السياق نقول بأن الأصل العام هو جواز التحكيم في عقود الاستثمار، إلا أن هناك من يدعو إلى تجنب التحكيم على أساس جملة من المبررات منها أن عقود المشاريع الإستراتجية ذات التمويل الخاص التي تهدف بالأساس إلى تحقيق المصلحة العامة في الدول المضيفة للاستثمار بينما اللجوء الى التحكيم يعني المساواة بين هذه المصالح والمصالح الخاصة وأحيانا تغليبها على المصلحة العامة، الأمر الذي يخل بالنظام العام في الدولة المضيفة كما يرى البعض أن التحكيم هو وسيلة للقطاع الخاص ولا سيما الأجنبي للإفلات من الخضوع لسلطات القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار[4].

---

[1]- منى بوختالة، **التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، سنة 2014، ص 76.

[2]- BENNARDINI (P) : **The renegotation of the inversement contracts**. I.CSID ?Rev FIL J vol 13 N° 2, 1998, p411.

[3]- عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الإستثمارات الأجنبية، **بحث مقدم إلى مؤتمر أفاق وضمانات الاستثمارات العربية- الأروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربية – الأروبي في بيروت** من 13 إلى 15 فيفري 2001، ومنشور ضمن مؤلف بعنوان " أفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأروبية" إعداد **المركز الدراسات العربي- الأروبي**، الطبعة الأولى، سنة 2001،ص 59.

[4]- الصالحي كامران، طلب بطلان حكم المحكمين ومدى دور المحكم في حترام الإرادة المشتركة لأطراف التعاقد في منازعات عقود B.O.T في ضوء القانون الإماراتي وأنظمة التحكيم الدولية، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية الإقتصادية**، مصر، عدد 1، سنة 2011،ص 21.

ويمكن الرد على هذه المبررات بأن تجنب اللجوء إلى التحكيم يتعارض ومستلزمات الواقع العملي وضرورات التنمية الإقتصادية، اذ لا يمكن جذب الاستثمارات الأجنبية بدون توفير ضمانات قانونية تمكن المستثمر من الحصول على عوائد، كما لا يمكن إرغام الدولة بالخضوع لوسائل تتعارض مع مصالحها إذ أن توفير البيئة الملائمة لجذب الاستثمار يكون بتقديم الضمانات القانونية والاقتصادية والمالية وتسهيل إجراءات توظيف الأموال، أما عن المحاذير والمخاوف فيمكن معالجة ذلك من خلال إحاطة التحكيم في منازعات العقود التي تبرمها الدولة المضيف وكذا ضمانات تحمي حقوق الدولة المانحة وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة ومن ذلك إدراج شرط تطبيق القانون أو القانون الذي يتفق عليه الأطراف وبذلك يمكن التوفيق بين سلبيات التحكيم وضرورات التنمية الإقتصادية للدول المضيفة للإستثمار [1].

ثالثا: قلة المصروفات: تكاليف التحكيم أقل نسبيا من تكاليف ومصاريف التقاضي العادية، ففي التحكيم يقوم المتنازعان بسداد أتعاب ومصروفات التحكيم مرة واحد او مرتين فقط، ومدة الفصل في النزاع معلومة وكذا ما يوفره من انعدام الدرجات [2]، بعكس المحاكم العادية تستنزف الخصوم بمصاريف الانتهال من المحكمة وإليها وإحضار الشهود وأتعاب المحامين والرسوم القضائية، ويتعقد الأمر كثيرا عند استمرار أمد نظر الدعوى[3]، وهذا الأمر ليس على إطلاقه فالمشاريع الاستثمارية الكبرى قيمة التحكيم فيها يكون أكبر لكن مقارنة بحجم قيمتها والبطء فيها سيؤدي إلى خسائر أكبر بكثير .

ولو أن هناك جانب من الفقه يقر أن التحكيم على خلاف ما يقال عنه فهو مكلف جدا من الناحية الاقتصادية فأتعاب المحكمين مرتفعة جدا والتي قد تصل نسبة المحكم في قضية واحدة إلى مبالغ لا يتحصل عليها القاضي الوطني طيلة عمله بالقضاء[4]، ونحن نميل في هذا الاتجاه، بيد أنه لا بد أن نقر أنه توجد بعض السلبيات في نظام التحكيم التي قد تلحق الضرر باقتصاديات الدول المضيفة، لكن نعيب بدرجة أكثر غياب الوعي بهذا النظام خاصة في الدول النامية، وعدم توافر الكوادر المؤهلة من المختصين في هذا المجال وكذلك غياب المؤسسات التحكيمية المختصة في هذه الدول أو عدم كفاءتها وفعاليتها على الرغم من وجودها، وهذا ما يدفع تمسك المستثمر بإحالة النزاع الى المؤسسات التحكيمية الكبرى التي تتطلب مصاريف أكثر في تنقل أو أتعاب المحكمين، وهي في نظر المستثمر المالك لرؤوس أموال أفضل من خسارته قضيته الأمر الذي ترجح معه كفة الخصومة لصالح المستثمر الأجنبي وتكلف

---

[1]- الصالحي كامران، **المرجع السابق**، ص 22.

[2]- عبد الرحمان، فاطمة فتح الرحمن علي، التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات الناشئة عن قضايا الاستثمار، **مجلة العدل**، وزارة العدل السودان، المجلد 13عدد 33، سنة 2011، ص 151

[3]- النور عثمان، دور التحكيم في تسوية المنازعات، **مجلة الدراسات العليا- كلية الدراسات العليا**، جامعة النيلين، السودان، مجلد 4 عدد 05، سنة 2016،ص 183.

[4]- السايح عمران علي، أهمية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، **مجلة جامعة الزيتونة**، ليبيا، عدد 02، سنة 20012، ص 42.

الدولة الخسائر، وتجدر الإشارة كذلك أن القوة التفاوضية هي التي تفرض معطيات العملية التحكيمية من بدئها[1].

الفرع الثالث: الاعتبارات السياسية المؤثرة لاختيار التحكيم

يقصد بالاعتبارات السياسية في هذا المقام تلك العوامل التي تترك تأثيرها على سلوك العلاقة بين أطراف عقود الاستثمار المتنازعة، أو مايشكل البيئة العامة التي يسعى الأطراف أن ينشأ فيها تنفيذ العقد، بعد وقبل وقوع النزاع وحله عن طريق التحكيم، الذي يعمل على كشف مواطن العلل السياسية والاتفاقية ويرسم أفضل طريقة للقضاء عليها أو على أقل التخفيف منها وتجنبها وسنبين ذلك وفق مايلي:

أولا:إذكاء المودة والمحافظة على العلاقة بين الأطراف: يصف البعض التحكيم بأنه قضاء العلاقات المستمرة، حيث يسعى المحكم إلى تقريب بين وجهات النظر وتضييق إطار الخلافات ودفع أطراف النزاع إلى تقديم التنازلات للوصول إلى نقطة التقاء مشتركة ومما يساعد المحكم لبلوغ ذلك هو عدم التزامه بإجراءات قانونية محددة ومقيدة وبذلك يستطيع أن يطرح حلولا وسطية وتوفيقية [2]، لا تنتهي هذا التعامل بانتهاء الخصومة بل تبني مرحلة جديدة على أسس متينة من العمل الشريف والثقة المتبادلة ويوعز للطرفين المتنازعين بضرورة ترصين عقودهما في المستقبل على أواصر من الوضوح والمصداقية[3].

وهذا راجع إلى خصيصة أن الأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم هو التراضي فيما بين الأطراف لأنهم يلجؤون إليه عن طيب خاطر، في اختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق إلى غيرها من المسائل الأخرى التي تجعل الحكم في نهاية المطاف مقبولا من الطرفين، بعكس لو أن الحكم صدر على اثر مشاحنات وإحتدام وعداء إذا لجئوا إلى القضاء ذلك لأن القضاة مقيدون بالقانون وملتزمون بمراعاة نصوصه وإحترام روحه إذا اقتضى الأمر تفسيرها، فإذا جاءت أحكامهم على خلاف النص أو منافية لروحه فهي أحكام معيبة واجبة النقض[4].

ويلاحظ أن المنازعات التي تعرض على القضاء العادي تلجأ فيها الأطراف المتنازعة إلى أساليب الكيد من بعضها لبعض، وفي نهاية الأمر تصل العلاقة إلى حد القطيعة واللاعودة .

ويذهب جانب من الفقه[5] إلى القول أن القضاء العادي هو قضاء العلاقات المحطمة[1]، يحتكم إليها الخصمان فيغلب إدعاء أحدهما ثم يصرفهما غريمين بينما التحكيم هو قضاء العلاقات المتصلة يجيء

---

[1]– جمال عمران أغنية، **تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، الأردن،سنة 2004 ص 30،29.

[2]– الصالحي كامران، **المرجع السابق**،ص 19.

[3]– جمال عمران أغنيّة، **المرجع السابق**، 27.

[4]– السايح عمران علي، **المرجع السابق**،ص 38.

[5]– شفيق محسن، **التحكيم التجاري الدولي دراسة في قانون التجارية الدولية**، دار النهضة العربية، الاسكندرية، دون طبعةو سنة نشر، ص 33.

إليه الخصمان والعلاقة قائمة وينصرفان وهي قائمة، وكما يقال في بيان مزايا التحكيم أن الأطراف المتنازعة تدخل إلى القضاء العادي وهي تنظر إلى الوراء بينما تدخل إلى التحكيم وهي تنظر إلى الأمام.

ثانيا:فرض وجوده على ساحة عقود التنمية الاقتصادية (عقود الاستثمار) : الحقيقة أن الأخذ بنظام التحكيم أو عدم الأخذ به اليوم أصبح في اعتقادنا خارج نطاق وقدرة الأنظمة السياسية في دول العالم، فلم يعد من المقدور هذه الأنظمة أن ترفض تنظيم التحكيم التجاري الدولي، وإلا أصبحت في معزل عن التطورات الاقتصادية العالمية والعلاقات السياسية، بل إن ترك هذا النظام والعدول عنه قد يترتب عليه فوات منافع عديدة تصب في النهاية لصالح التنمية الاقتصادية ولأواصر السياسية لهذه الدول والتي لا يمكن أن تتم إلا بمشاركة المستثمر المشروعات الكبيرة العاملة بها[2]، وأدراج شرط التحكيم كبند أساسي لتسوية النزاعات الناشئة أو المحتمل وقوعها.

وأكثر من هذا هناك من يرى التحكيم آلية من آليات هيمة النظام الرأس مالي العالمي، بل أن البعض يعتبره أداة استعمارية مفروضة من قبل الشركات العملاقة التي تتعدى ميزانياتها ميزانية دول مجتمعة، وما هي إلا وسيلة لتنازل على الحصانة القضائية للهيمنة على مصالح البلاد الاقتصادية.

المطلب الثاني: فروض عودة الاختصاص للقضاء: انتفاء الأثر المانع لاتفاق التحكيم

المعلوم أن وجود اتفاق تحكيمي بين الأطراف يرتب أثر سالب يمتنع فيه القاضي النظر نزاع ويدفع بعدم اختصاصه احتراما للإرادة لأطراف والثقة المشروعة بيد أنه يجب أن نشير أن هذا الدفع ليس من النظام العام وعليه لا بد إثارته من أحد الأطراف حتى يتم الدفع به من القاضي اذا ما أراد أحد الأطرف التهرب من اتفاق التحكيم وعهد به للقضاء، لكن القاضي يمكنه في بعض الحالات المعينة أن يكون مختصا لنظر في النزاع، ولو عهد به الأطراف إلى التحكيم، فاتفاق التحكيم صحيح أنه يسلب الاختصاص القضائي، لكن لا يسلب الأطراف حق الالتجاء إلى القضاء لأنه من الحقوق العامة التي لا يجوز التنازل عنها إنما يمنح الأطراف حق الالتجاء إلى التحكيم مع كفالة حقه في الالتجاء للقضاء كل ما هنالك أن حقه للالتجاء للقضاء معلق على عدم تمسك الطرف الأخر بالتحكيم أو التنازل(الفرع الأول)، أو إنتهاء المدة المحددة لإصدار حكم فاصل في الموضوع من قبل هيئة التحكيم(الفرع الثاني)، أو وجود بطلان واضح في اتفاق التحكيم (الفرع الثالث).

---

[1]– هذا المصطلح قاسي ونحن لا نؤيده من قبل الفقيه الدكتور محسن شفيق رحمه الله ولو ان مقصده مفهوم، فمهما كان واقع القضاء اليوم مشتمل على بعض النقائص والمثالب فهو يبقى عنوان للحقيقة وقبس للوصول للعدالة والحق، وان كنا نؤيد التحكيم لمشتملاته الايجابية لفض النزاع فهو لايقدح في القضاء ولا ينقص منه شيء، وهذا التمايز والمفاضلة أساسها علمي لا يمس جوهر العدالة المتطلعة للحق.

[2]– نصار جابر جاد، التحكيم في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، **مجلة البحوث الإدارية**، كلية الحقوق، جامعة القاهر،مصر، مجلد 20، عدد02، سنة 2002،ص 72.

وعليه يمكن إنهيار اتفاق التحكيم وزواله، وعودة الاختصاص لقضاء الدولة لوجود مانع قانوني[1] يحول دون تفعيل اتفاق التحكيم وجعله كأن لم يكن .

الفرع الأول: فرض تنازل الأطراف عن اللجوء إلى التحكيم

على الرغم أن القضاء الوطني يمثل ضمانة أساسية لفض جميع النزاعات داخل اقليم الدولة بما فيها النزاعات الاستثمارية إلا انه لا ينفي الحق لذوي الشأن في التنازل عن هذه الضمانة واختيار طريق أخر يحقق لهم بعض المزايا التي لا تتحقق بالتجائهم إلى محاكم الدولة وهو طريق الاتفاق على التحكيم الذي يتم بناءا على الإرادة الصحيحة والحرة لأطراف المنازعة والذي يعتمد على مبدأ سلطان الإرادة التي تمنح للأطراف مجموعة من الحريات تتعلق باختيار محكميهم واختيار الإجراءات وقواعد التي على أساسها تحسم النزاعات .

ولما كان التحكيم يرتكز أساسا على مبدأ سلطان الإرادة الرامي لحل نزاعات عن طريق التحكيم بديلا عن القضاء فانه كذلك يحق لذي الشأن أن يتنازلوا عن هذه الضمانة باتفاق مشترك، ليعيد طرحها أمام الجهات القضائية الوطنية .

ومن المعلوم انه لو يتم الاتفاق على التحكيم وجب أن يكون صريحا في التعبير عنه كأصل عام ومكتوب كمتطلب أساسي، لكن التنازل عنه قد لا يتخذ نفس الإجراءات كون التحكيم يشكل استثناء من أصل أي القضاء الوطني، وعليه فهذا التنازل يتخذ صورتين في هذا الفرض الأخير صريحا أو ضمنيا، لكن السؤال الذي يتبادر في الذهن هل التنازل عن اتفاق التحكيم يشمل النزاع الحال أو حتى النزاعات المستقبلية المحتمل وقوعها ؟ بمعنى هل نأخذ بالاتفاق الأخير؟ أو وجب الاتفاق مرة أخرى على اللجوء إلى التحكيم حتى يكون صحيحا؟

في هذا الشأن سنوضح (أولا) أشكال التنازل عن التحكيم و (ثانيا) نبين أثار التنازل عن التحكيم

أولا: أشكال التنازل عن التحكيم :يقصد بالتنازل في اعتقادنا في مضمون هذا المعني هو ان تتجه إرادة الطرفين في التخلى عن امتياز اللجوء إلى التحكيم المتفق عليه من قبل في العقد الأساسي او عقد لاحق للعقد الأساسي، واستغنائهم عنه كبديل لحل النزاعات التي تنشأ أو المحتمل نشوؤها بينهم، والعودة به إلى الجهات القضائية المختصة إقليميا .

وتجدر الإشارة أنه ليس هناك مظهر خارجي يتحتم أن يتخذه التعبير عن الإرادة في هذا الشأن كون القاعدة في التعبير أنه لا يخضع لشكل معين وهذا مقتضى مبدأ الرضائية، فالمتعاقدان يفصحان عن إرادتهما بالوسيلة التي تحلو لهما فيها ولا يهم بعد ذلك الوسيلة مادامت أنها تعبر عن الإرادة وبالتالي قد يكون التعبير عن الإرادة في التنازل صريحا كما أنه قد يكون ضمنيا، وهذا ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون

[1]– لعجال يسمينة، دور القضاء في إعمال قواعد العدالة الإجرائية في خصومة التحكيم الدولي، **المرجع السابق**، ص 465.

باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

1- التنازل الصريح عن اتفاق التحكيم: يقصد بالتنازل الصريح هو اتجاه إرادة الأطراف المشتركة في الإفصاح صراحة بطريقة مباشرة وبأي وسيلة تكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف[1] في التخلي عن التحكيم كوسيلة لفض النزاع، وذلك بمقتضى إتفاق جديد يضع نهاية لاختصاص المحكمين في فض النزاع المطروح عليهم [2].

بمعنى أن يعلن كل طرف تعبيره للطرف الأخر لكي يعلم به ويدركه ثم يقترن هذا الإيجاب بقبول مطابق له، إذ يلزم تنازل عن اتفاق التحكيم أن يصدر التعبير عن الإرادة متمثلة في إيجاب من أحد الأطراف يتضمن تصريحا بالتنازل عن التحكيم ويلزم أن يصدر تعبير يقابله من الطرف الأخر وهو القبول بذلك وأن تكون هاتان الإرادتين مقترنتان فلا يكفي تبادل التعبيرين لكي يوجد تراضي بل يجب أن يندمج التعبيران لتتكون منهما إرادة واحد تسمى الإرادة المشتركة أو النية المشتركة في العودة إلى الجهات القضائية المختصة والتنازل عن التحكيم كبديل متفق عليه، أي أنه لا يتم التنازل بالإرادة المنفردة بل لابد من رضا الطرفين.

وقد يكون هذا التعبير بألفاظ يؤديها الأطراف مباشرة أو عن طريق وساطة وقد يكون بالكتابة في أية صورة من صورها إذ يجوز أن تكون عرفية أو رسمية في سند رسالة مخطوطة أو مطبوعة أو أن يكون بالإشارة المتداولة عرفا كهز الرأس عموديا دلالة على القبول أو باتخاذ أي موقف أخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود[3] في إعلان العزوف عن اللجوء إلى التحكيم.

ويقتضي كذلك أن تكون الإرادة حرة خالية من أي عيب يشوبها والتي من شأنها أن ترتب جملة من الأثار، وتتمثل عيوب الإرادة في الإكراه والغلط والتدليس، كما أنه لا عبرة بزمان التنازل عن التحكيم سواء كان قبل عرض النزاع على القضاء أو أثناء سريان الدعوى، كأن يبدي المدعي عليه دفعه المتعلق بوجود الإتفاقية ثم يتنازل عنه صراحة في مذكراته اللاحقة ولا يتمسك به الخصم الأخر[4].

2- التنازل الضمني عن اتفاق التحكيم : يقصد به التعبير عن الإرادة بالتنازل عن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم بطريق غير مباشر وذلك عن طريق استنباط التعبير عن هذه الإرادة من أفعال

---

[1]- الصده عد المنعم، التعبير عن الإرادة، **مجلة الأمن والقانون**، أكادمية الشرطة دبي- الامارات، مجلد 5 عدد 01، سنة 1997، ص 148.

[2]- عامر أحمد الجارحي، **الإطار القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الادارية ذات الصفة الدولية، عقود الدولة**، الكتاب الاول، المركز القومي للدراسات القانونية، الاسكندرية، سنة 2018، ص 382.

[3]- الصده عبد المنعم، **المرجع السابق**، ص 149.

[4]- قطاف حفيظ، **مجال تدخل القاضي في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 09/08**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، سنة 2015، ص 30.

يقوم بها الطرفان، وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيرا مباشرا عن الإرادة ولكنها مجرد إشارة تكشف عن تلك الإرادة وتنطوي عليها.

وهذا التعبير الضمني يعتبر أقل درجة من التعبير الصريح فإذا تعارضا او تزاحما كان الأولوية للتعبير الصريح وهذا ما تنص عليه القاعدة الفقهية لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح، كون التعبير الصريح دلالته وضعية أو استعمالية بينما دلالة التعبير الضمني استنباطية وبالتالي يقدم عليها [1]، وليس هناك فارق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني من حيث القيمة سوى أن القانون قد يتطلب أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغا في شكل خاص، كما هو الحال في التصرفات الشكلية وقد يكتفي القانون بأقل من ذلك فيوجد أن تصدر من الشخص إرادة صريحة وذلك في حالات التي تنطوي على بعض الخطورة[2] منها الاتفاق على التحكيم أو التنازل عنه فهو نوع من الحماية القانونية لخطورة الأثر الجوهري المحقق عنه.

وما يميز التعبير الصريح والتعبير الضمني فالأول له وسائل محددة للتعبير عنه ويعتبر خير الكلام وسيلة للتعبير عنه وبالكتابة والإشارة أما التعبير الضمني فلم توضع له وسيلة للتعبير عنه وإما يستخلص استخلاصا من الظروف وقرائن الأحوال التي تحيط بالتصرف وتقترن به[3].

ولنموذج التنازل الضمني عن اتفاق التحكيم عدة صور يأخذها نوردها كالأتي:

أ- لجوء أحد الأطراف للقضاء الوطني المختص مانحا الاختصاص بالنزاع له ثم يتقدم الطرف الأخر على هذا القضاء فيتم تمثيل كل طرف أمام قضاء الدولة كمدعي ومدعى عليه دون أن يثير الدفع بوجود اتفاق تحكيمي وعدم اختصاص القاضي الوطني عند بدء الخصومة .

ب-وقد يحدث التنازل الضمني من جانب المدعى عليه وذلك بإثارة الدفع بالتحكيم ثم يتنازل عن هذا الاتفاق صراحة ويتكلم في الموضوع .

ت-وقد يكون التنازل الضمني في صورة عدم التزام أحد الأطراف بتعيين محكمه أو كلا الطرفين في عدم مباشرة قواعد التحكيم من تشكيل الهيئة التحكيمية ثم يلجأ إلى قضاء الدولة عارضا النزاع المثار أمامه.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد انه يجب أن لا يكون التنازل الضمني غامضا ينافي مقتضى التنازل عن اتفاق التحكيم كحالة لجوء أحد الأطراف إلى القضاء المستعجل طالبا منه اتخاذ حكم قضائي محدد لواقعة الحال المثيرة فهذا اللجوء لهذا القضاء لا يعني التنازل عن اتفاق التحكيم حتى ولو مثل الطرف الأخر أمام هذا القضاء وقدم دفاعه في الدعوى المستعجلة دون أن

---

[1]- القرالة أحمد ياسين، التعبير الضمني عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية الأردني، **دراسات علوم الشريعة والقانون**، الاردن، مجلد 44، عدد 3، سنة 2017،ص 341.

[2]- الصد عبد المنعم فرج، **المرجع السابق**، ص 150

[3]- القرالة أحمد ياسين **المرجع السابق**، ص 342.

يدفع باتفاق التحكيم لان ذلك لا يشكل نوع من التنازل الضمني لأن القضاء المستعجل لا يتعلق اختصاصه في هذا الإطار بموضوع أو بمحل اتفاق التحكيم لذلك يجب أن يكون التنازل الضمني واضحا وواقع الحال يدل أو يوحي بما لا يدع مجالا للشك أن الأطراف قد تنازلوا عن اتفاق التحكيم وهذا ما أشار وأكد عليه قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي في مادته الثالثة والذي يستلزم بمقتضاها يجب أن يكون التنازل مستمد من معطيات تحكيمية كوجود ضرر يلحق بأحد الأطراف نتيجة وقف نظر النزاع أمام القضاء والإحالة للتحكيم نظرا لفوات ميعاد التحكيم او سبق نظر التحكيم فيها دون صدور حكم منه وغيرها من الأحوال الأخرى[1].

ثانيا: أثر التنازل على اتفاق التحكيم : يترتب عن التنازل على اتفاق التحكيم كما نوهنا سابقا إلى زوال الأثر السالب لاتفاق التحكيم على إختصاص قضاء الدولة بمعنى عودة الاختصاص الأصيل بفض النزاع للجهات القضائية المختصة(أولا)، لكن لا بد البحث في هذا الصدد أثر هذا التنازل بين الإطلاق والنسبية على المنازعات المستقبيلة بمعنى هل التنازل على اتفاق التحكيم يمتد إلى كافة المنازعات المستقبلية المحتملة الوقوع ؟ أو أنه يخص النزاع الآني فقط؟ (ثانيا)

1- زوال الاستبعاد القضائي: إذا كان الأثر السلبي لاتفاق التحكيم هو منع محاكم الدولة عن نظر النزاع محل التحكيم فإن الوسيلة الفنية التي منحها المشرع لصاحب المصلحة في إعمال هذا الأثر هي الدفع بالتحكيم، مع اشتراط وجود هذا الاتفاق التحكيمي مستوفي لشروط صحته [2]، وعليه إذا رفع أحد الأطراف النزاع إلى القضاء الوطني وجب على الخصم التمسك بوجود اتفاق تحكيمي قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أي قبل الكلام في الموضوع، والا سقط الحق فيه وهذا ما يعد تنازل عن اختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاع .

وبالتالي تفقد الدعوى التحكيمية شرط من شروط قبولها، وتنقضي تأسيسا على تراضي الطرفين بإنهائها، والعمد على إرجاع النزاع إلى القضاء الوطني كأصل للفصل فيه و هذا الأثر يرتب التزامين التزام على عاتق القاضي الوطني هو الفصل في النزاع وعدم الدفع بعدم اختصاصه لوجود إتفاق تحكيمي من تلقاء نفسه كما أنه لا يملك أي سلطة في بحث الدفع وتقدير جديته بل له أن يباشر إجراءات الفصل في الدعوى والنزاع بالإجراءات القضائية العادية، بمعنى لا يجوز له الاحتجاج بوجود الدفع متى تم التنازل عنه من الطرفين للتملص من فصل النزاع وإلا عد إنكار للعدالة [3]، والتزام أخر على عاتق الأطراف هو عدم الرجوع بالإرادة المنفردة إذا ما تم قبول التنازل عن التحكيم صراحة أو ضمنا وعدم الدفع بوجود اتفاق تحكيمي بعد إبداء الدعوى وكلام في الموضوع وإثارة الدفوع والطلبات.

---

[1]-عامر أحمد الجارحي، الكتاب الأول، **المرجع السابق**، ص382-383.

[2]- محمود مصطفى يونس، **المرجع السابق**، ص 487..

[3]-قطاف حفيظ **المرجع السابق**، ص 30.

ولقد أقر هذا الأثر للتنازل على التحكيم العديد من الأنظمة القانونية المختلفة على غرار المشرع الجزائري في نص المادة 1045 بمفهوم المخالفة " 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" .

كذلك نص المادة 1458 من قانون التحكيم الفرنسي، على أنه اذ رفع أمام محكمة قضائية نزاعا تم طرحه أمام هيئة التحكيم بموجب اتفاقية تحكيم فعليها إعلان عدم اختصاصها، إذا لم يسبق لهيئة التحكيم أن تعهدت النزاع فعلى المحكمة القضائية أيضا إعلان عدم اختصاصها ما لم يكن عقد تحكيم واضح البطلان وفي هاتين الحالتين لا يمكن للمحكمة القضائية أن تعلن عدم اختصاصها من تلقاء نفسها" وكذا نص المادة 41 و48 من قانون التحكيم المصري.

كما أقرته كل من اتفاقية نيويورك لعام 1958 في مادتها 2فقرة 3 وأيضا المادة 06 من إتفاقية جنيف لعام 1961 وكذلك المادة 1/8 من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985.

2- نسبية نطاق التنازل على اتفاق التحكيم: يختلف أثر التنازل على اتفاق التحكيم على حسب ما اتفق وخصه الأطراف، فإذا اتفق الأطراف صراحة في اتفاق مكتوب على التنازل عن التحكيم نهائيا وعدم الأخذ به سواء في النزاع الحالي أو النزاعات المستقبلية فهذا لا يطرح أشكال واثر التنازل يلحق جميع النزاعات التي يمكن أن تحدث بين الطرفين وهذا ما نسميه التنازل التام الكلي عن اتفاق التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف مرة أخرى للجوء إلى التحكيم ولا يجوز لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم بالإرادة المنفردة .

وهو نفس الأمر في الحالة ما إذا كان اتفاق التحكيم مدرج في صورة مشارطة تحكيم أي في عقد لاحق للعقد الأصلي وحدد الأطراف النزاع بعينه فإذا وقع النزاع فانه يجب على الأطراف اللجوء إلى التحكيم، فإذا تنازل الأطراف عن التحكيم صراحة او ضمنا فان أثر التنازل يشمل النزاع المحدد والنزاعات المستقبيلة بمعنى تنازل كلي ونأخذ بالاتفاق الأخير وهو العهد بالنزاع إلى القضاء الوطني .

أما إذا كنا بصدد اتفاق التحكيم كبند في العقد أي كبند على إطلاقه دون أن يخصه الأطراف بنزاع معين، كالتحكيم على بياض يعني بهذه الحالة شموله سائر المنازعات التي قد تثار بمناسبة تفسير العقد أو بتنفيذه وغيرها من أنواع المنازعات العقدية الأخرى، وبالتالي إذا حدث تنازل عن اتفاق التحكيم فإن ذلك لا يعني أكثر من النزول عن التحكيم في الموضوع المنظور أمام القضاء بالتحديد مما لا يؤثر على بقاء اتفاق التحكيم قائما بالنسبة بالمنازعات المستقبلية التي تثار بين الأطراف"[1].

وهذا ما نطلق عليه بالتنازل الجزئي المحدد وعليه في هذه الحالة لا يسقط اتفاق التحكيم إلا بصدد هذا النوع من النزاع المثار أمام القضاء دون غيره من سائر المنازعات الأخرى ويبقى للأطراف

---

[1]- مصفى الجمال وعكاشة عبد العال، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة الأولى، سنة 1998، ص 561-562.

حق اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالمنازعات التي لن تثار أمام القضاء، كما يمكن ان يثيره أحد الأطراف قبل الكلام في الموضوع، وهكذا الأمر يسير على هذه الوتيرة بصورة متبادلة فيما تنازل عنه الأطراف من الخصومات التحكيمية والتي لا يمكن فيها الفصل تحكيميا ولكن يمكن الفصل فيها قضائيات على أن يظل شرط التحكيم صالحا لنظر بعض المنازعات أخرى بصدد العقد وما ينافي ذلك إلا أن يكون التنازل شاملا وبصورة مجملة لكافة أنواع المنازعات محل لشرط التحكيم بصورة واضحة وصريحة ومتفق عليها[1].

الفرع الثاني:فرض انتهاء أجل التحكيم

يعتبر تحديد أجل التحكيم في عقود الاستثمار من الأركان التي تقوم عليها فلسفة نظام التحكيم وطبيعة هذه العقود الخاصة، ولا شك أن الهدف المرجو من ذلك هو سرعة حسم النزاع في اقرب وقت حرصا على استقرار مراكزهم القانونية وعدم تعليق مصالحهم المالية والتجارية وتعريضها للخطر و هذا لا يتأتى إلا بتأقيت ولاية المحكم ووضع حد زمني له للفصل في النزاع، بل وصل إلى حد المبالغة التي أقرها بعض الفقهاء إلى اعتبار أن القانون الذي لا ينظم أجلا لمهمة التحكيم متعارضا مع النظام العام الدولي فقد يؤدي عدم تحديد زمن التحكيم إلى خطر إنكار العدالة[2]، وهذا الأخير حسب تقدير بعض الخبراء قد يؤثرا سلبا في الكثير من الأحيان على السير الطبيعي لعملية التحكيم، على عكس لو طرح هذا النزاع على القضاء فانه لا يثار التساؤل ولا إلزام بتحديد مدة زمنية يمكن أن ينهي فيها القاضي أي خصومة تطرح عليه.

فإذا حدد أجل للتحكيم سواءا من قبل الأطراف أو تركوا ذلك للميعاد الذي حدده المشرع في القانون المنظم لإجراءات التحكيم، يتعين على المحكمين أن ينهوا مهمتهم في ذلك الأجل ما لم يتم تمديده فإنه يسقط مضمون إتفاق التحكيم في عزل القضاء على الفصل في النزاع لوجود مانع قانوني وهو انتهاء الميعاد و يصبح القضاء الوطني هو المختص بفض النزاع مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

سنبين في دراسة هذا الفرع مفهوم أجل التحكيم (أولا)أثر المترتب عن انقضاء ميعاد التحكيم (ثانيا).

أولا:مفهوم أجل التحكيم يقصد بأجل التحكيم المدة المحددة باتفاق أطراف التحكيم أو بنص القانون المطبق على التحكيم لإصدار حكم تحكيمي منهي للنزاع والتي تبدأ بواقعة معيينة يحددها الاتفاق أو القانون ويلتزم بها الأطراف والهيئة التحكيمية على حد سواء[3].

الملاحظ من خلال هذا التعريف أن أجل التحكيم يتضمن العناصر التالية:

---

[1]- عامر أحمد الجارحي، الكتاب الأول، **المرجع السابق**، ص 385.

[2] - jean Robert, **Larbitrage droit interne, droit interrnational privé**, 6 ed dallz ; 1993 p116.

[3]-مبارك عبد التواب، مد أجل التحكيم في قانون التحكيم المصري والقانون المقارن وأنظمة التحكيم الدولية، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية**، جامعة الاسكندرية، مصر، المجلد الثاني العدد 02 سنة 2016، ص 222.

- يتحدد أجل التحكيم إما اتفاقا من قبل الأطراف او بنص قانوني (اتفاقا وقانونا).
- يبدأ بواقعة معنية يتفق عليها الأطراف أو ينص عليها القانون مع بداية عملية التحكيم.
- يعد أجل إصدار حكم التحكيم وبذلك يتميز عن أجل اتفاق التحكيم وأجل إجراءات خصومة التحكيم.
- وانه ملزم للأطراف المحتكمين ولهيئة التحكيم فلا يجوز للأطراف الاعتراض عليه لطول مدته او قصرها كما لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتجاوز وتصدر حكمها بعد انقضائه.

وعليه سنلقي الضوء على أجل التحكيم من خلال: بيان صور أجل التحكيم وتمييز أجل التحكيم عن أجل اتفاق التحكيم وأجل إجراءات خصومة التحكيم و إمكانية مد أجل التحكيم.

1- صور أجل التحكيم إسقاطا على أن مرتكز الاتفاق على التحكيم هي إرادة الأطراف، فإن الأصل في تحديد أجل التحكيم يرجع لإرادة الأطراف واتفاقهم كونهم الأقرب لنظر ظروف النزاع وتعقيده**(1)**، ثم يأتي دور القانون ليكون مكملا لهذه الإرادة عند غياب الاتفاق **(2)**، لكن هناك فرضية أخرى انه قد يحتكم الأطراف لقواعد تحكيم لا تحدد أجلا للتحكيم فيأتي التحكيم في هذه الحالة غير محدد المدة **(3)**، وعليه لتحديد أجل التحكيم ثلاثة صور نوردها بالترتيب وفق مايلي:

أ-الأجل الاتفاقي للتحكيم : فضلا عن الإتفاق على التحكيم قد يتفق الأطراف على تحديد الأجل الذي ينتهي فيه هذا التحكيم وفي هذه الحالة يأتي تحديد الأجل كبند من بنود الاتفاق على التحكيم سواءا كان شرط او مشارطة، وإذا لم يتفق الأطراف على تحديد أجل التحكيم في اتفاق التحكيم، فإن ذلك لا يمنعهم من الإتفاق على هذا الأجل بعد بدء إجراءات التحكيم وأثناء سيرها، وفي الحالتين يكون التحكيم محدد الأجل باتفاق الأطراف ويجب على هيئة التحكيم إصدار حكمها المنهي للنزاع خلال هذا الأجل وقبل انقضائه [1].

كون أنه إذا انتهت هذه المدة فإنه لا يجوز للأطراف اللجوء إلى التحكيم، فإذا ما لجأ الأطراف إلى التحكيم رغم انتهاء ميعاده فإن الحكم التحكيمي الذي يصدر في هذه الحالة يصبح باطلا نظرا لانتهاء صلاحية اتفاق التحكيم قبل البدء في إجراءات التحكيم بمعنى أن اتفاق التحكيم قد أصبح بانتهاء مدته كأن لم يكن ومن ثمة فإن كافة الموضوعات محل اتفاق التحكيم التي اتفق عليها الأطراف لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بصددها وبالتالي يعاد الإختصاص لقضاء الدولة في كافة المنازعات المثارة بصدد العقد إلا إذا اتفق الأطراف على اتفاق تحكيم جديد[2].

وتجدر الإشارة أنه في الأجل الإتفاقي ليس هناك قيد للأطراف في تحديد مدة أجل التحكيم ولا في في تحديد الواقعة التي يبدأ منها سريانه، كما يشترط أن يكون تحديد الأجل ومدته ولحظة بدأ سريانه واضحا وصريحا، على الرغم من أنه لا يتصور أن يكون ضمنيا بل هو في كل حالاته يكون مكتوبا

---

[1]- أبو علاء النمر، **ميعاد التحكيم**، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة، سنة 1999، ص 17.

[2]- عامر أحمد الجارحي، الكتاب الأول،**المرجع السابق**، ص 386-387

وصريحا مثله في ذلك الاتفاق على التحكيم ولذلك إما أن يرد في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لا حق عليه فيكون التحكيم محدد الأجل، وإما ألا يتفق الأطراف عليه فيكون التحكيم محدد الأجل أو غير محدد الأجل بحسب قواعد أو قانون التحكيم الذي اتفق الأطراف على تطبيقه [1].

كما يلاحظ انه بمقتضى الحرية التي يملكها الطرفان في شأن تحديد مهلة التحكيم، يمكنهما اللجوء إلى تعيين مهلة لكل مرحلة من مراحل التحكيم كأن يتفقا مثلا على أن يعقد المحكمون اجتماعا في الأيام العشرة التالية لقبولهم المهمة، ثم على تحضير القضية للحكم في الأشهر الثلاثة التي تعقب اجتماعهم الأول وإصدار القرار بعد ذلك خلاله خمسة عشرة يوما من ختام المحاكمة ويعتبر القرار خارجا عن حدود مهمة المحكمين إذا خالفوا هذه التعليمات وبالتالي يشكل سبب للإبطال.

ب- **الأجل القانوني لاتفاق التحكيم:** إذا لم يتفق الأطراف على تحديد أجل التحكيم ولكنهم اتفقوا على إخضاع إجراءاته لقانون أو قواعد مركز تحكيم معين وكان هذا القانون أو تلك القواعد تنظم أجلا للتحكيم، كان أجل التحكيم في هذه الحالة محدد بنص القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ويجب على المحكمين إصدار حكم التحكيم المنهي للنزاع خلال هذا الأجل[2].

ولم يرتب المشرع على عدم ذكر مهلة التحكيم في اتفاق التحكيم أي إبطال نظرا لأنه أوجد حلا احتياطيا بحلول القاعدة القانونية التي نص عليها القانون الواجب التطبيق محل إرادة الأطراف في تحديد هذا الأجل، ولقد تبنت معظم الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم هذا الأمر فمثلا نصت المادة 1018/الفقرة 01 من ق إ م إ الجزائري " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لانتهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم"

كما نصت المادة 45/فقرة 01 من قانون التحكيم المصري " على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنتي عشر شهرا من تاريخ بدأ إجراءات التحكيم" كما نصت المادة 1463 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بعد تعديل 2011 على أنه: إذا لم يحدد اتفاق التحكيم أجلا للتحكيم كانت مدة مهمة هيئة التحكيم ستة أشهر من تاريخ إيصالها بالنزاع".

والملاحظ أنه اختلفت مدة هذا الأجل القانوني وكذا أجل بدأ سريانه من نظام إلى أخر، فمثلا المشرع الجزائري حدد مدة هذا الأجل 04 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ أخطار محكمة التحكيم أما المشرع الفرنسي فقد اتفق مع معظم قوانين التحكيم الوطنية وأنظمته الدولية على أن مدة هذا الأجل هي ستة أشهر تبدأ من تاريخ قبول المحكم لمهمته، أما القانون المصري إتسمت أجل القانوني الذي حدده المشرع بطول المدة بعض الشيء وهو اثنتي عشر شهرا مخالفا بذلك غالبية

---

[1]- مبارك عبد التواب، **المرجع السابق**، ص 226

[2]- **المرجع نفسه**، ص 226.

الأنظمة الوطنية والدولية التي تتراوح المدة فيا مابين 3 أشهر وستة أشهر، تبدأ من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وهذا الأخير يقصد به من يوم الذي يستلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى مالم يتفق على موعد أخر غير هذا التاريخ، طبقا لنص المادة 27 من قانون التحكيم المصري[1].

والجدير بالذكر أن الأجل القانوني للتحكيم في كل قوانين التحكيم التي وضعت اجل للتحكيم لا تتعلق من النظام العام فالقاعدة القانونية التي تنظم أجل التحكيم ومدته ليست من القواعد الآمرة التي يتعين الالتزام بها، وعليه اذا تعارض الأجل المنصوص عليه قانونا مع الأجل الذي اتفق عليه الأطراف كان هذا الأخير هو الواجب الإتباع فالأجل المنصوص عليه قانونا لا يكون إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف [2].

ت- **التحكيم غير محدد المدة :** قد يخلو التحكيم من اتفاق أطرافه على تحديد أجل لصدور حكم التحكيم وتصادفت ذلك ان القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم لم تحدد أجل قانوني لان التحكيم في هذه الحالة يكون غير محدد المدة وعلى الهيئة التحكيمية وضع الأجل الذي تراه مناسبا لإصدار حكم منهي للنزاع [3].

ومن بين قواعد التحكيم التي لا تحدد أجلا لاتفاق التحكيم، القواعد التي وضعتها لجنة اليونسترال سواء في نسختها القديمة لعام 1976 أو الجديدة المعتمدة 2013 [4]، وهي نفس الأحكام التي يأخذ بها مركز التحكيم الإقليمي بالقاهرة السارية ابتداء من 01 مارس 2011.

كذلك نجد كل من المشرع الفرنسي والتونسي[5] أفرد قواعد وأحكام خاصة للتحكيم الدولي ولم يأت في أي من هذه القواعد نصا يحدد أجلا للتحكيم، على غرار نص المادة 1463 المتعلقة بالتحكيم الداخلي وهو الأمر الذي يفسر على أن التحكيم الدولي في القانون الفرنسي ليس له أجل قانوني محدد، وبالتالي يتعين الرجوع في هذه الحالة إلى اتفاق التحكيم لتحديد القواعد التي تطبق على إجراءات التحكيم واتفاق التحكيم إما يكون قد حدد مباشرة إجراءات التحكيم ومنها أجل التحكيم أو أنه أحال الأمر إلى نظام التحكيم أو إلى قانون تحكيم بعينه وفي هذه الحالة يتعين الرجوع إلى هذا النظام أو هذا القانون أما إذا خلا الاتفاق من كل ذلك تطبق هيئة التحكيم القانون والقواعد التي تراها مناسبة[6].

---

[1]- محمود مصطفى يونس، **المرجع السابق**،ص 492.

[2]- مبارك عبد التواب، **المرجع السابق**،ص 228.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 231.

[4]- **قواعد اليونسترال للتحكيم** بما في ذلك الفقرة الرابعة الجديدة في المادة 01 **بصيغتها المعتمدة** في عام 2013.

[5]- ينظر: مادة 64 من **قانون التونسي عدد 42** لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 **بتعلق باصدار مجلة التحكيم** الرائد الرسمي، عدد33.

[6]- مبارك عبد التواب، **المرجع السابق**، ص233.

وهذا الحل اعتمدته كذلك قواعد اليونسترال للتحكيم الدولي في نص المادة 1/ فقرة 1 والتي نصت على أنه " إذا اتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية إلى التحكيم بمقتضى قواعد اليونسترال للتحكيم سويت تلك المنازعات عندئذ وفقا لهذه القواعد رهنا بما قد يتفق عليه الأطراف من تعديلات" بمعنى انه يمكن للأطراف تعديل هذه القواعد اتفاقا .

وعليه لايتحدد أجل التحكيم الدولي طبقا للقانون الفرنسي،و كذا الامر عند قواعد اليونسترال إلا في الحالات التالية[1]:

- إذا اتفق الأطراف على تحديد الأجل
- إذا لم يتفق الأطراف على تحديد الأجل ولكنهم اتفقوا على تطبيق قواعد إجرائية أو نظام تحكيم يحدد اجل قانونيا
- إذا لم يتفق الأطراف على تحديد الأجل ولم يتفقوا على تطبيق قواعد إجرائية أو نظام تحكيم يعينه واختارت هيئة التحكيم قواعد إجرائية أو نظام تحكيم يحدد أجلا.

أما إذا خلا التحكيم من هذه الحالات فانه يكون غير محدد المدة، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الشأن ماذا لو تعارضت هذه القواعد مع قانون التحكيم الواجب التطبيق اذا كان يحدد أجلا للتحكيم كالقانون الجزائري مثلا أو تعارضها مع اتفاق الأطراف إذا كان قد حدد أجل للتحكيم؟ قبل الإجابة على هذا التساؤل لابد أن نشير أنه على الرغم أن قواعد اليونسترال لم تضع أجل للتحكيم لكنها نظمت مواعيد لإجراءات التحكيم بحيث تأتي هذه المواعيد في تسلسل زمني تحدد فيه كل إجراء على حدا فضلا أنها أطلقت سلطة هيئة التحكيم في تسيير إجراءات التحكيم وتحديد النطاق الزمني لهذه الإجراءات فقد نصت المادة 17 من في قواعد اليونسترال في نسختها المعتمدة لعام 2013 على أنه:

1- مع مراعاة هذه القواعد يجوز لهيئة التحكيم أن تسير التحكيم على النحو الذي تراه مناسبا، شريطة أن يعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تتاح لكل طرف في مرحلة مناسبة من الإجراءات فرصة معقولة لعرض قضيته وتسيّر هيئة التحكيم لدى ممارستها صلاحيتها التقديرية الإجراءات على نحو يتفادى الإبطاء والإنفاق بلا داع ويكفل الأنصاف والكفاءة في تسوية النزاعات بين الأطراف.

2-تضع هيئة التحكيم بعد تشكيلها الجدول الزمني المؤقت للتحكيم في اقرب وقت ممكن عمليا وبعد دعوة الأطراف إلى إبداء أرائهم ويجوز لهيئة التحكيم في أي وقت بعد دعوة الأطراف إلى إبداء أرائهم في تمديد أو تقصير أي مدة زمنية تنص عليها القواعد او يتفق عليها الأطراف .

وعليه إذا حدث أي تعارض قواعد يونسترال مع اتفاق التحكيم إذا حدد أجلا للتحكيم او مع قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، فانه في الحالة الأولى المتمثلة في اتفاق التحكيم لا يحمل تعارض مع

[1]- مبارك عبد التواب، **المرجع السابق**، ص235.

هذه القواعد بقدر ما يحمل تحديد نطاق تطبيقها فالأطراف اتفقوا على تطبيق القواعد ولكن في حدود النطاق المتفق عليه وبالتالي اتفاقهم سيكون معدلا للقواعد وليس مخالفا لها وهذا ما أجازته المادة الاولى الفقرة الأولى في أخر جملة منها " رهنا بما يتفق عليه الأطراف من تعديلات"[1].

أما حالة التعارض مع الأجل القانوني لدولة مقر التنفيذ فالفقرة الثالثة من المادة الأولى من أخر تعديل للقواعد اليونسترال 2013 فقد فصلت في الموضوع انه " تنظم هذه القواعد عملية التحكيم ولكن إذا تعارض أي منهما مع حكم في القانون المنطبق على التحكيم لا يمكن للأطراف أن يخرجوا عنه كانت الغلبة عند ذلك للحكم" معناه انه على الأطراف أن لا يخرجوا عن اتفاقهم في تطبيق قواعد اليونيسرال إلا إذا كانت تتعارض مع قاعدة قانونية أمرة أو مع النظام العام لهذه الدولة [2].

فإذا استمرت إجراءات التحكيم طبقا لقواعد اليوينسترال أكثر من الأجل القانوني المحدد في دولة مقر التنفيذ مثلا أكثر من أربعة أشهر طبقا للقانون الجزائري فان هذه المسألة كذلك محسومة في فقرة 2 من المادة 17 المذكورة أعلاه في منح سلطة التحكيم في تقصير أو تمديد هذه المدة خاصة أنها ملزمة للأطراف نظرا لاتفاقهم على إختيار قواعد اليونسترال للتحكيم إلا إذا تناولها اتفاقهم بالتعديل فيكون هذا الأخير هو الواجب التطبيق الأمر الذي تنتهي فيه إجراءات التحكيم، ويمكن لجوء أحد الأطراف للقضاء الوطني بطلب إنهاء الإجراءات والفصل في النزاع .

2- تمييز أجل التحكيم عما يشابهه :أخضعت جل التشريعات تنظيم مسألة تحديد أجل التحكيم وانتهائه لما له أهمية كبيرة، فهي نقطة الإرتكاز في العلاقة بين الأثر مانع للاتفاق التحكيم وبين زواله وانقضائه لكن في خضم هذا السياق نجد خلط بين أجل التحكيم وبين بعض الآجال التي تحكم العملية التحكيمة كأجل اتفاق التحكيم وأجل إجراءات الخصومة وعليه سنميزه من بين هذه الأجال:

أ- **أجل التحكيم وأجل اتفاق التحكيم:** يعتبر اتفاق التحكيم تصرف قانوني يجمع بين وصفين للالتزام التزام منجز إذا كان الاتفاق قد تم بعد نشأة النزاع حيث يتم تنفيذه مباشرة بالبدء في إجراءات التحكيم وهو ما نسميه بالمشارطة كصورة من صور التحكيم أو التزام معلق إذا تم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع أي مستقبلا وهو أمر متوقف على حدوثه فقد يقع وقد لا يقع وهذه صورة نطلق عليها بشرط التحكيم[3].

إذا اتفاق التحكيم هو سبب وجود الحق في الدعوى التحكيمية ومصدرها ومؤسسها، أما اجل اتفاق التحكيم هو ميعاد مباشرة هذا الحق والذي يبدأ سريانه من وقت تحقق سبب مباشرته أي النزاع وانقضاء هذا الأجل يؤدي إلى انقضاء الدعوى التحكيمية .

---

[1]- يراجع في ذلك: المادة 06 من **قواعد اليونسترال للتحكيم بصيغتها المعتمدة** في عام 2013

[2]- يراجع : المادة 1/فقرة 3، من **نفس القواعد**

[3]- أحمد مخلوف، **إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، سنة 2001، ص 60-61.

فإذا حدد الأطراف أجل إتفاق التحكيم أو مدته وجب عليهم مباشرة الحق في الدعوى التحكيمية قبل انقضاء هذا الأجل ويبدأ أجله من تاريخ نشأة النزاع أو من تاريخ واقعة معينة كأن يتفقوا على بدا إجراءات التحكيم بعد المفاوضات أو إجراء الوساطة أو التوفيق فيكون في هذا معلق بانتهاء تاريخ هذا الإجراء، فإذا انقضت مدة هذا الأجل أدى ذلك إلى سقوط اتفاق التحكيم بانقضاء مدته ولا يجوز البدء في إجراءات التحكيم(دعوى التحكيمية) فإذا كانت قد بدأت فإنها تنقضي بانقضاء أجل التحكيم الذي هو مصدرها وإذا أصدر فيها حكم كان باطلا[1]، طبقا لنص المادة 1056 فقرة 1من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

أما إذا لم يحدد الأطراف أجل للاتفاق أو مدته فأنه لابد أن نميز بين ما إذا كان إتفاق التحكيم مشارطة فان الحق في مباشرة دعوى التحكيمية يبقى قائما حتى يتم مباشرته فإذا لم يتم مباشرته فإنه لا يسقط إلا بسقوط الحق في الدعوى العادية المرفوعة على القضاء الوطني وتقادمها، أما إذا كان شرط فإنه لا يسقط بالتقادم ويظل قابلا لتسوية أكثر من نزاع ينشا عن نفس العقد حتى ولو كان هذا العقد انقضى بالفسخ نظرا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على العقد[2].

نلاحظ من خلال ما تم تقديمه أن اجل اتفاق التحكيم ما هو إلا ذلك الأجل الذي حدده الأطراف في مباشرة الحق في الدعوى التحكيمية والذي يبدأ سريانه من تاريخ تحقق السبب في مباشرته وهو تاريخ نشأة النزاع أو التاريخ الذي يختاره الأطراف ويترتب على إنقضائه إنقضاء الدعوى التحكيمية ويجوز طلب بطلان حكم التحكيم الصادر بعد هذا الميعاد، أما أجل التحكيم فهو يختلف عن هذا فهو تلك الفترة التي يجب على المحكم أن يصدر فيها حكمه المنهي للنزاع وقد يتفق الأطراف على تحديده أو القانون الواجب التطبيق أو يترك أخيرا للهيئة التحكيمية تحديده وجزاء انقضاء الميعاد ليس بطلان وإنما إتاحة الخيار للخصوم إما طلب ميعاد إضافي أو إنهاء الإجراءات والعودة به إلى قضاء الدولة[3].

وفي جميع الأحوال وجب أن يتقيد المحكم بهذين الأجلين، فمن ناحية يتقيد بأجل اتفاق التحكيم باعتباره مصدر سلطاته ومن جهة اخرى يتقيد بأجل التحكيم باعتباره محدد للنطاق ولايته القضائية [4].

ب- **أجل التحكيم وأجل إجراءات الخصومة التحكيمية:** مدة الخصومة التحكيمة يقصد بها مدة نظر النزاع أمام هيئة التحكيم تلك المدة المحددة إتفاقا وقانونا[5]، والواقع أن تباين قوانين التحكيم في تحديد بدء هذا الأجل قد دعم الخلط بينه وبين أجل التحكيم، فمن ناحية نص كل من المشرع

[1]- مبارك عبد التواب، **المرجع السابق**، ص 241.

[2] **المرجع نفسه**، ص 242 وما بعدها.

[3]- أحمد مخلوف **المرجع السابق**، ص 58.

[4]- **المرجع نفسه**، ص 60.

[5]- عامر أحمد الجارحي،الكتاب الاول، **المرجع السابق**، ص 387.

الجزائري في القانون الإجراءات المدنية والإدارية (مادة 1018) وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي(مادة 1463 بعد تعديل 2011) على أنه تبدأ مدة هذا الأجل من تاريخ قبول المحكم لمهمة التحكيم ومن ناحية أخرى نص قانون التحكيم المصري (مادة 1/45) أنه يبدأ أجل التحكيم من تاريخ بدأ إجراءات التحكيم والتي تبدأ من تاريخ تسلم المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي مالم يتفق الطرفان على موعد أخر بحيث يمكن اعتبار هذا الأجل أجل لخصومة التحكيم.

والملاحظ كذلك أن المستقرأ لقواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس في نسختها الجديدة 2011 فرقت بين بدء إجراءات التحكيم وبدء الأجل اللازم لصدور الحكم حيث نصت في المادة 4 الفقرة 2 على أنه يعتبر تاريخ تسلم الأمانة العامة لطلب التحكيم هو تاريخ بدء التحكيم وذلك لكافة الأغراض، في حين نصت المادة 30/فقرة 1 انه تصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستة أشهر ويبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ أخر توقيع لهيئة التحكيم أو للأطراف على وثيقة المهمة أو من تاريخ أخطار الهيئة التحكيمية من قبل الأمانة العامة باعتماد المحكمة وثيقة المهمة[1].

وخلاصة القول أن أجل التحكيم يمكن اعتباره أجلا لخصومة التحكيم ولولاية المحكم في أن واحد سواء في التشريع الفرنسي أو الجزائري وحتى المصري، لكن درج جانب من الفقه [2]ونحن نميل لهذا الاتجاه يرى أن خصومة التحكيم ليس لها أجل أو ميعاد محدد فهي لا تخضع لسقوط بالتقادم عند انقضاء أجل التحكيم بل تمنح للأطراف الاختيار بين طلب ميعاد إضافي أو إنهاء الإجراءات، كما أن قياس أجل التحكيم على أجل سقوط الخصومة القضائية كون أجل سقوط الخصومة يبدأ من تاريخ أخر إجراء صحيح تم اتخاذه في الخصومة أي من وقت تراخي وتوقف نشاط الأطراف فيها، في حين أن أجل التحكيم يبدأ من وقت افتتاح الخصومة وبداية السير في الإجراءات .

زد على ذلك أن خصومة التحكيم يمكن أن تبدأ دون سريان هذا الأجل فكيف يمكن إعتباره أجلا لهذه الخصومة رغم أن إجراءاتها قد بدأت قبل بدء سريانه .

وعليه فإن أجل التحكيم هو المدة الزمنية اللازمة للقيام بعمل قانوني معين يتمثل في إصدار حكم تحكيمي منهي للنزاع وبالنظر إلى أن هذا العمل لا يصدر إلا من محكم وفي خصومة التحكيم فإن هذا الأجل هو الزمن المحدد لمهمة المحكم ولإجراءات التحكيم سواء عبرت عنه قوانين التحكيم بميعاد التحكيم أو بمهلة التحكيم أو مدة مهمة المحكم[3].

[1]- أنظر المادة: 23/فقرة 3 من **قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس في طبعتها المنقحة** لعام 2011.

[2]- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، **المرجع السابق**،ص 797.

[3]- مبارك عبد التواب، **المرجع السابق**، 253.

3-مد أجل التحكيم : قد تصدر الهيئة التحكيمية حكمها خلال الميعاد المتفق عليه سواء الإتفاقي أو القانوني وهنا لا يثار إشكال، غير انه قد يحدث أحيانا أن لا تستطيع هيئة التحكيم إنهاء نظر النزاع في الميعاد المتفق عليه والمنصوص عليه في اتفاق التحكيم، الأمر الذي يرتب فرضين إما إنهاء التحكيم وللجوء الى القضاء للفصل في النزاع، وإما وأن يتفق الأطراف على تمديد هذا الأجل و منح هيئة التحكيم اجل إضافي لغاية الفصل في النزاع **(1)**، أو أن تقرره هيئة التحكيم **(2)** أو يقرره القاضي الوطني بطلب من أحد الأطراف**(3)** .

أ- **المد الإتفاقي للتحكيم :** خولت أغلب التشريعات جواز أتفاق الأطراف على مد أجل التحكيم إذا أو شك هذا الأجل على الانقضاء، فلقد نصت الماد 1018/فقرة 2 من قانون إ م إ على ".. غير انه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف..." وهذا ما أجازه قانون التحكيم المصري كذلك في المادة 45 /ف1 ونصت على " وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك "، وكذلك نص عليه المشرع الفرنسي في نص المادة 1463فقرة2[1].

والملاحظ أن نصوص هذه المواد لم تضع قيد أن يكون اتفاقهم على المد صريحا، فقد يمكن الاعتراف كذلك بصحة الاتفاق على المد الضمني على ان يكون لكل منهما ضوابط وأحكام

أ-1)- **الإتفاق الصريح على مد اتفاق التحكيم:** ويقصد بصورة هذا المد أن يعبر كل طرف من أطراف التحكيم عن إرادته أو موافقته على إرادة الطرف الأخر على مد أجل التحكيم إما كتابة أو شفاهة على أن يثبت هذا الاتفاق في محضر الجلسة إذا كان شفاهة أو أن يلحق بمحضرها إذا كان مكتوبا [2].

والاتفاق الصريح على مد أجل التحكيم يجوز أن يتم قبل انقضاء الأجل الأصلي أو بعد انقضائه تأسيسا على مبدأ الحرية للأطراف على اتفاق التحكيم وتحديد اجل التحكيم يجوز لهم كذلك الاتفاق على استكمال نظر هيئة التحكيم في النزاع حتى ولو بعد انقضائه[3]، لكن يجب أن نفرق في هذا الصدد بين فرضين:

- إذا كان اتفاق التحكيم شرطا فإنه يجوز الإتفاق على المد ولو بعد انقضاء الأجل، وذلك لبقاء الشرط رغم انقضاء أجل التحكيم.

---

[1]- نصت المادة 1463 /فقرة 02 من **قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد رقم 48** المؤرخ في 13 يناير 2011" يمتد الأجل القانوني أ و الإتفاقي باتفاق الأطراف فإذا لم يكن هنالك اتفاق امتد بواسطة القاضي المساند".

[2]- مبارك عبد التواب، **المرجع السابق**، ص 256.

[3]- أبو علاء النمر، ميعاد التحكيم، **المرجع السابق**، ص 88.

- أما أذا كان الاتفاق التحكيمي مشارطة فلا يجوز المد إلا أثناء سريان الأجل المحدد فيها وقبل انقضائه، ذلك ان اتفاق يعتبر ساقطا بانقضاء مهلته، لذلك فإذا انقضت المهلة يتوجب عليهم عندئذ إنشاء تحكيم جديد بل والبدء في خصومة تحكيم جديدة[1].

أ-2)- **الإتفاق الضمني على مد اتفاق التحكيم** : يمكن أن يكون مد أجل التحكيم مبني على رضا أو قبول ضمني، ويحدث هذا إذا لم تتلاق إرادة الأطراف صراحة على المد أو إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب أو مثبت بينهم على ذلك فيمكن استنباط هذه الإرادة من مواقفهم تجاه خصومة التحكيم[2].

واستنباط هذه الإرادة لا يكون إلا بعد انقضاء أجل التحكيم ذلك لأن مسألة الرضا الضمني لا تثار إلا عند المنازعة حول موافقة الأطراف على مد الأجل ولا تنشأ هذه المنازعة إلا أذا انقضى الأجل الأصلي واستمرت خصومة التحكيم وصدر فيها حكم في الفترة التي أمتد فيها الأجل .

ويرجع استخلاص هذه الاتفاق الضمني على مد أجل التحكيم الى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي تنظر هذه المنازعة أو المحكمة التي تنظر دعوى البطلان[3]، ويأخذ هذا الأمر مظهران :

- موقف إيجابي : كصدور واقعة من الخصم يستدل منها على قبوله للمد مثل حضوره أمام هيئة التحكيم بعد إنقضاء الأجل أو مناقشته في القضية أو تكلمه في الموضوع أو تقديمه سندات أو تبادل المذكرات مع خصمه أو إبدائه دفوعا جديدا أو توجيه خطابات إلى هيئة التحكيم يستفاد منها قبوله بالمد أو أي عمل أخر يكون قاطع الدلالة على رضائه بالمد أجل التحكيم[4].
- وموقف سلبي: هو تنازل الخصم عن التمسك بالدفع بانقضاء الأجل أمام هيئة التحكيم أثناء نظر النزاع وقبل صدور حكم التحكيم وعليه لا يستفاد من حضور الخصم والسكوت وعدم إبداء أي قول أو دفاع في الموضوع على أنه معارض للمد بل موقف سلبي منه يحمل أنه قد تنازل عن الدفع بانقضاء الأجل[5].

ب- **مد أجل التحكيم بقرار هيئة التحكيم** : اتساقا مع التوجه العام في ضمان و حماية إرادة الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم و تحقيق دوره و فاعليته خولت بعض التشريعات والأنظمة الدولية وأجازت لهيئة التحكيم سلطة لمد أجل التحكيم عند انقضاء الأجل المحدد لها اتفاقا أو قانونا .

نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في نص المادة 02/1018 ضمن الأحكام المشتركة وأعطى لهيئة التحكيم سلطة مد أجل التحكيم بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على

---

1 - Grandjean phlippe **; la duree de la mission des arbitres** , rev.Arb ;1995 p 44.

2- مبارك عبد التواب، المرجع السابق، ص 263.

3 - Grandjean phlippe **, op cit**, p 163.

4- مصطفى الجمال عكاشة عبد العال، **المرجع السابق**، ص 677

5- مصطفى الجمال عكاشة عبد العال، **المرجع السابق**، ص 677، وكذلك ابو علاء النمر، ميعاد التحكيم **المرجع السابق**، ص 83، مبارك عبد التواب، **مرجع السابق**، ص 265-266.

مد أجل التحكيم فان مد ميعاد التحكيم يكون وفقا للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم وفي حالة غياب ذلك بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة.

ولو أن المشرع يحسب له منح تمديد أجل التحكيم بالترتيب لإرادة الأطراف ثم إلى هيئة التحكيم ثم إلى القضاء الوطني، لكن يؤاخذ على نقطتين مهمتين[1]:

– أن المشرع الجزائري لم يحترم مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد عماد نظام التحكيم حيث أعطى لهيئة التحكيم سلطة مد ميعاد التحكيم وفقا للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم رغم وجود إمكانية رفض الأطراف لهذا المد حيث أنه بمجرد رفض الأطراف مد ميعاد بعد انتهاء الميعاد المحدد اتفاقا أو بنص القانون تنتهي الإجراءات، ويصبح لكل طرف حق في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي وهو حق أصيل كرسته جل الدساتير، وما ذهب إليه المشرع الجزائري هنا يعد تناقضا وخرقا لحق دستوري يتنافى مع أحد أسس التحكيم وهو الطابع الاتفاقي وكذلك عدم احترام مبدأ سلطان الإرادة.

– كما انه ترك تساؤل حول سلطة هيئة التحكيم في مد أجل التحكيم، أي عن مدة هذا المد الأمر الذي يفتح المجال أمام المحكمين في تحديد هذه المدة رغم اشتراطه موافقة الأطراف على هذا المد.

خلافا نجد المشرع المصري في نص المادة 45 /ف2 حدد أجل للمد المقرر من هيئة التحكيم " على انه في جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد ميعاد على ألا تزيد فترة المد عن ستة أشهر مالم يتفق الطرفان على مد تزيد على ذلك" وعليه على هيئة التحكيم أن تستعمل سلطتها في المدة مرة واحد إلا إذا كان قرارها بالمد أقل من ستة أشهر فيجوز لها المد مرة أخرى على ألا يجاوز مجموع المدد عن ستة أشهر.

وفي جميع الأحوال يجب على هيئة التحكيم أن تصدر قراراها بالمد أثناء سريان الأجل وقبل انقضائه فإذا انقضى الأجل زالت ولايتها على التحكيم ولا يجوز لها إصدار قرارها بالمد، ولو أن أغلب الفقه يرى وجوب أن يكون هذا المد صريحا وقبل الانقضاء إلا أن جانب من الفقه يرى أنه تعبير ضمني منها بالمد في حالة ما إذا كان القانون أو القواعد التي تطبق على إجراءات التحكيم لا تحدد أجلا للتحكيم مثل قواعد اليونسترال وعليه استمرار هيئة التحكيم في نظر التحكيم بعد انقضاء الأجل الذي يعد قرارا ضمنيا منها بالمد[2].

وتجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي قبل تعديل قانون التحكيم لسنة 2011 كان لا يجيز لهيئة التحكيم أن تمد أجل التحكيم من تلقاء نفسها وكان الأجل لا يمتد إلا باتفاق الأطراف أو بقرار من القضاء بناء على طلب أحد الأطراف أو من هيئة التحكيم" [3]، لكن بعد تعديل 2011 حددت المادة 1463

[1]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، دار الهومة، الجزائر، دون طبعة،سنة 2012، ص 338–339.

[2]– أبو علاء النمر، ميعاد التحكيم، **المرجع السابق**، ص 98.

[3]– ينظر: المادة 1456 من **قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم** المؤرخ في 05/14/ 1980.

حالات المد بقولها " يمتد الأجل القانوني أو الاتفاقي باتفاق الأطراف إلا إذا لم يكن هناك اتفاق امتد بواسطة القضاء المساند".

لكن نصت المادة 1475 من نفس القانون نص على استثناء مهم تسمح فيه لهيئة التحكيم مد أجل التحكيم[1] مع وضع شرطين أساسين لها[2]:

1-استئناف وقف الخصومة التحكيمية (التنظيمي والإجرائي): إذا تحقق أي سبب من أسباب انقطاع الخصومة التي عددها المشرع الفرنسي في نص المادتين 1472 و1473 وعاودت الخصومة سيرها بزوال سبب الوقف أو الانقطاع فانه يجوز لهيئة التحكيم في هذا الفرض كتعويض عن المدة التي استغرقت للوقف واستهلك فيها الأجل المحدد سلفا (الاتفاقي أو قانوني) أن تقرر مد الأجل.

2-مدة المد يجب ألا تتجاوز ستة أشهر وبطبيعة الحال هذا الشرط متوقف على حصول الشرط الأول ويبدأ سريان أجل المد من تاريخ انقضاء الأجل الاتفاقي أو القانوني.

وعليه إذا انتهى اجل التحكيم دون حدوث أي إجراء تنظيمي او إجرائي للوقف فإنه لا يجوز أن تقرر هيئة التحكيم أن تمد اجل التحكيم، وكل قرار يقضي بذلك يعتبر باطلا إلا إذا صدر تفويض مباشر من طرف الأطراف لمنح هيئة التحكيم مد أجل التحكيم.

الملاحظ أن هناك اختلاف في قوانين التحكيم في منح سلطة مد أجل التحكيم، فهناك من القوانين من خول سلطة مطلقة لهيئة التحكيم في مد أجل التحكيم من تلقاء نفسها ودون تحديد مدة لذلك كالمشرع الجزائري، ومنها من قيدها مدة محددة كالمشرع المصري وهناك من منعها من سلطة مد أجل التحكيم إلا باستثناء وفي حالات خاصة كالمشرع الفرنسي .

ت- المد القضائي لأجل التحكيم: ويقصد به المد الصادر من جانب المحكمة المختصة والذي يعد صورة من صور تدعيم دور القاضي الوطني في مساعدة هيئة التحكيم وتفعيله، أين تسمح التشريعات بتمديد مهلة التحكيم الأصلية بواسطة القضاء، والذي تتوقف عليه مسألة مد الأجل إذا رأى لذلك مقتضى أما إن رأى أن التمديد غير مجد كأن تطرأ ظروف تؤدي إلى استحالة أو صعوبة حل النزاع تحكيميا فله أن ينهي إجراءات التحكيم.

ويظهر هذا الدور المساعد للقضاء عادة عند عدم اتفاق الخصوم على تمديد ولكن ليس معنى ذلك أنه لا يجب استنفاد محاولة الاتفاق أولا كشرط لتدخل القضاء فالنص لا يمنع من الالتجاء

---

[1]- تنص المادة 1475 من **قانون إجراءات المدنية الفرنسي** لعام 2011انه " تعاود الخصومة سيرها بالحالة التي كانت عليها حين تحقق انقطاعها أو وقفها عندما تزول أسباب الانقطاع أو الوقف . وعند معاودة سير الخصومة واستثناء من نص المادة 1463 يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر مد أجل التحكيم بما لا يتجاوز ستة أشهر"

[2] - Emmmanuel Gaillard , **le nouveau droit francais de l'arbitrage interne et international**, recueil dalloz , 20 janvier 2011 p 179.

مباشرة إلى القضاء طلب تمديد مهلة أجل التحكيم، وليس هنالك إشكال تقديم هذا الطلب من أحد الخصوم أم منهما معا، لكن المثير أن المشرع كذلك يسمح أيضا تقديمه من طرف هيئة التحكيم [1]،وهذا ما نصت عليه المادة 1048 من(ق إ م إ) أنه إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين او تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم او الأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمه التعجيل بعد ترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

وتجدر الإشارة أن القانون الجزائري لم يحدد مدة معينة يجب على القاضي حتى لا يتجاوزها عند مد أجل التحكيم وإنما ترك هذا الأمر للسلطة التقديرية الكاملة في تقدير ضرورة المد وتحديد مدته وفق ما يراه ضروريا من ملابسات الدعوى التحكيمية وظروف الحال .

كما يشترط لقبول طلب التمديد سواء المقدم من أحد الخصوم أو من هيئة التحكيم أن يتم تقديمه قبل انقضاء مهلة التحكيم الأصلية .

وتظهر أهمية تدخل القضاء في هذا الإجراء، هو تسوية الخلاف بين الأطراف أو هيئة التحكيم حول مد أجل التحكيم، وسد الباب عن أي مناورة من أحد الأطراف من شانها التأثير على المواعيد الإجرائية للتحكيم ويجعلها تطول لربح الوقت لإنهاء أجل التحكيم الأصلي وطلب إنهاء إجراءات التحكيم، فالقضاء يعمل كصمام أمان لحماية الأطراف وإرادتهم من استبداد هيئة التحكيم والاجراءات التعطيلية التي يمارسها أحد الأطراف حتى لا يعصف بها الى نهاية مبتسرة فهو يوازن بين وظيفتين أساسيتان الرقابة والمساندة حتى يبلغ بالأطراف حل النزاع بسلام. كما يعد لجوء الأطراف للقضاء لطلب تمديد أجل التحكيم لما يتمتع به قرار القاضي بالتحصين فالمشرع حث رئيس المحكمة في إصدار قراره على وجه السرعة فهو طلب مستعجل كما لا يجوز الطعن فيه .

ثانيا: أثر انقضاء أجل التحكيم: يترتب على انقضاء الآجال المحددة لإصدار الحكم التحكيمي سواء المواعيد الإتفاقية أو القانونية وما يتبعها من مد لأجل التحكيم سواءا المد الاتفاقي أو من قبل هيئة التحكيم أو رئيس المحكمة المنصوص عليها في القانون[2]، انقضاء العملية التحكيمية وزوال ولاية هيئة التحكيم وبطلان الحكم الصادر عنها بعد أجل التحكيم، الأمر الذي يؤدي إمكانية الرجوع إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع، لكن التساؤل المطروح ما هو أثر انتهاء اجل التحكيم على الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم؟ .

---

[1]- أحمد خليل،**قواعد التحكيم**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،دون طبعة،سنة 2003ص 75-76.

[2]- نصت المادة 1024/ 02 من(ق إ م إ) على انه ينتهي التحكيم.....2- بانتهاء المدة المقررة للتحكيم فإذا لم تشترط المدة فابنتهاء مدة 40 أشهر".

1-زوال ولاية هيئة التحكيم وبطلان الحكم الصادر عنها بعد الميعاد: الثابت عند أغلب التشريعات القانونية والفقه أن انتهاء أجل التحكيم دون صدور القرار التحكيمي يجرد هيئة التحكيم من ولايتها وسلطاتها في الإستمرار في نظر خصومة التحكيم، وبذلك يكون الحكم الذي يصدر بعد ذلك صادرا من خصومة منقضية ،وبالتالي يكون حكمها باطلا في هذه الحالة، وبالموازات نجد أن إنهاء إجراءات التحكيم متوقف على طلب من أحد الخصوم بالرقابة على أجل التحكيم باللجوء إلى القضاء الوطني، الأمر الذي نحصي فيه فرضين :

أ-البث في مسألة إنهاء ولاية التحكيم بين الاستمرار والانهاء:

1)- إذا طلب أحد طرفي التحكيم لرئيس المحكمة المختصة بإنهاء إجراءات التحكيم ووافق عليه الطرف الأخر فنكون أمام إنهاء إجراءات التحكيم بإرادة الطرفين (اتفاقا)، الأمر الذي ينحل كل طرف من إلتزام اللجوء إلى التحكيم ويجوز عرض نزاعهم على القضاء، وإيقاف هيئة التحكيم من المضي قدما في إجراءات التحكيم .

2)- لكن إذا تقدم أحد الطرفين بطلب تمديد أجل التحكيم(أجل إضافي) وتقدم الطرف الأخر بطلب انهاء إجراءات التحكيم، فالأمر يعود للسلطة التقديرية للقاضي، لكن التساؤل ماذا لو أصدر القاضي إجابة لطلب المد الإضافي لأجل التحكيم فهل يحق الطرف أن يتجاهل ذلك الأمر ويلجأ إلى القضاء للفصل في النزاع؟ أو العكس إذا أصدر أمر بإنهاء إجراءات التحكيم، فهل يحق له تجاهل الأمر ويتمسك بانهاء إجراءات التحكيم؟ هذه المسألة أثارت جدلا فقهيا واسعا وانقسم الفقه إلى اتجاهيين[1]:

- التيار الأول: يرى أن منح القضاء اجل إضافيا للتحكيم لا يكون ملزم للطرفين وبالتالي يجوز للخصم المعترض عليه أن يرفع دعواه للقضاء متجاهلا القرار الصادر بالمد على إعتبار أن النصوص التي منحت الحق في اللجوء إلى إمكانية المد عن طريق القضاء تعطي الأولوية للاتفاق الطرفين كأصل. مثلما هو الحال في نص المادة 1018 او 1048 او 1024 من قانون الإجراءات المدنية والادارية أو المادة 45 من قانون التحكيم المصري، واستندوا على أنه إذا قيل بالتزام الأطراف، وانتظار انقضاء الأجل الإضافي القضائي دون صدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم حتى يمكنهم اللجوء إلى القاضي الطبيعي، لكان في ذلك إجبار للخصم الذي صدر الأمر في مواجهته بالإستمرار في التحكيم رغم إرادته وهو ماينسف الطابع الاتفاقي.
- التيار الثاني: وهو الغالب من حيث الأخذ به ويرى أن حق اللجوء إلى القضاء من قبل الأطراف مقصور على حالة صدور الأمر بانتهاء الإجراءات أما إذا صدر الأمر بتحديد الأجل الإضافي فيجب على الطرفين الالتزام وإذا رفعت الدعوى إلى القضاء قبل انقضاء الأجل الإضافي من القضاء وجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبولها، ونحن نؤيد هذا الاتجاه على اعتبار أن المشرع يسعى

[1]-مبارك عبد التواب، **المرجع السابق**، ص 319ومابعدها.

للمحافظة على الاتفاق على التحكيم حتى لا ينهار كل ما بذل من التحكيم ولا يرهق الأطراف بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني وهذه الصورة تبين عمق العلاقة التكاملية بين القضاء والتحكيم وليس كما يتصور أنهما متنافسان.

ب-**قبول حكم التحكيم الصادر بعد انقضاء أجل التحكيم:** إذا انقضى أجل التحكيم واستمر المحكم في نظر التحكيم كان لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس المحكمة إصدار أمر بإنهاء الإجراءات وذلك حتى لا تظل خصومة التحكيم قائمة رغم سقوطها مما يمنعه قانونا رفع الدعوى مرة أخرى على انه إذا صدر حكم التحكيم بعد انقضاء الميعاد وقبل صدور الأمر بإنهاء الإجراءات فان الحكم يكون باطلا اذ بانقضاء الميعاد دون مده أو الإضافة إليه يسقط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته ويكون الحكم الصادر بعد الميعاد صادرا ممن ليس لديه ولاية التحكيم[1].

لكن قد يحدث أحيانا أن يطلب أحد الطرفين الأمر بتنفيذه على الرغم من بطلانه مما يتوجب على الطرف الثاني إما أن يتمسك ببطلان حكم التحكيم لصدوره بعد انقضاء الميعاد وله أن يقوم برفع دعوى البطلان على حكم التحكيم لسقوط اتفاق التحكيم وانتهاء مدته وفقا لما تقرر في نص المادة 1058 من (ق إ م إ)، وإما أن يتفق الطرفان صراحة قبول حكم التحكيم على الرغم من صدوره بعد انتهاء الأجل، بمعنى يعبر كل طرف عن رضاه بالحكم الباطل .

وتجدر الإشارة أن الفقه اختلف حول صفة بطلان حكم التحكيم الصادر بعد انتهاء ميعاد التحكيم ما إذا كان متعلق بالنظام العام أو لا، حيث يذهب جانب أنه ليس من النظام العام وأن الرضا بحكم المحكم بعد انقضاء أجله يكسبه الحجية كاملة سواءا كان الرضا به صريحا أو ضمني .

في حين يرى جانب أخر أن بطلان حكم التحكيم لصدوره بعد انقضاء أجل التحكيم هو بطلان من النظام العام يجوز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك به وهو حكم لا يحوز أي حجية، وإذا اتفق الأطراف عن التنازل عنه صراحة أو ضمنا فهو يعد بمثابة صلح وتكون له قوة الإلزام التي في الصلح وليس التحكيم[2].

2- سبيل الرجوع إلى القضاء الوطني بعد انتهاء أجل التحكيم يمكن استرداد قضاء الدولة ولايته في نظر النزاع وبطلان الحكم إذا صدر بعد فوات الأجل الأصلي الاتفاقي أو القانوني أو أجل المد، أو إذا طلب أحد الأطراف من رئيس المحكمة إنهاء إجراءات التحكيم ووافق الطرف الأخر فان اتفاق التحكيم يعتبر منقضي صراحة وجاز لأي طرف تخويل النزاع لقضاء الدولة .

---

[1]- فتحي والي، **قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق،منشأة المعارف**، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص 414.

[2]- سامية راشد، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية**، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم منشاة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة،سنة، 1984، ص 134.

وفي فرض لم يطلب أي احد من الخصوم إنهاء إجراءات التحكيم أو طلب مد إضافي من القضاء واتخذ كلا الطرفين موقف سلبي في عدم التعبير، فان اتفاق التحكيم يعتبر منقضيا باتفاق ضمني بين الطرفين على إنهائه [1].

والملاحظة أن نطاق عرض النزاع على القضاء يتسع في حالتي التعبير الصريح او الضمني لتجاوز أجل التحكيم آوان تقرره من السلطة القضائية إذا مارأت جدوى مد أجل التحكيم والأمر بإنهاء إجراءات التحكيم أي أن اتفاق التحكيم قد أصبح منتهي بانتهاء مدته كأن لم يكن لأن محل اتفاق التحكيم التي اتفق عليها الأطراف لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بصددها وبالتالي يعاد الإختصاص بقضاء الدولة في كافة المنازعات المثارة بصدد العقد إلا إذا اتفق الأطراف على اتفاق تحكيمي جديد.

بمعنى أنه إذا صدر أمر أو قرار بإنهاء إجراءات التحكيم فإن هذا الإنهاء لا يؤدي إلى سقوط الحق الموضوعي ولا الحق في الدعوى ولا يمنع أيا من الأطراف الالتجاء مرة أخرى إلى التحكيم سواء كان التحكيم السابق نشأ استنادا إلى شرط تحكيم أو إلى مشارطة فاتفاق التحكيم شرطا أو مشارطة لا يفقد فاعليته لمجرد أن خصومة التحكيم قد انتهت دون صدور حكم في موضوع النزاع وذلك مع الملاحظة أنه لا يجوز الالتجاء مرة أخرى إلى نفس هيئة التحكيم التي سبق لها نظر الدعوى وانتهت أمامها الإجراءات إذ تكون غير صالحة لنظرها وإنما يجوز للطرفين الإتفاق على عرض النزاع نفسه على هيئة تحكيم جديد يختارونها[2].

3- **مصير إجراءات التحكيم والأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم (الجزئية والتمهيدية):** جرى الأمر أن تصدر الهيئة التحكيمية عند الفصل في النزاع أحكام تمهيدية أو وقتية أو جزئية تضع نهاية لبعض نقاط النزاع قبل أن تضع حكمها نهائي والذي ينهي مهمتها في فض النزاع كليا رغم أنها لا تعتبر أحكاما بالمعنى الفني إلا أنه جرى تسميتها بهذا الوصف .

لكن قد ينتهي أجل التحكيم دون أن تصدر حكم نهائي، هذا الأمر كما جرى بيانه يمكّن أي يتيح للطرف الذي يهمه التعجيل أو صاحب المصلحة في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالفصل في النزاع، لكن ما مصير الأحكام الفنية الوقتية والجزئية التي جرى إصدارها من قبل هيئة التحكيم؟ .

يرى جانب من الفقه أنه إذا كانت سلطة هيئة التحكيم تزول بانتهاء ميعاد التحكيم دون إصدار حكم حاسم لموضوعه فذلك لا يسقط ما قد يكون قد صدر خلال ميعاد التحكيم من أحكام تمهيدية إذ تبقى هذه الأحكام منتجة لأثارها وكذلك الشأن من باب أولى بالنسبة للأحكام التي تكون قد أصدرتها هيئة التحكيم في شق من النزاع قبل انتهاء ميعاد التحكيم كالأحكام الجزئية والتحفظية والوقتية فانها تبقى قائمة منتجة لأثارها ما لم يكن موضوع النزاع غير قابل للتجزئة على نحو يكون معه الحكم في شق منه

---

[1]- جمال مصطفى عكاشة عبد العال، **المرجع السابق**، ص 567-568.

[2]- فتحي والي، التحكيم بين النظرية والتطبيق، **المرجع السابق**،ص 393.

أثر على الفصل في أجزائه الأخرى ففي هذه الحالة لا يمكن تقييد المحكمة التي سوف تنظر في بقية أجزاء النزاع بحكم المحكم الأمر الذي يجعل هذا الحكم في النهاية عديم الأثر[1].

وكملاحظة يجب التفرقة بين أثار بطلان اتفاق التحكيم التي يحدث لأسباب مختلفة وإن كانت محددة وبين انقضاء التحكيم للانتهاء الأجل المحدد لها كسبب من أسباب الطعن ببطلان حكم التحكيم، فالبطلان وفق القواعد العامة يكون له أثر رجعي بحيث إذا ثبت يترتب عليه زوال الأحكام التي يكون المحكم قد أصدرها في شق من الموضوع إعمالا للأثر الرجعي للبطلان وذلك خلافا لانتهاء الأجل المحدد للتحكيم حيث أن هذا الانتهاء لا ينتج أثره إلا بالنسبة للمستقبل وبذلك تظل الأحكام الجزئية والتحفظية والوقتية والتمهيدية قائمة وصحيحة، علاوة على ذلك أنه من حق الأطراف التمسك بحكم التحكيم الجزئي الذي فصل بشق من النزاع الصادر قبل صدور الأمر القضائي بإنهاء إجراءات التحكيم أما إذا انتهى التحكيم بأمر قضائي أو بقرار من هيئة التحكيم فيترتب على ذلك زوال كافة الآثار القانونية (موضوعية أو إجرائية) التي ترتب على تقديم طلب التحكيم، فالتقادم يعتبر كأنه لم يكن والفوائد التي قررها القانون لا يجري احتسابها[2].

وطالما صدر أمر قضائي بإنهاء إجراءات التحكيم تنتهي مهمة هيئة التحكيم بخصوص النزاع الذي صدر الأمر القضائي بإنهاء إجراءاته، فيعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل بدء خصومة التحكيم وفي هذه الحالة لا مجال للإعمال سلطات هيئة التحكيم بتفسير وتصحيح حكم التحكيم والفصل في الطلبات التي أغفلت الفصل فيها[3] .

الفرع الثالث: فرض وجود اتفاق تحكيمي باطل وغير قابل للتطبيق(منعدم)

معنى ذلك أنه حتى يعلن القضاء عدم إختصاصه ويتم التخلي عن النظر في المنازعة التي بشأنها اتفاق تحكيم، يجب أن يكون قد ورد في الأصل صحيحا مستوفيا لشروطه، وأن يدفع به أحد الأطراف فإذا تبين أنه مختل وباطل أو غير قابل للتطبيق، فان القاضي ينظر في الموضوع[4]، (أولا) وفي هذا الشأن أو هذه الجزئية انشق الفقه والأنظمة القانونية المنظمة للتحكيم إلى ثلاثة أفواج حول مدى صلاحية القاضي المختص بفحص صحة إتفاق التحكيم وتقرير إختصاصه بمحل اتفاق التحكيم الباطل(ثانيا)

أولا: المقصود باتفاق التحكيم الباطل وغير قابل للتطبيق(منعدم): نميز في هذا المظهر معنى واسع، فقد لا يكون هناك اتفاق تحكيم بصدد موضوع النزاع المرفوع على القضاء ويكون في حكم عدم الوجود

---

[1]- المحاميد مروان محمد سلامة، **رقابة القضاء على ميعاد التحكيم**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق الأردن، سنة 2018،ص 89.

[2]- المحاميد مروان محمد سلامة،**المرجع السابق**، ص 89-90، وكذا فتحي والي، **المرجع السابق**، ص 393، جمال مصطفى عكاشة عبد العال، **المرجع السابق**، ص 568.

[3]- فتحي والي، **المرجع السابق**، ص 393.

[4]- هات محي الذين اليوسفي،**الأثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره الاختصاص القضائي**، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة الأولى سنة 2014،ص29.

كما لو كان منعدما، بمعنى فقدان ركن من أركانه، اذ يترتب على تخلف أحد أركان الشيء إنعدامه وعدم وجوده.

وسنأتي على دراسة أركان اتفاق التحكيم في الباب الثاني من الدراسة بأكثر تفصيل وهي الرضا والمحل والسبب، فيعتبر اتفاق التحكيم منعدما أو غير موجود كما لو انتفى أو تخلف ركن الرضا لانعقاده كما ينعدم اتفاق التحكيم لو لم يرد على محل أو كان المحل مستحيلا، كما ينعدم لو إنعدم وجود السبب الذي يتعلق به اتفاق التحكيم.

وهنا تجدر الإشارة أن بطلان اتفاق التحكيم يختلف عن انعدامه، إذ يتعلق البطلان بتخلف شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم، أما الانعدام فيترتب بسبب تخلف ركن من أركان اتفاق التحكيم والمبدأ أنه لا بطلان بغير نص وقد حدد المشرع حالات متفرقة من النصوص حالات بطلان اتفاق التحكيم.

وعليه يترتب على انعدام المحل إنعدام اتفاق التحكيم ويترتب على وجوه وجود إتفاق التحكيم أما عدم مشروعيته فهو أمر يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو عدم صحته ويترتب على تخلفه البطلان كما يتعين التمييز بين وجود السبب وعدم مشروعيته،إذ يترتب على وجود السبب أو عدم وجوده انعدام اتفاق التحكيم بينما يترتب على عدم مشروعية السبب بطلان اتفاق التحكيم.

وفي جميع الحالات يجوز للأطراف الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم لانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه، وفي هذه الحالة تختص هيئة لتحكيم بالفصل في هذا الدفع وفق لمبدأ الاختصاص بالاختصاص أين تملك سلطة تقديرية في تقدير البطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم فإذا تبين لها ذلك تدفع بعدم الاختصاص[1].

لكن هل اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المطروحة عليها في هذه الحالة اختصاص حاجز ومانع للقضاء من النظر لتلك المنازعات في حالة وجود المنازعات امام القضاء؟ هذا ماسنجيب عنه في العنصر الموالي.

ثانيا: الاتجاهات الفقهية حول صلاحية القضاء بفحص مشروعية اتفاق التحكيم : اختلف الفقه بهذا الخصوص إلى ثلاثة أفواج، بين من يقر به بغض النظر إذا كان النزاع قد رفع إلى هيئة التحكيم أو لا وبين من ينفي اختصاصه مطلقا، الواقع أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ليس اختصاص حاجز ولا يسلب القضاء ولايته في الفصل في تلك الدفوع بشأن المنازعات المعروضة عليه، إذ ليس من المنطق أن يقف القضاء صاحب الاختصاص الأصيل مغلول الأيدي تاركا الفصل في بطلان ظاهر لاتفاق التحكيم لموضوع النزاع أو عقد بطلانه لهيئة التحكيم إذ القول بذلك لا يتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة ويكبد الخصوم مصاريف القضاء والتحكيم في أن واحد، والأصل

---

[1]– أحمد إبراهيم عبد التواب،**اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به،** دار الجامعة الجديدة، جامعةالقاهرة، مصر،دون طبعة،سنة2009 ص 561.

أن التحكيم استثناء والاستثناء على الاستثناء عودة للأصل باختصاص القضاء صاحب الولاية العامة بالإضافة إلى ذلك فانه يجوز رفع دعوى بطلان أصلية ببطلان اتفاق التحكيم من قبل الأطراف[1].

وفي هذا السياق سنبين الاتجاهات الفقهية وموقف المشرع الجزائري:

1-الفوج الأول: أن للقضاء حق فحص اتفاق التحكيم للتأكد من صحته وبغض النظر إذا كان النزاع قد رفع الى المحكمة قبل أو بعد إجراءات التحكيم وهذا ما أخذت به بعض التشريعات المقارنة واتفاقية نيويورك 1958في نص المادة 03 بقولها" أية دولة متعاقدة يرفع إليها النزاع بشأن قضية ابرام الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف إلا إذا لاحظ أن اتفاقية المذكورة باطلة أو عديمة الأثر أو لا يمكن تطبيقها، كما أخذ بهذه الفكرة أيضا القانون النموذجي للتحكيم في نص المادة (1/8) أنه " على المحكمة ... أن تحيل الأطراف الى التحكيم ... ما لم يتضح لها أن الاتفاق لاغ أو غير فعال أو غير قابل للتنفيذ" .

كذلك فان الاتفاقية الأوربية اتجهت نفس الاتجاه في نص المادة 06 على أنه " في حالة بدء إجراءات التحكيم يجب على محاكم الدول القضائية إيقاف الفصل في اختصاص هيئة التحكيم إلى حين صدور الحكم ما لم تكن هناك بواعث خطيرة " والملاحظ أن الاتفاقية عالجت فرضية واحدة وهي مسالة رفع النزاع على قضاء الدولة بعد أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت واتصلت محكمة التحكيم بالنزاع فعلى الدولة إيقاف النظر في النزاع إلى غاية صدور الحكم، مع استثناء وجود وقائع خطيرة يمكن أن تقع فيسلب الاختصاص من التحكيم ويكون كأن لم يكن" [2]

2-الفوج الثاني: يذهب إلى إعطاء إتفاق التحكيم أثرا سلبيا مزدوجا على إختصاص قضاء الدولة ويمثل هذا الاتجاه المشرع الفرنسي الذي نص في مادته 1458 على انه " في حالة رفع النزاع أمام قضاء الدولة والذي قد اتصلت به محكمة التحكيم بمقتضى اتفاق تحكيمي فيجب على القضاء أن يقرر عدم اختصاصه، أما إذا لم يكن النزاع قد اتصل بعد بمحكمة التحكيم فعلى القضاء أن يقرر عدم اختصاصه إلا إذا كان اتفاق التحكيم ظاهرا بالبطلان وليس واضحا""، والملاحظ أن البطلان الذي يقصد به في الواقع " البطلان الظاهر" ويرى بشكل واضح او سبب جدي كما تكلم عنه الأستاذ Rêne David كأن يشوب الاتفاقية عيب الرضا أو خرق متعلق بالنظام العام، أو أنها تؤثر على مصالح أخرى من الغير[3].

إعلان عدم الاختصاص بالنظر في النزاع لوجود اتفاق تحكيمي سواءا بعد أو قبل البدء في إجراءات التحكيم على أنه يجوز للقضاء التصدي للموضوع اذا تبين وجود خلل بشرط أن تكون الدعوى

1- **المرجع نفسه**، ص 572-573.

2 - Goldman (B) **l’arbitrage dans la commerce international prive** ; jrisclasseur, droit international,1989 fasc. N 35p69

3- Rêne(David)**l’arbitrage dans la commerce international** ;Ed Economisa, paris 1982, p293.((les cours...ne refusèrent de donner effet a une convention arbitrale que s’il existe, pour décider de la sorte une bonne raisons, la convention n’a pas été librement consentie, elle porte sur une matière qui pour des raisons d’ordre public doit être réservée aux tribunaux ou encore le litige , en dehors des pâties a la convection affecte les intérêts de tierces personnes))

قد رفعت أمام هذا القضاء قبل البدء بإجراءات التحكيم واتصال هيئة التحكيم بالموضوع، وهذا ما كان يأخذ به المشرع الفرنسي في القانون القديم وحتى في نص المادة 1448 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد لعام 2011 .

والملاحظ أن المشرع انفرد في تناوله هذا الأمر وميز بين حالتين[1]:

الحالة الأولى : تتعلق بكون النزاع محل الاتفاق التحكيمي قد اتصلت به محكمة التحكيم وتم تداول النزاع أما هيئة التحكيم ففي هذه الحالة يجب على القاضي المختص أن يعلن عدم اختصاصه بنظر النزاع المطروح على هيئة التحكيم.

الحالة الثانية: تتعلق بكون النزاع محل اتفاق التحكيمي لم ينظر بعد أمام هيئة التحكيم وتم رفع هذا النزاع أمام قضاء الدولة المختص، فهنا في هذه الحالة أيضا يلتزم القاضي بإعلان عدم اختصاصه بنظر المسألة محل النزاع، إلا أنه في هذه الحالة يجوز للقاضي المختص أن يقرر اختصاصه النظر النزاع وذلك اذا كان اتفاق التحكيم واضح البطلان كحالة خلو شرط التحكيم من تسمية المحكمين أو بيان أسلوب اختيارهم ...إذ يجب أن يكون البطلان ظاهرا البيان والوضوح بحث يكتشفه القاضي بمجرد الإطلاع عليه.

3-الفوج الثالث: يمنح أثرا مانعا مطلق على اختصاص قضاء الدولة دون أي قيود فمن هذه الأنظمة قانون التحكيم المصري، الذي نص في نص مادته 13 من قانون التحكيم على أنه " يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ان تحكم بعدم قبول الدعوى إذ دفع المدعي عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

والملاحظ من النص أنه في حالة رفع النزاع محل اتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة المختص أن يقرر أو يعلن هذا القضاء عدم قبول نظر النزاع، وذلك اذا تمسك المدعي عليه بوجود اتفاق تحكيم قبل ابداء أي طلب أو دفع في الدعوى ودون استلزام شروط أخرى [2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيجد القاضي نفسه غير مختص للفصل في نزاع إذا رفع احد الأطراف دفعه بوجود اتفاق تحكيم، وثانيا إذا باشر أحد الأطراف إجراءات تأسيس محكمة التحكيم، أما في غياب ذلك فيمكن للقاضي أن يعتبر نفسه مختص في فصل النزاع هذا ما جاء في المرسوم التشريعي رقم09/93 القديم في نص المادة 8/458، لكن المشرع تراجع عن هذه الفكرة في قانون09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 1044 وأصبح لا يفرق بين الحالتين أي أن القضاء يكون غير مختص سواء بعد اتصال هيئة التحكيم بالنزاع أو قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع إلا اذا توفر سبب جدي واضح باعتبار الجزائر مصادقة على اتفاقية نيويورك.

---

[1]- عامر أحمد الجارحي، الكتاب الأول، **المرجع السابق**، ص 361-662.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 363.

الفصل الثاني:

الاختصاص التكميلي للقضاء في فض منازعات عقود الاستثمار: تحقيق العدالة الإجرائية

بادئ البدء يجب أن نقر أنه مع تزايد تحرر التوجه للتحكيم، ومفاضلته على قضاء الدولة، أكسب نظام التحكيم مجالا خصب للتزاحم مع القضاء أكثر، بل وتقاسمه معه بالشيوع في زاوية النظر للعدالة والوظيفة القضائية، بل وتفوقه كأبرز وسيلة فضلى لتجسيد العدالة المجردة والمنشودة الأمر الذي اجتمعت عوامل فاعليته واكتمال سلطة عضوه وولايته واستقلاليته عن قضاء الدولة، فحتم استبعاد أي رقابة موضوعية على التحكيم لأن ذلك لا مبرر له وهو ما أخذت به جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

هذا الآخير – التحكيم – الذي يجب أن يجد مرجعيته في الإرادة المؤسسة له وضوابطه القانونية، لكن الواقع العملي في بعض الأحيان يتثبت وقوع فروض عملية لكساد هذه الإرادة، وعدم اكتمالها في مختلف مراحل التحكيم بدءا من الاتفاق على اللجوء الى التحكيم، وانتهاءا بحكم التحكيم وتنفيذه مرورا باجراءاته، الأمر الذي يفرض حاجة تدخل القضاء لرفع هذه العوارض التي تعيق اكتمال الحماية القضائية المسندة للتحكيم ورفعها، خاصة إذا ما علمنا إمكانية هذه العوارض في العصف بمبدأ العدالة والحياد.

لكن يجب الإشارة أن تدخل القاضي ليس مطلق، بل وجب أن يتقيد فقط بضمان قواعد العدالة الإجرائية، معناه أن يكون تدخله متماشيا مع طبيعة التحكيم الخاصة ولا يخرج عن إطار المساندة الشكلية، وإلا تعارض مع مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم .

وإن كان المظهر الطاغي على تدخل القضاء أثناء سريان إجراءات التحكيم هو مساعدة الأطراف والهيئة التحكيمة على الفصل في النزاع احتراما لمبدأ سلطان الإرادة، وتذليل الصعوبات التي تعترضهم في هذا الشأن[1]، بما يعيد فيها الثقة المفترضة لأطراف الخصومة الاستثمارية، بيد أنه يجب أن لا نغفل كذلك دور أخر للقضاء الوطني يسعى من خلاله ضمان العدالة من خلال ضمان فاعلية التحكيم وذلك من خلال مراقبة مقبولية الحكم التحكيمي بعد صدوره وتأمين تنفيذه، حتى لا تعصف به رادة أحد الأطراف المتقاعسة على تنفيذ الحكم أو من خلال التثبت من التظلم أو الطعن الذي رفعه أحد الأطراف على الحكم التحكيمي،الأمر الذي تكون معه الكلمة الأخيرة للقضاء في إعطاء الأمر بالتنفيذ والاعتراف به بعد تذييله ومهره بالصيغة التنفيذية، بما يملكه سلطة الجبر المحتكرة من طرفه وهو ما يشكل تعاونا بين القضاء والتحكيم وتكاملا في الوظيفة القضائية، وعلى الرغم من وجود فروض منح هذه السلطة لبعض المؤسسات التحكيمية في جانب تنفيذ الحكم، لكن هذه السلطة تبقى بيد القضاء في حالات أخرى مماثلة يفتقدها التحكيم، وسنشير إلى هاته الأدوار أكثر تفصيل ضمن التقسيم التالي:

---

[1]- أودوني عزيز، الرقابة القضائية على عملية التحكيم، **مجلة القانون والأعمال**- مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة الحسن الأول سطات- المغرب، العدد 28، سنة 2018، ص133.

المبحث الأول: وظائف القضاء في إزالة عوارض التحكيم وإقرار قواعد العدالة

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تأمين حكم التحكيم : الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي

المبحث الأول:

وظائف القضاء في إزالة عوارض التحكيم واقرار قواعد العدالة

تدخل القاضي الوطني كمساعد في تدعيم السير الحسن للخصومة التحكيمية، هو نوع من أنواع الحماية القضائية التي من الصعب تجاهلها، وعليه فإن جميع القواعد القانونية المختلفة كانت حريصة في أن يتسم دور القضاء في هذه المرحلة بالدقة وحسن التقدير مستهدفا الوصول بإجراءات الخصومة التحكيمية إلى هدفها والفصل في الموضوع بحكم نهائي ينحسم به النزاع، وعليه في هذا السياق يجب التذكير أن تدخل القاضي في هذه المرحلة لا يكون إلا بناءا على طلب أحد الأطراف أو الهيئة التحكيمية وليس من تلقاء نفسه وان لا يخرج عن حدود ما طلب منه أو أن يفصل في موضوع الحق محل النزاع، بل تكمن وظيفته بالدرجة الأولى حول مسائل إجرائية بصفة عامة تشكل خطورة على مبدأ سير العدالة في الخصومة التحكيمة من خلال رفعها وإزالتها،(المطلب الأول)أو مسائل موضوعية عارضة ذات الاختصاص القضائي يتوقف عليها المحكم قبل الفصل في موضوع الحق المتنازع فيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الوظائف الإجرائية لتكامل القضاء مع التحكيم

جميع القواعد القانونية تناولت مسألة تنظيم العلاقة بين القضاء والتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار وإيجاد نوع من التوازن بينهما، فلا يتجاوز القضاء في أدائه لمهمته في تدارك الاخلالات التي يقع فيها التحكيم، والتي يمكن أن تعصف به إلى اللاشرعية وبالتالي بطلانه ،الى الحد الذي يؤثر على فاعلية التحكيم أو ينتقص من أهميته كوسيلة لفض المنازعات ،أين يتدخل القاضي بوظيفة إجرائية للمساعدة التي تستهدف الوصل بإجراءات التحكيم إلى غايتها[1]، في بعض المسائل التي تفرضها خصوصية التحكيم من جهة صيغة التأهيل الشكلي، وإرساء قواعد العدالة [2]، أي أنها ترتبط بإجراءات شكلية غير مرتبطة أساسا بالموضوع المتنازع فيه ،كالمتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم(الفرع الأول) وكذا رد المحكم (فرع الثاني) أو حالات أخرى منصوص عليها في التشريع (الفرع الثالث) .

---

[1] - JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS ; **Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international,** Leiden ; Boston, Éditeur: Brill , cop. 2008 ;p128.

[2]– ناصر شحاتة صالح، **العلاقة بين القضاء والتحكيم حدود سلطة القضاء اتجاه التحكيم (الدور المعاون والدور الرقابي)** شركة ناس للطباعة، القاهرة، طبعة الأولى، سنة 2012،ص119

الفرع الأول: دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

يقوم التحكيم على مبدأ الإرادة الحرة، التي يكون فيها للطرفين الحرية الكاملة في تحديد ووضع قواعد التحكيم على النحو الذي يتراضوا عليه، وبما لا يتعارض مع القواعد القانونية التي يقررها القانون، وعليه فللأطراف الحرية الكاملة في تشكيل هيئة التحكيم التي تتولى نظر منازعة عقد الاستثمار المبرم بينها والفصل فيه، والمعلوم أن تشكيل هيئة التحكيم يكون بثلاثة طرق ،أما باتفاق مباشر بين الطرفين على عدد المحكمين أو شروطهما الواجب توفرهما في الاتفاقية، أو يتم الاختيار عن طريق تدخل الغير الذي يسند له الأطراف مهمة تشكيل هيئة التحكيم والتي يمكن أن تكون مؤسسة أو مركز تحكيمي الذي غالبا ما يحتوي على قائمة بمحكمين يتم الاختيار منهم، وقد يكون هذا الغير سلطة معدة سلفا كرئيس جمعية مختصة في التحكيم، وإذا لم يتفق الطرفين على الطريقة الأولى والثانية ووقع صدام أو تماطل من أحد الأطراف في اختيار هيئة التحكيم، خاصة إذا ما سلمنا أن العلاقة بين الطرفين يربطها تعارض المصالح الأمر الذي ينشا معه نوع من العناد والندية في الالتزام بمقتضيات التحكيم ،و التأثير والعصف به، فتسند المهمة للقضاء الوطني كأبرز طريقة للإلزام والذي يمثل أبرز مثال للتعاون الناجح بين القضاء والتحكيم[1].و تجدر الإشارة أن تدخل القضاء الوطني لتشكيل هيئة التحكيم تحكمه عدة ضوابط وإجراءات.

أولا: ضوابط تدخل القاضي في تشكيل هيئة التحكيم : تتفق معظم التشريعات واتفاقيات التحكيم أن تدخل القاضي في هذا المجال لا يكون إلا لتذليل الصعوبات والعراقيل التي يعترضها سير اختيار المحكمين وفق حالات وشروط، وقد عبر عليه المشرع الفرنسي بمصطلح[2] juge d'appui أي صفة القاضي المختص بحل النزاع الناشئ بين الأطراف حول تعيين المحكمين وقد استعمل هذا المصطلح أول مرة من طرف التحكيم السويسري ليكرسه فيما بعد الفقه والقضاء الفرنسي اللذان استعملا هذا المصطلح في وقت سابق لتوحيد دور القضاء المساعد مع التحكيم[3]، ليستعمله المشرع الفرنسي لأول مرة بموجب المرسوم المؤرخ في 2011/01/13 المتضمن تعديل القانون الفرنسي للتحكيم وذلك بناءا على توصيات اللجنة الفرنسية للتحكيم، والتي ذهبت إلى إطلاق هذا المصطلح على رئيس محكمة باريس في كل مرة يمنح له اختصاص التدخل لإزالة عوائق تشكيل محكمة التحكيم[4].

والملاحظ على الرغم من أن المشرع الجزائر لم يتضمن صراحة هذا المصلح الذي يعبر عن علاقة القاضي وتشكيل هيئة التحكيم لكن يمكن استنتاجه من خلال العديد من حالات ممارسة رئيس

---

[1]- DELAUME (G) **l'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux**, G.D.I 1984 ,p 533 Ets.

[2]- Thomas CLAY ;**l'appui du juge a l'arbitrage** , cahiers de l'arbitrage,n°2/ 2011 p331.et JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, op.cit ;p 127.

[3]– نور الدين زرقون، **الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد12، السنة 2015، ص 67–68، وكذا قرطبي سهيلة، **مرجع سابق**،ص 233، نقلا عن :

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.Visité15/01/2018 a 22:25

[4] - Antoine Kassis, **La réforme du droit de l'arbitrage international**, le Harmattan, 2008, Paris, p. 219

المحكمة لهذا الدور الذي في كل الأحوال لا يمس قاعدة سلب الاختصاص من المحاكم القضائية وإنما يبقى تدخله تحكمه ضرورة الإسعاف أو الاحتياط[1].

1- **حالات تدخل القاضي في تعيين المحكمين:** بالرجوع الى نص المادة 1041فقرة 2 من ق إ م إ نجد أن المشرع الجزائري حصر الحالات التي تستدعي لتدخله في تعيين المحكمين بقوله " في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين او عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

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

2)- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وعليه تشمل حالات تدخل القاضي في تعين المحكمين وفق التشريع الجزائري فيما يلي:

أ- **حالة غياب التعيين:** في هذا المقام يجب أن ننوه أن المقصود بغياب التعيين أن يكون هناك غياب في التحديد لكن يوجد الاتفاق على كيفيته وإجراءاته [2]، أما ان كان الأمر متعلق بغياب التعيين فالاتفاق التحكيمي يعد باطلا طبقا لما نصت عليه كل من المادتين 1008 و1012 من (ق إ م إ)[3]، وعليه يفترض في هذه الحالة غياب تشكيل هيئة التحكيم أو نقص تشكيلها وذلك عند استنكاف كل المحتكمين عن تعيين محكمهم، مثلا إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد أو استنكاف أحد المحتكمين عن تعيين محكمه إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من عدة محكمين بعدد فردي (وتري)، فنكون أمام إشكال حول كيفية تنفيذ التزام الطرف الذي أخل بتعيين محكمه، فالمعلوم أنه إذا لم ينفذ المدين التزامه حكم عليه بالتعويض لعدم وفائه مالم يثبت استحالة التنفيذ أنها قد نشأت بسبب أجنبي لا يد له فيه.

لكن الأمر يختلف بالنسبة لاتفاق التحكيم، الذي يتميز عن غيره من الالتزامات الناشئة عن باقي العقود فلن يكون في استطاعة الطرف الذي أخل بالتزامه التهرب من تنفيذه – اختيار المحكم للبدء في عملية التحكيم– فالمشرع كان حريصا في سد الطريق على الخصم المتخاذل من

---

[1] - Ali Benchener,**l'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droit algérien RDAI** ; (Rev. dr. aff. Int) n°1 2012p 20ect

[2]- قطاف حفيظ، **المرجع سابق**، ص 39

[3]- تنص المادة1008 /فقرة من ق إ م إ 02 انه " يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم او المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم" كما نصت المادة 1012فقرة /02 من نفس القانون " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم".

المضي في إعاقة العملية التحكيمية لينأى بالتحكيم عن مثالب الكيد التي أصابت تسوية النزاع أمام القضاء الوطني ومنح القاضي سلطة تعيين المحكم في هذه الحالة [1].

ب- **حالة صعوبة التعين:** أحسن المشرع الجزائري في إدراج مثل هكذا مصطلح فضفاض ليستوعب جميع الحالات المعسرة التي قد تصادف تشكيل هيئة التحكيم، عكس ما ذهبت إليه العديد من التشريعات في تعداد بعض الحالات الشائعة مثل المشرع المصري في نص المادة 17 /فقرة 02 بقولها " إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد إليه...." كما هو الحال عند المشرع الأردني في نص المادة 16 من قانون التحكيم الأردني[2]، وهو الأمر الذي يمكن أن تقع فيه هذه التشريعات في إشكال وجود حالات غير مدرجة مستحدثة و نشير الى بعض هذه الفروض الغير مدرجة و منها:

- إذا اتفق الأطراف على نمط تشكيل هيئة التحكيم، في صورة عدد من المحكمين ثلاثة أو خمسة أو نحو ذلك بحيث يقوم كل طرف بتعيين محكميه، لكن أحد الأطراف رفض تعيين محكمين خلال الوقت المتفق عليه والمحدد .
- إذا تم تعين كل طرف محكمه لكن لم يتم الاتفاق بين هيئة التحكيم ذاتها على المحكم المرجح.
- إذا جرى مخالفة ما أُتفق عليه الأطراف، كتحديد أن يكون المحكم من جنس معين، أو من جنسية معينة .
- تشكيل الهيئة التحكيمية بمخالفة أحكام القانون كأن يكون عدد أعضائها زوجيا .
- حالة النزاع بين أحد الأطراف وبين إحدى مراكز التحكيم التي تدير عملية التحكيم .

ت-**حالة التعيين بعد العزل:** بعيدا عن أسباب العزل و أنواعه يتم اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة، أي تعين وتشكيل هيئة التحكيم في فرضين :

1)-**حالة العزل الاتفاقي** : بمعنى اذا اتفق الأطراف على عزل المحكم الوحيد، أو أحد المحكمين وطرأت صعوبات في تعينه في ما بعد من جديد سواء كان هذا العزل بعد تعيين المحكم أو قبل قبوله لمهمته، وهنا يمكن أن يستوعب الحالتين اللتين ذكرناهما (غياب وصعوبة) فيمكن لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء لتعيين محكم ما لم يوجد اتفاق ينص على خلاف ذلك.

2)-**حالة عدم الاتفاق على العزل** : الملاحظ أن المشرع الجزائري نص في المادة 1018 من ق إ م إ على شرط عزل المحكم، انه لابد أن يكون باتفاق جميع الأطراف، ولا يجوز العزل بالإرادة

---

[1]-ناصر شحاتة صالح، **المرجع السابق**، ص124-125.

[2]- ينظر: المادة 16 من **قانون التحكيم الأردني رقم 31** لسنة 2001 المعدل **بالقانون رقم 16** لعام 2016، المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية،عدد 4496.

المنفردة ،لكن ماذا لو لم يتم الاتفاق !؟ طرف يريد العزل لتوفر سبب جدي لذلك وطرف لا يريد ذلك، في هذا الفرض المشرع الجزائري لم يشر إليه بتاتا رغم إمكانية وروده، وهو أمر لابد من تداركه وهو اللجوء الى القضاء الوطني للفصل فيه بمعنى عزله بناءا على طلب أحد الأطراف بقرار غير قابل للطعن،مع منح مدة للأطراف للاتفاق على تعين المحكم، وفي حالة عدم الاتفاق ووقعت نفس الفروض المشار إليها أعلاه يتم الرجوع مرة ثانية للقضاء بطلب أحد الأطراف لتفادي التماطل والتراخي لتعين المحكم. كما نصت عليه بعض التشريعات كالمشرع الأردني في نص المادة 19 " مع مراعاة أحكام الفقرتين /أ/و/ب/ من المادة الخامسة من هذا القانون إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم ولم يتنح ولم يتفق الطرفان على عزله يجوز للمحكمة المختصة الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين بقرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن.

ث- **حالة استبدال المحكمين:** يمكن أن يوكل أحد الأطراف أو كليهما للقاضي الوطني مهمة إختيار المحكم البديل إذا ما توفرت فيه أسباب تدعو إلى ذلك، كوفاته أو تعرضه إلى عارض مادي كالمرض المعجز، أو مانع قانوني كفقد أهليته، أو حرمانه من الحقوق المدنية أو تم الحجر عليه أو رده [1]، أو انتهت مهمته أو انسحب والملاحظ أن جل التشريعات لم تعدد الحالات التي يتم فيها استبدال المحكمين في نص مادة معينة، وإنما وردت على سبيل التفرد أو تحصيلها واستنتاجها من القواعد العامة.

أين تتولى هيئة التحكيم تعيين محكم بدل منه وفق الشروط والأحكام التي سبق بيانها وذلك سواء كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد او من ثلاث محكمين ويجب أن يكون ذلك مشروط بطبيعة الحال بشروط سنأتي على ذكرها .

ثانيا: شروط قبول طلب تعيين المحكمين: يقتضي تدخل القضاء الوطني في أي حالة من حالات المذكورة مقصورة على بعض الشروط، حتى يبقى محتفظا بما يرتبه اتفاق التحكيم من اثر سالب للاختصاص، وأن يدرك انه له طابع احتياطي نسبي ومساعد في تدخله، من خلال الالتزام باحترام إرادة الأطراف، وعدم تدخله من تلقاء نفسه، وهو شرط سبق أن تم الإشارة إليه وهو شرط ضروري يسعى من خلاله القاضي الوطني لوضع إرادة الأطراف موضع التنفيذ في جميع الحالات وأن يراعي السلامة الإجرائية التي رسمها المشرع في نظامه القانوني وكذا الاتفاقيات الدولية .

1-وجود اتفاق تحكمي مستوفي لشروطه الشكلية والموضوعية: فإذا ظهر للمحكمة المختصة عدم وجود اتفاق تحكيمي سليم، مستوفي لشروطه الشكلية والموضوعية ،أو انه سقط لانقضاء ميعاده القانوني

---

[1]- أمال يدر، **الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة الأولى،سنة 2012 ص 22.

أو المتفق عليه أو انه باطل، لا يقبل طلب التعيين لأنه ليس من المنطق أن يطلب منها تعيين محكم، لا يوجد الاتفاق عليه، كأن يكون أساس الطلب الاتفاق على اختيار خبير فني [1].

ولقد نص على هذا الشرط صراحة نص المادة 1009/فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بالنسبة للتحكيم الداخلي كالأتي " إذا كان شرط التحكيم باطلا او غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بألا وجه للتعين" وتقابلها المادة 1444 من قانون الإجراءات المدينة الفرنسي بالنسبة للتحكيم الداخلي، كذلك الملاحظ على رغم من ان كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي لم ينص على هذا الشرط بالنسبة للتحكيم الدولي إلا أن الفقه يرى تطبيقه عليه دون الحاجة إلى نص[2].

2- نشأة النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم وعدم الاتفاق: في حالة الاتفاق الأطراف على بند للجوء الى التحكيم إذا ماوقع أي نزاع في تنفيذ العقد وتم الاتفاق على إجراءات التحكيم، وتعيين هيئة التحكيم مثلا: إذا اختاروا تشكيلها من محكم واحد وتوفي هذا المحكم المعين قبل وقوع أي نزاع فعلى الأطراف مباشرة اختيار محكم أخر بديل عنه بالاتفاق دون إدخال القاضي في دالك لكن السؤال الذي يطرح في هذا السياق ماذا لو لم يتفق الأطراف على تعين محكم في هذه الفترة أي قبل وقوع النزاع ؟

الاجابة على هذا التساؤل، تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة التحكيمية فإنه لا يجوز أن يتدخل القاضي بتعيين أعضاء هيئة التحكيم كلهم أو بعضهم المكلفة بالفصل في النزاع على التحكيم إلا إذا نشأ هذا النزاع بين الأطراف المحتكمين[3].

معنى ذلك إما الاتفاق أو الانتظار الى غاية وقوع نزاع ففي هذه الحالة يمكن لأحد الأطراف اللجوء الى القضاء و طلب المساعدة في تعين المحكم، وعليه في هذا الشرط نلاحظ انه لابد من توفر فرضان :

- وقوع نزاع في تنفيذ العقد
- عدم الاتفاق على تعيين المحكم الذي وقع له عارض كالوفاة مثلا (وقوع منازعة في التعيين الجديد) بين المتخاصمين.

والأصل أن اللجوء إلى القضاء حق مكفول دستوريا، وعدم وجود نص قانوني يقضي بوجوب الانتظار حتى وقوع النزاع لكن بغية التوصل إلى تشكيل هيئة التحكيم وإستكمالها برضا الطرفان فانه يعطى الوقت الكافي للأطراف حتى يتفقوا فإذا ما وقع نزاع كان اللجوء إلى القضاء طريقا وسطا لحل الخلاف على التعين، ومع ذلك حتى القاضي يمكن له أن يمنح مدة أخرى كفرصة لاختيار المحكم برضا

---

[1]- أمال يدر، **المرجع السابق**،، ص 23

[2]- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق،**المرجع السابق**، ص 219.

[3]الجمال مصطفى محمد وعبد العال عكاشة، **المرجع السابق**، ص 59.

الطرفان، مع أن هذا الأسلوب لم تنص عليه العديد من التشريعات وهو تعين الغير مباشر للحكم المطلوب تعينه وإنما التريث ومنح مهلة للاتفاق وهو ما اخذ به المشرع الفرنسي [1].

3-عدم توفر جهة أخرى متفق عليها للتدخل: ليس القاضي الوطني حر في تعين المحكم فهو زيادة على الشروط السابقة يجب عليه احترام إرادة الأطراف، من خلال التزامه بالشروط الاتفاقية التي يضعها الأطراف فقد تتضمن وثيقة التحكيم أو العقد الأساسي شرط يفضي أن أي خلل يصيب إرادة الأطراف وتشكيل محكمة التحكيم بصفة خاصة هو اللجوء إلى جهة محددة من الغير يسند لها مهمة التقويم وإعادة تشكيل هيئة التحكيم، بيد أنه تتنوع وسائل تدخل الغير في تشكيل هيئة التحكيم فإما أن يكون هذا الغير مؤسسة أو مركز تحكيمي كمركز واشنطن لتسوية منازعات عقود الاستثمار، أو كمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أو على نحو ذلك. وقد يكون الغير سلطة تعيين معدة سلفا حيث قد يسند مهمة تشكيل هيئة التحكيم بشخص أو مركز معين أو هيئة مهنية لها دراية بنوع النزاعات المثارة كإسناد تلك المهمة لرئيس جمعية المحكمين البحريين بلندن أو نحو ذلك ...الخ [2].

في هذا الصدد على الأطراف الالتزام برفع الأمر إلى هذه الهيئة إذا أعترى أي مأزق في تشكيل هيئةالتحكيم، وعلى القاضي الوطني الدفع بها إلى الهيئة المتفق عليها ،إذا ما أثيرت من أحد الخصوم قبل إبداء أي دفاع أو طلب في موضوع، كما يمكن أن يثيرها أي طرف إن لم يعطى الآجال المتفق عليها للجوء الى الهيئة، هنا يفرض على القاضي منحه الأجل المحددة ويدفع بعدم القبول، أما اذا لم يثر أحد الطرفين هذا فان القاضي يختص بفصل جميع النزاعات المرفوعة اليه وإلا اعتبر منكرا للعدالة، ولا يتدخل من تلقاء نفسه لأنها ليست من النظام العام كون سكوت الطرفين عن إبداء ذلك دليل على تراجع الأطراف عن هذا الشرط.

وتجدر الإشارة كذلك أن تدخل القاضي في تعيين المحكمين عادة يكون عندما يختار الأطراف التحكيم الخاص واستثناءا في بعض الحالات النادرة عندما يختارون التحكيم النظامي أو المؤسسي، كون هذا الأخير يحتوي على كل الإجراءات واللوائح التي تقي هذه النزاعات التي تتطلب تدخل القضاء.

ثانيا:إجراءات طلب تشكيل هيئة التحكيم من القضاء الوطني: باستقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن المشرع لم يبين لنا بشكل وافي إجراءات طلب التشكيل هيئة التحكيم من قبل القاضي الوطني واكتفى بالحالات التي تستوجب تدخله بخصوص تشكيل هيئة التحكيم، وكذا تعيين الجهة القضائية المختصة لكن لم يبين لنا شكل طلب التعيين ومدى إمكانية الطعن في قراره في التعين .

[1]- الجمال مصطفى محمد وعبد العال عكاشة، **المرجع السابق**، ص 190.

[2]- عامر أحمد جارحي، الكتاب الأول، **المرجع السابق**، ص 404.

1-شكل طلب التعين : سبق وأن أشرنا ان المشرع لم ينص في قانون الإجراءات المدنية والادراية على شكل طلب التعين، خلافا للمرسوم التشريعي القديم رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 نص في مادته 458 مكرر 04الفقرة 01 على انه" إذا دعي القاضي إلى تعيين محكم حسب الشروط المذكورة في المواد السابقة فانه يستجيب لطلب التعين بموجب أمر يصدر بناءا على مجرد عريضة إلا إذا بينت دراسة موجزة عدم وجود أية اتفاقية تحكيم بين الطرفين" وعليه نقترح العمل به اليوم في القانون الجديد، وفقا للقانون القديم الملغى إلى غاية تدارك هذا النقص وهو أن طلب تدخل القضاء لا يكون إلا بموجب أمر على مجرد عريضة ويجري مراقبة سطحية فقط على اتفاقية التحكيم قبل إجراء أي تعيين .

أما في القانون المقارن كالتشريع المصري نجد أنه أوجب الفقهاء أن يكون هذا التدخل بموجب دعوى وليس أمرا على عريضة، وهذا ما أوضحه صراحة وزير العدل وأن يكون طلب التدخل باسم المحكمة حتى يكون الاختصاص للمحكمة وليس لرئيسها وطريقه الدعوى[1].

كذلك فانه ليس ثمة ما يمنع من تقديم الطلب بصورة عارضة على دعوى أصلية تقام لنظر النزاع الأصلي أمام المحكمة المختصة بنظره وعندئذ يتمسك أحد الخصوم بالدفع بعدم الاختصاص بنظر هذا النزاع لسبق الاتفاق بصدده على التحكيم، ويتمسك هو أو خصمه بعدئذ بتعيين المحكم وإذن قد يكون طلب التعيين بالإجراءات المعتادة لإقامة الدعوى وقد يكون بصورة عارضة على دعوى أخرى[2].

2-المحكمة المختصة: باستقراء نص المادة 1041 من ق إ م إ " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

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

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر
2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر أذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها.

كما جاء في نص المادة 1042 من نفس القانون أنه " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ"

---

[1]- عامر فتحي البطانية، **دو القاضي في التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى سنة 2009، ص 80

[2]- **نفس المرجع**، ص 80.

الملاحظ من خلال هاتين المادتين أن المشرع عهد للقاضي الوطني اختصاص متمم في عملية التحكيم لإقرار التكامل الوظيفي لفض النزاع بين عمل المحكم والقاضي وإذلال الصعوبات التي تقع أثناء نظر النزاع، فخول إلى رئيس المحكمة اختصاص نوعي لتولي مهمة تعيين المحكمين، أما الاختصاص الإقليمي أو المحلي فنجد تنازع الاختصاص وتناقض بين المادتين المذكورتين.

نجد أن المادة 1041 تضع فرضين العبرة فيها هي مكان جريان التحكيم، وهو أمر مفصّل وواضح أما المادة 1042 بينت لنا فرض أخر وهو أن للأطراف الحرية في تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم هنا تكون هذه الجهة القضائية هي صاحبة الاختصاص ولو اكتفى المشرع بهذا وادمجه في نص المادة 1041 لكان مكتمل في تقديرنا، لكن المشرع أعطى فرض أخر وهو انه إذا لم يتم التحديد يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

هنا يبدو التناقض مع نص المادة 1041 ق إ م إ إذ كيف يمكن التوفيق بين تحديد الاختصاص لرئيس المحكمة إذا كان التحكيم يجري في الجزائر والاختصاص لرئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختيار الأطراف قواعد الإجراءات الجزائرية وفي نفس الوقت أيلولة الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه لمن ترجع الأولوية بين المادتين؟ هل يمكننا أن نرجع إلى التطبيق الجامع أو التطبيق الموزع؟[1] وهذا غير ممكن.فالأجدر كان على المشرع التخلي والاستغناء عن المادة 1041 في شقها الثاني حتى يتمسك القاضي بتطبيق المادة 1041 [2].

3-مدى إمكانية الطعن في الأمر الصادر بخصوص طلب التعين: لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مسالة قابلية الطعن في الأمر الصادر بتعين المحكمين سواء بالرفض أو التعين، وهو فراغ تشريعي وجب تداركه تماشيا مع ما تبنته القوانين المقارنة، فالبرجوع مثلا إلى التشريع المصري نجد أنه نص أن قرار المحكمة المشار إليها في نص المادة 09 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 المختصة بتعين المحكم يجب أن يكون نهائيا لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن وهو ما سايره فيه المشرع الفرنسي في نص المادة 1460 قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد لسنة 2011ونحن نتفق مع هذا التوجه كونه يكرس السرعة في إنهاء إجراءات التحكيم ويحقق الفاعلية المطلوبة.

وهو كذالك ما تبناه المشرع الأردني في المادة 16 فقرة (ج) لكن في شق فقط إذا صدر حكم بتعين المحكمين من طرف القاضي لكن إذا صدر الحكم برفض التعين تحت أي سبب من الأسباب فانه يكون قابل للطعن به ويأتي هذا عندما يتمسك أحد الخصوم ببطلان ذات عقد التحكيم لأي سبب من

[1]- عليوش قربوع كمال،**التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، بوساحة للطبع والنشر والتوزيع، سوق أهراس، الجزائر، الطبعة الرابعة، سنة 2017، ص 146.

[2] – Issad Mohand « **la nouvelle loi algérienne relative a l'arbitrage commercial international** » reve de l'arbitrage n03 2008p424-427

الأسباب وتقضي به المحكمة فلا يكون أمامها عندئذ إلا الحكم برفض طلب تعيين المحكم بل قد يأتي هذا القضاء ضامنا بصدور الحكم ببطلان عقد التحكيم وإذا ميّز هذا الحكم وقضت محكمة التمييز بإلغائه وبصحة عقد التحكيم، فإنها ترجع الملف إلى محكمة الاستئناف لتقوم بالتعيين[1].

وعليه أمام غياب نص صريح في التشريع الجزائري يفصل في هذه المسالة المتعلقة بالتحكيم، رأى الفقه انه كمبدأ عام في القانون الرجوع إلى القواعد العامة، وهو أن أي قرار قضائي يقبل المراجعة وأن الحالات التي يكون فيها قرار القاضي غير قابل للمراجعة هي حالات نادرة جدا في القانون الجزائري وينص القانون عليها صراحة[2].

كما ارتأى بعض الفقه قياس استئناف أمر القاضي بالتعين أو الرفض في طلب التعين المحكم على كل من الأمر القاضي بالتنفيذ والاعتراف، أو الأمر برفض التنفيذ والاعتراف حكم التحكيم وفق ما تقتضيه نص المادتين 1055و 1056 من قانون إجراءات المدنية والإدارية[3].

الفرع الثاني : دور القاضي في رد المحكمين

رد المحكم من المسائل التي يتدخل فيها القضاء في التحكيم، وتدخله يهدف إلى تحقيق نوع من التوازن بين حماية المحكم من جانب، ومن جانب أخر توفير الأسلوب القانوني المناسب لحماية الخصوم إذا ما تبين لهم أسباب من شأنها التأثير على حياد أو استقلال المحكم، بعد اختياره وأثناء سير خصومة التحكيم بل ويقضي بعقوبة أدبية وطبيعية لافتقاد المحكم شرط الحياد والاستقلال وذلك يتم من خلال إجازة المشرع تقديم طلب رد المحكم الذي يعتبر جزءا فعالا يضمن حماية المحتكم بصفة وقائية ضد خطر تحيز وعدم استقلالية المحكم، كما أن تقرير هذا المبدأ يعكس إحترام مبدأ إجرائي أصيل، وهو حق الدفاع فمن حق كل طرف أن يمثُل أمام محكم محايد، إلا أن ممارسة هذا الحق يجب أن يتم في إطار ضوابط معينة ومن خلال نظام إجرائي معين .

ولقد نظم المشرع الجزائري في قانون إجراءات المدنية والإدارية نظام رد المحكم وشروطه.

أولا :مبدأ رد المحكم: ويقصد به أن يقوم أحد أطراف العملية التحكيمية بالإفصاح عن رغبته من خلال إجراءات معينة بعدم الحضور أمام محكم بعينه، في قضية مطروحة للتحكيم أمامه وذلك بسبب انطباق أحد الأسباب التي ذكرها المشرع الجزائري في المادة 1016 من ق إ م إ، أو منع المحكم من مواصلة

---

[1]-عامر فتحي البطانية، **المرجع السابق**،ص 83.

[2]- الأحدب عبد الحميد، " **موسوعة التحكيم**"، الكتاب الاول التحكيم في البدان العربية منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون طبعة، سنة 2008، ص 372.

[3]- حدادن الطاهر، **دو القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون التنمية الوطنية،جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، سنة 2012 ص 40-41.

الفصل في النزاع لظهور أسباب قد تثير قدرا من عدم الطمأنينة لدى الخصوم أو أحدهم فيما يتعلق بحياد المحكم واستقلاليته[1].

وقد كان المبدأ السائد في القانون الفرنسي القديم أن المحكم لا يرد، غير أن الفكرة ما لبثت أن تغيرت لسببن رئيسين وعمت على بقية التشريعات[2]:

- تكييف العلاقة بين الخصم والمحكم تكييفا صحيحا وأنها ليست عقد وكالة، ولكن يباشر المحكم عمله مستقلا عن إرادة الخصوم الذين إختاروه .
- تطور الفكر الإجرائي الذي كان يرى أن المحكم ليس قاضيا، إلى القول بأن المحكم قاضي بالمعنى الحقيقي[3]، ومن ثم إيجاد الوسائل التي تكفل استقلاله وحيادته.

ولأجل تكريس استقلالية المحكم تم تقرير قواعد الرد إحتراما لحق الدفاع كما هو الشأن بالنسبة لرد القاضي أو رد الخبير، إلا أن أسلوب كل واحد بينهما يختلف عن الأخر فالمحكم يقوم بمهمة القضاء الخاص، كذا أن المحكم يملك سلطات تزيد عن سلطات القاضي بين الخصوم المعينين فلو وجد سبب الرد مثل القرابة، أو سبق ترافع، أو كان وكيل للخصم، وكان يعلم الخصم بهذا ولم يعترض فلا يجوز له رد المحكم، ويكون حكمه صحيح بينما القاضي يقوم بوظيفة قضاء عام ودائم، وبين كافة الأفراد دون تحديد، كما أن رد القاضي يكون في أي حالة تكون عليها الدعوى طالما لم يقفل باب المرافعة[4] أما الخبير فالأصل أن القضاء هو الذي يختاره يجوز لطالبه أن يستأنف قرار الرد عكس رد المحكم الذي لا يقبل الطعن بآي طريق[5].

لذلك درءا لإساءة استعمال هذا الحق عملت النصوص الدولية على النص عليه وإفراده بنظام متكامل من حيث إجراءاته وتميزه وحالاته وكمثال على ذلك ما نصت عليه اتفاقية تسوية منازعات عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادتين 57 و58، وكذا اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي في المادة 19 وكذا الغرفة التجارية الدولية بباريس في مادتها 11فقرة /1 وكذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادتين 12 و13[6].

---

[1]- السوفاني عبد الله خالد علي، الرقابة القضائية على هيئة التحكيم، **مجلة المنارة للبحوث والدراسات**، الأردن، مجلد 20 عدد3 لسنة 2014، ص 15.

[2]- أبو شربي تغريد شعبان، **الأثار القانونية لطلب رد المحكم دراسة مقارنة**، رسالة لنسل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق، الاردن، سنة 2014، ص 48.

[3] - jean Vincent et serge Guichard **: procedur civile**, 20 eme edition paris dalloz 1981 p1164 « les arbitres sont de véritables juges ».

[4]- ينظر: المواد 241 الى 247 حالات رد القاضي من قانون الجارءات المدنية والإدارية .

[5]- أبو شربي تغريد شعبان، **المرجع السابق**، ص 51 ومابعدها.

[6]- قطاف حفيظ، **المرجع السابق**، ص 49.

ثانيا : أسباب رد المحكم: طلب رد المحكم وإن كان جزاء فعال يضمن حماية المحتكم بصفة وقائية ضد خطر تحيز وعدم استقلالية المحكم، إلا أن ممارسة المحتكم لهذا الحق يجب ان يتم بتوافر أسباب حتى لا يتخذ أطراف الخصومة التحكيم نظام الرد وسيلة لتعطيل التحكيم، والتعنت من جانب أحدهم بالمماطلة والتسويف للضغط على الأخر وإلحاق الضرر به.

والملاحظ أن معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية لم تعدد الأسباب، واكتفت بسبب رئيسي هو إثارة شكوك في عدم استقلالية وحيادة المحكم، وعليه نصت المادة 1/18 من قانون المصري رقم 27 لسنة 1994 أنه " لايجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حياديته أو استقلاله " كما نص المشرع الفرنسي في المادة 1463 من ق إ م الفرنسي

"« un arbitre ne peut s'abstenir être récusé que pour cause de récusation que se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation. »

كما أشارت المادة 10 من القانون النموذجي للتحكيم انه يتم رد المحكم لعدم صلاحيته للتحكيم بشكل عام أو لأي أسباب أخرى " دون تحديد لهذه الأسباب وهذا ما انتهجته كذلك اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة على الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 في مادتها 57 على انه " يطلب الرد استنادا انه غير صالح للتعين " [1].

أما المشرع الجزائري فقد نظم شرط رد المحكم لثلاثة أسباب حددتها المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي :

- عدم توافره على المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف
- وجود سبب منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من طرف الأطراف
- تبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

وفضلا على هذه الشروط الثلاثة، أضاف المشرع شرطا رابعا يتمثل في ضرورة إطلاع الطرف الذي عين المحكم أو ساهم في تعيينه عن سبب الرد بعد تعيين المحكم، ويجب أن تطلع محكمة التحكيم والطرف الأخر بسبب الرد هذا،أي أنه اذا كان سبب الرد قائما قبل التعيين وكان الطرف – طالب الرد– عالما به، فانه لا يصلح أن يقدم طلب الرد بناء على هذا السبب، فاذا أثبت طالب الرد وجود الدليل الكافي على توافر حالة من الحالات الواردة في المادة1016 من (ق إ م إ ج) فان ذلك يمكن أن يكون مبررا لرد المحكم لذلك يجب على المحكم اذا ظهر له أن هناك من الوقائع أو الظروف ما يمكن أن يمس استقلاله أن يصرح بوجودها طبقا لما نصت عليه المادة 1015/ فقرة 02 من (ق إ م إ ج)[2].

[1]– محمد كولا، **تطور التحكيم في القانون الجزائري**، منشورات بغدادي، طبعة الأولى، سنة 2008ص 183.

[2]– بوالصلصال نور الدين، **الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم**، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2011، ص 318.

ولقد أجاد المشرع الجزائري حين عدد حالات رد المحكم، واحتواء كل حالة منها عدة أسباب تندرج في مفهومها اذ نراه أكثر توفيقا من المشرع الفرنسي الذي اكتفى باشتراط وجود سبب لرد المحكم، أو المشرع المصري الذي أورد مادة عامة عن الشكوك التي يمكن أن يثيرها أحد الأطراف عن حياد أو استقلالية المحكم[1].

وتجدر الإشارة انه حتى ولو تأسس الرد حول الثلاث الحالات المنصوص عليها أعلاه، فان ذلك غير كافي في بعض الأحيان في رد المحكم، اذ لا يجوز رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين، وتبلغ محكمة التحكيم والطرف الأخر دون تأخير بسبب الرد، بمعنى انه لا يمكن أن يخاصم المحكم الذي عينه لأن سوء النية تكون ثابتة من أجل التماطل في إجراءات التحكيم[2]،وهو نفس الحال إذا كان المحكم قد صرّح مسبقا عن هذه الأسباب وقبل الطرف الأخر به فلا يستطيع هذا الطرف أن يطلب رده فيما بعد لعدم اعتبار هذه الأسباب من النظام العام طالما ان المحكم صرح بذلك ،إضافة إلى ذلك طبيعة نظام التحكيم الذي يقوم على أساس الاتفاق، وبالتي لا سبيل للعودة بعد ذلك عن موافقته ورضاه به بهدف التعطيل في إجراءات التحكيم[3]، كذلك وضعت قاعدة أخرى تضبط رد المحكم في عدم قبول الرد ممن سبق له تقديم طلب رد المحكم نفسه في ذات التحكيم، أي لا يقبل طلب الرد للمرة الثانية إذا كان مقدما من ذات الطرف الذي قدمه في المرة الأولى ضد نفس المحكم المطلوب رده، وأن يكون خلال إجراءات التحكيم الواحدة[4].

ثالثا : إجراءات طلب رد المحكم وأحكامه: باستقراء نصوص قانون الإجراءات نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد إجراءات رد المحكم والمدة المحددة لذلك، على عكس المشرع المصري الذي كان أكثر توفيقا عندما تطرق لإجراءات الرد التي تبدأ بتقديم طلب كتابي إلى الهيئة التحكيمية المشكّلة يحتوي على كل المعلومات الخاصة بسبب أو أسباب الرد المستند إليها وهذا في مهلة 15 يوما من تاريخ تشكيل هذه الهيئة وعند عدم الاستجابة للطلب يمكن للمعني الطعن في الحكم التحكيمي الرافض للرد وهذا في مهلة 30 يوم من تاريخ إعلان الحكم، أين يقدم الطلب للمحكمة التي سبق لها أن تدخلت في إجراء التعيينات وهذا منصوص عليه في نص المادة 19 من القانون التحكيم المصري[5].

ولو أن التشريعات اختلفت حول الجهة المختصة بنظر طلب الرد، فمنهم من خول هذه السلطة لهيئة التحكيم التي تنظر في النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، وكذا المادة 58 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 ولقد واجه أصحاب هذا الاتجاه

1- محمد كولا، **مرجع سابق**، ص 183.

2- حدادن الطاهر، **مرجع سابق**، ص 61.

3- أمال يدر، **المرجع السابق**،ص 61-62.

4- رضوان فايز نعيم، تشكيل هيئة التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات ولوائح التحكيم في مراكز التحكيم التجاري الدولي، **مجلة الأمن والقانون** أكاديمية الشرطة دبي، الإمارات، المجلد 19، عدد2، سنة 2011،ص 44.

5- محمد كولا، **مرجع سابق**،ص 184.

انتقاد كونه يجعل من هيئة التحكيم خصما وحكما في أن واحد، خصوصا عندما نكون بصدد محكم وحيد، في حين استقرت العديد من التشريعات في شأن رد المحكمين بجعل الاختصاص بطلب الرد الى المحكمة القضائية المختصة، وليس إلى هيئة التحكيم ومن ضمن هذه التشريعات المشرع الجزائري أين نص في المادة 1016 من ق إ م إ ج فقرة الأخيرة أنه ".. في حالة النزاع اذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته، أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل هذا الأمر غير قابل لأي طعن"، فالملاحظ أن المشرع الجزائري ترك أمر تسوية حالة الرد في البداية إلى الأطراف حيث أنه إذا طلب أحد الأطراف رد المحكم وصادف هذا الطلب تسليما من جانب الطرف الأخر فانه لن تثور أي مشكلة في ترتيب أثر الرد المتمثل في انتهاء مهمة التحكيم، أما في حالة رفض الطرف الأخر الأساس الذي أقيم عليه هذا الطلب ولم يتوصلا إلى أية تسوية بخصوص الرد فلا مناص حينئذ من تدخل المحكمة التي تملك الفصل في طلب الرد، ولو أن هذا الاتجاه له محاسنه إلا انه وجه له نقد بخصوص انه يساعد الطرف سيء النية إلى عرقلة إجراءات التحكيم كون هذا الأخير يؤخذ مدد قد تطول، وقد اتجه اتجاه ثالث انه يتولى الفصل في طلب الرد جهة أخرى غير هيئة التحكيم وغير القضاء الوطني إذ تكون هذه الهيئة مستقلة عنهما في فصلها طلب الرد، فتدرأ أي شبهة قد تحوم حول حيادها فضلا على عدم إطالة الوقت كما في القضاء الوطني، وتتمثل هذه الجهة في غالب الأحيان إدارة منظمة أو مركز للتحكيم أو أية جهة أخرى يتم تحديدها من لوائح وأنظمة التحكيم ومثال ذلك نص المادة 11 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس 1998 نصت على تولي هيئة غرفة التجارة مسألة الفصل في طلب الرد وهي كذلك لم تسلم من النقد في التساؤل حول الجهة التي تراقب عملها اذا كانت مخالفة لقواعد العدالة[1].

ومن خلال هذه الاتجاهات التي يمكن قيامها بالفصل في رد المحكمين بين جدب ونقد، نحن نؤيد المشرع الجزائري في توجهه نحو إعطاء القضاء الوطني تولي مهمة الفصل في رد المحكم في حالة عدم تسوية الأطراف إجراءاته، كون النظامين تربطهما علاقة تكاملية، قائمة على إرادة الأطراف يكون فيها للقضاء دور المساعد والمكمل لكل النقائص لتفادي شلل وانهيار إجراءات التحكيم وعدم فاعليته.

وعلى المحكم المطلوب رده أن يقرر التنحي اختيارا عن النظر في النزاع، فإذا رفض أو حدث خلاف بين الطرفين حول مسالة رد المحكم يستتبع الحالة الطلب إلى المحكمة، التي حددها المشرع في نص المادة 1041 من ق إ م إ، التي بيّن فيها أنه عندما يجري التحكيم في الجزائر فان طلب رد المحكمين يقدم إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها اختصاص التحكيم، أما عندما يجري التحكيم خارج الجزائر ويختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فيقدم طلب رد المحكمين إلى رئيس محكمة الجزائر.

[1]– بوالصلصال نور الدين، **مرجع سابق**،ص 319 وما بعدها.

ولقد تباين موقف قوانين التحكيم المقارنة العربية و الأوربية حول اثر تقديم طلب الرد على إجراءات التحكيم، بين من لا يرتب على تقديم الطلب وقف الإجراءات، وبين من يرتب على ذلك وقف الإجراءات لحين الفصل في طلب الرد، وبين من ترك الأمر إما لإرادة الخصوم أو لسلطة المحكمة التقديرية، وبين من لم يتعرض لأثار هذا الرد على الإجراءات وما إذا كان باستطاعة هيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات الخصومة رغم إبداء أحد الأطراف الرغبة في رد المحكم كما هو الحال في التشريع الجزائري .

حيث جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 19 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 والمعدلة بالقانون رقم 08 لعام 2000 بأنه " لا يرتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم وإذا حكم برد المحكم يترتب على ذلك اعتبار ما قد يكون تم من إجراءات التحكيم بما في ذلك حكم المحكم كأن لم يكن". وهوا ما أخذ به القانون النموذجي المنقح لعام 2010في نص المادة 13، ولقد انتقد هذا الاتجاه حيث يرون، إن كان يلزم النص على إذا ما كانت هذه الإجراءات تستمر بدون المحكم المقدم ضده طلب الردّ أم مع وجوده، فإذا كانت بدونه يتعين أن ينص على انتداب من يحل محله تماشيا مع ما ورد بالقواعد العامة من انه يترتب على تقديم طلب رد القاضي وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم في طلب الرد ومع ذلك يجوز لرئيس المحكمة ندب قاض أخر بدلا من القاضي الذي طلب رده فيرون أن هذه المشكلات العملية لم يعالجها النص بوضوح[1].

أما الاتجاه الأخر فقد تبنته كذلك بعض الأنظمة العربية كقانون التحكيم التونسي رقم 42 لعام 1993 فقد نص في مادته 25 على انه " تتوقف إجراءات التحكيم إذا قدم طلب في عزل المحكم أو التجريح فيه إلى حين البت في الطلب" وهو ما أخذ به كذلك قانون التحكيم الليبي في المادة (752) وقانون التحكيم الفلسطيني والسوري كذلك..الخ.، كذلك نجد الاتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 في المادة 09 الفقرة 6 تنص على وقف إجراءات الخصومة التحكيمية وذلك لحين صدور قرار فاصل في خصومة عدم الصلاحية.[2]

في حين تبنى القانون التحكيم الانجليزي لعام 1996في مادته 27 على أعطاء الأولوية لإرادة الخصوم في تحديد مصير الإجراءات التحكيمية عند الحكم برد المحكم ،فإذا لم يكن هنالك اتفاق بين الخصوم في هذا الشأن فان الهيئة التحكيمية بعد تشكيلها من جديد تقرير ما إذا كانت الإجراءات التحكيمية السابقة ستؤخذ بعين الاعتبار وذلك مع مراعاة حق أي من الأطراف في الاعتراض على صحة هذه الإجراءات لأي سبب سابق للتاريخ الذي توقف فيه المحكم عن ممارسة مهمته[3].

في رأي الباحث يدعم موقف المشرع الانجليزي الأخير و الأفضل أن يقتدي به المشرع الجزائري وهو وقف إجراءات التحكيم بصفة مؤقتة لغاية صدور حكم المحكمة الوطنية، فان هي حكمت برد المحكم

---

[1]- أبو شربي تغريد شبعان، **المرجع السابق**، ص 104.

[2]-**المرجع نفسه**، ص 106.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 106-107.

تعطي الأولوية للأطراف في تحديد مصير إجراءات التحكيم، وان لم يتفق الأطراف تعطي الاختصاص إلى تشكيل محكمة تحكيمية جديدة تقرر ذلك.

الفرع الثالث: حالات أخرى لتدخل القضاء

قد يتدخل القضاء أيضا كمسعف ومساعد لإجراءات متفرعة تخص التحكيم، نادرا ما يقع فيها الطرفان لكنه جرى وقوعها بالفعل ومثال ذلك: تحديد أتعاب المحكمين، وكذا تفسير حكم التحكيم وتصحيحه وإصدار حكم إضافي، وهو ماعبر عنها المشرع في نص المادة 1048 تحت مسمى "أو في حالات أخرى " نأتي على ذكرها:

أولا: المساعدة في تحديد أتعاب المحكمين: يقصد أولا بالأتعاب في هذا الشأن ذلك الالتزام المادي، الذي يقع على عاتق المحتكمين ،نتيجة الجهد المبذول من طرف الهيئة التحكيمية الفاصلة في موضوع النزاع المرفوع إليها من طرفهم (الخصوم).

على الرغم من أن هذا الموضوع يعد من القضايا ذات الأهمية التي تثير صعوبات من حيث الطرف الملزم بدفعها، أو تحديد هذه الأتعاب، وكيفية تقديرها والوقت الواجب دفعه للمحكمين [1]، إلا أن المشرع الجزائري وكذا العديد من التشريعات المقارنة لم تشر إلى هذا الأمر ولا إلى كيفية تنظيمه، بل ترك فيه الأمر لحرية واختيار الطرفين، في دفعه مناصفة أو على الطرف الخاسر، أما عن تقديرها وتحديدها فإنه جرى الفقه إلى ربط قيمة الأتعاب بقيمة النزاع المطروح وتعقيداته على التحكيم كما تفعل كل مراكز التحكيم والأجدر أنه تحدد تلك القيمة وفق المجهود الذي يبدله المحكمون في نظر الدعوى وان كان هذا الحال بالنسبة للتحكيم المؤسسي فان مسألة أتعاب المحكمين ومصروفاتهم في التحكيم الخاص فان أمر تقديرها متروك كأصل لهيئة التحكيم دون ضوابط مما يؤدي في معظم الأحيان إلى المغالاة في تقدير تلك القيمة وهذا ما يمثل عبئا ماليا يرهق كاهل المحتكمين، الأمر الذي يؤدي الى وقوع نزاع بين الأطراف المحتكمين والهيئة التحكيمية هنا يبرز دور القاضي على اعتبار أن قرار هيئة التحكيم يكون قابل للطعن أمام المحكمة المختصة [2].

فيلقى على عاتق القضاء تقدير هذه القيمة وفق سلطتها التقديرية وضبطها إذا كانت مرتفعة أو مبالغ فيها بقرار نهائي غير قابل لطعن، على أن تراعي قبل ذلك طبيعة التحكيم التجاري الدولي والأخذ بعين الاعتبار النفقات التي يتكبدها المحكمون في السفر والأعراف التجارية في هذا الشأن والأخذ في الحسبان كذلك قيمة القضية والمال المتنازع عليه[3]، وكذا الجهد المبذول من قبل المحكمين، أما المدة

---

[1]- السيد حسام رضا، التحكيم المبتور هيئة واتفاقا، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، كلية الحقوق- جامعة عين شمس،- مصر المجلد 58 عدد 02، سنة 2016،ص 147

[2]- السيد حسام رضا، **المرجع السابق**، ص 147.

[3]- البطانية عامر فتحي، **المرجع السابق**،ص 141.

الواجب تسديد هذه المصروفات فعادة ما يكون بعد صدور الحكم المنهي للنزاع لكن لا خلاف أن يتم الاتفاق على تسديدها بعد البدء في إجراءات التحكيم.

ثانيا : تفسير حكم التحكيم وتصحيحه وإصدار حكم تحكيم إضافي: تستنفذ الهيئة التحكيمية سلطتها من تاريخ إصدارها للحكم المنهي للخصومة ومع ذلك فإن العديد من التشريعات منحت هذه الهيئة سلطات الى ما بعد إصدارها للحكم ولا تتعارض هذه السلطات مع مبدأ استنفاد الولاية باعتبار أن الهيئة لن تعيد النظر في حكمها وإنما يقتصر دورها على تفسير حكمها أو تصحيح مشابها من الأخطاء المادية أو الحسابية أو الفصل في ما أغفلت الفصل فيه[1]، وهذا ما أجازته العديد من التشريعات والاتفاقات[2]، لكن ورد في هذه النقطة إشكال فيما لو تعذر اجتماع هيئة التحكيم بعد إصدارها للحكم اذا كانت مشكلة من محكم وحيد إما لوفاته أو سقوط أهليته أو كان مشكل من ثلاثة وتفي احدهم وكان الثاني ممن امتنع عن التوقيع على الحكم وان المحكم المرجح قد توفي أو كان من الصعوبة الشديدة اجتماع الهيئة نفسها مرة أخرى[3]، أو أن القانون الواجب التطبيق لم يتطرق إلى هذه الحالة وان الأطراف اختاروا في اتفاقهم التحكيم الحر تطبيق للائحة نظام تحكيم مركز تحكيمي دولي، وهذا الأخير لم يتطرق إلى هذه النقطة .

في واقع الأمر أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة التي تبقى فراغا قانوني وجب تداركه، لكن الآن على المشرع أن يعمل بما نصت عليه الاتفاقات الدولية السائدة بخصوص هذا الشأن وأن يتدرج في معالجة هذه المسالة بين ما نصت عليه اتفاقية واشنطن في نص المادة 50 وبين مانص عليه التشريع الفرنسي[4].

وفي اعتقادنا كان على المشرع أن يحدو بما حدى به المشرع الفرنسي، على اعتبار أن التشريع الجزائري متأثر بالتشريعات الفرنسية، فقد نص هذا الأخير في نص المادة 2/1485 من قانون الإجراءات المدنية أنه إذا لم يكن بإمكان الهيئة التحكيمية أن تجتمع من جديد وإذا لم يكن إمكان الأطراف أن يتفقوا على إعادة تشكيلها فإن هذه السلطة تعود للمحكمة النظامية المختصة أصلا للنظر بالنزاع لولا وجود التحكيم، أي ان القاضي الفرنسي لا يتدخل للتصحيح أو التفسير إلا إذا تعذر اجتماع الهيئة التحكيمية

---

[1]- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، **تنفيذ أحكام المحكمين الاجنبية في منازعات عقود الاستثمار(دراسة مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، سنة 2014، ص274.

[2]- المادة 1030 من **ق إ م إ الجزائري**، المادة 51 من **قانون التحكيم المصري**، المادة 1485 من **ق إ م الفرنسي**، المادة 37 من **قانون اليونسترال وفق اخر تنقيح.**

[3]- أحمد رشاد محمود سلام،**البنيان الفني لحكم التحكيم**، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة، سنة 2010،ص 178.

[4]- تنص المادة 50 من **اتفاقية واشنطن** انه في حالة استحالة الرجوع إلى المحكمة التحكيم نفسها التي أصدرت الحكم يتم تشكيل محكمة تحكيم جديدة بنفس الطريقة السابقة للمحكمة الأولى التي تعطى المحكمة الجديدة طبقا لما تحتمه الظروف التي تؤجل تنفيذ الحكم إلى حين صدور قرارها" بمعنى ترك الحرية للأطراف للاتفاق في اختيار فإذا تم اختيار تشكيل هيئة تحكيم من جديد فهذا رأيهم، وفي حالة عدم الاتفاق على أحد الأطراف رفع هذا الأمر إلى المحكمة المختصة بموجب دعوى عادية مع إثبات أسباب تعذر الاجتماع الهيئة التحكيمية، ونحن نؤيد الفرض الثاني على اعتبار تجنب الأطراف المزيد من الوقت والأعباء المالية. وعلى اعتبار الجزائر مصادقة على هذه الاتفاقية ولم ينص قانونها الداخلي على هذا الأمر فهي ملزمة به.

ولم يتم الاتفاق على إعادة تشكيلها ولا يؤول الاختصاص إلى رئيس محكمة باريس كما هو الشأن في المسائل الأخرى وإنما يؤول إلى المحكمة المختصة محليا ونوعيا بنظر النزاع المثار بين الأطراف أصلا وهذا دون النظر إلى الاتفاق التحكيمي الذي يعامل وكأنه لم يوجد [1].

وهذا الأمر يتماشي تطبيقه في القضاء الجزائري اجتهادا على اعتبار أن التصحيح والتفسير لا يكون إلا بدعوى يراعى فيها الوجاهية وحق الدفاع وهو الأمر الذي يمكن ضمانه باتباع إجراءات التذييل على عريضة مثل باقي المسائل التي تتطلب تدخل القضاء كما ان هذا الأمر يتطابق مع الإحالة لنصوص المواد 285 و287 من ق إ م إ التي تقتضي مثل هذه الدعوى وليس مجرد أمر على عريضة[2]

المطلب الثاني: الوظائف الموضوعية العارضة لتكامل القضاء مع التحكيم

بادئ البدء نشير أن تدخل القضاء الوطني في مساعدة التحكيم أو رقابته هو إجراء ذو صيغة شكلية، لذا فان كل مظاهر التدخل تعتبر إجراء شكلي لا يتعدى الموضوع، غرضه ضمان فاعلية التحكيم من كل خلل للوصول إلى الهدف المنشود وراء اللجوء إليه وهو فض النزاع، أما عن سبب تسمية هذا العنصر بالوظائف الموضوعية نقصد بها أن تدخل القضاء ببعض الصور التي تختلف عما ذكرناه أعلاه التي تمس الجانب الشكلي للسير بالإجراءات لكن في هذه النقطة تدخل القضاء يعتبر داعم للهيئة التحكيمية في بناء الحكم و حفظ الحق محل الاتفاق التحكيم ،لما للقضاء من سلطة الأمر والتزام التي لا تتوافر في قضاء التحكيم وهذا ما سنوضحه من خلال تدخل القضاء في مساعدة هيئة التحكيم في تقديم الأدلة (الفرع الأول) وكذا في مجال الفصل في المسائل الأولية والعارضة (الفرع الثاني) أخيرا(الفرع الثالث) تدخل القاضي في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.

الفرع الأول: سلطة القضاء في مساندة هيئة التحكيم في الحصول على أدلة الإثبات

مما لاشك فيه أن القاضي حتى يقضي لمن يدعي حقا، لابد لصاحب الحق أن يثبت ذلك بالدليل الذي ينص عليه القانون لان الدليل هو أساس الحق ومعقد النفع فيه، كون الحق يتجرد من قيمته مالم يقوم الدليل الحادث المبدي له قانونيا أو ماديا[3].

ولما كان المحكم لا يعدو أن يكون في حقيقة الأمر سوى شخص يستمد سلطته وولايته من اتفاق التحكيم، وكفل له القانون عدة صلاحيات من شأنه الحصول على الأدلة والمستندات اللازمة لعملية الإثبات في الموضوع المتنازع عليه أمام تلك الهيئة الخاصة وأمام أطرافها، وعلى الرغم من أن هذه الصلاحيات الممنوحة لهيئة التحكيم ومنها كفالة حق الدفاع والمواجه، إلا ان عدم تمتع الهيئة التحكيمة بصفة عامة على سلطة الإلزام جعل تدخل القضاء في هذا الشأن أمرا لازما وشرعي لضمان فاعلية

---

[1]- قطاف حفيظ، **المرجع السابق**،ص 95.

[2]- **المرجع نفسه**،ص 95.

[3]- فهيمة أحمد علي القماري، **الوسيط في سلطة القضاء إزاء خصومة التحكيم(الرقابة السابقة على حكم التحكيم) دراسة مقارنة**، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2017، ص158.

التحكيم وهذا ما يؤكد الطبيعة النسبية للأثر السلبي على اختصاص قضاء الدولة، وعلى صدقية العلاقة التكاملية بين القضاء والتحكيم، وفي هذا السياق سنبين (أولا) الأساس القانوني لشرعية تدخل القاضي في تقديم الأدلة، و(ثانيا) صور المساعدة القضائية التي تتطلبها هيئة التحكيم.

أولا: الأساس القانوني لشرعية تدخل القاضي في تقديم الأدلة لهيئة التحكيم: تجدر الإشارة أولا أن توفير الأدلة وجمعها يعد من التزامات الهيئة التحكيمة التي منحها المشرع هذه الصلاحية[1]، ويمكن أن يتم هذا من خلال جلسة تمهيدية، وبعد تقديم بيان الدعوى من الطرف الذي يتقدم بطلب التحكيم، أين تتولى هيئة التحكيم تسيير الخصومة، لكن قد تعترض الهيئة التحكيمية صعوبات نظرا لكونها لا تتمتع بسلطة الإجبار والإنابة كالقاضي الوطني لهذا لها مخرج من هذا المأزق، وهو طلب مساعدة قضاء الدولة أين يبقى هذا التدخل استثنائي قاصر فيما قرره له المشرع ،إذ نجد معظم الأنظمة القانونية المنظمة للتحكيم تنص على شرعية هذا التدخل، وعلى سبيل المثال نجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 1048 ق إ م إ منح هيئة التحكيم أو لأي طرف من أطراف النزاع الذي يهمه التعجيل بعد حصول على أذن من هيئة التحكيم سلطة طلب المساعدة من القضاء الوطني للحصول على الأدلة بقولها أنه " إذا إقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة ...، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمه التعجيل بعد ترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"

وهذا ما كان يتطابق مع ما جاءت به المادة 27 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 " في إجراءات التحكيم يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين بموافقة الهيئة طلب المساعدة من المحكمة المختصة في هذه الدولة للحصول على الأدلة ويجوز أن تنفذ المحكمة الطلب في حدود سلطتها ووفقا لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة".

أما تشريعات المقارنة فنجد المشرع الفرنسي في قانون التحكيم الجديد لعام 2011 فانه قد منح دورا بارزا لقضاء الدولة لتحقيق فاعلية التحكيم، حيث أجاز لقضاء الدولة إلزام الغير بتقديم أي دليل إثبات تحت يده شريطة تقديم طلب من محكمة التحكيم إلى رئيس المحكمة المختصة، وذلك عملا بمقتضى المادة 2/1469 من هذا القانون هذا بخلاف المشرع المصري الذي لم يتناول هذه الفرضية [2].

كذلك فان المرسوم الفرنسي الجديد لم يكتفي عند هذا الحد بل أطلق سلطة محكمة التحكيم في إمكانية إلزام أحد الأطراف بتقديم أدلة إثبات التي يحوزوها دون طلب مقدم من أحد الأطراف، طالما كانت مصلحة الدعوى تقتضي ذلك، ومن ثم إلزام الخصم بها وإلا كان بإمكان محكمة التحكيم إنزال غرامة تهديدية وذلك عملا بمقتضى المادة 1467/فقرة 03.

---

[1]- ينظر نص المادة 1047 من ق إ م إ التي تنص " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"

[2] --Mohamed El Mehdi Najib. **L'intervention du juge dans la procédure arbitrale**. Droit. These presentee pour obtinire le grade de docteure , Université de Bordeaux ,2016,p 53-54.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 37 من قانون التحكيم لعام 1994، فإنه يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب من رئيس محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف مايلي:

1- في حالة عدم حضور الشهود أو حضورهم وامتناعهم عن الإجابة، الحكم بجزاءات قانونية مقررة في مادتين 78 و80 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

2- الأمر بالإنابة القضائية.

والملاحظ ان القانون المصري كان أضيق من قانون الفرنسي والجزائري حيث لم يجز لهيئة التحكيم طلب تقديم أدلة أثبات إلا بناء على طلب أحد الأطراف، مع مراعاة مقتضى الشروط التي ينص عليها قانون الإثبات، كما أنه ليس لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى القضاء المصري لإلزام الغير الذي ليس طرف في خصومة التحكيم بتقديم مستند تحت يده [1].

ثانيا: صور المساعدة القضائية في توفير أدلة الإثبات لهيئة التحكيم : أول ما نشير اليه فيه هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم ينص على صور الأدلة التي يستطيع القاضي أن يساعد بتقديمها، عكس التشريعات المقارنة والاتفاقات الدولية، الأمر الذي وجب فيه الرجوع إلى القواعد العامة الموجودة في قانون الإجراءات المدينة والإدارية على اعتبار أنه القانون الواجب التطبيق هو التابع للقاضي المتدخل[2]، وهذا ما يفهم من العبارة الأخيرة من المادة 1048 السالفة الذكر " ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

كما أن المشرع الجزائري لم يبين لنا المحكمة المختصة في هذا الشأن واكتفى بعبارة القاضي المختص، التي يفهم منها في اعتقادنا المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو مكان إقامة الشاهد أو مكان تواجد المال محل المعاينة أو المحكم التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إجراء الإنابة.

وعلى فرض تدخل القاضي الوطني في خصومة التحكيم في مجال الإثبات ،فانه يمكن أن يتجسد في عدة حالات منها:

1- **في مجال الإثبات الكتابي:** تعد الأدلة الكتابية من أقوى أدلة الإثبات وأكثرها أهمية، وقد جعلتها أغلب القوانين في الصدارة، وهذه الأهمية ناتجة عن كونها دليلا قد تم إعداده عند إجراء التصرف المراد إثباته، وهو ما نجده إلزاما في بعض التصرفات القانونية التي لابد من إثباتها وجود دليل كتابي(الشكلية)، ويمكن تقسيم الأدلة الكتابية إلى سندات رسمية والتي استلزم لها القانون شكلية معينة وأوجب صدورها من أشخاص في حدود اختصاصهم، وكذا الى سندات عادية (عرفية) والتي

---

[1]- عامر أحمد جارحي، الكتاب الأول، **المرجع السابق**، ص 413.

[2]- نظم المشرع **صور الأدلة**، أولا من نص المادة 70 الى 74 من ق إم إ بالنسبة للأدلة الكتابية، من المواد 82 الى 106 من نفس القانون إجراء التحقيق، والمادة 112 الى 124 للإنابة القضائية ومن المادة 146 إلى 149 (ق إ م إ) المعاينات والانتقال إلى الأماكن،أما عن سماع وإحضار الشهود من المواد 150 الى 163 وأخيرا من المادة 125 إلى 145 بالنسبة لندب الخبير.

تحرر لإثبات تصرف معين دون أن تحدد بشكل معين، ودون الحاجة إلى تدخل موظف عام في تحريرها، وإنما استلزم فقط أن تكون موقعة ممن هي حجة عليه، وكذا الدفاتر والأوراق الغير موقعة عليها والتي قد يلجأ إليها الأفراد إما لإلزام قانوني أو بدافع تنظيم الشخص لأعماله مثل التاجر [1].

كما نرى الاتجاهات الفقهية والتشريعية الحديثة تأخذ بالمحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني كوسائل إثبات كتابية، بل هناك من ساوت بين السندات الالكترونية والعرفية في حجية إثباتها [2].

ولما كانت الهيئة التحكمية قاصرة على إلزام أي طرف على تقديم المستندات التي بحوزته والتي قد تكون على أهمية كبيرة لإصدار حكم فاصل موضوع النزاع، فلا سبيل لها إلا اللجوء الى القضاء الوطني لإجباره، كونه ينفرد بالتمتع بهذه الخاصية، أين يفصل القاضي في إشكالية تمنّع أحد الأطراف أو الغير عن تسليم الأوراق والسندات والوثائق، بالمطالبة بذلك شفاهة وعند الاقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية لأجل معين وكيفية تبليغ الأوراق واستردادها من الخصوم[3].

2- **في مجال استدعاء الشهود:** رغبة من المشرع لإضفاء طابع الجدية على عمل هيئة التحكيم بما يحظى به العمل القضائي من جهة وحتى لا يستخف أو يستهان به من جهة أخرى، فقد منح له إمكانية الأمر من تلقاء نفسها او بناء على طلب أحد الخصوم إذا تطلبت ظروف القضية أن ستدعي الشهود لسماعهم واستجوابهم في حالة عدم كفاية المستندات التي تحت يدها [4]، لكن لا سلطة لهيئة التحكيم في إجبار شاهد على الحضور أمامها الأمر الذي يجعلها تطلب مساعدة القضاء الوطني لإلزام بعض الأشخاص للحضور أمامها إدلاءا بشهادتهم . وفي حالة تمنع الشاهد عن الإدلاء بشهادته أو الإجابة عن الأسئلة المحالة إليه أو تخلف عن الحضور بدون مبرر شرعي بعد أن تم تكليفه بالحضور تكليفا صحيحا، توقيع جزاءات منصوص عليها في القانون[5].على أن تراعي الهيئة

---

[1]- عبد الحميد دانية ماجد، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، **مجلة الحقوق كلية القانون الجامعة**، الجامعة المستنصرية، العراق مجلد 04 عدد14، سنة 2011، ص280 ومابعدها.

[2]- ينظر المادة 323 مكرر1 من **قانون 10/05** المؤرخ في 20 يونيو 2005 **المتضمن قانون المدني**" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

[3]- ينظر المادة 70 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[4]- -Mohamed El Mehdi Najib ; **op**.**cit** ; p59-60

[5]- في هذه المسالة لا نجد نص يفيد تقدير الجزاء في حالة التخلف عن الحضور للشهادة بدون مبرر او التمنع عن ذلك في التشريع الجزائري من قبل القاضي الوطني على الرغم من كنته لذلك الأمر الذي يبقى سلطة تقديرية في يد ه وهذا يعد فراغ قانوني وجب الانتباه له، عكس ما كان سائد في **القانون القديم 12/93** من **قانون الإجراءات المدنية**، الذي كان يوقع غرامة مابين 50 و100 دج مع إمكانية تحمل المصاريف في حالة إعادة تبليغهم وتخلفوا عن الحضور. طبقا لنص المادة 67 او على غرار التشريعات المقارنة مثلا المشرع المصري ينص على جزاء تخلف على عن أداء الشهادة من الشهود بعد ان كلف تكليفا صحيحا ب40 جنيه ويكون هذا الحكم غير قابل للطعن فيها أما إذا كان تكليف غير صحيح فيعاد تكليف الشاهد بالحضور، أما إذا حضر وتمنع عن أداء الشهادة المطلوبة فانه يحكم عليه بغرامة لا تتجاوز 200 جنيه وهذا وفقا لنص المادة 80 من قانون الإثبات المصري.

التحكيمية والقاضي الوطني إذا ما رأى مشقة على الشهود بالحضور، الى مكان التحكيم بسبب تكاليف أو لما يستغرقه ذلك من وقت طويل فلها أن تأخذ بالشهادة الكتابية أو الانتقال إلى مقر إقامة الشهود تيسيرا لهم مالم يعترض أحد الأطراف على الشهادة المكتوبة[1].

أما في حالة رفض الهيئة التحكيمية طلب أحد الأطراف في سماع شاهد مقدم، فليس لمقدم الطلب في هذه الحالة اللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة، وليس سبيل أمامه سوى رفع دعوى بطلان الحكم [2].

كما إستوجب الفقه شروط يتم من خلالها قبول دعوى بطلب سماع شهود بالنسبة لهيئة التحكيم، وهي أن لا يكون قد سبق وعرضه على القضاء لأنه كان أولى بسماع هذه الشهادة، وأن تكون الواقعة المراد الاستشهاد عليها مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود، وأن لا تمس سرية أعمالهم أو لاعتبارات النظام العام [3].

3- في مجال الاستعانة بالخبراء: قد تتم إجراءات الخصومة أمام هيئة التحكيم دون الحاجة للخبرة وبذلك تبدو الخبرة كأمر عارض وليس واجب الإتباع كأصل عام لأن تشكيل هيئة التحكيم قد يغني عن الخبرة وقد لا يغني عنها، ذلك أن اختيارا لمحكمين يراعى فيها غالبا وجود محكم له معرفة خاصة فنية بموضوع النزاع، بجانب العنصر القانوني وحتى عناصر أخرى وعلى الرغم من هذا فان ذلك لا يغني عن الالتجاء إلى خبير فني من غير الأعضاء من قبل الأطراف أو الهيئة التحكيمية ليوضح الواقع بما له من علم وخبرة أمام هيئة التحكيم، وعلى الأطراف تمكينه من معاينة وفحص أي وثيقة أو أموال أو بضائع متعلقة بالنزاع[4] .

ولكن قد يحدث أن يشعر أحدهم أن إجراءات التحكيم تسير عكس ما يريد فيعمد إلى عرقلة عملية التحكيم وتعطيلها عن طريق عدم التعاون مع الخبير بأي من الصور ،في هذه الحالة يمكن لمن له المصلحة أو للخبير إخطار هيئة التحكيم، وكون أن هيئة التحكيمية لا تملك سلطة الإجبار يتم تدخل القاضي بغرض إلزام وتنفيذ الأمر الصادر منها[5].

---

[1]- حدادن الطاهر، **المرجع السابق**،ص 82 نقلا عن الصانوري مهند أحمد، **دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص**، دار الثقافة للنشر والتوازيع، الاردن، الطبعة الأولى، سنة 2005،ص 112.

[2]- **نفس المرجع**، ص 82.

[3]-فهيمة أحمد علي القماري، **المرجع السابق**،ص 167.

[4]- زايد أحمد سليمان حسين، الاستعانة بالخبرة في قضايا التحكيم الداخلي الاتفاقي، دراسة تحليلية نقدية للمادة 34 من قانون التحكيم الأردني، **المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية**، الأردن، المجلد 8، العدد1، سنة 2016، ص 153 وما بعدها.

[5]-أحمد رشاد محمود سلام، **المرجع السابق**، ص 125-126.

كما تتفق غالبية التشريعات على أنه يمكن للقاضي في حالة الاستعجال[1] أن يتدخل في خصومة التحكيم ويأمر بندب خبير لمعاينة بعض الوقائع، سواء كان ذلك بناء على طلب الهيئة التحكيمية، أو بطلب أحد الخصوم صاحب المصلحة، غير أن تدخل القضاء الوطني في مسألة ندب الخبراء لا يبرر إلا بالحالة المتبوعة بالاستحالة العملية لتدخل هيئة التحكيم على وجه السرعة لندب خبير[2].

4- **مجال الإنابة القضائية:** الأصل في النيابة العامة داخل الدولة هو إجراء تفوض فيه محكمة محكمة أخرى للقيام بإجراء من الإجراءات في دائرة اختصاصها، كالتحقيق والمعاينة وغير ذلك من الإجراءات القضائية الأخرى التي يقتضيها الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها والتي تعذر عليها مباشرتها بنفسها بسبب بعد المسافة أو أي مانع أخر كأن يكون المال المراد معاينته في مكان بعيد عن مقر المحكمة المنيبة[3].

وإن كان الهدف من الإنابة القضائية هو تسريع الفصل في الدعوى وعدم إرهاق كاهل المحكمة التي تباشر الدعوى باتخاذ إجراءات الإثبات التي قد لا تتطلب اجتماع هيئة المحكمة بأكملها، إذ يكفي اتخاذ هذا الإجراء من قبل أحد أعضائها أو أن تكون هذه الإجراءات خارجة عن النطاق المكاني الذي تقع فيه المحكمة التي تباشر الدعوى، مما يشكل مضيعة للوقت وزيادة التكاليف وبطء إجراءات القاضي.

ولما كانت هذه الأهداف جميعها قد وضعت في الاعتبار عن تنظيم الإنابة القضائية فان ذات الأهداف كانت محل اعتبار عن تقدير هذه الإنابة في التحكيم، لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وذلك لعدم إمكانية قيام هيئة التحكيم باتخاذها إما لسبب المكان، أو بسبب عدم تمتعها بسلطة الإجبار[4].

ومن الصور التي تكون محلا للإنابة القضائية مايلي[5]:

- إلزام شخص سواء كان أحد الخصوم أو من الغير بتقديم مالديه من مستندات متى كان الهدف من ذالك هو مساعدة القضاء في الكشف عن الحقيقة وإماطة اللثام عنها.
- الأمر بسماع شهادة الشهود سواء كان للإثبات واقعة أو نفيها .

---

[1]- الاستعجال حالة مرنة تتسع لتشمل كل الحالات والظروف والملابسات التي تحيط بالحق المراد حمايته كالظروف المتعلقة بالزمان والمكان،كمانها فكرة نسبية تختلف من شخص إلى أخر ومن بيئة إلى أخرى فضلا عن أنها مسألة تتعلق بالوقائع فهو وصف يستمد من ظروف الحال وملابسات النزاع.

[2]- جارد محمد، **الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2018، ص 269.

[3]- عكاشة محمد عبد العال، **الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة**، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، دون طبعة، سنة 1994،ص 14.

[4]- فهيمة أحمد علي القماري، **المرجع السابق**،ص 170.

[5]- **نفس المرجع**، ص 172.

- الأمر بإجراء معاينة للمال أو المكان أو لمكان الحادث أو وقوع الكارثة .
- فحص الدفاتر التجارية أو أخذ صورة منها وكذا إرسال المستندات أو الأوراق أو غيرها.
- طلب توجيه اليمين إلى الخصم سواء كانت حاسمة أو متممة .
- إجراء تحقيق لجمع الأدلة أو الحصول على المعلومات.
- استجواب الخصم .

كما يجوز أن يرفض القاضي تلقائيا، تنفيذ الإنابة القضائية المطلوبة منه، من أي سلطة قضائية أجنبية، إلا إذا كان هناك إتفاق دولي أو ثنائي أو إذا كان من شأنها أن تمس بسيادة أو أمن الدولة أو بالنظام العام[1].

الفرع الثاني: سلطة القضاء في الفصل في المسائل الأولية التي قد تعترض هيئة التحكيم

بداية لابد أن نوضح أن هيئة التحكيم قد تعترض عليها بعض المسائل التي قد تخرج عن ولايتها سواء كانت قابلة للتحكيم أو غير قابلة، أي ان هذه المسائل خارج اتفاق التحكيم من الأصل، وطبقا لنص المادة 1021 من ق إ م إ فعلى المحكم أن يوقف سير إجراءات العملية التحكيمية ويحيلها للجهة القضائية المختصة لحين الفصل فيها، ثم استئناف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في هذه المسائل العارضة[2].

ولما كانت هذه المسائل العارضة تتسم بالتنوع سنقتصر على معرفة مفهوم هذه المسائل (أولا) و(ثانيا) شروط تدخل القاضي للفصل فيها .

أولا: تعريف المسائل العارضة (الأولية): يقصد بالمسائل الأولية أو العارضة كل مسألة يكون الفصل فيها أولا لازما للبث في المسألة الأصلية، وهذا اللزوم يعني أن هناك درجة معينة من الارتباط بين المسألتين سواء تحقق هذا الارتباط عن طريق عنصر الأطراف محل النزاع، أو عنصر الموضوع، أو عنصر السبب، وتحديد ما يعد مسألة أولية ووزن ومدى ارتباطها بالمسألة الأصلية ،ولزوم الفصل فيها للبت في تلك الأخيرة وهو أمر يخضع غالبا للسلطة التقديرية للقاضي(المحكم) الذي نظر في الدعوى

---

[1]- ينظر: المادة 121 من **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.**

[2]- الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر إلى الوقف أو الإرجاء وإنما أشار إلى الاستئناف لو أن ذلك يفهم ضمنيا، كما أن نص المادة 1021 من ق إ م إ يخص التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي ولو انه يصدق عليه كذلك، ولو حبدا كان على المشرع الجزائري الاقتداء بالمشرع المصري الذي فصل في قضية المسائل الأولية بشكل لايدع لبس وذلك من خلال نص المادة 46 من قانون التحكيم المصري وجاء فيها" إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسالة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي أخر، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو تزوير الورقة أو في فعل الجنائي الأخر ليس لزاما للفصل في الموضوع وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن ويترتب عل ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم"

وينهض بها وفقا لقانونه بحسبان أن ذلك في العلاقات ذات العنصر الأجنبي تعتبر مسألة التكييف أولية لازمة للفصل في الدعوى[1].

وليس كل المسائل الأولية بهذا الخصوص تخرج عن ولاية المحكم، ووجب الفصل فيها من قبل القاضي الوطني بل هناك مسائل عارضة يمكن لهيئة التحكيم الفصل فيها، كما يوجد مسائل لا يجوز لها الفصل فيها وإلا تعرض حكم التحكيم للطعن بالبطلان وسنميز بين الحالتين:

1- **حالة ما إذا كانت المسألة داخل ولاية المحكم** : في حالة إذا كانت هذه المسألة داخل نطاق ولاية المحكم، وبالتالي داخل اتفاق التحكيم فعلى المحكم في هذه الحالة البث في هذه المسألة، ومثال ذلك أن يكون موضوع التحكيم استحقاق فوائد ويتطلب الفصل في وجود الدين في الأساس.

وبالرجوع إلى المادة 13 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية نجد أن للأطراف الاتفاق على منح المحكم سلطة البث في الادعاءات العارضة شريطة توقيع مذكرة بذلك وإعلانها في النزاع المعروض عليه، أو الاتفاق على عرضها على القضاء الوطني[2] .

2- **حالة ما إذا كانت المسألة المعروضة خارج ولاية المحكم:** إذا رأى المحكم أن المسألة المعروضة عليه تخرج عن ولايته أو حدود ما إتفق عليه الأطراف، فإذا كانت ليست ذا جدوى للعملية التحكيمية فلهيئة التحكيم الاستمرار في وظيفتها دون انتظار الفصل فيها من المحكمة وهذا غير وارد بالمعنى الحقيقي والعكس صحيح، فإذا رأى أن الفصل في تلك المسألة ضروري وهو الغالب لكي يفصل في النزاع فعليه الانتظار حتى الفصل في ذلك النزاع بحكم نهائي، وهو ما يترتب عليه وقف في سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيمي [3].

ومن قبيل هذه المسائل الأولية والعارضة التي تتنوع وغير محصورة:

- المسائل التي تتعلق بالأدلة والمحررات الرسمية التي يقدمها أحد الأطراف فيطعن فيها الطرف الأخر بالتزوير أو المسائل الجنائية .
- المسائل المتعلقة بالنظام العام عموما المنصوص عليها في نص المادة 1006 من ق إ م إ
- إذا كان القانون الواجب التطبيق يوجب أداء اليمين قبل الإدلاء بالشهادة [4].
- المسائل التي تتعلق بدستورية قانون متصل بالنزاع [5].

وفي كل الأحول يجب على القضاء البث في هذه المسائل بسرعة تماشيا مع مميزات نظام التحكيم واستئناف عمل هيئة التحكيم في إصدار حكمها المنهي للنزاع .

1- أحمد عبد الكريم سلامة، المسائل الأولية في نظرية التنازع الدولي بين القوانين، **المجلة المصرية للقانون الدولي(الجمعية المصرية للقانون الدولي)**، مصر، العدد 47، سنة 1992،ص 1-2.

2- أحمد رشاد محمود سلام، **المرجع السابق**،ص127.

3- **المرجع نفسه**، ص 127.

4- منير عبد المجيد، **المرجع السابق**،ص 146.

5- أحمد رشاد محمود سلام، **المرجع سابق**، ص127، استنباطا من المادة 46 من قانون التحكيم المصري .

ثانيا: شروط تدخل القاضي في المسائل الأولية : يشترط لتدخل القاضي للفصل في المسائل الأولية ثلاث شروط نوردها وفق مايلي[1]:

1- أن تثار المسائل الأولية في الدعوى وعليه يجب على المحكم في هذا الفرض اللجوء الى القضاء الوطني للفصل فيها لوجود ارتباط بين الدعوى الأصلية والمسائل الفرعية الّأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع.

2- ألا تكون هذه المسالة الأولية من اختصاص هيئة التحكيم: أي أنه إذا كانت المسألة الأولية تدخل في ولاية الهيئة التحكيمية كما سبق توضيحه، وليست ذا جدوى بالنسبة لعملية التحكيم فإنه يجب على المحكمة الفصل فيها لاختصاصها بها ولا تلتزم في تلك الحالة بإجابة طلب وقف الاستمرار في وظيفته دون انتظار الفصل فيها من المحكمة.

3- أن تقرر هيئة التحكيم أن الفصل في المسألة الأولية هو لازم للفصل في أصل النزاع ، بمعنى أن الهيئة التحكيمية لها السلطة التقديرية في تقرير المسائل الأولية، على اعتبار أن كل نزاع له ملابسات وظروف يختلف من قضية إلى أخرى، أي أن الهيئة التحكيمية تختص بالبحث عن مدى جدية الدفع بالمسألة الأولية ومدى لزومها للفصل في النزاع المطروح عليها، ولذالك فقد تنظر هيئة التحكيم النزاع رغم إثارة المسالة الأولية وذلك إذا أثبت لديها أن الدفع غير جدي وأن المسألة المتمسك بها ليست لازمة للفصل في النزاع أما إذا وجدت الدفع جدي وأن الفصل في المسألة الأولية لازم للفصل في النزاع فليس أمامها سوى وقف الإجراءات لحين استصدار حكم نهائي من المحكمة المختصة في المسألة الأولية [2].

الفرع الثالث: سلطة القضاء في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

تجمع معظم الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية على إمكانية اختصاص القضاء الوطني ،بالنظر في المسائل الوقتية والتحفظية، التي بشأنها اتفاق تحكيم ،وأن وجود شرط التحكيم لا يمنع القضاء بالنظر فيها،لذا استقرت جلها أنه لا يعد تدخل القضاء الوطني بنظر المسائل الوقتية والمستعجلة تنازلا عن التحكيم، ولا تعدي على استقلالية التحكيم. والسؤال المطروح هل تدخل القضاء في هذه الحالة يكون بعد أو قبل تشكيل هيئة التحكيم أم الأمر سيّان؟ وهل يبقى دائما القضاء الوطني صاحب الاختصاص في اتخاذ هذه الإجراءات والتدابير الوقتية والتحفظية؟

للإجابة على هذه التساؤل سنبين المقصود أولا بالتدابير الوقتية والتحفظية، ثم نبين الاتجاه الفقهي لمسالة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية .

أولا: مفهوم التدابير الوقتية والتحفظية يقصد بالإجراء التحفظي أو الوقتي ذلك الإجراء والتدبير الذي من شأنه أن ينظم وقتيا حالة مستعجلة، إلى حين صدور قرار نهائي بشأنها في المحكمة، يُتّخذ

---

[1]- حدادن الطاهر، **المرجع السابق**،ص 90 ومابعدها.

[2]- الأنصاري حسن النيداني، **الأثر النسبي لاتفاق التحكيم**، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية مصر،سنة 2009، ص 157.

بخصوص حماية الأموال والحقوق ،التي يخشى عليها من الخطر أو التلف أو الخسارة،أو من فوات الوقت إلى حين صدور الحكم الذي قد يتأخر مثل الحجز الاحتياطي والتأمين، وحق حبس المنقول أو سماع شاهد يخشى وفاته أو القيام بإجراء من إجراءات الاثباث التي يخشى زوالها[1].

كما تعرفه محكمة العدل للمجموعة الأوروبية " أن التدابير الوقتية والتحفظية هي التدابير المخصصة للمحافظة على مركز واقعي أو قانوني، بهدف حماية الحقوق المطلوب الاعتراف بها من قاضي الموضوع الذي يفصل في النزاع "[2].

والملاحظ انه يستعمل مصطلح التدابير الوقتية مرادفا لمصطلح التدابير التحفظية على أساس أنهما مترادفان رغم أنهما يهدفان إلى إسباغ حماية لا تمس موضوع النزاع، بمعنى أخر حماية الحقوق والمراكز القانونية[3]، في حين لكل منهما مدلول مميز عن الأخر لذا سيتم تحديد مفهوم كل منهما كما يلي:

1-**تعريف التدابير الوقتية** : تتميز أنها تشبع حاجة ملحة بصفة مؤقتة، في وقت يتعذر فيها تلبية احتياجات هذه المصلحة بالطرق الاعتيادية أو المألوفة، ويأمر بها القاضي أو المحكم قبل الفصل في أصل الحق أو موضوع النزاع، ومثال ذلك التعويض المؤقت الذي يطلبه احد طرفي خصومة التحكيم أثناء سير الإجراءات حتى يتم الفصل فيها نهائيا، وبالتالي فان القرار الصادر بها يتقيد القاضي أو المحكم به عند الفصل في الموضوع، ولا يحوز على حجيته.أمام القضاء عند الفصل النهائي في الدعوى ،معنى ذلك انه إذا طلب احد أطراف الخصومة التحكيمية من هيئة التحكيم أو القضاء الوطني تعويض مؤقت قبل الفصل في الموضوع، واستجيب لهذا الطلب ،لا يعني أن صاحبه يحوز على الحق ، فقد يأتي حكم النهائي لصالح الطرف الأخر وبالتالي لا تحوز التدابير الوقتية حجية الأمر المقضي فيه [4].

2- **تعريف التدابير التحفظية** : غالبا ما يكون لها طبيعة مؤقتة ، لكن ليس بالضرورة أن تكون لها هذه الطبيعة فالأمر بإجراء تحفظي قد يستنفذ أثاره عند الفصل في الموضوع أو أن يكون من البداية نهائيا ،تنتهي بصدور الحكم في الموضوع ومثال ذلك،الحكم الصادر بحراسة قضائية على المال المتنازع فيه هذا الحكم ينتهي أثره بصدور الحكم لطرف من الأطراف بملكيته، ومثاله أيضا سماع شاهد، إثبات حالة،إجراء معاينة،توقيع حجز تحفظي،وفي الحقيقة أن هذا التدبير له أهمية كبيرة في حماية الحقوق المتنازع عليها خوفا من تدمير الأدلة أو إخفائها وزوالها ،فهي تعد من وسائل حماية الحق من قصور

1- سيد أحمد محمود، مدى سلطة المحكم في اتخاذ إجراءات الوقتية والتحفظية، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت العدد الثالث، 2001، ص 69

2- **arrêt reichert 2** du 26 mars 1992.aff.c-261/90.rec.1992.p2175,N34.

3- أبو علاء علي أبو العلا النمر،**النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم**، دار النشر الالكتروني،مصر دون طبعة وسنة نشر، ص 14-15.

4- **المرجع نفسه**، ص 18.

وسائل الحق العادية أونقصها ،كما أن التدبير الوقتي كتوضيح لا يكون بالضرورة تحفظي [1]، ومن هنا نكون قد انتهينا من تفصيل عدم الخلط بين المصطلحين المذكورين سواء في خصومة التحكيم والقضاء الوطني ونأتي على موقف النظم القانونية من هذه التدابير .

ثانيا: الاتجاه الفقهي لاتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية: تعد مسألة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية مسألة خلافية بين الفقه والأنظمة القانونية، هناك من يقر باستئثار هذه الوظيفة للقضاء دون غيره، ومنهم من يقر بإمكانية استئثارها من طرف التحكيم وهناك من يرى توزيعها بين النظامين اي بالاشتراك وسنعالج في هذا العنصر الاتجاه الفقهي الذي يقر بإمكانية استئثار القضاء باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وكذا الاتجاه الذي يدعم الاختصاص المشترك لكل من القضاء والتحكيم، اما الاتجاه الذي يقر باستئثار الهيئة التحكمية باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية فسنترك شرحها للباب الثاني من الدراسة لخصوصيتها.

1- **سلطة القضاء الوطني بنظر المسائل الوقتية:** تقر أغلبية الأنظمة القانونية والفقه على قصر منح قضاء الدولة المضيفة مسالة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في ظل وجود اتفاق التحكيم، وإشراك القضاء لا يعد تنازل عن التحكيم أو عدم جواز الالتجاء إليه، بل يعد تدخل القضاء في هذا الشأن ما هو إلا محاولة سد الفراغ، الذي ينشأ بعد اتفاق التحكيم وقبل تمام تشكيل هيئة التحكيم وبدء إجراءاته وذلك إذا طرأت ظروف تقتضي اتخاذ تدابير وقتية عاجلة فلا يكون أمام طالب التدبير إلا اللجوء إلى القضاء للحصول منه على تدبير وقتي أو تحفظي والقول بغير ذلك سيؤدي إلى إصابة أحد الأطراف بضرر نتيجة خطأ التأخير أو لزوال معالم دليل يمكن الاستناد له، لكن يجب أن نبين توقيت هذا التدخل هل يكون في جميع الحالات سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم، أوبعد؟ من خلال مايلي:

أ- اختصاص القضاء الوطني بنظر المسائل الوقتية والتحفظية قبل تشكيل هيئة التحكيم:

أ-1)-وفق التشريعات الوطنية: بالرجوع إلى أحكام القضاء المصري المادة 14 من قانون التحكيم، نجد انه نص على أن اتفاقية التحكيم لا تمنع القضاء من النظر المسائل الوقتية والمستعجلة ،وان لجوء أحد طرفي التحكيم للقضاء المستعجل لطلب تعيين خبير أو إثبات حالة أو القيام بأي إجراء وقتي أو مستعجل ،لا يعني تنازل الطرف على اتفاق التحكيم أو إسقاطا لحقه في التمسك بوجود اتفاق التحكيم المبرم مع الطرف الأخر [2].

وهذا راجع لأن عدم وجود هيئة التحكيم لحسم تلك المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت، قبل تشكيل الأطراف لهيئة التحكيم فيكون القضاء هو الملاذ الوحيد أمام الأطراف لحسم تلك المسائل، خاصة أن التحكيم جاء كأصل عام لحسم مسائل موضوعية بين الأطراف الفرقاء

[1]- **المرجع نفسه**، ص19.

[2]-أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، **مرجع سابق**، ص 168.

دون القضاء الوطني، وبالتالي فالضرورة تحتم الإبقاء على إختصاص القضاء الوطني بالنظر مسائل الوقتية والتحفظية، خاصة أن هذه الأخير يتطلب تدخلا سريعا ومستعجلا لا يمكن الانتظار لغاية تشكيل هيئة التحكيم فان ذلك يؤدي إلى فوات الأوان وتسبب أضرار وخسائر يصعب حلها[1].

كما أشار المشرع الفرنسي في نص المادة 1449من قانون الإجراءات المدنية الجديد الصادر في 13/جانفي/2011 مسألة الاختصاص بالمسائل الوقتية والمستعجلة قبل تشكيل هيئة التحكيم بقوله: "لاينشأ عن شرط التحكيم أي عائق يمنع أحد الأطراف من التقدم إلى قضاء الدولة للحصول على إجراء تحقيق أو إجراء وقتي أو تحفظي، مع مراعاة الأحكام التي تنظم الحجز التحفظي والضمانات القضائية بتقديم طلب الى رئيس محكمة درجة أولى أو إلى رئيس محكمة التجارة الذي ينظر في إجراء التحقيق وفقا للشروط المنصوص عليها في مادة 145 وفي حالة الضرورة يقدم إلى القاضي الذي ينظر في الإجراءات الوقتية والتحفظية التي إلتمسها أطراف إتفاق التحكيم"[2].

كما تجدر الإشارة في حالة عدم دفع الطرف الأخر، بوجود اتفاق التحكيم بشأن مسالة وقتية او تحفظية لا يعتبر نزولا ضمنيا عن اتفاق التحكيم كون أن القضاء لا يسلب التحكيم ولايته التي عهدها له الأطراف بالفصل في موضوع النزاع[3].

أما المشرع الجزائري قد جعل الاختصاص باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية لقضاء التحكيم، ولم يجعله مقصور على هذا الأخير وحده بل يجوز لأطراف الاتفاق على إتخذها من قبل المحاكم الوطنية وهذا ما يستنتج من نص المادة 1446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08.

أ-2)-الاتفاقيات الدولية: قد جاء نص المادة 23/ف2 من أحكام غرفة التجارة الدولية بباريس المؤسسة سنة 1919، بنص مفاده أنه يجوز للأطراف قبل إرسال الملف إلى محكمة التحكيم، اذا ما وجدت ظروف مبررة،(**الاستعجال ، وأمر عارض عن موضوع نزاع**) إرساله إلى أي سلطة قضائية للحصول على تدابير مؤقتة أو تحفظية، ولا يعد اللجوء إلى السلطة القضائية بشأن تنفيذ مماثل اتخذته محكمة التحكيم مسبقا انتهاكا لاتفاقية التحكيم، ولا عدول أو تنازل عن اختصاص هيئة التحكيم، ويتعين إعلام الأمانة العامة دون إبطاء بأي طلب يقدم إلى السلطة القضائية وتلتزم الأمانة العامة بإعلام محكمة التحكيم".

أما عن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقد جاءت خالية من أي إشارة لمسالة التدابير المؤقتة الواجب إتخاذها لحالة الاستعجال التي يمكن أن تطرأ بعد إبرام اتفاقية التحكيم .

وعلى عكس اتفاقية نيويورك جاءت اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات عقود الاستثمار في نص المادة 26 على أنه تعتبر موافقة أطراف التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة على

---

[1]- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، **مرجع سابق**، ص 168-169.

[2]- Art. 1449 Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage est paru au Journal officiel du 14 janvier 2011. Il entrera en vigueur au 1er mai 2011 ;. J.O.D.R.F texte 9sur 177.

[3]- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، **مرجع سابق**،ص172.

استبعاد أي وسيلة أخرى من وسائل الرجوع "، وقد اختلف الفقه حول هذه المادة في عدم اختصاص القضاء الوطني باتخاذ إجراءات الوقتية والتحفظية، ام انه لايمنع ذلك[1]، فبين مؤيد ومعارض حسمت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها في 18/نوفمبر/1986أن هذا النص لايمنع الأطراف اللجوء لقضاء الدولة لاتخاذها حالة استعجالية، مرتبطة بنزاعات متعلقة بالتحكيم[2]، وهذا مايستنتج كذلك من نص المادة 47 من نفس الاتفاقية "بخلاف ما قد يتفق عليه الطرفان، يجوز للمحكمة أن توصي باتخاذ إجراءات التحفظية المتعلقة بحماية حقوق الطرفين إذا رأت أن الظروف تحتم ذلك".

كما جاءت أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) لعام 1985 بأحكام صريحة حول مسألة إتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية، من خلال نص المادة 09 نجد أنه نص بصريح العبارة " لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثنائها من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراءا وقائيا مؤقتا وأن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب ".

ب-اختصاص القضاء الوطني بالنظر المسائل الوقتية بعد تشكيل هيئة التحكيم: في هذه الحالة بعد تشكل هيئة التحكيم اختلفت التشريعات ونظم التحكيم والفقه في اختصاص بنظر المسائل المستعجلة والوقتية، في أن يؤول اختصاصها إلى محكمة التحكيم أو إلى القضاء الوطني أو أن يختص بها الاثنين بالاشتراك، معنى ذلك انه بإمكان أن ينعقد الاختصاص للقضاء الوطني، وقد ينعقد الاختصاص لمحكمة التحكيم كفرض ثاني، أو ينعقد الاختصاص لقضاء ومحكمة التحكيم في نفس الوقت.

ب-1)-الاتجاه الأول : اختصاص القضاء الوطني بصفة حصرية بالنظر بالمسائل الوقتية والتحفظية

ينطلق هذا الاتجاه باختصاص القضاء الوطني وحده باتخاذ تدابير الوقتية والتحفظية ،ومتطلب ذلك أن التبادل الوظيفي من القضاء إلى التحكيم لا ينتج أثره إلا فيما يتعلق بالموضوع محل الاتفاق على التحكيم، فيكون هذا الموضوع من اختصاص هيئة التحكيم دون المحاكم الوطنية .

كما أن قضاء الدولة هو الذي يحتكر سلطة التنفيذ الجبري بصفة قاصرة عليه والتدابير الوقتية والتحفظية غالبا ما تحتاج إلى سلطة القصر والجبر[3].

وأن إختصاص القضاء الوطني بهذه التدابير تبرره الضرورات العلمية، التي تنتج كوجود حالة استعجال تتطلب إجراءات سريعة وفعالة لا يستطيع التحكيم توفيرها للخصوم .

وما اسلفنا ذكره أعلاه أن بعض الحالات يتعذر فيها وجود الهيئة التحكيمية أي قبل تشكلها وخاصة أن التدابير تتطلب السرعة والاستعجال .

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، **مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم**، دار الفكر الجامعي، مصر الإسكندرية، دون طبعة،سنة 1996،ص 99-100.

[2]-حكم محكمة استئناف باريس مشار إليه في **موسوعة التحكيم** لعبد الحميد الأحدب الجزء الثاني، ص 299.

[3]- حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، **مرجع سابق**،ص 18.

كما أن فلسفة نظام التحكيم يقوم على التراضي والاتفاق، التي تتعارض مع عقد الاختصاص لمحكمة التحكيم باتخاذ هذه التدابير في حالة ما إذا كانت تحتاج إلى إجراءات قهر أو جبر، والقضاء هو صاحب هذه السلطة في الدولة لذا يجب حصر هذه التدابير تحت رقابة وإشراف الدولة[1].

و يأخذ بهذا الاتجاه كل من التشريع الايطالي في نص المادة 818 " يحظر على المحكم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية" وهذا النص من القواعد الآمرة التي وجه لها الفقه الحديث نقد بأنها عيب جوهري لتنظيم التحكيم التجاري الدولي في القانون الايطالي، كما نصت المادة 685 وكذا المادة 889من التشريع اليوناني أنه لا يجوز للخصوم باتفاقهم الخروج على هذه القاعدة كما لا يملك المحكمون تعديل أو إلغاء أي إجراء وقتي سبق للقضاء اتخاذه "، وكذا المادة 758 من قانون المرافعات الليبي على "أنه ليس للمحكمين أن يؤذنوا بالحجز ولا بأية إجراءات تحفظية "[2]،وكذا القانون التحكيم السويسري الصادر 27/ مارس/1969في نص المادة 26/فقرة 1، وكذا القانون البرازيلي لعام 1996قي نص المادة 22/لفقرة04.

أما على المستوى الدولي فنجد أحكام غرفة التجارة الدولية بباريس قد نصت في حكم لها صادر، في القضية رقم 6653 لسنة 1993[3]، ردت محكمة التحكيم على طلب تأكيد الحجز الوقتي الصادر من قضاء دولة الطالب وهي الشركة السورية بجعله حجزا تنفيذيا ،وقد اعترضت الشركة المدعى عليها وهي شركة ألمانية على تقديم هذا الطلب، وردت محكمة التحكيم بأنه ليس بمقدورها سوى رفض هذا الطلب غير المألوف ،مما جعل هذا الرد تأكيدا من قضاء التحكيم على افتقاد المحكم سلطة الاجبار ذلك ان التعبير الأمثل عن سلطة الإجبار يبرز في امتلاك سلطة منح الصيغة التنفيذية لتصرف أو حكم معين في حين أن المحكم فاقد لهذه السلطة [4].

اذن يؤكد هذا الاتجاه باختصاص القضاء الوطني دون غيره، باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، وأن اتفاق التحكيم لا يرتب أي قيد على حرية الأطراف من الفصل في موضوع نزاعهم على التحكيم، وسنبين الاتجاه الثاني في إمكانية استئثار الهيئة التحكيمية في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية وتخصيص لها عنوان خاص ثم الرأي الذي ينادي بالاشتراك.

ب-2)-الاتجاه الثاني: الاختصاص المشترك بين القضاء الوطني و هيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية:

يذهب جانب من الفقه ، إلى أن سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية ،يحكمها مبدأ الاشتراك بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم بمعنى أخر أن لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني بشان التدابير الوقتية لا يعد تنازل عن اتفاق التحكيم، ومن غير المنطقي منع الأطراف وحرمانهم من اللجوء إلى الاستفادة من

---

[1]- أبو علاء على ابو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم، **مرجع سابق**،ص 196.

[2]- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به،دار الجامعة الجديدة، **مرجع سابق**،ص 176.

[3]- **sentence finale rendu dans l'affaire** 6653,j.di ;1993p1040,not: j-j.A.

[4]- حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، **مرجع سابق**، ص 20.

القواعد العامة التي تحكم إجراءات الاستعجال المنظمة من قبل النظم القانونية القضائية الأصيلة بهذا الاختصاص، وبالتالي سنعالج في هذا الشأن أهم المبررات والأسس التي يقوم عليها هذا الاتجاه وكذا حدود هذا المبدأ استثناءاته.

- **أسس مبدأ الاختصاص المشترك باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية:** يتخذ التعبير عن مبدأ الاشتراك باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم ثلاثة جوانب أساسية[1] :

الجانب الأول: الاعتراف بالاختصاص للقضاء الوطني باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية: في حالة الاستعجال يمكن اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ تدابير الوقتية والتحفظية للمحافظة على الأدلة بالرغم من اختصاص هيئة التحكيم بالنظر النزاع ،فلا تعارض بين الجهتين، فالقضاء الوطني يوفر حماية مستعجلة للحقوق المتنازع عليها وتنظيمها وفق إجراءات الاستعجال التي تمتلك فيها الأجهزة القضائية سلطة الإجبار، وبالتالي القدرة على التنفيذ الجبري، والاختصاص التحكيمي يوفر للأطراف الحماية الموضوعية للحقوق المتنازع عليها.

ولو انه يرى جانب من الفقه أن تدخل القضاء لاتخاذ تدابير وقتية وتحفظية يكون بدافع احتياطي وتكميلي فقط[2].

الجانب الثاني: الاعتراف بالاختصاص لقضاء الدولة باتخاذ هذه التدابير لا يعني التنازل عن اتفاق التحكيم.

معنى ذلك أن منح القضاء الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية لا يعني تنازلا عن اتفاقية التحكيم، بل يظل الاختصاص بالنظر والفصل في موضوع النزاع منعقدا لمحكمة التحكيم وفقا لإرادة الأطراف الحرة. وهذا ما أكدت عليه المادة 06/ الفقرة 04 من اتفاقية جنيف الاوروبية لعام 1961،وكذا المادة 02 من قانون النموذجي للتحكيم.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الأمر بالحجز التحفظي لا يتضمن اعتداءا على اتفاق التحكيم ،فالحجز التحفظي لا يتضمن فحصا للموضوع الذي تختص بنظره هيئة التحكيم، وهذا ما استقرت عليه العديد من التشريعات الوطنية كالقضاء المصري في قضية محكمة بني سويف الجزئية 08 /جانفي/ 1930 التي نصت على أن مشارطة التحكيم، لا تمنع القاضي المستعجل من النظر والفصل في كل خلاف يقع بين الشركاء وتكون المصلحة قاضية بضرورة سرعة الفصل فيه[3].

---

[1]- بالصلصال نور الدين، **المرجع السابق**،ص 201-202.

[2]- Jean François et sellstien besson,**op, cit**. p561.

[3]- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به،دار الجامعة الجديدة **مرجع سابق**،ص 187-188.

الجانب الثالث: الاعتراف لمحكمة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

يقصد به منح اختصاص أصيل نابع من اتفاق الأطراف بإرادتهم الحرة في الفصل في موضوع النزاع عن طريق التحكيم، إضافة إلى ذلك اتخاذها تدابير وقتية وتحفظية، وهنا نكون أمام فرضين في إمكانية اللجوء إلى القضاء الوطني أو إلى التحكيم.

فجل التشريعات الوطنية تقر بالاختصاص لقضاء التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية غير ان الغالبية الكبرى من التشريعات تعترف بالاختصاص المشترك لكل من القضاء الوطني وقضاء التحكيم وهو ما اقرت به كل لوائح وقضاء التحكيم.

ومثال ذلك قانون التحكيم الجزائري، والقانون البلجيكي، وقانون التحكيم الكويتي، حيث نصت المادة 173/ف6 من القانون المرافعات الكويتية على، أنه يشمل التحكيم المسائل المستعجلة مالم يتفق صراحة على خلاف ذلك"، وعليه القانون السويسري نص أن الاختصاص الأصيل للهيئة التحكيمية مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، كما نصت على ذات المعنى المادة 8/ف5 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس والمادة 03 من لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم والمادة 14 من لائحة محكمة لندن للتحكيم [1].

- **الاستثناءات الواردة على مبدأ الاختصاص المشترك بنظر المسائل الوقتية والمستعجلة:**

أن توزيع الاختصاص باتخاذ التدابير تدابير الوقتية والتحفظية،بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم في إطار هذا المبدأ يخضع لبعض الاستثناءات بعضها مستمد من إرادة الأطراف والبعض الأخر مصدره طبيعة الإجراء الوقتي المراد اتخاذه.

-**ضابط إرادة الأفراد:** إن اتفاق التحكيم يسمح لأطراف الخصومة إمكانية تنظيم التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، باعتبار أن مبدأ الاختصاص المشترك لا يتعلق بالنظام العام لذلك يمكنهم الاتفاق على استبعاد بعض التدابير الوقتية والتحفظية من نطاق إختصاص محكمة التحكيم التي تفصل في موضوع النزاع، إعمالا للمبدأ العام الذي يمنح فيه الحرية للأطراف سلطة تحديد نطاق اتفاقية التحكيم وبالتالي تحديد نطاق إختصاص قضاء التحكيم، وتفاديا لإثارة مسألة حدود كل من إختصاص القضاء الوطني أو قضاء التحكيم فانه يجب على الأطراف تحديد ذلك بشكل دقيق وواضح في اتفاقية التحكيم[2].

كما بإمكان الأطراف الاتفاق على عدم اللجوء لقضاء الوطني بشان تدبير وقتي أو تحفظي طوال فترة التحكيم، ومثال ذلك مقتضى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 18 نوفمبر 1968 التي أقرت أنه بالإمكان إستبعاد محاكم الدولة بشأن تدابير وقتية أو تحفظية، بناءا على اتفاق صريح من الأطراف، أو بناءا على اتفاق ضمني يستشف منه لائحة تبناها الأطراف[3].

---

[1]- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به،دار الجامعة الجديدة **مرجع سابق**، ص 188.

[2]- بوالصلصال نور الذين، **مرجع سابق**،ص 202

[3]- **نفس المرجع**،ص 202-203.

-**ضابط الاجراء الوقتي او التحفظي المراد اتخاذه :** لا يكفي هذا القيد المذكوره أعلاه، كقيد على توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم بل يرى الفقه أنه يوجد نوع من الاختصاص قاصر على المحاكم الوطنية بشأن اتخاذ التدابير الوقتية، لاسيّما التدابير التي تتضمن الإجراءات القسرية لتنفيذ الأحكام أو التي تمهد لتنفيذ قرار تحكيمي، بمعنى تعتبر هذه التدابير، من التدابير التي تدخل في الاختصاص الحصري لقضاء الدولة[1].

رغم أن هذا المبدأ حقق نوع من التوازن بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني بشأن اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، ومحاولة وضع إطار تعاون وتكامل بينهما، إلا انه عجز عن تفسير مسألة الاختصاص الحصري لبعض التدابير لقضاء الدولة، لكن لا يعني أنه مبدأ مرفوض، حيث يذهب جانب من الفقه والذي نؤيده بدورنا إلى القول أن الأساس الحقيقي وراء إسناد بعض التدابير إلى القضاء الوطني، يخفي في طياته فكرة فاعلية التحكيم، وحماية الحقوق والمراكز القانونية، وأن تدخل القضاء فيها جاء لتكريس التكامل الوظيفي بين الجهازين كون التحكيم يفتقر إلى سلطة الجبر.

المبحث الثاني:

سلطة القاضي الرقابية في تأمين حكم التحكيم

نظرا لذاتية التحكيم المستقلة وطبيعتها الخاصة، التي جعلت أي تدخل من القضاء الوطني، تدخل عارض مساند لا يقيم عليها ولاية أصلية، جعل الفقه يختلف حول مسألة الرقابة على أحكام المحكمين اذ يؤيد بعضهم فرض هذه الرقابة لأن فرضها يؤدي دورا وقائيا وأخر علاجيا، أما الدور الوقائي فهو يتمثل في حث المحكم على تحري الدقة والتطبيق السليم للقانون حتى لا يؤول حكمه إلى البطلان أو رفض التنفيذ، أما الدور العلاجي فهو القضاء ببطلان حكم أو رفض تنفيذه والاعتراف به عند وجود حالة من حالات رفضه وهو الأمر الذي يؤدي الحفاظ على الجوهر القضائي السليم لخصومة التحكيم وتقرير متطلبات العدالة التي يشرف عليها القضاء، ويعود بعضهم الأخر الى عدم فرض الرقابة لأن هذه الرقابة لا تتناسب مع أساس نظام التحكيم الذي يقوم استبعاد دور القضاء العادي وإحلال دور التحكيم مكانه[2].

والملاحظ أن التشريعات والنظم المقارنة لم يعد همها كيفية، حصر التحكيم وبسط الرقابة المشددة عليه بقدر ما أصبحت تبحث على كيفية تعزيزه وترقيته كأداة لتشجيع الاستثمار، وتأمين عدم انحراف هذه الأداة عن هدفها في بسط العدالة، لتكون هذه الرقابة بحد أدنى لضمان حرمته كقضاء كونه له هدف مزدوج وواحد مع القضاء، والملاحظ أن التطورات الحديثة تذهب نحو تشجيع التحكيم المؤسسي

[1]- ابو علاء ابو علا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم، **المرجع السابق**،ص217.

[2]- العدوان وضاح سعود علي، النظرية العامة لدعوى بطلان حكم التحكيم في القانون المدني الأردني، **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية** – كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، العدد 56، سنة 2014، ص 741.

على التحكيم الحر، الذي يعمل على حصر الإرادة العقدية للأطراف، بل إرادة المشرع وبالتالي ارادة الدولة وقضائها، لتقليص تدخل القضاء في التحكيم[1].

وعليه ومسايرة لتشريعات الحديثة نجد أن المشرع الجزائري والعديد من التشريعات والنظم المقارنة تذهب إلى ترجيح الرأي الأول المؤيد لفرض الرقابة في صورتها الأدنى (الشكلية) التي لا تعد نيل من اجتهاد المحكم واستقلاليته، أين أخضع العديد من أحكام التحكيم للرقابة الشكلية من خلال منح سلطة الاعتراف بالأحكام التحكيمية والأمر بتنفيذها (المطلب الأول) او من خلال الطعن في هذه الأحكام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي

الغني على البيان بمجرد صدور الهيئة التحكيمية حكمها النهائي على النزاع المطروح أمامها أو تلك الأحكام الجزئية أو تحضيرية، يحوز هذا الأخير على حجية الأمر المقضي فيه، فيكون الحكم عنوان للحقيقة فيما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى وفي الحدود التي قامت عليه الدعوى، فيحق لمن صدر الحكم لصالحه التمسك به، كذلك لا يجوز إثارة النزاع نفسه تأسيسا على السبب ذاته بين الأطراف أنفسهم الذين صدر الحكم ضدهم ولا يقبل الجدل في إثارة أي دفوع أو حجج تهدف إلى نقض هذه الحجية حتى ولو كانت إمكانية الطعن فيها قائمة[2]، والأصل كذلك أن يحصل تنفيذ هذا الحكم طواعية من قبل المحكوم عليه استجابة للطابع التعاقدي والحر للتحكيم، لكن قد يمتنع هذا الخير عن التنفيذ الاختياري أين يضطر الطرف الذي صدر الحكم لصالحه إلى جبره لتنفيذه فيعد تدخل القضاء الوطني في هذه الحالة ضروريا، كون الحكم التحكيمي لا يصلح وحده سندا لإجراء التنفيذ الجبري، فلا يحوز على القوة التنفيذية إلا إذا لحق هذا الحكم أمر خاص من جهة القضاء للاعتراف به وتنفيذه **(الفرع الأول)** ورغم أن دور القاضي في هذه الحالة- إصدار الأمر باعتراف وتنفيذ بالحكم- ينحصر في الرقابة الشكلية دون موضوعها كالتأكد من بعض الشروط اللازمة فهو لا يعد هيئة استئنافية[3]. إلا انه يظل له دور كبير في التثبت ومراقبة صحة إجراءات صدور الحكم التحكيمي وعدم تعارضه مع أي ضابط قانوني أو إجرائي **(الفرع ثاني)** وفي هذا الصدد سنبين ذلك من خلال مايلي:

1- الحسين السالمي، **التحكيم وقضاء الدولة دراسة علمية تأصيلة مقارنة**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،لبنان، طبعة الأولى، سنة 2008، ص 528-529.

2- البطانية عامر فتحي، **المرجع السابق**، ص 193

3- خالد عبد الحميد، دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم، **مجلة معهد القضاء** (معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية)، الكويت،سنة 2006،ص 15.

الفرع الأول: مفهوم الاعتراف والتنفيذ بحكم التحكيم الدولي

يكتسي الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها أهمية بالغة، فهي الحالة التي يتم فيها تجسيد حكم التحكيم على أرض الواقع، أين تتضافر فيها جهود القضاء والتحكيم[1]، لذلك حتى يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ يجب أن تضفى عليه الصيغة التنفيذية ،لكن هذا التنفيذ يسبقه الاعتراف إذ لابد أن يدمج هذا الحكم في النظام القانوني الجزائري[2]، والملاحظ أن التنفيذ والاعتراف لفظان مختلفان وكل منهما مرحلة وإجراء تسبق إعطاء الصيغة التنفيذية [3]، مما يثار تساؤل في هذا الصدد ما المقصود بالاعتراف؟.وما المقصود بالتنفيذ؟

أولا: تعريف الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي لم تعنى النظم القانونية المعاصرة الوطنية او المقارنة وكذا المعاهدات والاتفاقيات الدولية بوضع تعريف يبين المقصود بالاعتراف، بل اكتفت بذكره في نصوصها وتبيان شروطه وإجراءاته، وفرقته عن مصطلح التنفيذ كما هو الحال لدى المشرع الفرنسي الذي عبر عن الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية في المادة 1498 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 2011، على أنه " يعترف بالأحكام التحكيمية في فرنسا إذا أثبت الذي يدعي بها وجودها، وإذا لم يكن الاعتراف بها مخالفا بصورة واضحة للنظام العام الدولي، وبنفس الشروط يمنح قاضي التنفيذ هذه الأحكام الصيغة التنفيذية" .

أما المشرع المصري لا يوجد في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ما يفيد أن هناك نظام اعتراف بالأحكام التحكيمة سواء كانت الداخلية أو الأجنبية أو الدولية واكتفى القانون التحكيمي 94/27 بالأمر بالتنفيذ مباشرة بالنسبة للأحكام الصادرة في مصر والصادرة في الخارج، أما الأحكام التحكيمية الأجنبية التي لم تطبق القانون التحكيمي المصري تنفذ مباشرة مثلها مثل الأحكام القضائية طبقا لنص المادة 296 من ق إجراءات المدنية المصرية.

في الجزائر ورد الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري في القسم الثالث من الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" وأفرد لها المشرع فرعا خاصا تحت اسم "الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي"، وفرع أخر خاص بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي، وهو تعبير واضح في أن موضوع الاعتراف له إجراء خاص عن موضوع التنفيذ.

على المستوى الدولي نصت معاهدة نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين، التي جاءت خصيصا لحل مشكلة الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين ونصت في مادتها 03

---

[1]- بومناد هاجرة، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها طبقا للتشريعات الوطنية والدولية، **مجلة الفقه والقانون**، العدد 39يناير 2016،ص71.

[2]- عليوش قربوع كمال، **المرجع السابق**، ص192

[3]- Hocine Farida, **l'influence de l'accueil de la sentence arbitral par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international** ,these puor le doctora en droit ,univ tizi-ouzou ,en 2012 p 183-184

على أن تلتزم فيها كل دولة متعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ، وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد الآتية، وقد أرست اتفاقية نيويورك مبدأ" المعاملة الوطنية" أي التزام الدولة الموقعة للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم وفقا لقواعد المرافعات السارية دون تمييز أو إخضاع الأحكام الأجنبية لشروط أكثر تشددا أو لرسم أكثر تكلفة بدرجة ملحوظة عن الشروط الخاصة لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية.

أما اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 فقد تضمنت قواعد خاصة انفردت بها، إذ نجد أنها تفرض على الأطراف الالتزام بالحكم التحكيمي أين على كل دولة متعاقدة الاعتراف بالحكم الصادر من المركز واشنطن طبقا للاتفاقية كما لو كان نهائيا وصادرا عن محاكمها الداخلية ولا يتوقف تنفيذه على الاعتراف به ثم الأمر بتنفيذه.

للإحاطة بموضوع الاعتراف بأحكام التحكيم وجب علينا البحث على تعريفه الفقهي، ثم نبين مدى تميّز تعريف الاعتراف بالأحكام التحكيمية التي جاءت به اتفاقية واشنطن .

1- التعريف الفقهي للاعتراف بأحكام التحكيم: في غياب تعريف تشريعي في النصوص القانونية والاتفاقات الدولية حول الاعتراف بأحكام التحكيم، اجتهد الفقهاء القانونين في استجلاء مقاصد و غاية المشرع من إجراء الاعتراف فنجد:

- الدكتور عبد الحميد الأحدب يرى أنه طلب الاعتراف بالحكم التحكيمي إجراء دفاعي يلجأ إليه حين تتم مراجعة المحكمة في نزاع سبق عرضه على التحكيم، فيثير الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لصالحه قوة القضية المقضية، ولإثبات ذلك فإنه يبلغ الحكم الى المحكمة التي يطرح النزاع أمامها من جديد، ويطلب منها الاعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي في النقاط التي حسمها ويهدف الاعتراف الى الحيلولة دون تقديم دعوى جديدة في الموضوع الذي سبق حسمه في التحكيم بموجب حكم التحكيم[1].
- الدكتور مصطفى تراري الثاني يرى أن الاعتراف إجراء غير معروف في القانون الجزائري وهو يهدف إلى اعتماد الحكم التحكيمي سواء كان ذلك بصورة عرضية أو بدعوى أصلية[2].
- الدكتور هنري أحمد يرى الاعتراف هو أن الحكم التحكيمي صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف[3].
- كما يرى الفقيهين M.HUNTER وA. RED أن الاعتراف بحكم التحكيم الدولي هو إجراء دفاعي يستغل عند طرح النزاع من جديد على القضاء بعد الحكم فيه من قبل هيئة التحكيم، وعلى

---

[1]- عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم**، الكتاب الثاني التحكيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الثالثة، بيروت،لبنان،سنة 2008،ص 502.

[2] - MOSTEFA Trari Tani , **Droit Algérie de l'arbitrage commercial international** ,Berti éditions,alger, 1 edition ,2007 ,p :162.

[3]- أحمد هنري، **تنفيذ أحكام المحكمين**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2003،ص 23-24 .

هذا الأساس يمكن للطرف صاحب حكم التحكيم المعترف به تقديمه كدليل لإثبات حقه على الطرف الأخر، وأن الاعتراف هو إعطاء لحكم التحكيم حجية الشيء المقضي فيه[1].

إذا الاعتراف هو إجراء يتمثل في أخذ الموافقة من النظام القانوني الوطني لتنفيذ الحكم التحكيم الدولي، أين لا يسمح لأحد من أطراف الخصومة إعادة طرحه على هيئة أخرى، وفيه يطلب الطرف الأخر إقراره لأنه صدر بشكل صحيح.

كما يضع الفقه فرضتين بشأن مسألة الاعتراف بالحكم التحكيم الدولي وإثبات إختلافه عن مفهوم التنفيذ، الفرضية الأولى ومن الممكن أن يطلب صاحب المصلحة الاعتراف له بالحكم التحكيمي الدولي دون طلب الأمر بالتنفيذ فمصلحته هو ادخال حكم التحكيم في النظام القانون الوطني دون أن تكون له نية في مباشرة التنفيذ الجبري له، ومثال ذلك حكم تحكيمي قضي برفض الطلب، أما الفرضية الثانية عندما يكون لأحد الأطراف مصلحة بصفة فرعية لدعوى مرفوعة أمام القضاء في نفس النزاع الذي فصل فيه الحكم التحكيمي[2]، أي أن الفرضين السابقين يحصران الاعتراف في المراقبة القانونية للحكم التحكيمي، بغرض التصريح له بقوة الأمر المقضي به في النزاع الذي فصل فيه التحكيم ويظهر بشكل مستقل بدعوى أصلية أو بشكل عارض في دعوى أخرى يستعمل فيها الحكم كدليل[3].

بمعنى أن صاحب المصلحة يلجأ إلى الاعتراف في شكل طلب أصلي غير مقترن بالفصل في دعوى أخرى، إما لأنه قد لا يريد التنفيذ أو أن الحكم التحكيمي كان كاشفا أو مقررا فقط، فيريد بطلب الاعتراف بهذا الحكم الاطمئنان على حقوقه، بتحصيل دليل على الفصل في النزاع إذا ما أثير هذا الأخير أمام جهات قضائية وطنية، كما يمكن أن يكون في شكل طلب فرعي- عند مطالبته أمام قضاء الدولة- من أجل نفس النزاع الذي سبق طرحه أمام التحكيم فيدفع صاحبه بوجود الحكم التحكيمي الدولي، ويطلب وقف الفصل فيه إلى حين الفصل في طلب الاعتراف، ولإثبات ذلك يتقدم بطلب الاعتراف بالحكم وصحته أمام المحكمة المختصة، ثم بعد تحصيل الاعتراف يقدمه إلى الجهة التي تنظر النزاع الأصلي للحكم بسبق الفصل[4].

2- مدى تميّز الاعتراف بحكم التحكيم الدولي في اتفاقية واشنطن لعام 1965 :

بداية تعود فكرة إنشاء اتفاقية واشنطن بمبادرة من طرق البنك الدولي في 18 مارس 1965، اذ لم يكن ضمن اختصاصها تسوية منازعات عقود الاستثمار في المرة الأولى لكن هذا النشاط جاء وليدا

---

[1]- بشير سليم،**الحكم التحكيمي والرقابة القضائية**، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم القانونية،تخصص قانون الخاص،جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2012ص 236

[2]- حدادن طاهر، **مرجع السابق**،ص 107،نقلا عن .foucharde (ph), gaillard(e) et Goldman(b) p 904

[3]-عبد النور أحمد، **إشكالات تنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، سنة 2010،ص 126.

[4]- قطاف حفيظ، **المرجع السابق**،ص 102.

للظروف الدولية التي جعلته يسلك هذا الطريق لتخفيف حدة التوتر بين الدول المضيفة ورعايا الدول الأخرى في المنازعات الاقتصادية والمالية، فقد جاء في دباجة الاتفاقية أن من أهم مبررات إنشاء هذه الاتفاقية هو حاجة الدول المتعاقدة إلى تعاون دولي في مجال التنمية الاقتصادية نظرا لما يمثله الاستثمار الدولي الخاص من أهمية في هذا المجال والذي من المحتمل قيام منازعات من وقت الى أخر بين الدول المتعاقدة المضيفة للاستثمار وبين رعايا الدول المتعاقدة الأخرى[1].

على غرار باقي الاتفاقيات الدولية احتوت اتفاقية واشنطن على قواعد خاصة بخصوص الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أين أقرت ضمانة أساسية لتكريس فاعلية أحكام التحكيم الدولية الصادرة عن المركز الدولي للتسوية الاستثمارات المؤسسة وفق هذه الاتفاقية، إذ لا يخضع الحكم الصادر لأي رقابة في الدولة المطلوب فيها تنفيذه سواءا كانت الدولة طرف في النزاع أو أية دولة أخرى متعاقدة وهذا ما نصت عليه في المادتين 53 و54 من الاتفاقية على التوالي، اذ أكدت المادة 35 على أنه يكون الحكم ملزما بالنسبة لأطرافه، ولا يجوز أن يكون محلا لأي طريق من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الاتفاقية ويتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه إلا إذا كان تنفيذه موقوفا بمقتضى الأحكام المناسبة بهذه الاتفاقية"

في حين نصت المادة 54 على أنه يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم، على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة، وإذا كانت الدولة المتعاقدة ذات نظام فدرالي فإنها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفدرالية .

والملاحظ أنه ضمانا للاعتراف بالحكم التحكيم الدولي وتنفيذه أقرت الاتفاقية من خلال النصين المذكورين أعلاه التزامين أحدهما يلزم جميع الدول الأعضاء في الاتفاقية على الاعتراف بالحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، وثانيهما هو الالتزام بتنفيذ ما اقره الحكم من التزامات داخل إقليم إحدى الدول المتعاقدة باعتباره حكما نهائيا صادرا من إحدى محاكمها. وهذا ما أقره كذلك التقرير المرفق باتفاقية واشنطن في شرحه للمادتين 53و54 [2].

إذا على الطرف المحكوم لصالحه الراغب في الاعتراف تقديم صورة طبق الأصل معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى أي سلطة أخرى تحددها نظام الدولة المذكورة لهذا الشأن، ولا يجوز فرض أي رقابة مهما كان نوعها ولا يجوز الاعتراض على الاعتراف بالحكم أو تنفيذه ولو كان ذلك على أساس الدفع المتعلق بالنظام العام، وهذا تم تكريسه نتيجة مفاوضات بين اقتراح إمكانية التمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام لكن رأت لجنة الخبراء أن هذا يؤدي إلى هدم

---

[1]- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء،**المرجع السابق**، ص608.

[2]- قبايلي الطيب،**التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلم تخصص القانون، جامعة مولود معمري بتزي وزو، سنة 2012،ص 422.

كل ما وضعته الاتفاقية من أحكام لتثبيت دعائم حكم التحكيم فضلا عن تجريد العملية التحكيمية من فعاليتها، لذلك ظهرت الصيغة النهائية للاتفاقية خالية من نص على جواز التمسك بالنظام العام أثناء مرحلة الاعتراف بالحكم وتنفيذه[1].

لكن أشارت الاتفاقية في نص المادة 52 على الحالات التي يجوز فيها للطرف المحكوم ضده تقديم كتابة للسكرتير العام للمركز طلب إبطال الحكم التحكيمي أو وقف تنفيذه وهذي الحالات تتمثل فيما يلي:

1- أن المحكمة لم تكن مكونة تكوينا سليما

2- أن المحكمة قد تجاوزت سلطتها بشكل ملحوظ

3- أن تأثير غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة

4- انه قد وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية في قواعد الإجراءات

5- أن الحكم قد أخفق في بيان الأسباب التي بني عليها [2].

ثانيا: تعريف تنفيذ حكم التحكيم الدولي يعتبر تنفيذ الحكم هو الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل، فكل ما يمر به نظام التحكيم من مراحل تنصب في هذه المرحلة الأخيرة والتي تعد ترجمة لحل نهائي للنزاع المطروح بين الطرفين[3]، وفي الحقيقة لا نجد تعريف دقيق لتنفيذ الحكم التحكيم الدولي في نصوص القوانين التي نظمت القواعد والأحكام المتعلقة بالتحكيم – ومن بينها المشرع الجزائري – كون تحديد المصطلحات القانونية وشرحها يؤول الى الفقه أكثر[4].

الأصل أن ينفد التحكيم تلقائيا اختياريا بمجرد صدور الحكم، إلا أنه سرعان مايلجأ الكثير من أطراف النزاع خاصة الذي صدر الحكم ضده إلى تعمد المماطلة والتسويف والتقاعس عن تنفيذ حكم التحكيم طوعا مما يدفع الطرف المحكوم له البحث على طريقة يصل بها إلى حقه في أقرب وقت ممكن، فيتجه إلى طريق قانوني يجبر فيها غريمه على التنفيذ من خلال رفع طلبه إلى السلطة العامة حتى يجبر الطرف الأخر على التنفيذ الجبري بعد حصوله على أمر بالتنفيذ من القاضي المختص قانونا، فيقوم على إثرها بالرقابة على حكم التحكيم والتحقق من مدى توفر شروط وإجراءات وآليات قانونية معينة، لكن يجب التذكير أن هذه الرقابة تختلف من نظام إلى نظام فمنهم من يوسع سلطاته في الرقابة على حكم التحكيم لتتحول إلى مراجعة، ومنها من يحصرها في إطار شكلي وفي هذا

1- قبايلي الطيب، **المرجع السابق**، ص 423.

2- سليم بشير، **المرجع سابق**، ص 243.

3- بكلي نور الدين، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرق الطعن فيها في القانون الجزائري، **مجلة المحكمة العليا** –العدد الثاني سنة 2013،ص 54. نقلا عن أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة، طبعة الثانية، مصر، 1997، ص 345.

4- قطاف حفيظ، **المرجع السابق**،ص 103-104.

السياق سنبين بداية أشكال تنفيذ حكم التحكيم الدولي ثم (ثانيا) أنماط الرقابة االقضائية لتنفيذ حكم التحكيم

1- **أشكال تنفيذ حكم التحكيم الدولي** بعد اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم واختياره كوسيلة لحل خلافاتهم تقوم الهيئة التحكيمية المكلفة بالتحكيم بدراسة النزاع ثم الفصل في النزاع بإصدار حكمها النهائي والملزم لدى جميع الأطراف والتوفيق بين مصالح الأطراف الفرقاء، فأثر القرار التحكيمي على الأطراف يعد بمثابة أثر قرار القاضي الوطني فأول التزام يرتبه الحكم التحكيمي وهو التزام الطرفين بتنفيذه، والأصل أن ينفذ عن طواعية كون التحكيم تتجلى قيميته بمدى تنفيذ أحكامه اذ يعد بمثابة ثمرة التحكيم[1]، ولكن الواقع يصدمنا في كثير من الأحيان إلى مماطلة وتسويف الطرف الذي حكم ضده في تنفيذ التزاماته، مما يحتم على الطرف الذي يهمه التعجيل إلى المطالبة عن طريق القضاء إلى إجباره على تنفيذ إلتزامه.

إذن التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي يتميز بتدخل القضاء الوطني لإصدار أمر بالتنفيذ بطلب من يهمه التعجيل، لكن يتم وفق لقوانين الدولة المطلوب التنفيذ على أراضيها، كما يمكن أن نجد حالة أخرى يتصف فيها التحكيم بالنفاذ مباشر داخل دولة التنفيذ دون رقابة داخلية وهو ما تعتمده بعض مؤسسات التحكيم وسنأتي على ذكرها في الباب الثاني من الدراسة.

أ-**التنفيذ الطوعي لحكم التحكيم:** اعتبارا أن من مزايا نظام التحكيم السرعة والسرية، والتي تعد من الآليات الفعالة التي يستجيب لها بالموازاة مع العمل التجاري، وبما أن مناخ التحكيم والمعاملات التجارية تفرض تنفيذ الحكم برضاء المحكوم عليه دون الحاجة إلى إجراء وطني، أو أن يطلب المحكوم عليه أمرا قضائيا لتنفيذ حكم التحكيم، دون إبطاء أو تأخير كونه يتوقف عليه جدوى التحكيم. وعليه فان اتفاق التحكيم يحتوي ضمنا على شرط مفاده أن الأطراف ينفذون الحكم الذي سيصدر فيما بينهم ويفصل بالنزاع طوعيا [2]، بالرجوع إلى التشريع الجزائري، إلى فترة ما قبل المرسوم التشريعي 09/93 كانت المؤسسات الوطنية الجزائرية تنفذ الأحكام التحكيمية التي كانت طرف فيها عن طواعية لان في غالب كانت تطبق فيه القانون الجزائري، وبالتالي نجد الجزائر لم تعاني عقدة في تنفيذها، على الرغم أنها عارضت بشدة فكرة التحكيم الدولي وتجسدت هذه المعارضة بغياب نصوص خاصة بالتحكيم الدولي فظلا عن الخطب الرسمية التي كانت رافضة له.

رغم هذا الرفض على مستوى تشريعاتها الوطنية لم يكن لها نفس الموقف على مستوى علاقاتها الخارجية حيث تراوح بين الرفض والقبول،ومن أمثلة على ذلك نجد أنه قد جسدت التحكيم و

---

[1]- عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجراءات التي تحكم مسالة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وطرق الطعن، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،عدد الثاني عشر،2015،ص 227.

[2]- إبراهيم إسماعيل، علي خضر الجنابي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الدولي، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، عدد الثاني السنة السابعة 2015،ص05

التنفيذ الطوعي لأحكامها في الاتفاق الفرنسي الجزائري لسنة 1983عندما نصت مادته 17/ف07على انه:"

« la sentence arbitrale est définitive et ,en acceptant le recours a l'arbitrage ,les parties s'engagent a exécuter la sentence dans le délai fixé par le collège arbitral conformément aux dispositions du paragraphe17/04 du présent règlement et a renonces a tout recours »[1]

وبعد صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 أكد أن التنفيذ الطوعي هو الأصل اذ نصت المادة 485مكرر2/16على انه "يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458مكرر02/17 وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي" أي الأولوية للتنفيذ الطوعي للحكم التحكمي كأصل قبل اللجوء إلى التنفيذ الجبري المحدد بالشروط المذكورة في نص المادة 2/17/485.

وتدعم هذا المبدأ –التنفيذ الطوعي–من خلال انضمام الجزائر للعديد من الاتفاقيات الدولية ،كاتفاقية واشنطن لسنة 1965، والاتفاقية الفرنسية الجزائرية التي تحيل إما الى نظام CIRDIوبالتالي تطبيق المادة 1/53وإما نظام CNUDCI وبالتالي تطبق المادة 2/32من النظام وكذا الاتفاقية الجزائرية السورية التي تحيل إلى نظام التحكيم لتسوية النزاعات التي وضعته الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية[2] .

إلى غاية صدور قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية نجد أن المشرع قد يشر لفكرة التنفيذ الطوعي واكتفى فقط بالتنفيذ الجبري وهذا ما نستشف من نص المادة 2/1051 (ق ا م إ) بقولها" تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط **بأمر** صادر من رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجود خارج الإقليم الوطني " اذ يفهم من عبارة أمر الإلزام والجبر في التنفيذ سواءا كان التحكيم داخل الجزائر أو الخارجه[3].

وكذا على المستوى اتفاقيات الدولية نجد نص المادة 06/28 من قواعد غرفة التجارة دولية تنص على أنه يلتزم الطرفان ضمنا نتيجة إخضاع نزاعهما لتحكيم غرفة التجارة الدولية بتنفيذ الحكم الذي يصدر دون إبطاء، ويتنازلا عن مباشرة طرق الطعن التي يجوز لهما التنازل عنها قانونا" وكذلك ما نصت عليه قواعد اليونسترال " يتعهد الطرفان بمبادرة إلى التنفيذ دون تأخير".

وتجدر الإشارة أن التنفيذ الرضائي لا يكون دائما حرا، أي يتم تنفيذه بمحض ارادة من صدر الحكم التحكيمي ضده، لكن قد توجد دوافع تجبره على التنفيذ الطوعي رغم عدم رغبته في التنفيذ، إذ أن هناك هيئات تحكيمية واتحادات مهنية التي ترعى عملية التحكيم كغرفة التحكيم البحري وغرفة التجارة في ستراسبورغ والتحكيم البولوني تفرض جزاءات على كل من صدر حكم التحكيم ضده وتقاعس على تنفيذه

[1]– محمد كولا، **المرجع السابق**، ص 251

[2] – **المرجع نفسه**، ص252.

[3]– عبد العزيز خنفوسي، **المرجع سابق**، 231.

أو تهرب من التزامه ويمكن ان نشير الى هذه الجزاءات التي تنقسم بدورها الى جزاءات معنوية كالتشهير والإعلام باسم التاجر أو المستثمر أو المؤسسة التجارية الممتنعة عن التنفيذ ووضعه في لائحة المتمردين وسماح لكل من يريد اطلاع على القائمة لمعرفتهم، وكذا جزاءات مادية كمنعه من اللجوء إلى التحكيم في إطار تلك الغرفة أو المركز أو تعليق عضويتهم وحرمانهم من امتيازات التي تقدمها المؤسسة ،وكذلك حرمانهم من الأماكن الاقتصادية الحيوية التي تشرف عليها كالبورصة او السوق ...الخ[1] .

وأمام هذه الجزاءات يجبر الطرف المحكوم ضده على تنفيذ الحكم طوعيا حتى لا يدخل في مشاكل قد تؤثر على نشاطه التجاري مستقبلا، والتي يمكن أن تمس بسمعته وعزوف التجار عن التعامل معه وكذا إثقال كاهله بجزاءات هو في غنى عنها، كما أن رفض التنفيذ طوعا يدفع الطرف الأخر إلى اللجوء إلى القضاء العادي لدولة التنفيذ لغرض الحصول على حقه وهذا من شأنه إفشاء الأسرار وضياع المزيد من الوقت والجهد والنفقات[2].

ب- التنفيذ الجبري: متى تخلف الطرف الذي وقع عليه عبئ تنفيذ الالتزام أو تماطل في تنفيذه تقوم صلاحية الطرف الأخر إلى إجباره عن طريق السلطة القضائية على تنفيذه، بعد أمر بتنفيذ و امهاره بالصيغة التنفيذية[3]، وعليه نجد أن بعض الفقهاء وضعوا تعريفات تبين المقصود من التنفيذ الجبري لحكم التحكيم اذ نجد مثلا:

- الدكتور عبد الحميد الأحدب يعرفه على انه" إجراء هجومي عكس الاعتراف اذ لا يطلب من القاضي الاعتراف بوجود الحكم، بل يطلب منه إعطاء الحكم التحكيمي القوة المعطاة لحكم القاضي في تنفيذ الأحكام فهو بعد من إجراء الاعتراف"[4]
- الدكتور مصطفى الترار تاني يقر أنه ذلك" الإجراء الذي يسمح بحصول التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي "[5].
- الدكتور أحمد هنري يرى أن التنفيذ هو أن يطلب الخصم من المحكم له، التزام المحكوم عليه بتنفيذ ما جاء بالحكم التحكيمي جبرا عنه وذلك بموجب الإجراءات التنفيذية قيد التنفيذ" [6].

---

[1]- إبراهيم إسماعيل، علي خضر الجنابي، **مرجع سابق**،ص 160-161

[2]- **المرجع نفسه**،، ص 161.

[3]- يقصد بالصيغة التنفيذية هو أمر يصدر من القاضي المختص وهي الشكل القانوني للسند التنفيذي (حكم التحكيم) وهي التي تعطي الحق لصاحبها في التنفيذ بعد تبليغ الحكم للمحكوم عليه وفق الإجراءات التي يتطلبها القانون توقع وتسلم من طرف امين الضبط للمستفيد من الحكم الذي يرغب في متابعة تنفيذه لتقاعس طرف الأخر عن تنفيذه طوعا وتحمل النسخة العبارة التالية" نسخة مطابقة للأصل مسلة للتنفيذ".

[4]- عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم**، الكتاب الثاني،مرجع سابق،ص 503.

[5] - MOSTEFA Trari Tani ; **op-cit**.p162.

[6]- أحمد هنري،**مرجع سابق**،ص 124.

يتضح من خلال هذه التعريفات أن التنفيذ الجبري لحكم التحكيم هو ذلك الإجراء الذي يتقرر لصالح من صدر الحكم لصالحة لتنفيذ قرار الهيئة التحكيمة بعد رفع طلب بالأمر بالتنفيذ من الهيئة المختصة و إمهاره بالصيغة التنفيذية وذلك بعد التحقيق والرقابة الشكلية والموضوعية له من طرف القاضي الوطني دون المساس بالحق الذي فصل فيه.

التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي في الجزائر نصت المادة 458/مكرر 16/ف2 من المرسوم التشريعي 09/93 (الملغى) على انه " يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر17/ف2" وهذا ما بينه كذلك المشرع في نص المادة 1051ف2 من قانون 08/09 الاجراءات المدنية والادارية الجديد بقوله " تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر بنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة...".

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية فقد نصت اتفاقية جنيف لعصبة الأمم المتحدة لسنة1927 و اشترطت أن يكون الحكم التحكيمي مكتسبا صبغة الحكم القضائي، وكانت تفرض أن يحصل الحكم التحكيمي على صبغة التنفيذ في البلد المنشأ ثم في بلد التنفيذ وهو ماجاءت به اتفاقية نيويرك لعام 1958 كذلك أن التنفيذ الجبري يتم وفق لأصول المحاكمات والقواعد القانونية لدولة المطلوب التنفيذ فيها طبقا لنص المادة 03 من الاتفاقية".

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 فقد نص في مادته 35" يكون قرار التحكيم ملزما بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه وينفذ بناءا على طلب كتابي يقدم إلى المحكمة المختصة مع مراعاة أحكام هذه المادة والمادة 36"[1].

وبهذا نجد أن مختلف الاتفاقيات والقوانين المتعلقة بنظام الحكم تعطي الحكم قوة في التنفيذ وتلزم الأطراف على تنفيذه جبرا، لكن الملاحظ تختلف الأنظمة القانونية المتعلقة بطلب تنفيذ حكم التحكيمي وكذا أساليبه من طرف قضاء دولة التنفيذ وهذا ما سنوضحه في العنصر الموالي.

2- انماط الرقابة القضائية لتنفيذ حكم التحكيم الدولي: التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي يتميز بتدخل القضاء الوطني بطلب من يهمه التعجيل، لكن يتم وفق لقوانين الدولة المطلوب التنفيذ على أراضيها لكن نجد اختلاف التشريعات في تبنيها للنظام الإجرائي المتبع من قضائها الوطني في الرقابة على أحكام التحكيم سواء الداخلي أو الأجنبي من دولة إلى أخرى، فنرى بعض الدول تتطلب لتنفيذ الحكم التحكيمي رفع دعوى جديدة بينما تتطلب دول أخرى التقدم بطلب لإصدار أمر بالتنفيذ ،كما تختلف أساليب الدول في ممارسة الرقابة القضائية على هذا الحكم اذ تكتفي بعض الدول ممارسة الرقابة على الحكم من الناحية الشكلية فقط، فيما تمنح أخرى حق الرقابة كاملة على الحكم التحكيمي أي الشكلية والموضوعية حتى يمكنها تقدير مدى مخالفة حكم التحكيم للمبادئ الأساسية للدولة وهذا ما سيتم توضيحه من خلال مايلي:

---

[1]- ينظر: المادة 35 من **قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي**، التي تنص على قواعد الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي والمادة التي تليها المحال إليها 36 تنص على أسباب رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه .

أ- **أنظمة تنفيذ حكم التحكيم** يختلف النظام المتبع الذي يتبناه طالب تنفيذ حكم التحكيم داخل دولة التنفيذ إلى نظامين فبعض الدول تتطلب اشتراط نظام رفع دعوى قضائية جديدة كما هو معمول به في التشريعات الانجلوسكسونية، بينما تتطلب دول أخرى نظام طلب الأمر بالتنفيذ كدول التشريعات اللاتنية كفرنسا ومصر والجزائر .

أ- 1: **نظام رفع الدعوى القضائية** يقصد بنظام رفع الدعوى القضائية لتنفيذ حكم التحكيم هو أن يقوم من صدر الحكم لصالحه برفع دعوى جديدة وعن الحق نفسه المتعلق بالنزاع، من أجل المطالبة بامهار الحكم الذي صدر من طرف الهيئة التحكيمية بالقوة بالتنفيذية ومراقبة مدى احترامه للمبادئ الأساسية للدولة ومن ثم يتم تنفيذه.

ومن الدول التي تتبع هذا النظام هي الدول الانجلوسكسونية مثل و.م.ا وانجلترا فيقوم القاضي الوطني في تلك الدولة بإعادة نظر الدعوى وإثارة جميع المسائل الموضوعية فيها من جديد ،اذ يمثل الحكم التحكيمي دليل يقبل اثباث العكس ،بحيث يجوز للمدعي عليه الطعن في صحة هذا الحكم بالخطأ في تطبيق القانون، وعلى القاضي الوطني عندها أن ينظر في موضوع النزاع من جديد للتأكد من صحة الحكم التحكيمي[1]، فلقد عالج المشرع الانجليزي مثلا موضوع تنفيذ أحكام التحكيم الذي اشترط لتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الداخلي أن يتم بمقتضى دعوى عادية يتم من خلالها الحصول على حكم قضائي عادي، وفقا لنظرية الإدماج التي يأخذ بها الاتجاه الأنجلوسكسوني طبقا لقانون 1950، أما تنفيذ أحكام أجنبية قد سمح بتنفيذها في كثير من الأحيان أخذا بمبدأ المعاملة بالمثل وبعد صدور قانون 1996 فانه أصبح بالإمكان و بإذن من المحكمة، تنفيذ أية حكم أصدرته هيئة التحكيم استنادا إلى اتفاق التحكيم وبالطريقة التي ينفذ بها أي حكم قضائي وذلك طبقا لنص المادة 66 من نفس القانون إذ تمنح المحكمة إصدار الأمر بالتنفيذ إذا أثبت الشخص المطلوب التنفيذ ضده، أن هيئة التحكيم ليس لها اختصاص بإصدار الحكم[2].

ولقد تعرض هذا النظام إلى النقد الشديد على أساس أنه ينال من نهائية الأحكام التحكيمية من خلال عرض المسائل القانونية امام القضاء ،فضلا عن جعل التحكيم وكأنه أحد الطرق المؤدية إلى القضاء الإنجليزي[3].

أ-2: الأمر بالتنفيذ : لقد أخذت معظم الدول بنظام الأمر بالتنفيذ كونه أكثر الأنظمة يسرا وسهولة حيث يقوم على فكرة أن القاضي الوطني المطلوب منه تنفيذ الحكم التحكيمي التحقق من توافر مجموعة من الشروط الشكلية في هذا الحكم دون البحث في أصل الحق كما هو الحال في نظام الدعوى القضائية فهو امر على عريضة يصدرها رئيس المحكمة الذي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم او مقر

[1]-جمال عمران الورفلي،**المرجع السابق**،ص 168-169

[2]- عبد العزيز ، خنفوسي،**مرجع سابق**، ص 179-180.

[3]- إبراهيم إسماعيل، علي خضر الجنابي، **مرجع سابق**،ص 165-166.

التنفيذ بطلب من كل ذي مصلحة، فإذا توافرت هذه الشروط الشكلية يعطي الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وامهاره بالصيغة التنفيذية بعد اعتراف به .

إذن الأمر بالتنفيذ هو اجراء يصدر من القاضي الوطني المختص قانونا بإعطاء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وتذييله بالصيغة التنفيذية .

الفرع الثاني: ضوابط الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي في الجزائر

أخضع المشرع الجزائري للاعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي في الجزائر و الأمر بتنفيذه إلى ضوابط وفرض الالتزام بها، حتى لا يعاق تنفيذها في الجزائر بشكل يهدر فيها قرار الهيئة التحكيمية ويخرق مصالح الدولة، أين منح فيها للقاضي الوطني مفتاح العبور، بمنح الأمر بالتنفيذ .الذي يعد بمثابة همزة وصل حقيقية بين التحكيم والقضاء، اذ مكنه بأن يقوم بممارسة نوع من الوصاية القضائية على حكم التحكيم من خلال فحص مشروعية الحكم التحكيم ومدى موافقته للسياسة العامة في الدولة **(أولا)** كعدم مخالفته للنظام العام، وتمتعه الشيء المقضي فيه وعدم تعارضه مع أحكام صدرت من جهات قضائية الجزائرية،وكذا مدى احترامه سلامة نظام الإجراءات المتبع في الدولة **(ثانيا)** لطلب الأمر بالتنفيذ بدءا من إجراءات صدور الحكم التحكيمي مرورا بالجهة المختصة إلى إجراءات تقديم طلب الأمر بالتنفيذ. وفق ما نصت عليه كل من المادة 605، والمادة 1051 من ق إ م إ .

أولا: ضابط السياسة العامة في الدولة يقصد أولا بضابط السياسة العامة في الدولة، هي كل المبادئ والقوانين التي تهدف الى إقامة الأمن داخل الدولة و الدفاع على السيادة الوطنية، ويشمل جميع مجالات التي تنظم العلاقات بين الأفراد في الدولة أو العلاقات الدولية، معنى ذلك أنه لابد ان يخضع التحكيم للقيود التي وضعها القانون الداخلي بالموازاة مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها باعتبارها تسمو على القوانين الوطنية بشكل لا يخرق معه سياسة الدولة وسيادتها، وبالتالي حتى يكون التحكيم قابل للتنفيذ يجب تكريس قيود تتماشى مع مقتضيات السيادة والمصلحة العامة في الدولة، يسعى القاضي الوطني لمراقبتها اذ لا يجب أن لا يتعارض الحكم التحكيمي الأجنبي مع النظام العام في الدولة (أولا) وأن يكون حائز على قوة الشيء المقضي فيه(ثانيا)،وأن لا يتعارض مع حكم أو قرار أو أمر سبق صدوره من جهات قضائية وطنية(ثالثا).

1- قيد النظام العام في الدولة تعتبر فكرة النظام العام فكرة هلامية لم يتم تحديد طبيعتها ونطاقها، نظرا لمرونتها وتغيرها بتغير الزمان و المكان، فما يعتبر من النظام العام في دولة ما في وقت ما قد لا يعتبر كذلك في وقت لاحق[1]، لهذا فان الفقه اكتفى بوضع مفهوم مقرب لها على انها مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت سياسية او اجتماعية أو اقتصادية، أو أنها الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها ،بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها [2].

---

[1]- البطانية عامر فتحي، **المرجع السابق**،ص 189.

[2]- حدادن الطاهر،**المرجع السابق**،ص 114.

وتبرز فكرة النظام العام في نظام التحكيم، عندما يصطدم حكم التحكيم بالأسس والمصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وهنا تكون المشكلة سواء كان التحكيم وطنيا أو أجنبيا، حيث يؤدي ذلك إلى منع تنفيذ حكم التحكيم كليا أو جزئيا أو يؤدي الى عرقلته للوصول الى الغاية التي يبتغيها الأطراف من اللجوء الى التحكيم كطريق أسرع لحل المنازعات[1].

فيقوم القاضي بمراقبة الحكم التحكيمي ومدى توافقه مع النظام العام في الدولة فيفسره وفقا لمقتضيات عصره إذ يكاد أن يصبح المشرع في هذه الدائرة ،ويتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة[2]، فالقاضي الوطني هو الذي يملك سلطة تقديرية في تقرير مدى مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام في الجزائر أم لا، لكن وفق لمقتضيات مجتمعه وأسسه.

كما يشترط لصدور الحكم تطبيق القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها بهدف حماية الإختصاص التشريعي الوطني وسيادة الدولة، فلقد نصت المادة 24 من قانون المدني " أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر" وهذا نص صريح ان النظام العام يعتبر صمام أمان يحمي الأسس الجوهرية في العلاقات ذات الطابع الدولي فالأخذ بفكرة النظام العام هنا، يعتبر كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إستكمالا لمبدأ قانوني قائم على صعيد العلاقات الداخلية التي تقضي بإبطال الاتفاقيات الدولية والعقود المخالفة للمبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع[3].

ولقد اشترط المشرع للاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي عدم مخالفته للنظام العام الدولي، في نص المادة 1051 من ق إ م إ واستثنت النظام العام الوطني، على الرغم أن المشرع ذكر هذه الاخيرة – النظام العام الداخلي– في نص المادة 605 من ق إ م إ كأحد الشروط الأساسية لتقاضي قبل منحه الصيغة التنفيذية، وهو نفس الأمر في المادة الذي حدت نطاق تطبيق التحكيم 1006 من ق إ م إ.

كذلك نصت اتفاقية نيويورك الصادرة 1958المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية المصادقة عليها الجزائر في مادة 05 فقرة 2 على أنه يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ، اذا تبين لها أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه مايخالف النظام العام في هذا البلد"

الملاحظ أن المشرع الجزائري وحتى النصوص القانونية الدولية كاتفاقية نيويورك لم تميز أو تفرق بوضوح بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، وبالتالي القاضي هو المنوط بتحديد هذا

---

[1]– عبد المطلب ممدوح عبد الحميد، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه،**مجلة الأمن والقانون** أكاديمية الشرطة، مجلد رقم11 عدد 01،دبي الإمارات،سنة 2003،ص 462

[2]–عبد الحميد الأحدب مفهوم النظام العام في التحكيم، **المجلة المغربية للوساطة والتحكيم**،المركز الدولي للوساطة والتحكيم،العدد 2 المغرب، سنة 2003،ص 42.

[3]– أشرف عبد العليم الرفاعي، **اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية**، دا الفكر الجامعي،الإسكندرية، دون طبعة،سنة 2003،ص 47.

التمييز [1]. مع الأخذ في الاعتبار أن ما هو من النظام العام الداخلي (وطني) ليس هو حتما من النظام العام الدولي [2]وبالتالي سنحاول في هذا السياق فهم ماهو نظام التحكيم الداخلي؟**(1)** ومايختلف به عن النظام العام الدولي**(2)**.

أ- **النظام العام الداخلي(وطني):** يرى بعض الفقه أن النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي هو عبارة عن دائرتين متحدتين المركز، إلا أن محيطهما مختلف، فالدائرة الأولى أوسع من الثانية[3].

فالنظام العام الداخلي يلجأ إليه عندما يتعلق الأمر بمصالح جوهرية لقانون القاضي وان كان من الصعوبة إعطاء تعريف جامع ومانع للنظام العام، وتحديد نطاق تدخله نظرا لكونه فكرة وطنية أنية تختلف باختلاف الدول وتتغير في الدولة الواحدة بتغير الزمان، فمثلا ماكان من النظام العام في الدول الاشتراكية سابقا أصبح ليس منه في الوقت الحاضر وهو وقت اقتصاد السوق [4].وفي هذا المعنى فان قانون المنافسة وحق المنافسة وحرية المنافسة هي من النظام العام الأمريكي، لهذا فان المحاكم الأمريكية تراقب الأحكام التحكيمية في موضوع المنافسة لمعرفة مدى انطباقها على النظام العام الداخلي الأمريكي وتشرح المحكمة القضائية الأمريكية بقولها "... أن نقض وتضييق والمساس بحرية المنافسة وقانون المنافسة يمس مئات الآلاف من الناس بل ملايين المواطنين ويفضي إلى خسائر اقتصادية هائلة، ليس من المعقول أن نفترض أن الكونغرس يسمح للحظة واحدة أن تحال المنازعات المتصلة بهذا الموضوع لغير المحاكم القضائية حصرا[5].

والملاحظ أن اتفاقية نيويورك في مادتها الخامس ضمانا لتحقيق فاعلية التحكيم إلى إلزام الدول الأعضاء باحترام القواعد المتعلق بالنظام العام لدولة التنفيذ ودولة مقر التحكيم.بمعنى أن لا يتضمن حكم التحكيم عيبا يؤدي رفضه من طرف سلطة المختصة من دولة التنفيذ .

ولقد أبان المشرع الجزائري في مادته 1006 بعض المسائل التي طرحها بإلحاح لعدم جواز التحكيم، وهي تتعلق بالنظام العام الداخلي " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها .

ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الاشخاص وأهليتهم .

---

[1]- جميلة بلعيد، التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، **مجلة مصر المعاصرة**، مصر،المجلد 104، عدد 505، سنة 2012،ص 422، نقلا: عن عليوش قربوع كمال، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ط02 سنة 2004 ص 72.

[2]- عبد الحميد الأحدب مفهوم النظام العام في التحكيم،**مرجع سابق**، ص 42.

[3]- أشرف عبد العليم الرفاعيّ، **المرجع سابق**، ص 439.

[4]- جميلة بلعيد، **مرجع سابق**،ص 417.

[5]- عبد الحميد الأحدب، مفهوم النظام العام في التحكيم، **مرجع سابق**،ص 43.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "

فالملاحظ ان المشرع أعطى الحرية في التحكيم لكل شخص طبيعي أو المعنوي ولكن وضع قيود على ذلك هو أن يكون في الحقوق التي يمكن التصرف فيها، فالتالي الحقوق التي لا يملك فيها الأشخاص حرية التصرف مستثناة من التحكيم، ولقد ميز الفقه بين درجات مختلفة من الفروق[1]:

- حقوق غير قابلة للتصرف بصفة مطلقة أو بالطبيعة كالحالة والأهلية.
- هناك حقوق غير قابلة للتصرف جزئيا محتملة وقابلة للتصرف، كالحقوق الناشئة على الذمة العائلية كالنفقة الغذائية.
- هناك حقوق غير قابلة للتصرف محتملة وقابلة للتصرف، كالحقوق الناشئة والحالة كمادة قانون العمل.

ولقد حدد المشرع الجزائري كذلك في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 1006من ق إ م إ بعض المسائل التي لا يمكن التصرف فيها وبالتالي تعتبر غير خاضعة للتحكيم المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم، والأشخاص المعنوية إلا في علاقتها الاقتصادية أو في إطار الصفقات العمومية.

ب-النظام العام الدولي: يعد مفهوم النظام العام الدولي موضوع جدل وقد خطى القانون الفرنسي للتحكيم الخطوة الأولى على الدرب اذ فرق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي[2].

فالنظام العام الدولي هو فكرة متسعة عن فكرة النظام العام الداخلي فهي تحتوي على العالم أجمع على اختلاف الأنظمة والمصالح والتطلعات التي في كثير من الأحيان تصطدم مع الكيان الواحد المتمثل في الدولة، فالمصلحة العليا للمجتمع شيء والمصلحة العليا لكل المجتمعات الدولية شيء أخر[3].

كما ان النظام العام الدولي يترفع على نسبية المكان[4]، فنظرته شاملة وأحكامه عامة تشمل العالم بأسره، فالبغاء وتجارة المخدرات وتجارة الرقيق والرشوة واستغلال النفوذ من النظام العام الدولي وبالتالي رشوة المحكمين وشراء ضمير الشاهد و تقديم مستندات مزورة .. وغيرها كلها من النظام العام والحكم التحكمي يبطل اذا خالف النظام العام الدولي ولا يبطل حتما اذا خالف النظام العام

1- جميلة بلعيد، **مرجع سابق**،ص 419

2- عبد الحميد الأحدب،مفهوم النظام العام في التحكيم، **المرجع السابق** ص 42.

3- جميلة بالعيد، **مرجع سابقً**، 421.

4- **نفس المرجع**،ص 422.

الداخلي ،أما الحكم التحكيمي الداخلي فيبطله النظام العام الداخلي ولا حاجة لإدخال النظام العام الدولي في الموضوع، لأنه ما يتضمنه النظام العام الداخلي لا شأن له بأحكام النظام العام الدولي[1].

فقد أقر القضاء الفرنسي أن بطلان اتفاق التحكيم لا يتقرر إلا إذا خالف النظام العام الوطني ولا يشكل خرقا لمقتضيات المادة 1052 من ق مدني فرنسي التي تنص على مخالفة الاعتراف أو التنفيذ للنظام العام الدولي، بل يجب أن تكون المخالفة مادية وملموسة وبالتالي فان رقابة القاضي الوطني لمدى مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام يجب ان تكون شكلية حتى لو تعلق الأمر بقوانين القاضي ومن تمت لا يمكن البحث في موضوع النزاع بمعنى أن الرقابة القضائية يجب أن تقتصر على مدى مطابقة منطوق الحكم للنظام العام وهذا ما أكده الموقف العديد من قرارت محكمة النقض الفرنسية على سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 2008/06/04 وكذا القرار الصادر عنها بتاريخ 03/11/ 2009 عن الغرفة المدنية[2].

وهو ما عمل به المشرع الجزائري أسوة بالمشرع الفرنسي أين ضيق من مفهوم النظام العام واكتفى بعدم مخالفة الاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيمي الدولي – وليس الحكم التحكيم الداخلي- للقواعد المتفق عليها دوليا ولم يتوسع الى قواعد النظام العام الوطني والهدف من ذلك هو تشجيع العلاقات التجارية الدولية والاستثمار الأجنبي، على الرغم ان المشرع باستقراء نص المادة 1056 عدد حالات التي يجوز فيها استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف والتنفيذ وذكر مزيج من الحالات تدخل في نظام العام الداخلي والنظام العام الدولي معا وهذا دليل انه لم يوفق الى حد بعيد في التمييز بينهما.

2- **أن يكون الحكم حائز على قوة الشيء المقضي فيه:** بالرجوع الى نص المادة 605 من ق ا م إ نجد أن المشرع الجزائري فرض قيد أخر لمهر الحكم التحكيمي الأجنبي بالصيغة التنفيذية بضابط حيازة الحكم التحكيمي قوة الشيء المقضي فيه طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.[3]

ويقصد بقوة الشيء المقضي فيه، أن يكون قرار حكم التحكيم نهائيا،أي أنه حكم فاصل في الخصومة المعروضة على الهيئة التحكمية، أو المسألة الإجرائية بشكل يعبر عن استنفاد ولايته فيها وبشكل يصبح حكم قطعي لا رجوع فيه،أي غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية الاستئناف + المعارضة).

وتجدر الإشارة أن المشرع قد حدد الحالات التي يكون فيها حكم التحكيم قابلا للتنفيذ، وهو بغير شك ساعد وساهم في عملية تطبيق القوانين وتحقيق الرقابة على أحكام التحكيم بما يجنب القاضي

---

[1]- عبد الحميد الأحدب مفهوم النظام العام في التحكيم، **مرجع سابق**،ص 44

[2]- العزاوي زكرياء، النظام العام وتأثيره على تنفيذ الاحكام التحكيمية الدولية، **المجلة المغربية للوساطة والتحكيم**، المركز الدولي للوساطة والتحكيم- المغرب، العدد 05 سنة، 2011،ص 149.

[3]- ينظر: المادة 605 من قانون **09/08**، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، **المرجع السابق**

تفسير و تأويل الأحكام التي تكون قابلة للتنفيذ، فلقد نصت في نص المادة 1035 بالنسبة للأحكام الداخلية و 1054 بالنسبة للأحكام الأجنبية من (ق إم إ) الجديد رقم 09/08 أصناف الأحكام التحكيمية، بقوله"يكون حكم التحكيم النهائي أو جزئي أو تحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل..."[1] ونصت المادة 1054 على أنه "تنفذ أحكام المواد من 1035 إلى 1038 فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي" .

والملاحظ أن المشرع صنف أحكام التحكيم القابلة للتنفيذ وحصرها فيما يلي :

أ- **الأحكام النهائية** : ويقصد بها الأحكام الفاصلة في النزاع قطعيا وكليا، ولو أن الفقه يستعمل هذا المصطلح للتعبير على دلالات كثيرة فمنهم من يعتبره الحكم الذي ينهي إجراءات التحكيم كالتشريع الانجليزي ومنهم من يعتبره الحكم الذي ينهي مهمة المحكم أو الحكم الفاصل في النزاع[2]، ويكون ملزما للأطراف المتنازعة، أي أنه يحوز على حجية الشيء المقضي فيه،وينفذ بعد إصباغ الصيغة التنفيذية عليه وهو الحكم الذي يمكن أن يطعن فيه بالبطلان إذا ما وجد سببه[3].

ب-**الأحكام الجزئية** : هي الأحكام الفاصلة في مسألة أو في نقطة معينة من النزاع ككل وتكون قطعية، وهو غير الحكم الوقتي الذي يتعلق بمسائل أولية تقليدية فالحكم الجزئي يفصل جزءا من النزاعات بشكل نهائي لا يعود فيها لإثارة ما صدر البث به لاحقا، كما أن هناك أحكام تحكيمية نهائية لا توصف بطبيعة قضائية، بل يكون لها طابع إداري داخلي مثل قرار البث بطلب عزل المحكم أو تعلق بسير اجراءات المحاكمة، وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الفرنسية برد مراجعة إبطال لقرار المحكمة الدائمة للتحكيم في غرفة التجارة الدولية، المقضي بطلب عزل المحكم، اذ إعتبرته قرار يتعلق بإدارة التحكيم وليس له طبيعة قضائية ولا يمكن وصفه بأنه حكم تحكيمي[4].

ت- **الأحكام التحضيرية** : وهي الأحكام الإتفاقية أو الأحكام التي تتعلق بتعيين الخبراء أو بعض التحقيقات والتدابير قبل الفصل في الموضوع(اجرائية) ،أو بمعنى أخر الأحكام التي تصدرها الهيئة التحكيمة قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها ،ولا تكون قطعية كالتدابير الوقتية والتحفظية،أو الأحكام التي تراها ضرورية لموضوع النزاع أو لحماية حقوق الطرفين، كما يمكن

---

[1]- ينظر : المادة 1035 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.**المرجع السابق**

[2]- ممدوح عبد العزيز العنزي، **بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي(الاسباب والنتائج)**، منشورات الحلبي،لبنان،طبعة الأولى،سنة 2006،ص62

[3]--تركي بن عبد الله ال حامد، **بطلان حكم التحكيم(دراسة مقارنة بين دول التعاون الخليجي)**، دراسة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية الرياض،سنة 2010، ص 18.

[4]- ممدوح عبد العزيز العنزي، **مرجع سابق**،ص 62-63 .

أن يكون في حالات استثنائية كان يتفق الأطراف أن يكون الحكم بأداء عمل معين فان المحكم يوصي بأن يكون الحكم مؤقتا، على أن يتحول إلى حكم دائم ونهائيا إذا أتم أداء العمل بشكل مقبول، وإذا ثار جدل حول مستوى أداء العمل قام المحكم بفحص العمل بنفسه وبوجود أطراف النزاع ومن ثم يصدر حكما نهائيا أو حكما مؤقتا حسب الأحوال[1].

وترجع الأهمية في اشتراط قوة الشيء المقضي فيه للحكم الأجنبي إلى عامل توفير الاستقرار، فلو فرضنا أنه تم الاكتفاء بوجود الحكم فقط دون اشتراط أن يكون نهائياً فإنه ليس هناك ما يمنع من إمكانية إصدار أمر بالتنفيذ بخصوص حكم أجنبي تم إلغاؤه أو عدم إعتراف به في الدولة التي صدر فيها، لهذا يجب أن يكون الحكم التحكيمي حائز على قوة الشيء المقضي فيه حسب هيئة تحكيم أي حكم نهائي.

3- ألا يتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية: يعتبر هذا الضابط من الأسس المسلم بها في جميع الدول سواء تم ذكرها في النصوص القانونية أو لم يتم ذكرها،ويقصد به وجود استحالة قانونية وقضائية لتنفيذ حكم أجنبي (قضائي، تحكيمي) وإغفال الحكم أو الأمر أو القرار الوطني في مسألة معينة، اذ مادام أن الحكم الوطني صدر بين نفس الأطراف وحول الموضوع ذاته والسبب نفسه واكتسب قوة الشيء المقضي فيه، فان هذا الأخير يصبح أولى بالتنفيذ عن نظيره الأجنبي ويهدف ذلك لإحترام الأحكام الوطنية وعدم المساس بسيادة الدولة القضائية، وتفضيل الاحكام الأجنبية على أحكامها الوطنية، زد على ذلك سهولة تنفيذ الحكم الوطني على الحكم الأجنبي فهو لا يحتاج الى إجراء جديد، عكس الأحكام الأجنبية التي يبقى أمامها أن تجتاز مرحلة طلب الحصول على الأمر بالتنفيذ[2].

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الضابط في نص المادة 605 ف 04 من ق إ م إ " لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الاقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية في إحدى الجهات القضائية الجزائرية، متى استوفت الشروط التالية... من بينها ألا يتعارض الحكم المراد تنفيذه مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية،وأثير من المدعي عليه.وفي هذا الصدد نص حكم المحكمة العليا في قرار لها قضية رقم 509000 الصادر في 2009/09/16 على أنه لا يجوز إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم الأجنبي متعارض مع حكم أجنبي[3].

1- ممدوح عبد العزيز العنزي،**مرجع سابق**، ص 58-59

2-ولد الشيخ شريفة، **تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية،سنة 2015،ص 216 وما بعدها

3- ملف **رقم 509000** قرار صادر بتاريخ 2009/09/16،منشور في **مجلة المحكمة العليا**،العدد الأول سنة 2010،ص 223

ويرى الفقه أن هذا الضابط يعبّر في حقيقته على أنه إعمال لفكرة النظام العام، فالسماح بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم سبق صدوره في المحاكم الوطنية هو في ذاته صورة من صور المساس بالنظام العام فالحكم الوطني هو عنوان للحقيقة وقرينة على الصحة وهو عنوان لأداء العدالة كما هي مقدرة في ذات بلد القاضي[1] وكل حكم يخالف ذلك يؤدي الى زعزعة الثقة في عدالة المحاكم الوطنية وفي سيادة الدولة ككل.

والملاحظ كذلك أن المشرع أردف في نص المادة المذكورة أعلاه لإعمال ضابط عدم التعارض الحكم الأجنبي مع الأحكام الوطنية بقيد أخر هو إثارته من المدعي عليه معنى ذلك أن القاضي الوطني لن يتحقق من هذا الشرط من تلقاء نفسه وبالتالي يمكن تنفيذ الحكم الاجنبي رغم علمه بتعارضه مع حكم سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية اذا لم تتم إثارته من طرف المدعي عليه[2] لذلك كان على المشرع الجزائري حذف هذا الجزء من فقرة الثالثة- " وإثارته من طرف المدعي عليه" – حتى يرتبط بفكرة النظام العام التي يمكن إثارته من طرف القاضي الوطني من تلقاء نفسه متى وجد ذلك. إعمالا لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة وعلو الحكم الوطني عن الحكم الاجنبي[3]، وحتى لا يحدث تعارض الحكم الأجنبي مع الحكم الوطني الحائز له قوة الشيء المقضي فيه فيهدر مصداقية القضاء الوطني ويمس بالسيادة الوطنية.

ثانيا: ضابط السلامة الإجرائية لتنفيذ واعتراف بالحكم التحكيم الدولي يقصد بضابط السلامة الإجرائية لتنفيذ حكم التحكيم، انه لا يمكن اتخاذ أي قرار بإكساء الحكم التحكيمي الأجنبي الاعتراف والأمر بالتنفيذ داخل الجزائر الا بعد تأكد القاضي الوطني من مراقبة صحة العملية التحكيمية برمتها منذ انعقاد الخصومة التحكيمية مرورا بتشكيل هيئة التحكيم،الى صدور الحكم التحكيمي، ثم احترام قواعد الاختصاص ،إلى أخر إجراء في طلب التنفيذ وما يرفقه من مستندات وإيداع ثم الاعتراف إلى المهر بالصيغة التنفيذية وفق ما هو منصوص عليه في قانون الوطني، والاتفاقيات الدولية المصادق من قبل دولة القاضي، وعليه سنتطرق في هذا الفرع (أولا) إلى حسن سير الخصومة التحكيمة، ثم إحترام قواعد الإختصاص(تانيا) وإلى إجراء طلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي (ثالثا).

1- **حسن سير الخصومة التحكيمية** لا ينشأ التحكيم بالمعنى الصحيح إلا نتيجة لإتفاق طرفي النزاع عليه أي لابد أن تتجه إرادة الطرفين لإختياره كوسيلة لفض منازعات التي نشأت بينهم أو

---

[1]- عكاشة محمد عبد العال، **القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية،الاختصاص القضائي الدولي،تنفيذ الأحكام الأجنبية)**، دار الجامعة الجديدة للنشر،دون طبعة،مصر 1996،ص 624.

[2]- عبد النور أحمد، **المرجع السابق**، ص 89.

[3] - Sahri Walid **; l'accueil des décisions étrangères dans les relations tunisois- françaises**, mémoire mastère en droit prive , université el Manar, Tunis,2005 p/96.

المستقبلية، سواء كانت شرطا أو مشارطة أو إحالة وهذا الأخير- الاتفاق – هو الذي يجعل محاكم الدولة غير مختصة بنظر النزاع ويمنح للمحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم[1].

ولما كانت سلطات المحكم بالفصل في النزاع تستمد من إتفاق التحكيمي بين الطرفين فإن عدم وجود هذا الاتفاق أو بطلانه نتيجة لإخلاله بالقواعد العامة للعقود أو القواعد الخاصة بأصول التحكيم أو نظام العام للدولة التنفيذ كما بينا ذلك أعلاه فأن ذلك يهدم حكم التحكيم ويوجب على القاضي رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي والأمر بتنفيذه أو إبطاله.

لذا يجب أن تتوفر في اتفاق التحكيم باعتباره عقد القواعد العامة للعقود، كتوفر الرضا وخلوه من عيوب الإرادة وتوفر الأهلية اللازمة، بالإضافة الي شروط المحل للعقود كالشرط الإمكان والتعين والمشروعية، زد على ذلك القواعد ذات الخصوصية بأصول التحكيم فحتى يصدر حكم التحكيم صحيح، لابد أن يفرغ في شكل مكتوب، وفق ما نصت عليه المادة 1040 من ق إ م إ اذ حتى يبرم اتفاق التحكيم صحيحا يجب أن يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان أو بأي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة[2].

وتكون إتفاقية التحكيم صحيحة من ناحية الموضوعية إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره أو القانون المنظم للنزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما وبالتالي يرجع قاضي التنفيذ الجزائري في شأنه إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع اذا اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا أو القانون الذي اختاره المحكمون في حكمهم أو القانون الذي ينتهي إليه المحكمون و إعتباره القانون الملائم وهو ما يقرره المحكمون في حالة عدم اتفاق الطرفين صراحة أو ضمنا على تطبيق قانون معين على موضوع النزاع[3].

كما فرض المشرع أن يصدر الحكم التحكيمي من هيئة تحكيمية مستوفية هي كذلك لشروط صحتها[4]، لذلك يجب أن يصدر الحكم من هيئة معينة على وجه صحيح وأي عيب يصيب الهيئة التحكيمة فإن ذلك من شأنه أن يرفض الاعتراف بالحكم التحكيمي ويكون سببا لبطلانه لفساد أساسه وفقا لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل.

---

[1]- أحمد خليل،**المرجع السابق**،،ص 28

[2]- ينظر :المادة 1040/ف 2 من **قانون 09/08** المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،**المرجع السابق**.

[3]- ينظر: المادة 1040/ف 3 من **قانون 09/08** المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **المرجع السابق**

[4]- سواء كانت الشروط القانونية المتمثلة في أن يكون شخص طبيعي، وان توفر فيه الأهلية لازمة، كبلوغ سن الرشد ولم يحجر عليه وغير محروم من حقوقه المدنية،طبقا لنص المادة 1014، أو يكون محايدا ومستقلا لا تربطه بالخصوم قرابة وانتفاء مصلحته في فض النزاع، أو الشروط الاتفاقية التي يضعها الأطراف كنوعه وجنسيته..الخ التي تصبح ملزمة بعد الاتفاق عليها، زد على ذلك لابد أن يرد بقبوله بالتحكيم طبقا لنص 1015.

كما حددت المادة 1056/ف 04 أن لا يتجاوز المحكم سلطاته بالفصل في النزاع المعروض عليه أو أن يفصل في حدود الولاية التي منحها الاطراف للمحكم فإذا تجاوزها أصبح معيب بالمهمة المسندة إليه وبالتالي رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

كما بين المشرع ضرورة الالتزام بالمدة المتفق عليها لإصدار الحكم التحكيمي،وفي حالة عدم الاتفاق على مدة معينة يتوجب أن يصدر الحكم خلال مدة أربعة اشهر من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، ويجوز مد هذه المدة باتفاق الأطراف أو بقرار من رئيس المحكمة المختصة[1] كما حددت المادة 1056/ف1 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية من أسباب رفض الاعتراف بتنفيذ حكم التحكيم صدور الحكم بعد انقضاء المدة المتفق عليها في اتفاق التحكيمي.

ومما لا خلاف عليه يجب على هيئة التحكيم أن تلتزم باحترام مبدأ وجاهية المحاكمة بين الطرفين الفرقاء، إذ يعتبر من أهم مبادئ التقاضي سواء في القضاء الوطني أو التحكيم، كما يعتبر أهم العناصر الأساسية للنظام العام الدولي ويؤكد على مبدأ أساسي أخر وهو حق الدفاع والمساواة[2] .

اذ يشكل هذا المبدأ قيدا على هيئة التحكيم، فبالرغم من أن هذا الأخير يستمد سلطاته من إرادة الأطراف لكن وجب على الهيئة إحترام المبادئ التي يقوم عليه التقاضي عند الفصل في النزاع مثله مثل القاضي الوطني اذ يمكّن كل خصم بعرض دعواه ودفاعه عن مصالحه، ليس هذا فقط بل إخطارهم بكل إجراء من الإجراءات في تشكيل المذكرة أو تقرير الخبرة أو شهادة تقرير تقدم في الدعوى ،وإتاحة الفرصة الكاملة لكل منهما وإلا صدر التحكيم معيبا وجديرا برفض الاعتراف به وتنفيذه[3]، ولا يكفي لإحترام الوجاهة كل هذا بل لابد ان تحترم حتى المدة التي تمنحها لكلا الطرفين[4].

وأخيرا وجب أن يصدر الحكم التحكيمي المنهي للخصومة بعد إجراء المداولة والتي يتم فيها التشاور بين المحكمين في سرية إذا كان عددها اكثر من محكم واحد، ويستلزم كذلك على الهيئة التحكيمية أن تبين الأسباب التي جعلتها تتخذ هذا الحكم فالمشرع الجزائري يعتبر عدم التسبيب سببا لإبطال الحكم طبقا لنص المادة 1056/ف 5 من ق إ م إ

---

[1]-ينظر: المادة 1018 من **قانون 09/08** المتضمن قانون اجراءات المدنية والإدارية، **المرجع السابق**.

[2]- بكلي نورالدين، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرق الطعن فيها في القانون التجاري، **المجلة المغربية للوساطة والتحكيم**،مركز الوساطة والتحكيم، المغرب،العدد 05 سنة 2011،ص 133

[3]-بكلي نورالدين، **المرجع السابق**، ص 131.

[4]- حسان كليبي، **دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية،جامعة أحمد بوقرة،كلية الحقوق والعلوم السياسية، بومرداس،سنة 2013،ص 85

كما يجب أن يكون هذا التسبيب غير ناقص أو متناقض أو مخالف للقانون كعدم احترام ضمانات التقاضي والنظام العام كون الأسانيد المتناقضة يهدم بعضها بعض فيزيل الواحد وجود الأخر وبالتالي يعد التسبيب فاقد التعليل لعدم احترام حق الدفاع[1].

2- مدى احترام قواعد الاختصاص بعد حصول أي مستثمر على حكم تحكيمي دولي يسعى بديهيا الى تنفيذه في إقليم الدولة الطرف في النزاع، أو في الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي أو في أي مكان توجد فيه ممتلكات الطرف الخاسر في الدعوى أو أحد فروعها ويمكن الحجز عليها، وكون الدول لا تسمح لأي طرف أجنبي أن يتخذ إ جراءات على ممتلكات تخضع لسيادتها دون إذن او موافقة من طرف الجهات المختصة، فانه تشترط جل الدول لتنفيذ الحكم الأجنبي الحصول على الأمر بالتنفيذ أو الصيغة التنفيذية قبل الشروع في تنفيذ الحكم الأجنبي على إقليمها، بمعنى أن يصدر أمر مهور بالصيغة التنفيذية من جهة المختصة وثبوت الاختصاص لها قانونا.

لكن تختلف القوانين الوطنية فيما يتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة لإصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم والإجراءات الواجب إتباعها وعليه لزاما على المستثمر او الحامل الحكم التحكيمي ان يعرف هذه الجهة ليودع امامها طلب التنفيذ[2]. كما تجدر الإشارة أن للاتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي الدور البارز في وضع قواعد موحدة تعالج مسالة تنفيذ الحكم التحكيم بأن رتبت لجميع الدول ورعايا التجار الدوليين والمستثمرين و العمد الى ترك الحرية للدولة في اختيار إجراءات تنفيذ حكم التحكيمي وفي هذا السياق سنوضح الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ حسب الاتفاقات الدولية وأنظمة التحكيم ثم في الجزائر والقانون المقارن .

أ- **الجهات المختصة بإعطاء الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية حسب الاتفاقات الدولية :** نصت المادة 03 من إتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم لعام 1958 على أن تقر كل الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الاجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه تنفيذ القرار وفقا للشروط المقررة في المواد الآتية ... فالاتفاقية لم تضع منهج معين لتنفيذ قرارات التحكيمية بل تركت مسألة تنفيذها لقواعد قانون الإجراءات في البلد المراد التنفيذ فيه وضرورة إحترام الشروط التي يضعها قانون تلك الدولة .

كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في مادتها 35 على أنه يكون قرار التحكيم ملزما بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، وينفذ بناءا على طلب كتابي يقدم الى محكمة مختصة ..." بمعنى ان تنفيذ حكم التحكيم يخضع إلى إحدى محاكم الدولة

---

[1]- بقة حسان، **الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون عام للأعمال،جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،بجاية،سنة 2010،ص129.

[2]- عيساوي محمد، **فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، ص 204.

المطلوب فيها التنفيذ لكن لم يحدد هذه المحكمة بعينها وإنما ترك اختيارها للقانون الداخلي لتلك الدولة.

بيد أن اتفاقية عمان العربية اتنهجت اتجاها مغايرا عما اتبعته مختلف الاتفاقات الدولية أعلاه أين حددت الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر عن دول المتعاقدة في الاتفاقية اذ نصت مادتها 35 أنه تختص المحكمة العليا لكل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان مخالفا لنظام العام " [1].

ولعل السبب في إتباع هذا الاتجاه هو الإسراع في تنفيذ الحكم التحكيم وإعطائه أهمية لمصالح الأطراف بزيادة فاعلية تنفيذه، كون لا يوجد جهة عليا للطعن في قرارت المحكمة العليا، إلا أن اختيار المحكمة العليا يتعارض مع القوانين والاتفاقيات الدولية خاصة تلك الأحكام المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، إضافة إلى ذلك ماذا لو رفض إعطاء الأمر بالتنفيذ؟ الذي تسمح معظم القوانين باستئنافه مستنذة إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 الذي انضمت إليه معظم الدول الموقعة على اتفاقية عمان، وبالتالي لا يمكن استئناف أمر بالرفض أمام المحكمة العليا والى محكمة أدنى منها خاصة أن الاتفاقية حصرت رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان مخالفا للنظام العام وبالتالي تصبح الاتفاقية حالة شاذة لا يقاس عليها، ولا يمكن تصور رغبة الموقعين عليها في الانحراف على اتفاقية نيويورك التي كانت قائمة عندما أبرمت اتفاقية عمان[2].

أما اتفاقية واشنطن[3] لعام 1965 وكذا الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية[4]، فان الحكم الذي يصدر من طرف المركز أو المحكمة يجري تنفيذه فيها مباشرة كما لو كان حكما نهائيا قابلا للنفاذ صادر من جهة قضائية مختصة.

وعليه نؤيد ما جاء في اتفاقية عمان في غايتها وهي السرعة في تنفيذ أحكام التحكيم، لكن نعارض نهجها في عدم استئناف رفض المحكمة العليا بتنفيذ الحكم التحكيمي لمخالفته للنظام العام، وعليه نقترح بتعديل نص هذه المادة لإزالة تعارض الأخذ بالاتفاقيتين، وإضافة فرض أخر في استئناف الرفض تحقيقا للمساواة بين الطرفين وليكن بشكلية جديدة في المحكمة العليا.

ب-الجهة المختصة بالامر بالتنفيذ في القانون الجزائري والمقارن: تباينت تشريعات التحكيم في تحديدها للمحكمة المختصة باعتراف وإصدار الأمر بالتنفيذ، فبعضها منحت الاختصاص للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، وبعضها منحت الاختصاص لمحاكم الاستئناف، وبالتالي ينعقد الاختصاص لهذه المحكام بإصدار الأمر بالتنفيذ سواءا كان التحكيم وطنيا أو

1- ينظر: المادة 35 من **اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق**

2- عيساوي محمد، **مرجع سابق**،ص 201-211.

3- ينظر: المادة 54 من **اتفاقية واشنطن لسنة 1965.مرجع سابق**

4-ينظر: المادة 28 من **الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية، مرجع سابق.**

أجنبيا، في حين نجد بعض التشريعات عملت على تفريق في تحديدها للمحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ بين ما اذا كان التحكيم وطنيا أو كان التحكيم تجاريا دوليا [1].

باستقراء نص المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها نصت " تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي" معنى أن المشرع الجزائري لم يميز بين تنفيذ الأحكام التحكيمية الداخلية والأحكام التحكيمية الدولية [2].لكن قبله نجد المشرع الجزائري في نص المادة 1051 من قانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وضع خصوصية لنا في مسالة الاختصاص أو الجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي في الجزائر نظرا لطبيعته الخاصة[3] وهو مرتبط بمقر التحكيم، لهذا فأول ما يجب على القاضي عمله هو التحقق من توافر السلطة التي تخوله مكنة مراقبة الحكم التحكيمي والأمر بتنفيذه حتى لا يصطدم بسلطة الانحراف في الاختصاص ومن تم بطلانها لذا قيد المشرع الأطراف وإلزام القاضي باحترام قواعد الاختصاص في طلب الأمر بالتنفيذ كما يلي :

- **إذا كان مقر التحكيم موجودا في الجزائر فالمحكمة المختصة هي التي صدر في دائرة اختصاصها القرار التحكيمي(تحكيم داخلي)** إذا فرئيس المحكمة المذكور أعلاه هو من يقع عليه عبء فحص الوثائق الضرورية بدءا بأصل الحكم واتفاقية التحكيم وترجمتها إلى اللغة العربية، مع مراعاة عدم مخالفتها للنظام العام الدولي ومثال ذلك اذا جرى تحكيم دولي بمدينة ورقلة، فان رئيس محكمة ورقلة هو المختص محليا ونوعيا بالنظر في طلب الأمر بالتنفيذ، مع العلم أن تحديد الاختصاص المحلي هو مكان إجراء التحكيم وعدم الأخذ بإقامة المنفذ ضده.
- **إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر فان رئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص (تحكيم أجنبي)** على خلاف الصورة الأولى نجد المشرع الجزائري فرق بين التحكيم الصادر في الجزائر عن تنفيذ حكم التحكيم الصادر خارج التراب الجزائري، إذ بين أن رئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص محليا وقانونيا بإصدار أمر التنفيذ بقولها"... أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر المحكمة موجودا خارج الإقليم الوطني" كما نلاحظ أنه وسع من اختصاصاته عن جميع الإشكاليات الخاصة بالتنفيذ اذ هو إختصاص نوعي مستقل ومتميز عن الإختصاص العام لرؤساء المحاكم كونه منظم بمادة واضحة[4]مثال ذلك صدور حكم تحكيمي في بلد وليكن مصر

---

[1]-عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، **المرجع السابق**، ص377 و378 .

[2]- نصت المادة 1035 المشار إليه أعلاه يقبل حكم التحكيم النهائي أو الجزئي او التحضيري، التنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها.

[3]- تنص المادة 1051 من **ق إ ج م** إفقرة 2 " وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني"

[4]- بشير سليم،**المرجع السابق**،ص 270

مثلا وأريد التنفيذ به في الجزائر كون أن الحق المطالب به موجودا في مدينة جزائرية مثل ورقلة، فان محكمة ورقلة هي المختصة أولا وأخيرا بتنفيذ هذا الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الخارج.

أما المشرع الفرنسي فقد حدد الجهة القضائية المختصة باستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيمي في المادة 1477/فقرة 1 من ق أ م فرنسي المؤرخ في 1980/05/14 انها تمنح الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ لمحكمة البداية بقولها " لا يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ الجبري إلا بموجب أمر بالتنفيذ تصدره محكمة البداية التي صدر في نطاقها حكم التحكيم "، أما فيما يتعلق بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية فقد أضاف المشرع بموجب القانون الصادر بتاريخ 1981/05/12 نص المادة 1500 التي قضت بإحالة مسألة الاعتراف والتنفيذ إلى الأحكام الخاصة بالتحكيم الوطني بقولها" تطبق على حكم التحكيم أحكام المواد 1476 إلى 1479 وهذه المواد خاصة بالتحكيم الوطني، اما بخصوص أخر تعديلات القانون إجراءات المدنية الفرنسي بخصوص التحكيم لعام 2011، فقد منح الاختصاص لمحكمة الاستئناف سواءا كان التحكيم داخليا أو دوليا وهذا ما نصت عليه المادة 1459 بقولها" يكون القاضي المختص هو رئيس المحكمة العليا" [1]، وكذا نص المادة 1505" .

أما القانون المصري فقد نص في مادته 56 أنه " يختص رئيس المحكمة المشار إليها في نص المادة 9 من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين، وبالرجوع إلى نص المادة 09 نجد أنها نصت " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون للقضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أما إذا كان تحكيم تجاري دوليا سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر" .

الملاحظ أن المشرع المصري اعتمد توحيد الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ليكون في متناول الطرف الأجنبي المعني بتنفيذ حكم التحكيم، والقيام بالإجراءات الخاصة للحصول على الأمر بالتنفيذ بأقل جهد، كما أن تحديد نفس المحكمة لنظر طلبات التنفيذ لأحكام التحكيمية يسمح بتوحيد الأحكام القضائية وتوفير نفس المعاملة لكل قرارات المطلوب تنفيذها في مصر، وعلى خلاف المشرع الجزائري والفرنسي اللذان أخذا بقاعدة أمرة لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، في نظر طلبات التنفيذ للمحكمة المختصة، في حين المشرع المصري منح الحرية للاطراف في اختيار محكمة استئناف أخرى[2].

3- استكمال إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ : تجدر الإشارة أن سلطة القاضي الأمر بالتنفيذ هي سلطة ولائية لا سلطة قضائية بالمعنى التقليدي، وذلك خلافا لسلطة القاضي الذي ينظر دعوى البطلان فهذا

---

[1]- **decret n 2011-48** du 13 janvier 2011 portant reforme de larbitrage ;**op.cit** .

[2]- عيساوي محمد، **مرجع سابق**، ص 206

الأخير يحاكم الحكم ذاته باعتبار أن دعوى البطلان هي دعوى قانون، يراقب فيها قاضي البطلان مدى مطابقة حكم التحكيم للشروط القانونية المقررة الواجب اتباعها في أحكام التحكيم[1].

والمعلوم كذلك ان الأعمال الولائية لا تفترض وجود خصمين أمام الجهة القضائية لذلك فان إجراءات استصدار الأمر بمنح الضيغة التنفيدية على ذيل عريضة، لايخضع لمبدأ المواجهة اذ يصدر الأمر دون تكليف المدعي عليه بالحضور[2]، وحتى يمكن البدء بتنفيذ حكم التحكيم الوطني أو الأجنبي بعد صدور الحكم التحكيمي ومعرفة الجهة القضائية المختصة، تأتي مرحلة ايداع حكم التحكيم كأول إجراء من إجراءات التنفيذ ويتزامن مع إجراء الطلب في شكل عريضة للأمر بالتنفيذ ومنح الصيغة التنفيذية.

أ- **ايداع الوثائق المطلوبة لدى أمانة الضبط:** يقصد بالإيداع في هذا السياق أنه إلزام قانوني مفاده وضع الوثائق والمستندات المطلوبة التي ثبث وجود حكم تحكيمي لدى أمانة الضبط، في الجهة المختصة قصد حفظها، وتمكين كل من له المصلحة بالاطلاع على نسخة منها مقابل دفع رسوم مقررة في هذا الشأن، وحتى يطلع عليه كذلك القاضي وبالتالي تنتهي مهمة المحكم من النزاع عمليا إلى القضاء.

وتجدر الإشارة أن الإيداع لايحتاج لرقابة موضوعية ولا شكلية من طرف القاضي ولا إلى رأيه فيه بل هو من اختصاص كاتب الضبط فقط[3]، والأصل أن يكون إيداع حكم التحكيم من قبل الطرف الذي صدر لصالحه، ولو أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون هذا الطرف أحد المحكمين وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في نص المادة 1477 من قانون الإجراءات مدنية [4] وما أخذ به المشرع الجزائري كذلك، أما بالنسبة للقانون المصري فيشترط إلزاما أن من صدر حكم التحكيم لصالحه هو من يقوم بالايداع وليس أحد من الهيئة التحكيمة[5].

اذ يرى المشرع الجزائري أن يتقدم- من صدر الحكم لصالحه- الى رئيس كتاب الضبط لدى المحكمة وفق الاختصاص المحدد في نص المادة 1051 من ق إ م إ مرفقا بالوثائق الآتية:

- أصل الحكم التحكيم أو نسخة منه
- أصل اتفاقية التحكيم أو نسخة منه ولو أن المشرع أغفل ذكر هذا في نص المادة 1035، إلا أنه يتم طلبها عملا باتفاقية نيويورك في نص المادة 4 على اعتبار الجزائر منضمة إلى هذه الاتفاقية.
- ترجمة هذه الوثائق باللغة العربية طبقا لنص المادة 08 من ق إ م إ.والمادة 4/فقرة 2

---

[1]- ناصر شحاتة صالح، **المرجع السابق**، ص 171.

[2]- فتحي والي، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، سنة 1987.ص56

[3]- شير سليم، **مرجع سابق**، ص285.

[4]- Décret n°80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans code de procédure civile ; J.O.D.R.F texte1238.

[5]- أحمد هنري، **المرجع السابق**،ص 269.

فيقوم أمين الضبط وعادة ما يكون رئيس أمناء الضبط- باستقبال الحكم والاتفاقية فيسجل هذا التقديم في سجل مخصص لذلك بوضع رقم تسلسلي له، مع تاريخ التقديم وأسماء أطراف الحكم التحكيمي ومحل إقامتهم، كما يشار إلى بيانات الحكم التحكيمي (تاريخ الصدور، أسماء هيئة التحكيم الذين أصدروه وعناوينهم وصفاتهم، وأسماء الخصوم وعناوينهم ومنطوق الحكم) ليقوم بعدها بتحرير محضر ايداع يشهد من خلاله رئيس أمناء الضبط بتلقيه لأصل الحكم التحكيمي والاتفاقية التحكيمة أو نسخ منها حسب الحالة ويسلم نسخة من المحضر إلى المودع ليتخذ مايراه مناسبا[1]، بعد استفاء الرسوم القضائية المستحقة طبقا لنص المادة 1035 من نفس القانون المذكور.

فالحكم التحكيمي لا يعد سندا تنفيذيا إلا بعد إيداعه لدى أمانة الضبط وصدور امر بتنفيذه طبقا للمادة 600 من ق إ م إ، وعليه فالإيداع لا يكفي وحده لتنفيذ حكم التحكيم رغم انه يمثل قاعدة جوهرية وأن عدم تقديمها يؤدي إلى عدم قبول الدعوى طلب الأمر بالتنفيذ شكلا نتيجة لنقص وبطلان الإجراءات.

كما تجد الاشارة أن المشرع لم يبين في قانون 09/08 الجديد مدة الايداع مثما كان عليه في القانون القديم[2] 145/66 في نص المادة 452 الذي كانت تتمثل في ثلاثة أيام.

ب-تقديم طلب الأمر بالتنفيذ: كون أساس التحكيم هو الإرادة الفردية للأطراف، فان المشرع يخشى من قصور هذه الإرادة وتعثرها عن تحقيق مصالحها لذلك أقر أن الإرادة وحدها لا تكفي لتكون سندا تنفيذيا، وبالتالي حتى تستكمل هذه الإرادة لا بد من تدخل السلطة العامة في تكوين هذا السند عن طريق الرقابة على حكم المحكمة وعملها من خلال إصدار الأمر بالتنفيذ، فهو أمر ضروري لجعل حكم التحكيم قابلا للتنفيذ الجبري [3].

وسبق التطرق أنه لابد من الإيداع حكم التحكيم والوثائق الضرورية لأمانة الضبط، كأجراء أولي للحصول على الأمر بالتنفيذ ومن غير المتصور صدور هذا الأمر دون أن يسبقه إيداع فهو مفترض وضروري، بيد أنه غير كافي اذ يتعين على من صدر الحكم لصالحه أن يقدم طلب التنفيذ في شكل عريضة مكتوبة، مرفقا بالوثائق اللازمة، لكن قبل هذا يجب على المحكوم له أن يراعي ميعاد رفع دعوى البطلان أو أن يبلغ الحكم للمحكوم عليه وسنوضح ذلك من خلال مايلي:

1)- ميعاد تقديم طلب التنفيذ: لم يبن المشرع الجزائري بصفة مباشرة كالمشرع المصري أنه لايقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم اذا لم ينقضي ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي، وأنه ترفع

---

[1]-قطاف حفيظ، **مرجع سابق**،ص 124.

[2]- نصت المادة 452 من **قانون 145/66** المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى" ينفذ القرار التحكيمي بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة التي يكون القرار التحكيمي صدر في نطاق دائرة اختصاصها ولهذا الغرض فإن أصل هذا القرار يودع في كتابة الضبط للمحكمة المذكورة قبل ثلاثة أيام من قبل أحد الخبراء."

[3]- أحمد رشاد محمد سلام، **المرجع السابق**،ص148.

دعوى بطلان حكم التحكيم خلال تسعين يوم التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه[1]." ولو أن هذا المعمول به في الجزائر، أين اكتفى بالاشارة إلى ذلك فقط في نص المادة 1059 من قانون الاجراءات المدنية والادارية وحدد بداية ميعاد الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم، كما لايقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، كما أشار في نص المادة 563 من ق إ م إ لهذا الأجل شهر واحد لتبليغ الرسمي للطاعن ضده، وللطاعن شهرين من تاريخ التصريح بالطعن لايداع عريضة بأمانة ضبط، وإلا كان هذا الطلب غير مقبول شكلا.

ويرى بعض الفقه أن هذا الميعاد، قد استحدثه المشرع لكيلا يسارع المحكوم له في إستصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم بينما هذا الحكم مهدد ليس فقط بطلب الإبطال إنما أيضا بطلب وقف التنفيذ[2].

كما ثار تساؤل أثار جدل فقهي مفاده ماذا لو قدم طلب استصدار الأمر بالتنفيذ قبل انتهاء المدة المحددة لرفع دعوى البطلان ؟ هل يعد مقبولا أم لا ؟ وما اذا كان يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي أم لا؟

يقر غالبية الفقه وكذا التشريعات، إلى عدم قبول طلب الأمر بالتنفيذ، إلا بعد انقضاء مدة تسعين يوم وحتى وان رفعت دعوى البطلان بالفعل خلال الميعاد المحدد، فإنه لا يجوز من باب أولى التقدم بطلب تنفيذ حكم التحكيم لأنه منطقي، إذا كان سريان ميعاد رفع الدعوى يشكل مانع يحول دون قبول طلب التنفيذ ماذا لو وجدت بالفعل دعوى بطلان فانه سيكون مانع أقوى يحول دون طلب التنفيذ، إلى غاية الفصل في دعوى البطلان بحكم نهائي حتى لا ندخل في مشاكل التنفيذ العكسي وأثاره[3] .

في حين يرى البعض أنه إذا قدم الطلب قبل انقضاء المدة المحددة لرفع دعوى البطلان وحتى بعد رفعها يكون جائزا ومقبولا، فهو كرد مشروع لمن صدر الحكم التحكيمي لصالحه، حتى لا يظل سلبيا بعد أن هاجمه خصمه بدعوى البطلان، ولا يختلف الأمر إلا إذا أُقرن طلب البطلان بطلب وقف التنفيذ ورأت المحكمة استناد الطلب إلى أسباب جدية فلها أن تأمر بوقف التنفيذ خلال ستين يوما من تاريخ أول جلسة محدد لنظر طلب الوقف وللمحكمة في حالة الأمر بوقف التنفيذ أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي[4].

---

[1]-ينظر كل من المادة 54/فقرة 01 والمادة 58 / فقرة 01 من **قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994**،**مرجع سابق.**

[2]-ناصر شحاتة صالح،**المرجع السابق**، ص164.

[3]- **المرجع نفسه**، ص166.

[4]- **المرجع نفسه**، ص165.

ونحن نؤيد الاتجاه الأول الذي أخد به المشرع الجزائري، والذي يرى بعدم قبول الطلب إذا قدم قبل انتهاء الميعاد المقرر لرفع دعوى البطلان إذا رفعت هذه الأخيرة بالفعل، على اعتبار أن سريان الميعاد يشكل مانع يحول دون قبول الطلب، وأن رفع الدعوى يكون مانعا أقوى لعدم قبول هذا الطلب لما قد يدخل الأطراف في متهات أخرى بسبب التنفيذ العكسي إذا ما انتهى ببطلان الحكم التحكيمي لو تم تنفيذه، كما أن هذا الأجل يعتبر بمثابة ورقة أخيرة للطرف الخاسر التي يعيد فيها مراجعة الحكم، أي يبقى وقف التنفيذ يدور عدما ووجودا في رفع دعوى البطلان أو انقضاء أجل رفع هذه الأخيرة.

2)- شكل ووثائق طلب الصيغة التنفيذية: بعد نفاذ أجل الطعن يتم تقديم طلب الأمر بالتنفيذ وفق نظام الأوامر على عرائض، أين يقدم طلبا مكتوبا إلى القاضي المختص على شكل عريضة موضحا بها الظروف والملابسات والإجراء المطلوب اتخاذه –إمهار الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية– ويقدم هذه العريضة في شكل نسختين [1]مشتملة على البيانات التعريف[2] التالية :

- أن تكون العريضة مكتوبة مؤرخة وموقعة.
- تحديد الجهة القضائية التي يرفع أمامها الطلب.
- اسم ولقب طالب التنفيذ وموطنه، وإن كان شخصا معنويا فيبين التسمية ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني.
- عرض موجز للوقائع والوسائل التي يؤسس عليها الطلب.
- بيان التماس طلب إمهار الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية.

كما ترفق هذه العريضة بالمستندات المؤيدة له سواءا التي نصت عليها المادة 1059 من ق إ م إ أو غيرها والمتمثلة فيما يلي:

- أصل حكم التحكيم او نسخة منه
- أصل اتفاقية التحكيم او نسخة منها ايا كانت الصورة التي يرد عليها شرط أو مشارطة أو احالة.
- ترجمة هذه الوثائق الى اللغة العربية ذا كانت مكتوبة بلغة أجنبية .
- نسخة من محضر ايداع الوثائق السابقة
- نسخة من تبليغ الخصم بالحكم التحكيمي أو مايثب أنه تلقى رسالة عن طريق البريد أو بأي طريقة قانونية أخرى تعلمه بمضمون حكم التحكيم .

---

[1]- تنص المادة /فقرة الأولى 311 من ق إ م إ انه" تقدم العريضة من نسختين..."

[2]- وهي شروط العريضة الافتتاحية للدعوى المنصوص عليها من مادة 310 الى المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالمشرع اغفل بيانات والشكليات الواجب توفرها في أمر على ذيل عريضة، وبالتالي تبقى البيانات المستوجبة لعريضة طلب الأمر بالتنفيذ خاضعة لسلطة القاضي التقديرية وهي في عموم لا تخرج عن هذه البيانات المذكورة.

- شهادة تثبث عدم الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر من المجلس القضائي، حتى لايتم التنفيذ إلى غاية الفصل في دعوى البطلان [1].

أين يقوم القاضي بتفحصها في خلوة تامة أي في غرفة المداولة أو في مكتبه، دون حضور أحد الخصوم، فلا تعلن العريضة لأي خصم ،وقد يكون من مصلحة الطالب أن يستصدر الأمر في غفلة خصمه، اذ لا مجال لإعمال مبدأ إحترام حقوق الدفاع فلا يمكن التمسك بالدفوع الاجرائية و الموضوعية لغياب الخصم صاحب المصلحة في التمسك بها، فإذا تعلق دفع منها بالنظام العام فان القاضي يلتزم بحكم وضيفته بإثارته تلقائيا في شكل رفض إصدار الأمر بمنح الصيغة التنفيذية [2]،إلا أنه يمكن للقاضي دعوة طالب التنفيذ إلى تقديم توضيحات بشأن مسائل قانونية أو بشأن وقائع، إذا تبين له أنه ذلك ضروري أو هنالك غموض طبقا لنص المادة 265من (ق إ م إ) على أن لا تكون عائقا في تسريع الإجراءات[3]، ثم يقوم القاضي بإصدار أمر مكتوب يكون مستقل عن العريضة ومرفقا بها في اليوم التالي لتقديمه العريضة على الأكثر، ولا يذكر الأسباب التي بنى عليها قراره فإذا كان مخالفا لأمر سبق صدوره يجب عند ئد ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر المخالف وإلا كان الأمر الجديد باطلا، بمعنى انه لا يشترط أن يكون الأمر بالتأييد أو التنفيذ مسببا أما إذا كان الأمر بالرفض يجب ان كون مسببا، كما لا يعتد بالأمر الذي يصدره القاضي شفويا بمعنى لا يتصور للأمر وجود بدون كتابة[4].

ثم يودع لدى أمانة الضبط ويتم قيده في السجل الخاص بالأوامر ويحرر على ثلاثة نسخ، نسخة أصلية تبقى لدى أمانة الضبط المحكمة بعد تسديد الرسوم المقررة قانونا، ونسخة تسلم لطالب التنفيذ، وأخرى تحفظ في حافظة الأوامر لدى أمانة رئاسة القاضي[5].

المطلب الثاني: محدودية القضاء في إعادة موضوع النزاع عند حالة الطعن في حكم التحكيم

يجب أن نشير في هدا الصدد أن العديد من النظم المؤسساتية للتحكيم اليوم تسعى إلى إيجاد آليات تنظيم للرقابة داخلية على قضاء هيئاتها سواء رقابة قبلية او بعدية، وسواءا عند قرار تنفيذ حكم التحكيم دون مروره على القضاء الوطني أو في شكل نظام للطعن، لكن يجب أن نقر بالموازنة بين كل من القضاء الوطني وقضاء التحكيم، أولا صحيح جعل التحكيم الأداة المفضلة من قبل الأطراف في تنازع

1- نسيم يخلف، **الوافي في طرق التنفيذ**،جسور للنشر والتوزيع،الجزائر، طبعة أولى، سنة 2014،ص 216.

2- بوصنوبرة خليل، **القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري**، رسالة لنيل شهادة ماجستير قانون عام، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2008،ص 138.

3- قطاف حفيظ، **المرجع سابق**، ص132.

4-بوصنوبرة خليل، **المرجع سابق**،ص 138.

5- قطاف حفيظ، **المرجع السابق**،ص133.

العلاقات الاقتصادية كعقود الاستثمار الدولية ،لكن لا يجب ان ننكر دور القضاء الوطني في رقابته على قرار التحكيم لتحقيق فاعلية التحكيم عند افتقاد او خلل الاثر السلبي لاتفاق التحكيم وكذا حفاظا لحقوق المتقاضين، فقد رأينا أعلاه وجه من أوجه الرقابة على قرار التحكيم – تنفيذ حكم التحكيم– أي اقتصرت هذه الرقابة على الجانب الشكلي المحظ، لكن هناك أوجه عديدة أخرى للرقابة قد تتجاوز هذه الأخيرة إلى أكثر نسبيا أو شاملة على إجتهاد المحكمين في فهم الوقائع والتعامل معها وفي تطبيق القانون عليها كما في بعض حالات الطعن والمراجعة .

ولو أن طرق الطعن في أحكام التحكيم تأخذ طبيعة خاصة أكثر تضييق عن النظام في الأحكام القضائية العادية، وهو ما أخذت به العديد من التشريعات الحديثة ومنها المشرع الجزائري أين نجده وضع ثلاث طرق للطعن (الفرع الأول) مع اختلاف الركائز المتخذة في التدخل من دولة إلى أخرى (الفرع ثاني).

الفرع الأول: طرق الطعن في القرارات التحكيمية الدولية

بديهي أن لجوء أطراف عقود الاستثمار واختيار التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم التي يمكن ان تقع أو وقعت بينهم، لا يعني ذلك قبول الحكم التحكيمي اذا لم تحترم فيه القواعد الأساسية التي تضمن حكم عادل ومنصف ومتوافق بينهم، كون قرار التحكيم يعد عمل بشري لا يخلو من السهو والخطأ، وبالتالي لا يعد من باب العبث المتعمد السماح للأطراف الطعن في قرار هيئة التحكيم، ولا يعد تدخل القضاء الوطني خرقا لقاعد الأثر المانع لاتفاق التحكيم، بل هو من صميم الغاية لتحقيق فاعلية التحكيم وضمان حرية التقاضي . إما بالتصحيح والتقويم أو بالابطال لكن يختلف الطعن المقرر لرقابة القضاء على حكم التحكيم عن طرق الطعن المقررة في ميدان الإجراءات القضائية العادية لخصوصية العمل التحكيمي القائم على إرادة الأطراف، فالمشرع الجزائري مثلا نص على امكانية الطعن وقلّصها إلى ثلاث حالات، الطعن بالاستئناف (أولا) الطعن بالنقض (ثانيا) الطعن بالبطلان (ثالثا) وهذا ماسيتم توضيحه .

أولا: الطعن بالاستئناف: يقصد بالاستئناف هو إعادة العمل من بدايته، أو أنها مصحلة أحد الأطراف اللجوء بنزاعه إلى المحكمة التي فصلت في النزاع لتراجع قرارها أو إلى محكمة أعلى منها بغرض إلغائه أو تعديله[1]، اذ يعد طريق من طرق الطعن العادية، والمستقرأ لقانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري رقم 09/08 نجد أن المشرع لم يشر إلى استئناف الحكم التحكيمي الدولي تحت عنوان الفرع الثالث الموسوم ب "طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي" بل حدد أن الأمر القضائي المانح أو الرافض للاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم هو المقصود أن يكون موضوع طعن بالاستئناف، ويفهم من هذا معنيين أنه طعن غير مباشر للحكم التحكيمي، خاصة أنه أدرج تحت هذا العنوان، وأنه إقرار باستبعاد الطعن

[1]– ينظر: نص المادة 332 من قانون رقم **09/08** المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية " يهدف الاستئناف الى مراجعة أو ألغاء الحكم الصادر عن المحكمة".

المباشر باستئناف الحكم التحكيمي التجاري الدولي ومسايرة للتشريعات الحديثة، التي تبقي على الطعن بالاستئناف في نطاق ضيق جدا، وعليه سنوضع ما يجوز استئنافه ؟واجراءاته(**1**) ثم نوضح أثاره (**2**)

1- استئناف الأمر القضائي الرافض أو المانح للاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي

بعد استفاء الشروط الاجرائية والشكلية المتعلقة بطلب الأمر بالاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي، نكون أمام فرضين إما أن يستجيب رئيس المحكمة للطلب ومنح الصيغة التنفيذية، وإما أن يرفض رئيس المحكمة الاستجابة إلى الطلب في حالة وجود خلل أو نقص أو تجاوز، هذين الاخيرين يكونا محل طعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي .

بيد أنه سنشير إلى الفرق بين الأمر القضائي الرافض أو المانح للاعتراف وتنفيذ للحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر (داخلي) والصادر في الخارج في الفرضين المذكورين أعلاه كما يلي:

أ- **الطعن باستئناف الأمر القضائي المانح الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي:** لم يشر المشرع الجزائري في مجال الأحكام القضائية أي إشارة على الأسباب التي يمكن أن يؤسس المستأنف طعنه، فله الحرية في تأسيسها سواءا كانت موضوعية أو متعلقة بالاجراءات، وسواء بنى طعنه على خطأ في التقدير- القانون أو الواقع- او خطأ في الاجراء فهو حق للخصم أن يستعمله أو أن يتنازل عنه بكل حرية في المواعيد المحددة لذلك[1]، لكن نظرا لخصوصية الأمر بالاعتراف أو بتنفيذ الحكم التحكمي الدولي ضيق المشرع من هذه الحرية وحصرها لعدم ضياع العدالة التحكيمية، أين لا يطبق عليها القواعد العامة المعروفة التي تحكم الطعن بالاستئناف، وفي هذا السياق كذلك نجد أن المشرع ميز بين الطعن باستئناف الامر بالاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، بين الصادر في الجزائر(داخلي) والصادر بالخارج (الأجنبي)

ففي الحالة الاولى – الأمر المانح الاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر- المشرع الجزائر لم يجز بتاتا الطعن بالاستئناف فيه وهذا مانصت عليه المادة 1058/ فقرة الثانية ".. لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار اليه أعلاه أي طعن ..." الا ان المشرع بين ثغرة من خلالها يمكن الطعن في الامر بالتنفيذ، وهو الطعن بالبطلان حكم التحكيم الذي سيرتب لا محاله بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ الذي سبق أن صدر أو تخلت تلك المحكمة عن الفصل فيه إلى غاية البث في الدعوى، بمعنى أن أمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الصادر في الداخل يكون محصنا من أي مراجعة قضائية، إلا إذا إقترن بمراجعة أبطال الحكم، أين يبقى متوقفا لحين البث فيه[2]، وهو ما أخد به كذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

[1]-أحمد خليل، **المرجع السابق**، ص205.

[2]- عيساوي محمد، **المرجع السابق**، ص 297

أما الحالة الثانية – الأمر المانح الاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في الخارج– فاننا نستقرأ نص المادة 1056 من ق إ م إ القاضية أنه " لا يجوز استئناف الأمر القضائي بالاعتراف أو بتنفيذ الحكم التحكيمي الا في حالات ..." والملاحظ أن المشرع خلافا للأمر الذي يستجيب له رئيس المحكمة ولا يكون قابلا للطعن بالاستئناف متى كان صادرا في الجزائر، فإن الأمر الخاص بالحكم التحكيمي الدولي بالخارج يكون قابلا للطعن بالاستئناف لكن وضع استثناء[1] وقاعدة حصرها في حالات ستة وهي[2]:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
- إدا فضلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية .
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي .

ويمكن أن نضيف على هذه الحالات حالتين أخرتين لتصبح ثمانية حالات، على اعتبار أن المشرع الجزائري إقتنى خمس حالات من اتفاقية نيويورك لعام 1958 في مادتها الخامسة[3] واستبعد إثنين هما :

---

[1]– نلاحظ اختلاف الحالات التي يمكن أن تكون تأسيسا للطعن قرار القاضي بمنح الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي الأجنبي من تنظيم إلى أخر فمثلا المشرع الفرنسي نص على خمس حالات،طبقا لنص المادة 1502 من ق إ م الجديد وهو الحال عند القانون المصري والسويسري .

[2]– ينظر: بهذا الخصوص المادة 1056 من **قانون 09/08** المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، **المرجع السابق.**

[3]– تنص المادة 05 من **اتفاقية نيويورك لسنة 1958** على :

" 1– لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءا على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

أ– ان أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة 02 كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهليه أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم

ب– أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب أخر أن يقدم دفاعه

ج– أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم أذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

د– ان تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق

هـ– أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم ألغته أو أوقفته المحكمة المختصة في البلد التي فيها او بموجب قانونها صدر الحكم .

- حالة انعدام أهلية أطراف التحكيم
- الحالة التي يكون فيها الحكم التحكيم الدولي الصادر بالخارج غير ملزم للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم .

وبالتالي يمكن للأطراف أن تؤسس طعنها على هاتين الحالتين أيضا ويأخذ بهما القاضي كذلك، كون الجزائر مصادقة على اتفاقية نيويورك وكما هو معلوم أن الاتفاقية تسمو على القانون[1].

ويرفع الطعن بالاستئناف بموجب عريضة مكتوبة ومؤسسة على الأسباب المستندة عليها والمحصورة في الحالات التي تم ذكرها، وتحمل معها كل البيانات القانونية، وإرفاقها بالأمر محل الاستئناف وكذا القرار التحكيمي واتفاقية التحكيم، على أن جهة الاستئناف تحترم مبدأ الوجاهية وأنها لا تنظر إلا في الأمر القضائي إما بالتأييد وإما بالإلغاء [2]، أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد إبتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة[3]، ولو أن المشرع لم يبين لنا المقصود بالمجلس الذي يرفع أمامه الطعن بالاستئناف وترك الأمر مفتوحا، أي أنه لم يحدد أي غرفة من غرف المجلس التي يقام أمامها الاستئناف وهو ماجعله محل جدل بين من يراه يؤول إلى الغرفة التجارية على اعتبار عقود الاستثمار لها طابع تجاري والبعض الأخر ذهب إلى تفضيل اختصاص الغرفة الاستعجالية والبعض الأخر وفق طبيعة النزاع الذي يعالجه القرار التحكيمي مدني، عقاري، تجاري ..الخ ولو أن كل الاتجاهات صحيحة فإننا نؤيد اختصاص الغرفة الاستعجالية لما لها من ولاية عامة على جميع النزاعات ذات الطابع القضائي الاستعجالي كما ان منح الاختصاص لرئيس المجلس للنظر في الطعن بنص القانون يعطي بالضرورة الاختصاص للغرفة الاستعجالية كونها هي المختصة أصلا بالرقابة على أعمال الرئيس القضائية[4].

ب-الطعن باستئناف الأمر القضائي الرافض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي: يقر المشرع بضمانة أساسية للحكم التحكيمي، وكذا للطرف الذي صدر الحكم لصالحة بطريقة غير مباشرة من خلال أنه أجاز له الطعن باستئناف ذلك الأمر القضائي الرافض للتنفيذ أو الاعتراف بالحكم

2- يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ أذا تبين لها:

أ- أن قانون ذلك البلد يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم

ب- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه يخالف النظام العام في هذا البلد "

[1]- ينظر: **المرسوم رقم 233/88** مؤرخ في 05 نوفمبر لعام 1988 الذي **يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك** بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 و**الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها** ج ر عدد 48.

[2]- بوصنوبرة خليل، **المرجع السابق**، ص 139.

[3]- ينظر: المادة 1057 من قانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، **المرجع السابق**

[4]- قطاف حفيظ، **مرجع سابق**،ص 147-148.

التحكيمي الذي يمكن له أن يرى أن هناك خلل أو نقص أو تجاوز في طلب الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي من طرف من صدر الحكم التحكيمي الدولي لصالحه[1] سواء الذي صدر في الداخل أو الأجنبي.

وبالتالي نلاحظ أن المشرع منح حق الطعن بالاستئناف في الأمر القضائي الطالب الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي بالخارج (الأجنبي) كلا الطرفين فاذا منح القاضي أمر بالاعتراف وتنفيذه يجوز للطرف الأخر الطعن فيه بالاستئناف اذا كان طعنه مؤسس على الحالات المذكورة أعلاه، وإذا رفض رئيس المحكمة منح أمر التنفيذ والاعتراف بالحكم يجوز لمن رفض طلبه أن يطعن بالاستئناف، أما الأمر القضائي الطالب تنفيذ حكم التحكيم الدولي الداخلي فانه لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف كما رأينا من قبل، لكن الأمر الرافض لتنفيذه يجوز الطعن فيه بالاستئناف وهذا طبقا لنص المادة 1055 من ق إ م إ التي لم تميز بين الحكم التحكيمي الداخلي و الأجنبي.

لكن المشرع في هذه الحالة لم يبين الأسباب التي يؤسس عليها رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي فهل هي نفسها حالات الأمر باستئناف الطعن ببطلان حكم التحكيم ؟.

كإجابة على هذا السؤال نقول نعم يمكن ان يؤسس الطاعن أسبابه على هذه الحالات، لكن ليس على سبيل الحصر بل على سبيل المثال. فلو كانت نية المشرع تتجه الى حصرها في هذه الحالات الستة فقط المذكورة في نص المادة1056 لما أغفل عن ذكرها بل كان عليه الأمر سهل بتوحيد المادتين 1055 و1056 من ق إ م إ [2].

بناء على ذلك فان طالب التنفيذ الذي رفض رئيس المحكمة المختصة بمنحه الصيغة التنفيذية ، له أن يطعن بالاستئناف في الأمر على ما يشاء من الأسباب التي يرى فيها أن القاضي قد أخطأ أو تجاوز حدود إختصاصه إلى موضوع النزاع،ولا يعد ذلك من قبيل انها طلبات جديدة بل تعد من صميم الطلب الأصلي المتمثل في طلب تنفيذ الحكم الذي صدر لصالحهم من طرف الهيئة التحكيمية[3].

كما يجب الإشارة أن المشرع اعتمد على نفس الإجراءات المعتمدة في رفع دعوى استئناف الأمر بالاعتراف أو التنفيذ، على إجراءات الرفض، كونها من الأعمال الولائية، وهي نفسها الإجراءات المطبقة في القواعد العامة مع بعض الخصوصية، التي تضمن حماية أحكام التحكيم.

---

[1]- ينظر: المادة 1055 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، **المرجع السابق**

[2]- حوت فيروز، **الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري في ضوء القانون الجزائري والاتفاقات الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أكلي محند أولحاج بويرة مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، سنة 2016، ص 130.

[3]- حسين فريدة، **التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادر في المجال الاسثماري بالجزائر**، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون، فرع التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2000، ص 112.

لكن هناك خلط من طرف المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين نص المادة 1057 من ق إ م إ التي تحدد ميعاد الاستئناف بشهر واحد ابتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، وبين مادة أخرى تنص على ميعاد أقل للاستئناف الامر القضائي برفض التنفيذ بـ 15 يوما من تاريخ الرفض وهي نص المادة 1035/فقرة 03 فبأيهما نأخذ؟ هل معنى ذلك أن الطعن بالاستئناف في أمر القاضي الرافض بالاعتراف والتنفيذ المذكور في نص المادة 1035 من ق إ م إ هو خاص بالأحكام التحكيمية الداخلية فقط وان المادة 1057 فهي خاصة بالاحكام التحكيمية الأجنبية؟ اذا لماذا أدرج المشرع أحكام المواد من 1035 الى 1038 وتطبيقها على أحكام التحكيم الدولي ؟

في إعتقادنا على الرغم من تأييد الكثيرين القول أن نص المادة 1057 من ق إ م إ جاءت أوسع وخصت حالة استئناف الأمر القضائي برفض الاعتراف أو التنفيذ أو بالاستئناف الأمر المانح للصيغة التنفيذية وعليه يكون الأجل شهر يسري من تاريخ التبليغ الرسمي في كلتا الحالتين هو الصواب وعلى المشرع الآن يزيل غموض هذه المادة ويعيد صياغتها بالشكل التالي" يرفع الاستئناف المقرر في المادتين 1055 و1056 أمام المجلس القضائي خلال شهر واحد ابتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة" [1]، إلا أننا نؤيد أقصر مدة وهي 15 يوم لإعطائها خصوصية على أحكام القضائية الأخرى و تميزها بطابع استعجالي نظر لان الأعمال التجارية وخاصة عقود الاستثمار تتطلب السرعة أكبر، لكن نؤيد وضع تفسير لهذين المادتين ولما لا إعادة صياغتها بالشكل التالي "يرفع استئناف أمر القضائي المانح أو الرافض للاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكمية الدولية في اجل 15 يوم تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة أمام المجلس القضائي" .

2- **أثار الطعن بالاستئناف على أوامر القاضي للاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي** : باستقراء نص المادة 1060 من ق إ م إ نجدها نصت انه " يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و 1058 تنفيذ أحكام التحكيم " .

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن الأمر القضائي المانح للاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي، لطالب الأمر بالتنفيذ، يقضي مباشرة إلى وقف تنفيذ هذا الحكم والتريث، أين يجب عليه تبليغ أمر القاضي بالتنفيذ للطرف الأخر ثم انتظار انقضاء ميعاد الطعن بالبطلان أو بالاستئناف والذي يبدأ سريانه من تاريخ تبليغ الأمر، وبالتالي عند انقضاء هذه المدة دون وجود طعن من طرف الذي صدر ضده الحكم وهي شهر يمكن له أن يبدأ بالتنفيذ الجبري عن طريق محضر قضائي، وإلا سينتظر إلى غاية الفصل في الدعوى اذا ما تم تأييد الحكم من طرف المجلس القضائي .

والملاحظ انه توقيف مؤقت فقط، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في قانون الاجراءات المدنية السابق لسنة 1981 في نص المادة 1502 لكن رجع المشرع الفرنسي في قراره في القانون

---

[1]- حوت فيروز، **مرجع سابق**، ص 140-141.

الجديد لسنة 2011، في المادة 1526 بالتحديد وأقر أن الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي وإستئناف الأمر القاضي بالتنفيذ ليس لهما أثر موقف"[1]، وبهذا المشرع الفرنسي يعد كأحد القوانين الأكثر تشجيعا للتحكيم التجاري الدولي كونه يعمل على تسريع عملية التنفيذ دون انتظار مهلة الطعن وغلق الباب إتجاه الطاعن الذي له نية عرقلة التحكيم وتإسيسه على أسباب إحتيالية [2].

إلا أنه نشير إلى استثناء في وقف تنفيذ الحكم التحكيمي، أن الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل تكون قابلة للتنفيذ رغم قابليتها للطعن[3]، زد على ذلك انه يمكن أن تصدر أحكام تحكيمية بصورة نهائية حيث لا يقبل الطعن فيها بالاستئناف نظرا لاتفاق الأطراف على ذلك وهي ما تسمى بأحكام النفاذ المباشر[4]. كما انه إذا فشل الطريق الاستئنافي فانه لا يمكن للخصم الطاعن أن يرجع مرة أخرى بالطعن عن طريق الدعوى بالبطلان ذلك بسبب اختلاف الوسيلتين بالأساس.[5]

ثانيا: الطعن بالنقض لقد أجاز المشرع الجزائري طريق الطعن بالنقض إلا أن هذا الطعن لا يكون ضد أحكام التحكيم بطريق مباشر، بل ترفع ضد قرارات القاضي الصادر عن المجلس القضائي الفاصل في موضوع الطعن بالاستئناف المؤيد المنح أو الرفض الصيغة التنفيذية والاعتراف أو الطعن بالبطلان ،حيث نص في المادة 1061 من ق إ م إ على انه " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض" .

الباحث في جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، لا يجد أثر لهذا الطريق من الطعن بل استفرد به المشرع الجزائري في ظل جنوح اغلب التشريعات الحديثة السعي نحو تقليص وتضييق مجال مراجعة الأحكام التحكيمية ،فهل وفق المشرع في ذلك؟

في اعتقادنا أن المشرع جانب الصواب في هذا الاتجاه لان سبب اختيار الأطراف للتحكيم هو مميزاته وتأتي السرعة أهم عامل تفرضه مقتضيات عقود الاستثمار بصفة خاصة وعقود التجارة الدولية بصفة عامة، فالحكم التحكمي ناتج عن هذه الإرادة فكان على المشرع أن يضيق من هذه الرقابة لخصوصية التحكيم، والتي يمكن أن يضيع فيها الوقت الكثير والربح الكبير لكلا الطرفين،

---

[1] **- Art.1526; Décret n° 2011-48 ; op.cit** « le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exéquatur ne sont pas suspensif » .

[2] - Christophe seraglini , **« l'efficacité et l'autorité renforceé des sentences arbitrales en France après le décret n48-2011 du 13 janvier 2011 »** Cahiers de l'arbitrage/Paris Journal of International Arbitration n 02 2011 pp 875-876.

[3] – إلا أن المشرع وضع قاعدة أخرى كاستثناء لهدا الاستثناء حماية للطرف المتضرر من التنفيذ المؤقت حيث سمح له برفع اعتراض على النفاذ المعجل أمام رئيس الجهة القضائية المعروض أمامها الاستئناف ويجوز له توقيف النفاذ المعجل عن طريق الاستعجال إذا رأى أن الاستمرار فيه يرتب أثار بالغة الأثر، وتجنب للمخاطر الناتجة عن الاستغلال التعسفي لحق التنفيذ المؤقت أقر أن يأمر بالنفاذ المعجل مع فرض كفالة وهذا طبقا لنص المادة 323/فقرة 3 للمطالعة أكثر ارجع الى عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي،**المرجع السابق**، ص 232 ومابعدها، وكذا حوت فيروز، **مرجع سابق**،ص 147.

[4] – حوت فيروز، **مرجع سابق**، ص 146

[5] – **نفس المرجع**، ص 147 نقلا: عن أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، ص 246.

وتعطي فرصة للطرف المتقاعس لربح الوقت، خاصة إذا ما نظرنا إلى الميعاد الذي يرفع به الطعن بالنقض شهرين ويمكن أن يصل ثلاث أشهر[1]، على الرغم أننا يمكن أن نفهم اتجاه المشرع في هذا هو محاولة توحيد الطعن في الأحكام القضائية بغض النظر عن طبيعتها القضائية أو التحكيمية، لكن ليس مبرر لتساوي التحكيم بالقضاء لأنه لا جدوى منه وإلا كيف نبرر حرص الأطراف الابتعاد عن القضاء وتعقيداته .

والمعلوم أنه يرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا لاختصاصها بالنظر في الطعن بالنقض في قرارات النهائية الصادرة عن مجالس القضائية، كما لا يطرح عليها موضوع النزاع الذي فصلت فيه المحاكم أو مجالس القضائية، إنما يطرح عليها موضوع أخر هو الحكم المطعون فيه لتثبت فيما إذا كان مخالفا لحكم القانون ومدى سلامة تطبيقه القانونية، نظرا للطابع المميز لها وهي أن المحكمة العليا ليست محكمة درجات أو موضوع بل هي محكمة قانون[2].

لكن المستقرأ لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يجد أثر للإجراءات والأوجه التي يؤسس عليها الطعن بالنقض على القرارات القضائية الصادرة عن المجلس المتعلقة بأحكام التحكيم، وبالتالي هذا الفراغ يفرض علينا طرح العديد من التساؤلات،حول القواعد التي تبنى عليها إجراءات الطعن بالنقض(أولا) وما هي الآثار المترتبة عنها (ثانيا)

1- **القواعد التي تبنى عليها إجراءات الطعن بالنقض:** الأصل انه في حالة وجود فراغ قانوني يفرض علينا بداهة اللجوء إلى القواعد العامة ،وهو الحال بالنسبة إلى هذا الفرض أين نجد أن المشرع لم يحدد لنا الإجراءات ولا الحالات ولا الأسباب التي يجب الاستناد إليها لتقديم الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ضد قرار القاضي الصادر عن المجلس القضائي الفاصل أما في الاستئناف آو في الطعن ببطلان الحكم التحكيمي، اذ نفرض انه قصد بذلك القواعد العامة .

بالرجوع للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية انه تكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة عن أخر درجة من المحاكم والمجالس القضائية [3]، أين يرفع الطعن في أجل شهرين تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه اذا كان التبليغ شخصيا ويمدد إلى ثلاث أشهر اذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار أين يتم رفع عريضةافتتاح دعوى مشتملة على البيانات الأساسية المحددة

---

[1]- ينظر: المادة 345 من **قانون 09/08** المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والادارية " يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة أشهر أذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار".

[2]- حسين فريدة، **المرجع السابق**، 113.

[3]- ينظر: المادة 349 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية الإدارية. **المرجع السابق**

قانونا[1]، وبيان أحد الأوجه أو أكثر التي بينتها نص المادة 358 من ق إ م إ وهي 18 سببا للتأسيس يمكن سردها كما يلي: "1- مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات، 2- اغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات، 3-عدم الاختصاص،4- تجاوز السلطة، 5- مخالفة القانون الداخلي،6- مخالفة القانون الاجنبي المتعلق بقانون الأسرة، 7- مخالفة الاتفاقيات الدولية،8- انعدام الأساس القانوني،9- انعدام التسبيب،10- قصور التسبيب، 11- تناقض التسبيب مع المنطوق ،12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار، 13- تناقض أحكام وقررات الصادرة في أخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد أخر حكم أو قرار من حيث التاريخ وإذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول،14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه ويجب توجيهه ضد الحكمين، إذا تأكد التناقض تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا،15- مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم والقرار،16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب،17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية،18- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية." ويتم توقيع هذه العريضة من قبل محامي معتمد لدى المحكمة العليا[2] ثم يودعها أمانة ضبط المحكمة العليا، كما يجوز سلوك الإجراء نفسه لدى أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم موضوع الطعن طبقا لنص المادتين 560 من (ق إ م إ).

ثم يتم التصريح بالطعن في محضر يعده أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي أو أمين الضبط الذي يفوضه لهذا الغرض مشتملا على بيانات شخصية إسم

---

[1]- نصت المادة 565 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه " يجب أن تتضمن عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة البطلان عدم قبلها شكلا المثار تلقائيا ما يأتي:

1- اسم ولقب وموطن الطاعن وإذا تعلق الطعن بشخص معنوي بيان تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي

2- اسم ولقب وموطن المطعن ضده او ضدهم وإذا تعلق الطعن بشخص معنوي، بيان تسميتهه مقره الاجتماعي.

3-تاريخ وطبيعة القرار المطعون فيه

4- عرضا موجزا عن الوقائع والإجراءات المتبعة

5- عرضا عن أوجه الطعن المؤسس عليها الطعن بالنقض

يجب إلا يتضمن الوجه المتمسك به أو الفرع منه إلا حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض بعد تحديدها وذلك تحت طائلة عدم القبول".

[2]- أنظر المادة 567 من ق إ م إ " يجب أن تحمل عريضة الطعن بالنقض وتحت طائلة عدم قبولها شكلا تلقائيا التوقيع الخطي وختم محام معتمد لدى المحكمة العليا وعنوانه المهني".

ولقب وموطن الطاعن وكذا والمطعون ضده، وإذا كان شخص معنوي يبين تسميته وطبيعيته ومقره الاجتماعي وصفته وممثله أو أمين الضبط الذي يفوضه لهذا الغرض لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي القائم بالتصريح[1].

أين يقوم الطاعن تبليغ المطعون ضده رسميا خلال أجل شهر واحد من تاريخ التصريح بنسخة من محضر التصريح بالطعن، بالنقض وبنسخة من محضر التصريح وتنبيهه بأنه يجب عليه تأسيس محام إذا رغب في الدفاع عن نفسه، وللطاعن أجل شهرين ابتداء من تاريخ التصريح بالطعن بالنقض لايداع العريضة بأمانة ضبط المحكمة العليا أو المجلس القضائي ويعرض فيها الأوجه القانونية لتأسيس طعنه وذلك تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض شكلا[2]. كما تتم التبلغيات وفقا لحكام المواد 404 الى 416 من ق إ م إ، كما يجب إرفاق عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم القبول شكلا تلقائيا بالوثائق التالية[3]:

- نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم محل الطعن مرفقة بمحاضر تبليغ الرسمي إن وجدت.
- نسخة من حكم المؤيد أو الملغى بالقرار محل الطعن.
- الوثائق المشار اليها في مرفقات عريضة الطعن.
- وصل دفع الرسم القضائي لدى أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي.
- نسخة من محاضر التبليغ الرسمي للتصريح و/أو لعريضة الطعن بالنقض إلى المطعون ضده.

ثم يفصل في موضوع في جلسات المحكمة العليا علنيا مالم يتقرر جعلها سرية.

2- **الآثار المترتبة على الطعن بالنقض** : بالرجوع لنص المادة 348 من ق إ م إ نجد أنها بينت لنا انه« ليس لطرق الطعن غير العادية ولا الآجال ممارستها أثر موقف مالم ينص القانون على خلاف ذلك" معنى ذلك أن أول اثر يرتبه الطعن بالنقض ضد قرارات القاضي الصادر عن المجلس القضائي الفاصل في موضوع الطعن بالاستئناف المؤيد المنح أو الرفض الصيغة التنفيذية والاعتراف أو الطعن بالبطلان هو انه ليس له أثر موقف لتنفيذ الحكم القضائي المطعون فيه كقاعدة عامة، لكن أورد استثناء في شقه الأخير وهو يقصد بذلك ماورد في نص المادة 361 من نفس القانون " لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وفي دعوى التزوير" معنى ذلك انه يوجد حالات يكون للطعن بالنقض اثر موقف وهي – المواد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، وكذا الأمر بدعوى تزوير.

1- يراجع المادة 562 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08، **المرجع السابق**.

2- يراجع المادة 563 من **نفس القانون** .

3- يراجع المادة 566 من **نفس القانون**.

كما أن للطعن بالنقض أثر يتعدى إلى كل الأطراف إذا كان موضوع الطعن غير قابل للتجزئة بمعنى أنه حتى ولو رفع الطعن من أحد الخصوم فانه ينتج أثره بالنسبة لجميع الخصوم أي حتى على الذين لم يرفعوا الطعن بالنقض، كذلك يجب الإشارة أنه غير مقبول إلا إذا استدعي فيه جميع الخصوم وتبليغهم[1].

إضافة على ذلك أن أثر الطعن بالنقض لا يقتصر إلا على أحد الأوجه المتمسك بها أو فرع منها من حالات الطعن بالنقض بعد تحديدها ذلك تحت طائلة عدم قبولها[2].

يترتب على قبول الطعن بالنقض شكلا وموضوعا حالتين:

- **الحالة الأولى:** نقض القرار المطعون فيه والتي تحيل فيه المحكمة العليا القضية إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيلة جديدة وإما أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع أو الدرجة بمعنى إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم أو القرار المنقوض[3].
- **الحالة الثانية:** نقض القرار المطعون فيه دون إحالة والتي قدر فيها قضاء الموضوع الوقائع بكيفية تسمح للمحكمة العليا أن تطبق القاعدة القانونية الملائمة بتأييد الحكم الذي أبطله او الذي أيده القاضي، كما يجوز للمحكمة العليا أن تمدد النقض بدون إحالة للأحكام السابقة للحكم التبعي التي ترتب عنه نقض القرار أو الحكم المطعن فيهما.

ثالثا : الطعن بالبطلان : يعتبر البطلان ذلك الجزاء الذي يرتبه المشرع نتيجة اختلال أحد الأركان المطلوبة لصحة التصرف قانونا أو بمقتضى نص القانون، حيث يؤدي هذا البطلان إلى فقد هذا التصرف لقيمته القانونية[4]، كما يعرفها البعض أنها دعوى موضوعية تقريرية يرفعها كل ذي شأن أمام المحكمة المختصة بنظرها يطلب فيها الإجراءات المعتادة لرفع الدعاوي وتوقيع جزاء بطلان حكم التحكيم متى توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها قانونا على سبيل الحصر[5].

---

[1]- ينظر: المادة 362 من **ق إ م إ** تنص على " إذا كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، فإن رفع الطعن بالنقض من احد الخصوم ينتج أثاره بالنسبة إلى الباقي حتى ولو لم يطعنوا بالنقض.

وإذا رفع الطعن بالنقض ضد احد الخصوم في الموضوع غير قابل للتجزئة لا يكون ذلك الطعن مقبولا مالم يتم استدعاء باقي الخصوم."

[2]- راجع المادة 565 من **ق إ م إ** تحت الفصل الرابع في قبول عريضة الطعن بالنقض .

[3]- ينظر: المادة 346/فقرة 01 التي تنص على أنه " اذا نقض الحكم أو القرار المطعون فيه تحيل المحكمة العليا القضية إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيلة جديدة وغما جهة قضائية أخرى من نفس النوع أو الدرجة".

[4]- اوزان زهير، نطاق الرقابة على الحكم التحكيمي من خلال طرق الطعن، **مجلة القانون والأعمال**، مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، المغرب،العدد15،سنة 2017،ص 105

[5]- الفوزان فوزان بن علي، **دور القضاء في التحكيم وفق النظام السعودي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة القصيم كلية الشريعة والدراسات الإسلامية،السعودية،سنة 2016،ص 63.

والأصل أن الأحكام القضائية لا يطعن فيها بالبطلان وعلى الرغم من إعتبار قرار التحكيم في الاتجاه غالبا حكما، فإن التشريعات تجيز الطعن بالبطلان على أساس أن المحكم لا يستمد ولا يته من الشارع وإنما من اتفاق التحكيم .

وعليه فمن أوجه الاختلاف الأساسية بين الحكم الصادر في خصومة التحكيم، وبين الحكم الصادر في الخصومة القضائية خضوع حكم التحكيم لدعوى البطلان وهذا الطريق يختلف عن الطرق المقررة للأحكام القضائية ويعد من السمات المميزة لحكم التحكيم وينفرد بها دون الأحكام القضائية [1].

وإن كانت معظم قوانين الإجراءات وقوانين التحكيم تجيز رفع دعوى البطلان، والغاية التي دفعت المشرع لتقريره يرجع إلى الطبيعة العقدية لحكم المحكم فهو وليد حرية الأطراف، وضمان حماية قضائية موضوعية للحقوق والمراكز القانونية المعتدى عليها، إلا ان مواقف التشريعات اختلفت في تحديد نطاقه وفي هذا السياق سنبين كل من نطاق دعوى البطلان، وكذا حالاته واجراءاته فيما يلي:

1- النطاق القانوني للطعن بالبطلان : تعترف الأنظمة القانونية المعاصرة للطعن بالبطلان على حكم التحكيم، لكن اختلفت حول نطاق هذا البطلان أين يمكن تقسيمه إلى إتجاهين:

أ-الإتجاه الموسع للقضاء ببطلان حكم التحكيم: أين يخضع أي حكم تحكيمي دولي للبطلان إذا ما توفرت أسبابه، بمعنى أن التوسع خاص بنوع التحكيم اي يمكن الطعن بالبطلان الحكم التحكيمي وذلك بغض النظر عن مكان صدوره سواء كان صادر في إقليم الدولة المرفوع أمام قضائها الطعن بالبطلان أو كان قد صدر في الخارج بالتطبيق لقانونها، ومثال ذلك المشرع المصري أين نص في مادته 52 " يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة في المادتين 53 و54" والملاحظ أن المشرع المصري منح الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم إذا كان التحكيم قد جرى في مصر بصدد منازعة دولية أو كان التحكيم جرى في الخارج واتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري.

ب- الاتجاه المقوض للقضاء ببطلان حكم التحكيم : أنه حتى ينعقد الاختصاص للمحاكم بنظر دعوى الطعن بالبطلان المرفوعة ضد حكم التحكيمي لابد أن يكون صادر في الداخل فقط، ومثال ذلك المشرع الفرنسي أين نص في مادته 1504 من ق إ م ف " يمكن الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا بشأن التحكيم الدولي في الأحوال المنصوص عليها في المادة 1502" و هو الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 1056 من ق إ م إ " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه" وعليه نرى انهما أغلقا باب الطعن ضد قرارات التحكيم الصادرة في الخارج . ونرى العلة في ذلك هي الرغبة في منح مكانا للتحكيم يتلاءم مع فرض الرقابة التي يمارسها القضاء الوطني على أحكام التحكيم.

---

[1]- الفوزان فوزان بن علي، **المرجع السابق**،ص 62.

كما أن هناك بعض الأنظمة من تضيق أكثر في حالات إختصاص القضاء الوطني بالبطلان بغض النظر عن نوع التحكيم ومثال ذلك المشرع البلجيكي .

2- **حالات الطعن بالبطلان:** بالرجوع الى نص المادة 1058 من ق إ م إ نجد أنها أحالتنا إلى نص المادة 1056 من نفس القانون التي نجد في مجملها انها حصرت لنا حالات البطلان، وهي نفسها حالات التي يمكن ان يستأنف فيها الأمر القاضي بالاعتراف وهي كالأتي:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة او انقضاء مدة الاتفاقية.
- أذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعين المحكم الوحيد مخالف للقانون
- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب
- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي

والملاحظ على هذه الحالات هو كثرتها واستيعابها لأكبر عدد من الفروض التي يمكن الطعن فيها على حكم التحكيم الدولي بالبطلان والطعن بالبطلان على حكم التحكيم يتعلق بالنظام العام فلا يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على إمكانية الرجوع على حكم التحكيم بالبطلان[1].

3- **إجراءات الطعن بالبطلان:** تناول إجراءات رفع دعوى البطلان تقتضي منا تحديد المحكمة المختصة وأجل رفع دعوى البطلان

أ- **المحكمة المختصة لرفع دعوى البطلان:** جميع المواد المنضمة للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع لم يبين لنا إجراءات رفع دعوى بطلان الحكم التحكيم باستثناء الجهة القضائية المختصة طبقا لنص المادة 1059من نفس القانون ،الأمر الذي يستوجب الرجوع الى القواعد العامة لرفع الدعوى في الكتاب الأول المتعلق بالدعاوي وعلى هذا الأساس ترفع الدعوى بطلان حكم التحكيم بعريضة مشتملة على البيانات التي تضمنتها المادة 15 من ق إ م إ وما بعدها وبالطريقة التي ترفع بها الدعاوي أمام المحاكم، كما يجب إرفاق عريضة مع الحكم المطعون فيه وبيان أوجه وأسباب الطعن المنصوص عليها في المادة 1056 السالفة الذكر، ويتم الحضور وفق للإجراءات المعتادة في الدعوى وتسري على سير الخصومة وعوارضها والبطلان وإصدار الحكم في دعوى البطلان كل القواعد المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

---

[1]- صالح عرباوي نبيل، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم في القانون الجزائري، **مجلة القانون والاعمال**، مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، المغرب،العدد 32، سنة 2018،ص 16.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 23.

وخروجا عن القاعدة العامة أن دعوى بطلان حكم التحكيم يتم رفعها على مستوى المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه هذا الحكم[1] ولا يهم إذا كان الحكم التحكيمي صدر بموجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري أو طبقا لقانون إجرائي أجنبي إختاره الطرفان أو تم اختياره احتياطيا من قبل المحكم [2].

ويعتبر اختصاص المجلس القضائي اختصاصا نوعيا وإقليميا متعلقا بالنظام العام فلايجوز رفع دعوى البطلان في هذا المقام أمام أي محكمة من المحاكم الابتدائية وان حصل ذلك يتعين على هذه الأخيرة أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، حيث يمثل المجلس القضائي في الجزائر محاكم الدرجة الثانية (محاكم الاستئناف) [3]، والعلة في ذلك هو السرعة وتفادي البطء.

ب- **ميعاد رفع دعوى البطلان:** ترفع دعوى البطلان خلال أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ وهذا ما نصت عليه المادة 1058 من ق إ م إ " .. يقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم ولا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ" [4].

وميعاد رفع دعوى البطلان هو من المواعيد الناقصة التي يتعين اتخاذ الإجراء خلالها أي قبل انقضاء اليوم الأخير وإلا سقط الحق في رفع دعوى البطلان وهو متعلق بالنظام العام فلا يمكن تعديله من قبل الخصوم أو القاضي[5].

الفرع الثاني: ركائز قاعدة تدخل القاضي بين الشكلية والموضوعية

سبق وأن أشرنا أن هناك نظامين سائدين لتنفيذ قرارات التحكيم، نظام رفع الدعوى القضائية ونظام الأمر بالتنفيذ ورأينا اختلاف تشريعات الدول من حيث السلطة التي تمنحها لقضائها الوطني في ممارسة الرقابة على حكم التحكيم، فمنها من توسع في منح قضائها فحص الحكم التحكيمي من ناحيتين ناحية شكلية وناحية موضوعية، أي أن القاضي يفحص موضوع النزاع من ناحية شكلية والتأكد من توفر بعض الشروط الإجرائية، وكذا من الناحية الموضوعية أي البحث في أصل الموضوع من جديد بإثارة حيثياته من جديد، بينما تكتفي بعض الدول بفحصه من الناحية الشكلية فقط، ومنهم من أخذ بالمزج بين هذين

---

[1]- ينظر: المادة 1059 من **ق إ م إ** " يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم ... أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه.

[2]- حدادن الطاهر، **المرجع السابق،** ص 1430

[3]- حوت فيروز، **المرجع السابق،** ص184.

[4]- خلافا فالمشرع المصري فقد حدد اجل أكبر فبالرجوع للنص المادة 54 من **قانون رقم 27** لسنة 1994 نص " ترفع دعوى البطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوما التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم المحكوم عليه ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول دعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم".

[5]- صالح عرباوي نبيل، **المرجع السابق،**ص 22.

النظامين ولكن بصورة محدودة سنبين هذه الأساليب التي تشكل مجموعها مرجعية لتدخل القاضي في بعض الدول فيما يلي:

أولا: **أسلوب المراجعة** محتوى هذا الأسلوب أن القاضي الوطني يراجع ويفحص الحكم التحكيمي من حيث الشروط الشكلية والموضوعية،حيث يتأكد أن قضاء التحكيم ،قد فصل في النزاع على وجه سليم، وفيها يستطيع القاضي عرض الوقائع من جديد ،ويقوم بتفسير ومناقشة أطراف الموضوع النزاع،حتى يمكن إصدار أمر بالتنفيد، كونها دعوى جديدة لا ينحصر موضوع فحصها من ناحية الشكلية فقط وإنما يتعداه إلى الناحية الموضوعية اي مراجعة أصل الحق موضوع النزاع، ولقد ظل العمل بها في القضاء الفرنسي فترة زمنية طويلة[1]،استنادا لمبدأ إقليمية الأحكام التي تقضي بتنفيذ الأحكام في الدول المصدرة فقط، وبذلك استبعاد تنفيذ أحكام الأجنبية دون إعادة فحصها بدعوى جديدة ومراجعتها من الناحية الشكيلة والموضوعية.

إذ نجد أن القانون المدني الفرنسي لسنة 1884 سمح بتنفيذ الأحكام الأجنبية وإحداث أثرها داخل الدولة، وهذا ما أكده كذلك نص المادة 546 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن " الأحكام الصادرة في المحاكم الأجنبية والسندات المحررة أمام موظفين عامين أجانب لا يجوز تنفيذها إلا بالطريقة نفسها وفي الحالات المنصوص عليها في المادتين 2123 و 2128 من قانون نابليون" وبهذا استقر المشرع الفرنسي على تبني نظام مراجعة الحكم التحكيمي الأجنبي سواء الصادر في حق الفرنسيين أو الأجانب بعد فحصه من جديد، على أساس أنه حكم وطني وإمهاره بالصيغة التنفيذية حيث تعتبر المحكمة الوطنية وكأنها درجة ثانية يعاد فيها فحص الموضوع بجميع حيثياته الشكلية والموضوعية [2].

ويرى جانب من الفقه أن هذا النظام هو ذاته نظام رفع الدعوى القضائية الذي سبق الإشارة إليه والذي تنتهجه التشريعات الانجلوسكسونية، وقد انتقد هذا الأسلوب انتقادات كثيرة كونه يؤدي إلى إهدار الحقوق، ولا يحقق المزايا المرجوة من سرعة وسرية، كما يعد أسلوبا جامدا، ويتنافى مع مبدأ التعاون بين الدول، وقد أكدت محكمة الاستئناف في باريس موقفها المعارض من هذا الاتجاه[3]،فانصرفت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير في 07 جانفي 1964 المتعلق بقضية منزر[4]، إلى التخلي على أسلوب المراجعة وإنتهاج أسلوب المراقبة فما هو هذا الأسلوب؟.

---

[1]– عمارة بالغيث، **تنفيذ الأحكام الأجنبية**، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية،جامعة عنابة، سنة 1989 ص 74.

[2]– عبد النور أحمد،**المرجع السابق**،ص424.

[3]– إبراهيم اسماعيل، علي خضر الجنابي، **مرجع سابق**،ص 169.

[4]–قضية منزر كانت نقطة تحول في تبني فرنسى نظام المراقبة سنة 1964،حيت كانت سيدة منزر تحوز على حكمين صادرين في محكمتين امريكيتين،صدر الأول عام 1926،والثاني 1958،والتي طالبت بتنفيذهما في فرنسا موطن زوجها. وكان الحكم الأول يقضي بالتفريق الجسماني بينهما ويفرض نفقة على زوجها،اما التاني فيتضمن الزام السيد منزر بدفع المستأخر من النفقة، فقام سيد منزر بالاستئناف وطلبه بإعادة النظر في الحكم بسبب ان النفقة المحكوم بها مرتفعة جدا فأصدرت محكمة أيكس حكمها بالتفريق

ثانيا: **أسلوب المراقبة** : يقصد به أن القاضي الوطني لا يأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من توافر عدة شروط شكلية لازمة لصحة الحكم التحكيمي، دون أن يتعداه إلى الرقابة على أصل الحق و فحص موضوع النزاع من الناحية الموضوعية [1]،أي أنه يتم فحص الحكم الذي صدر من هيئة التحكيم ذاته من ناحية الشكلية ومدى احترام المبادئ الأساسية للدولة وإمهاره بالصيغة التنفيذية.

وعليه فان سلطة القاضي في الرقابة على حكم التحكيم تنصب على الناحية الشكلية ومقيدة ومحصورة بشروط تتمثل فيما يلي[2]:

- التحقق من وجود اتفاق تحكيم وتوفر أهلية الخصوم
- قابلية النزاع للتحكيم ودخوله في نطاق التحكيم وعدم تجاوز المحكمين لمهمتهم.
- مراعات المحكمين للمبادئ الاساسية للتحكيم وعدم وجود غش نحو القانون
- مدى إحترام مدة التحكيم المحدد قانونا أو اتفاقا
- عدم مخالفته للنظام العام

ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظام المراقبة شأنه شأن المشرع المصري، اذ بالرجوع الى نص المادة 605 من قانون 09/08 نجدها نصت على " لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط التالية:

- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص
- حائزة على قوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه.
- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه
- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

وكذا نص المادة 1051 من نفس القانون التي نجدها قد وضعت ضوابط للاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم[3]وسيجري بيانها في العنصر الموالي .

أما المشرع المصري فقد نص في قانونه التحكيمي رقم 28 لسنة 1994 و أعطى بموجب المادة 58 السلطة بفحص السندات المطلوبة لحكم التحكيم دون أن يكون له الحق في تعديل او تصحيح الحكم التحكيمي .

الجسماني ولم تنظر في النفقة وأسست حكما أنه يجب الحصول على أمر بالتنفيذ فضلا عن خضوعه لنظام المراجعة، وبعد استئناف هذا الحكم الذى محكمة النقض قضت في07 جانفي 1964 ان القاضي يراقب الحكم ولا يراجعه في خمسة شروط تجسد من خلالها سلطة القاضي في فحص الحكم والأمر بالتنفيذ

[1]- حمة مرامرية،الأمر بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في قانون إم إ الجزائري،**ملتقى وطني حول العلاقات الدولية الخاصة في الجزائرواقع متطور**،جامعة قاصدي مرباح ورقلة سنة 2010،ص 224.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 124.

[3]- ينظر: المادتين 605 و1051 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، **المرجع السابق**

وهذا ما أيّده موقف القضاء الدولي في القضية المشهورة [1] بين الطرف الليبي (gnmtc) والطرف السويدي (cotavarken) .

كما أخذ بهذا الأسلوب معظم الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك لعام 1958 في مادتها الخامسة أنه ليس للمحكمة مراجعة الحكم من الناحية الموضوعية، كما أخذت بذلك اتفاقية تنفيذ أحكام جامعة الدول العربية لعام 1952 وما نصت عليه مادتها الثالثة [2].

وبالتالي فان نظام الرقابة يعتبر ميزة أساسية وضمانة إجرائية لطمأنة أطراف النزاع، في أن سلطة رقابة القضاء الوطني لا تتعدى أصل الموضوع، ويقتصر بحث القاضي عن مدى احترام هيئة التحكيم عند إصدارها للحكم التحكيم للإرادة الحرة للأطراف والمبادئ الأساسية لتلك الدولة.

ثالثا: أسلوب المراقبة غير المحدود: هو أسلوب وسيط بين الصورتين السابقتين أي بين نظام المراقبة والمراجعة، فيقوم القاضي وفق لهذا النظام إضافة إلى رقابة الشروط الأساسية بالتعرض إلى موضوع الحكم لكن دون تعديله[3].

فهو يختلف عن نظام المراقبة من حيث أنه فضلا عن منح القاضي سلطة مراقبة الشروط الأساسية في الحكم التحكيمي فإنه يمنحه كذلك سلطة التصدي للموضوع، كما أنه يختلف عن نظام المراجعة من حيث كونه لا يسمح بتعديل الحكم محل التنفيذ إذا تبين له عدم سلامته من ناحية الموضوعية وأقصى ما يمكن أن يقوم به هو أن يقضي برفض طلب إعطاء الصيغة التنفيذية لذلك الحكم ويأخذ بهذا النظام بعض الدول العربية مثل: ليبيا والأردن[4].

---

[1]– هي إحدى القضايا الدولية التي تعد من مظاهر التأييد لأسلوب المراقبة الشكلية، تتلخص وقائعها بان الطرف الليبي الممثل في شركة (**gnmtc**)،قد تعاقدت على بناء ناقلة نفط مع طرف سويدي (**cotavarken**) وهو أحد مصانع بناء السفن واتفقا في العقد الخضوع والاحتكام غرفة التجارة الدولية عند نشوب اي نزاع، وبالفعل حصل النزاع وتم خضوعهم الى تحكيم الغرفة وصدر حكم لكن عند التنفيذ أمام المحكم السويدية دفع الطرف الليبي بوجود عيب في التسبيب، ذلك أن المحكمون أعلنوا في جزء من التسبيب أن الطرف الليبي كان معذورا في رفض تسلم السفينة المنشأة بواسطة الطرف الأخر، ثم أمر المحكمون في الجزء الأخر الحكم بتسلم السفينة من طرف الليبي، مما حصل تناقض في الحكم والمحكمة السويدية لم تلتفت إلى هذا الدفع تأسيسا ان اتفاقية نيويورك لا تجيز المراجعة في موضوع النزاع.

[2]– إبراهيم إسماعيل، علي خضر الجنابي، **مرجع سابق**،ص 170.

[3]– زروق نوال، **الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف02، سنة 2015،ص 23.

[4] – هشام علي صادق، **القانون الدولي الخاص**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2005، 267 وما بعدها.

خلاصة الباب الأول:

وقفنا في هذا الباب على حقيقة، أن المشرع وضع نهجا متدرجا في توزيع الاختصاص بفض منازعات عقود الاستثمار الدولية بصفة عامة، أن جعل مبدئيا القضاء الوطني للدولة المضيفة يحظى بالاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات الاستثمار، وهو ما يعد مظهرا يكرس سيادته داخل إقليمه وهو الأمر الذي أقرته الكثير من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار والقرارات الدولية وكذا التشريعات الوطنية المقارنة إلا انه وضع هذه القاعدة موضع اختيار، كونه وسع إمكانية الحماية القضائية التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في تسوية نزاعاتهم نتيجة لضرورات اقتصادية، وكامتياز لتخوف المستثمر من القضاء الوطني وعجزه في مسايرة منازعات عقود الاستثمار التقنية والمعقدة، وذلك عن طريق منح الاعتراف لنظم وترتيبات أخرى قد يتفق عليها الأطراف لفصل منزعاتهم، وأبرزها التحكيم، الذي أصبح القضاء الطبيعي لمنازعات عقود الاستثمار لما تشمله من ضمانات تحقق التوازن في العلاقة التعاقدية الاستثمارية بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

ولو أن المشرع أقر مبدأ التخصص الإقليمي للقضاء الوطني مع السعي في إصلاح المنظومة القضائية بإقرار اختصاص نوعي لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية او المنازعات الإقتصادية بصفة عامة، فإن الاعتماد على التحكيم ومدخله كآلية ناجزه في فض منازعات عقود الاستثمار واختياره بديلا على قضاء الدولة، في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية وتنامي الاعتماد عليه أملته العديد من المعطيات، لعل أبرزها ضرورة إصلاح منظومة القضاء بما يتماشى مظاهر العصرنة والعولمة التي نعيشها من سرعة، وثقة، دون أن نعي ذلك إصغارا من قيمة القضاء باعتباره الضامن الأول للحقوق وتحقيق العدالة، بل لضرورة مسايرة ما تفرضه المستجدات وضرورات الانفتاح الاقتصادي، خاصة أن وظيفة هذا الأخير– القضاء– لم تعد تنحصر في فض النزاعات بين الخصوم بل أصبحت ملزمة بتكلم لغة اقتصاد السوق من خلال تحقيق تنمية شاملة تتلاءم مع المستجدات التنظيمية لسوق الاستثمار العالمي، واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وهذا يفرض أن يكون هناك جهاز قضائي كفؤا ومؤهل ونزيه ومتخصص حقيقة.

كما شخصنا في هذا الباب أن مفهوم العدالة كغاية انطبع في القضاء الوطني على الرغم من قصوره، فوجود اتفاق تحكيمي يجعل القضاء الوطني ينتهج نهجا مضمرا في تقرير العدالة، وإقرار توزيع الاختصاص وتحصين مبدأ علوية الإرادة والثقة المشروعة، باحترام توقعات الطرفين في اختيار المحكم للقيام بمهمته التحكيمية الموكلة إليه، أين يمتنع فيها القضاء ويتخلى عن نظره للنزاع في وجود اتفاق تحكيم، لكن هذا مرهون ومشروط بشروط الالتزام الأطراف باكتمال ما اتفق عليه، وألا نكون أمام فرض استرداد القضاء وظيفته الأصلية إعمالا لقواعد العدالة الإجرائية (التوزيعة) .

ولا يتوقف دور القضاء هنا بل يبقى له دورا تكميلي غير إقصائي محدود وشكلي وفق ما أقرته له مختلف الأنظمة والاتفاقات الدولية في حسن سير خصومة التحكيم انطلاقا من روحه التحررية والتعاونية

في إزالة العوارض التي يقع فيها نظام التحكيم نتيجة اختلال الإرادة أو عدم اكتمالها أو في بعض المسائل التي عجزت أدوات التحكيم عن تأمينها، بالإضافة إلى دور مرفقي وقائي رقابي في تحقيق العدالة في رقابة الحكم التحكيمي ومقبولة تنفيذه والاعتراف به، بما يمتلكه هذا الأخير من سلطة الجبر التي تفتقدها هيئة التحكيم، في أوجه عديدة للرقابة تقتصر على الرقابة الشكلية المحضة .

وعليه نستنتج على انه بالرغم من أن التحكيم يسلب الاختصاص الأصيل من القضاء الوطني فان الممارسة التحكيمية دائما ما تحتاج إلى قضاء الدولة في ظل وجود العديد من الصعوبات التي لم يبلغ فيها حد التحرر المطلق، الذي يكسبه ضمان المحاكمة العادلة، الأمر الذي يسمح فيها هذا الأخير تدخله–القضاء الوطني– لإرساء متطلبات العدالة. وفي كل الحالات فان تدخل القضاء لا يخرج من مظهر تقديم المساعدة والرقابة على عمل المحكمين، وهو ما يبين تكامل وترابط كل من القضائين في البحث عن هدف واحد هو العدالة رغم ثبوث توازي القضائين .

لكن هل معنى وضع القضاء الوطني في خدمة التحكيم، يجعله تابعا له دائما ؟ وأن أحكام التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار بين أطراف العلاقة الاستثمارية لابد أن تمتزج بين دور المحكم ودور القاضي؟ أو يوجد إمكانية استقلالية التحكيم نهائيا عن القضاء؟

هذا ما سنجيب عنه في الباب الثاني بعد معرفة مرتكز وظيفة التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار وضوابط إخراج النزاع من القضاء الأصيل إلى التحكيم.وحدوده.

الباب الثاني

الدور الوظيفي للتحكيم بين مراعاة التنظيم القانوني و احترام ارادة الاطراف

الباب الثاني:

الدور الوظيفي للتحكيم بين مراعاة التنظيم القانوني واحترام إرادة الأطراف

يعد التحكيم من أهم الضمانات الإجرائية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، باعتباره نظام قضائي اتفاقي يهدف إلى تقديم عدالة موضوعية ناجزه، سريعة متخصصة، توفر للأطراف حماية قضائية أفضل من قضاء الدولة تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار الدولية، التي تتميز بتعقيداتها ومسائلها التقنية، وما يتضمنه من توازنات في العلاقة التعاقدية الاستثمارية بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

لكن هذا الأخير يعتبر حل تشاركي مشروط، حتى بعد إقرار الدولة لها والاعتراف بها، ينتقل الاختصاص لها بحتمية وجود مكونين أساسين: مكون اتفاقي يبين اتجاه إرادة أطراف النزاع في اختيار التحكيم كوسيلة ملائمة في فض منازعاتهم، والتي تشكل مرجعية أساسية في تقلده وظيفته القضائية .
والمكوّن الثاني التزام قانوني كون هذه القاعدة ذات الأساس الاتفاقي (الإرادة) –التحكيم- ليست قاعدة مطلقة بل ترد عليها ضوابط ولها حدود نظمها المشرع حتى لا تكون مدعاة للإبطال وضياع الحقوق وبالتالي لا ترتب أثرها المنشود في إخراج النزاع من ولاية القضاء إلى التحكيم، ومشروعية حكمها الفاصل في النزاع.

وبالتالي فوظيفة الهيئة التحكيمية تجمع بين أساسين التزام بإرادة المشرع للسلامة الإجرائية في نقل الاختصاص إلى التحكيم، ثم التزام باحترام إرادة الأطراف التي وجدت أساسا للعمل على الانكماش والخروج عن شكلية الالتزامات القانونية في النظام العادي للإجراءات القضائية وتقديم عدالة موضوعية ناجزه في الموضوع توفر حماية مصالح الأطراف المتنازعة، وتكفل استمرارية العلاقة الاستثمارية .

ورغم كل هذا الحذر في تنظيم مسالة منح الاختصاص للتحكيم يثبت الواقع العملي وقوع بعض الإشكالات العملية التي تعيق استمرارية الاختصاص للتحكيم وبالتي فنظام التحكيم دائما ما يحتاج إلى أسس لإنجاح مساره وحماية أطراف النزاع ،لكن بعيدا عن مغالاة القضاء مع التسليم بأن كل من لقضاء والتحكيم تجمعهما روابط التعاون والتكامل في فض النزاعات لكن يجب أن نقر أن التحكيم اليوم بالأخص التحكيم المؤسساتي يتجه بخطوات متسارعة نحو الاستقلال النهائي عنه .
وعليه في ضوء ما تقدم سنتناول ضمن هذا الباب مايلي:
الفصل الأول: إرادة المشرع في تضمين فاعلية منح الاختصاص للهيئة التحكيمية
الفصل الثاني: سيادة إرادة أطراف العلاقة الاستثمارية في تنظيم وظيفة التحكيم

الفصل الأول:

إرادة المشرع في تضمين فاعلية منح الاختصاص للهيئة التحكيمة

يعتبر عمل تحييد ولاية القضاء العام في فض منازعات عقود الاستثمار بصفة خاصة، ونقلها إلى ولاية الهيئة التحكيمية للفصل فيها، عملا مركبا يجمع بين دور التنظيم القانوني للدولة المضيفة ودور إرادة الأطراف، فإرادة المشرع دائما ما كانت مقترنة بإرادة الأطراف لضبطها وتنظيمها حتى تحقق غايتها.

فالأصل هو حرية التعاقد لكن في الواقع العملي نرى اتساع دائرة القواعد القانونية الآمرة التي تحصر هذه الحرية في شروط وحدود والتي تشكل مجملها ضوابط تحمي المصالح و تعمل على استقرار المعاملات .

انطلاقا من هذه المعطيات فإن تدخل المشرع في تحديد مضمون وظيفة التحكيم يعد استثناء عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مع مراعاة اختلاف هذا التدخل فقد يكون مباشرا عندما يصدر نصوصا أمرة يحتم على المتعاقدين والهيئة التحكيمية مراعاتها ولا يجوز لهم أن يتفقوا على ما يخالفها وكل اتفاق على مخالفتها يعتبر اتفاق باطلا لا يعتد به لان هذا النوع يتضمن مسائل تتعلق بالنظام العام، وقد تكون غير مباشرة عندما يضع قيود اتفاقية يترك فيها لطرفي العملية التحكيمية قدر من الحرية في تنظيم اتفاق التحكيم وفق ما يرونه محققا لمصالحهم، أو إعطاء صلاحية للمحكم بتعديل بعض الشروط وإعادة التوازن الاقتصادي للطرفين.

والملاحظ أن المشرع وازن بين طرفي العلاقة الاستثمارية فلم ينحاز لطرف منهما، ووفر حماية لطرفي التصرف القانوني، بالشكل الذي يمنع فيه التعسف في استعمال الحق من الطرف الدولة على اعتبار تمتعها بسيادة ومنع عليها أي تصرف أو إجراء يلحق ضررا بحق المستثمر الذي يقع في مركز أقل مهما بلغ رأس ماله مقارنة مع الدولة، وبالموازاة فرض على المستثمر الالتزام بما اتفق عليه [1].

وإن كان ما يعاب على المشرع الجزائري لم يكن موفقا في ضبط حدود النزاعات التي يمكن ان تقع بين أطراف العلاقة الاستثمارية وحصرها في الخلافات الناتجة عن التصرفات الإرادية، دون استيعاب التصرفات الخارجة عن إرادة الأطراف كالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة، ولو أننا نقر أن وجود شرط التحكيم كافي لإدخالها في اختصاص هيئة التحكيم.

وسنتناول في هذا الفصل دور إرادة المشرع في تضمين فاعلية منح الاختصاص للتحكيم في مبحثين أساسين: المبحث الأول: الضوابط التشريعية لإسناد الاختصاص للتحكيم

المبحث الثاني: نطاق سريان وظيفة التحكيم الفاصلة في منازعات عقود الاستثمار

[1]– " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية: يتسبب فيها المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائري و في حقه .." نص المشرع وحدد في هذه المادة 24 من **قانون الاستثمار رقم 16 /09** نطاق الخلافات التي يمكن ان تقع بين أطراف العلاقة الاستثمارية، دون الإشارة إلى خلافات قد لا يتسبب فيها المستثمر ولا الدولة الجزائرية .

المبحث الأول:

الضوابط التشريعية لإسناد الاختصاص للتحكيم

حتى يتم فض منازعات عقود الاستثمار عن طريق التحكيم دون القضاء الوطني، لابد أن يكون مرتبط بتوفر شروط اذ يستلزم بداية وجود اتفاق على التحكيم بين الطرفين[1]، على أساس أن هذا الأخير هو الذي يقنن مبدأ سلطان الإرادة التي تحكم كافة مراحل التحكيم، أين تتجه فيه إرادة الطرفين إلى عرض نزاعهما على الهيئة التحكيمية دون المحاكم الوطنية للفصل فيها، وتمتد فيها هذه الحرية إلى اختيار المحكمين وتشكيل هيئة التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق وكيفية إصدار القرارات وتنفيذها.

وأمام هذه الحريات كان لابد من توفر إطار قانوني يستوعب هذه الحريات ويؤسس لإجراءات سلمية، تفرض وجود اتفاق تحكيمي، هذا الأخير له صورتان تقليديتان فقد يوجد على شكل بند في صلب العقد الأساسي ويسمى شرط تحكيمي، وقد يكون في عقد مستقل عن العقد الأصلي ويسمى مشارطة، سواء قبل نشوء النزاع أو بعده (المطلب الأول) .

وهذا لا يكفي وحده بل يجب أن يكون مرهونا بفاعلية وفعّاليتة مصدر اللجوء اليه أي اتفاق التحكيم من خلال احتماله على مقوماته الأساسية التي سطرها التشريع لذا يستلزم توفر متطلبات موضوعية منها ما هو عام ومنها ما هو خاص (المطلب الثاني) إضافة إلى متطلبات شكلية يقتضي احترامها تحت طائلة البطلان(المطلب الثالث) .

المطلب الأول: وجود اتفاق تحكيمي كمتطلب لتفويض العدالة لهيئة التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم الأساس الذي يرتكز عليه قضاء التحكيم، فالقاعدة تقول لا تحكيم بدون اتفاق فمن غير المتصور أن يجري التحكيم أو أن يتم دون وجود هذا الاتفاق، اذ انه الأساس الذي يمنح المحكم سلطته في نظر النزاع بل هو الذي يعين على مسيرة التحكيم، ابتداء من اختيار هيئة التحكيم إلى غاية صدور القرار التحكيمي وتنفيذه، فالتحكيم هو من صنع الاتفاق.

استنادا لذلك فإن عرض أي نزاع على التحكيم بدلا من القضاء الوطني يستوجب وجود اتفاق بين الطرفين للالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل هذا النزاع سواء وقع هذا الاتفاق على كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف بمناسبة علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، لذلك أول ما ينبغي على المحكم أو القاضي القيام به هو أن يراقب أو يتأكد من وجود اتفاق تحكيمي، ثم مدى صحته فاتفاق التحكيم الباطل أو الغير موجود لا يسمح للمحكم ممارسة اختصاصه، وإن حدث ذلك يعتبر تجاوز لحدود سلطاته، وهذا التجاوز يمكن أن يؤدي إلى البطلان[2].

---

[1]-ينظر المادة 1008 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.**المرجع السابق.**

[2] –sadie Blanchard, **state consent , temporal jurisdiction, and the importation of continuing circumstances analysis into international investment arbitration** ,Washington university global studies law review ;volume 10 number 3,in 2011,p424.

لقد حضي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه والقضاء وكذا القوانين الوطنية والمقارنة والقانون الدولي، حيث وضعت العديد من التعاريف لاتفاق التحكيم والتي تصب في مفهوم واحد على أنه " اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو ستنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت او غير تعاقدية"[1]، كما عرفها جانب أخر انه الاتفاق الذي بموجبه يعرض النزاع على هيئة التحكيم للفصل فيه بحكم ملزم لأطراف النزاع[2].

سنبين في هذا الجانب أهم صور اتفاق التحكيم في لوائح المعاصرة والتشريعات المقارنة الخاصة بالتحكيم بما في ذلك التشريع الجزائري.

الفرع الأول : شرط التحكيم كصورة لإسناد الاختصاص لهيئة التحكيم

يقصد بشرط التحكيم، ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، والذي يتعهد بمقتضاه الطرفين أو الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلا بشان هذا العقد[3].

ولقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة1007من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية :"شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006اعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم" [4] ويفهم أنه عادة ما تثور في ذهن المتعاقدان إمكانية وقوع خلافات بينهم في المستقبل فمن الواجب أن يضمّنوا عقدهم بندا يلخصون فيه اتجاه إرادتهم لتسوية منازعاتهم بشان العقد المزمع تنفيذه عن طريق التحكيم، كما يجب أن تكون هده الارادة مترجمة بشكل واضح الدلالة والألفاظ على نيتهم الى الوعد بالتحكيم .وهذا ما يميز شرط التحكيم وهو تعلقه بنزاع محتمل الوقوع في المستقبل وليس تعلقه بنزاع قائم[5].

أما المشرع المصري فلم يضع تعريف محدد لشرط التحكيم واكتفى إلى الإشارة له في نص المادة 10/ فقرة الثانية من قانون رقم 27 لسنة 1994" يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواءا قام مستقلا بذاته أو ورد في قدر معين بشان كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين"[6].

---

[1]-منير عبد المجيد، **الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي**، منشأة المعارف،الاسكندرية، دون طبعة،سنة 2000،ص 101.

[2]- خالد محمد القاضي، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة**،دار الشروق،القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2002،ص 164.

[3]-**المرجع نفسه**، ص 212-213.

[4]-ينظر: المادة 1007من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **المرجع السابق**.

[5]-أيسر عصام داود سليمان،**الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة الأولى،سنة 2014،ص69.

[6]-لزهر بن سعيد، **المرجع السابق**،ص52.

من خلال هذا التعريف سنبين مجال شرط التحكيم (أولا) ثم الطبيعة القانونية وهو أمر أساسي يجب الوقوف عنده (ثانيا).

أولا: مجال شرط التحكيم :قد يرد شرط التحكيم عاما وذلك عند النص على إحالة كافة المنازعات التي تثور على العقد، كما قد يرد الشرط خاصا حين النص باللجوء إلى التحكيم في نزاعات محددة، أما إذا ورد شرط التحكيم في العقد الأصلي دون أي تفصيل، أي على وجه الإطلاق فيفهم بأن نية الأطراف تتجه إلى تسوية كل النزاعات الناشة على العلاقة التعاقدية[1].وبالتالي يتنوع شرط التحكيم حسب نطاقه وكذا ترتيبه إلى ما يلي:

1- **حسب النطاق**: يتحدد نطاق شرط التحكيم وفق أساسين اذا كان شرطا عام او خاص :

أ- **شرط عام** : هو الاتفاق صراحة على أن كل الخلافات القائمة في العقد والتي قد تثور مستقبلا، يكون التحكيم هو المختص بنظرها والفصل فيها، وبموجبه تلتزم الأطراف المتعاقدة بإحالة النزاع الذي ينشأ ويتعلق بأي نقطة في العقد الأصلي للتحكيم[2].ومثال ذلك شرط التحكيم لدى غرفة التجارة الجزائرية التي تدرج بند صريح "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائيا وفقًا لنظام مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة بواسطة محكّم واحد أو ثلاثة محكّمين معيّنين طبقًا لنظام هذا المركز "[3].

ب- **شرط خاص**: وهو بند مدرج في العقد الأصلي، تلتزم الأطراف المتعاقدة بإحالة أية خلافات قد تثور مستقبلا، إلى التحكيم حول مسالة معينة بالذات، أو مسائل على سبيل الحصر، وشرط التحكيم الخاص غالبا ما يكون مسبوق بوسائل أخرى لتسوية السلمية كالمفاوضات[4].

2- **من حيث الترتيب**:كما يتحدد مجال التحكيم وفق ما إذا تم تنظيمه وترتيبه إلى:

أ- **التعهد التحضيري**: ويقصد به أن ينص شرط التحكيم بإحالة ما قد يثور من منازعات مستقبلا بين الأطراف إلى التحكيم دون ترتيب أو تنظيم، وهذا يعني أنه بمجرد وقوع نزاع لا بد أن يشرع الأطراف إلى إنشاء اتفاق ثاني بينهما لوضع اتفاق تحكيم خاص[5]، باختصار إي أنه إشارة عرضية فقط في العقد الأصلي دون تنظيم إجراءاته وضبط حدوده بدءا بهيئة التحكيم إلى جهة الحكم والقانون الواجب التطبيق ...الخ.

ب- **التعهد المنظم** : وهو أن لا ينص شرط التحكيم فقط على الإشارة إلى اللجوء إلى التحكيم عندما يثور نزاع مستقبلا بين الطرفان، وإنما يتضمن شرط التحكيم نصوصا منظمة لعملية

1- محمد كولا، **المرجع السابق**، ص96.

2- خالد محمد القاضي، **المرجع سابق**، ص171.

3- نقلا عن **موقع غرفة التجارة والصناعة** يوم 2016/03/26 الاطلاع على ساعة 21:58 www.caci.dz

4- خالد محمد القاضي، **المرجع السابق**، ص172

5- **نفس المرجع**،ص173

التحكيم[1]، بشان تشكيل المحكمة، وعدد المحكمين، واللغة والقانون الواجب التطبيق، وكافة الإجراءات لتسير عملية التحكيم.

ثانيا: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم : لقد أثير إشكال في الطبيعة القانونية لشرط التحكيم في كونه شرط شبيه بالشروط المدرجة في العقود التي يجد تنظيمها في القانون المدني، أم أنها تتميز عنه ؟، وعليه كون الشرط في القانون المدني حسب الدكتور السنهوري أمر عارض يلحق عنصرا جوهريا، أما شرط التحكيم وان كان تربطه بالشرط المنظم في القانون المدني نقاط كثيرة إلا أن شرط التحكيم يتطلب أهلية خاصة لإبرامه هذا أولا وتعد الكتابة فيه ركنا من أركانه، وكذا في اختيار الهيئة التي اتجهت إرادة الطرفين لاختيارها، وكذا استقلاليته عن العقد الأصلي فهو عقد داخل عقد أو اتفاق داخل اتفاق[2].

كما ذهب رأي أخر لاعتبار شرط التحكيم وعدا بالتحكيم، وكون أن شرط التحكيم يكون في العقد الأصلي فهو احتمالي فقد يتم العمل به وقد لا يتم العمل به حسب الظروف، وبالتالي يغلب صفة العقد الوعد باللجوء إلى التحكيم ،أي أنه موقوف على قيام النزاع [3]، أو أنه معلق على شرط واقف يتمثل في وقوع النزاع، إلا أن هناك فارقا جوهريا يبعد الوعد بالتعاقد، عن الوعد بشرط التحكيم و يتمثل في أثار الوعد بالتعاقد في كون الوعد بالتعاقد يكون ملزم لجانب واحد فقط وهو الواعد دون إلزام من الموعود له ،أما شرط التحكيم فهو ملزم لجانبين وأساس التزامهم هو الخضوع الى التحكيم كبديل عن القضاء المختص في حالة نشوء نزاع[4].

ويرى جانب أخر أن شرط التحكيم عقد ابتدائي، لكن يمكن القول أن العقد الابتدائي يحتاج دائما إلى عقد أخر مكمل له، وفي اعتقادنا أن شرط التحكيم عقد كامل لا يحتاج إلى تكملة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن من خصائص العقد الابتدائي انه يرد على كافة العناصر الجوهرية في العقد، وان شرط التحكيم يمكن أن يرد على بعض العناصر فقط في نزاعات أو مسائل محددة[5].كما أن شرط التحكيم يطلق عليه انه عقد تبعي للعقد الأصلي، بمعنى أن العقد الأصلي لا يؤدي الى بطلان شرط التحكيم وفق لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم[6] في حين ان عقد التحكيم (مشارطة) لا يعتبر تبعي لأنه يصدر خارج عقد الأصلي.

---

[1]- خالد محمد القاضي، **المرجع السابق**، ص174-175.

[2]- أيسر عصام داؤد سليمان، **مرجع سابق**،ص71.

[3]- محمد كولا، **مرجع سابق**،ص98.

[4]-،أيسر عصام داؤد سليمان، **مرجع سابق**، ص72.

[5]- **نفس المرجع**، ص 73.

[6]-نبيهة بومعزة، **مرجع سابق**، ص227.

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم كصورة لإسناد الاختصاص لهيئة التحكيم

تختلف المشارطة عن الشرط بأنها تتضمن الكثير من التفصيلات التي لا يمكن أن يشتمل عليها شرط التحكيم [1]،فلقد أقر المشرع الجزائري مشارطة التحكيم في نص المادة 1011 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية :"اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوءه على التحكيم الداخلي" كما تنص المادة 1040من نفس القانون "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة "[2]،معنى ذلك أن اتفاق التحكيم (المشارطة) يتم إبرامه بين الفرقاء في نزاع معين قائم يلتزم بمقتضاه على عرض النزاع على محكم أو محكمين يختارونه للفصل فيه سواء كان تحكيم داخلي او دولي، معنى ذلك ان اتفاق التحكيم (المشارطة) يأتي بعد إبرام العقد الأصلي .

كما عرفها المشرع الفرنسي في نص المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي باعتباره ذلك الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف في نزاع معين قائم بالفعل بينهم، بعرضه على التحكيم، للفصل فيه بواسطة شخص أو أكثر من اختيارهم.

أما المشرع المصري فتطرق لها في نص المادة 10 من قانون 27 لسنة 1994"... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية".

أولا تعريف مشارطة التحكيم: المشارطة هي اتفاق خاص يوقعه الأطراف بعد قيام النزاع وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراء التحكيم وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون[3]،فمشارطة التحكيم تتعلق بنزاع قائم فعلا ويتطرق أطرافه إلى كافة جوانبه كما يكون منفصل عن العقد الأصلي، وعليه فهو ذلك الاتفاق الملحق بالعقد أو المنفصل عنه زمنيا، أما إذا وقع قبل وقوع النزاع فلا يعتبر مشارطة .

كما يشترط أن يكون موضوع النزاع قائما بالفصل بين الأطراف مدرجا في نطاق المسائل التي يجوز فضها بطريق التحكيم[4].

فمشارطة التحكيم هي وثيقة أساسية للتحكيم الدولي والتي تضع قاعدة سلوك إلزامي بالنسبة للأطراف الموقعين عليها من حيث تنفيذها او الالتزام بحكمها، كما يمكن أن نعتبر مشارطة التحكيم تنفيذا لشرط التحكيم الذي سبق الاتفاق عليه من قبل الفرقاء قبل قيام النزاع، وبالتالي تعتبر مشارطة التحكيم كوسيلة للاستكمال العناصر الضرورية حتى يتم التبادل الوظيفي وإلا كان التحكيم باطلا ولذا يتعين تحديد

---

[1] –ايسر داؤد سليمان،**مرجع سابق،** ص 75.

[2] – ينظر: المادة 1011 وكذا المادة 1040، من القانون رقم 09/08 التضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.**المرجع السابق.**

[3] –خالد كمال عكاشة، **مرجع سابق**،ص213.

[4] – أيسر داؤد سليمان،**مرجع سابق،** ص74.

العديد من المسائل الخاصة التي تتضمن تعيين النزاع على وجه الدقة، وكذا تعيين المحكمين واللغة والقانون الواجب التطبيق وكل هذا تحت مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[1].

كما عبر بعضهم أن مشارطة التحكيم تعتبر معاهدة دولية يخضع إبرامها للقواعد العامة في إبرام المعاهدات الدولية وفق للأحكام ومبادئ القانون الدولي العام [2].

وان كان يلاحظ أن المشرع الجزائري أسوة بالمشرع الفرنسي، والسويسري والمصري تجاوزا التفرقة بين شرط التحكيم والمشارطة (التمييز الكلاسيكي) بل نص عليها بعبارة اتفاق تحكيم، كان من المستحسن والأولى بالمشرع الجزائري المرور بهده المرحلة كون الدول التي عرفت هذا التمييز كان نتيجة لتجدر التحكيم في أنظمتها القانونية عكس الجزائر التي تعتبر حديثة العهد بالتحكيم التجاري الدولي وكونها أقل تنظيما لها، كان من الأفضل المرور أولا بهذه المرحلة للتفريق والتوضيح بين المصطلحين في المرسوم التشريعي أو في قانونها الجديد حتى لا نقر بأن المشرع اخذ الأنظمة القانونية على علتها مسلما بملاءتها على الواقع الجزائري [3]، وفي هذا الصدد يمكن أن نخلص إلى تبين بعض نقاط التفرقة بين كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

ثانيا: التفرقة بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم تختلف المشارطة عن الشرط بأنها :

- تتضمن الكثير من التفصيلات والتوضيحات التي لا يمكن أن يشتملها شرط التحكيم.
- المعيار المميز للمشارطة هو أن إبرامها يتم بعد قيام النزاع سواء بعد او قبل رفع الدعوى أمام القضاء أي أنه يمكن إبرام مشارطة التحكيم في أي حالة أو مرحلة يكون عليها إجراءات الدعوى، يكفي اتفاق الطرفين(تراضي) إذا رأوا أن مصالحهم تتفق مع ترك النزاع القضائي، عكس شرط التحكيم الذي يجب إدراجه في العقد الأصلي حتى نكون أمام شرط تحكيم.
- مشارطة التحكيم هي اتفاقات لاحقة على قيام النزاع أما شرط تحكيم فانه يتعلق بنزاع محتمل لم تتحدد ملامحه، وقد يتم العمل به وقد لا يتم العمل به حسب الظروف.
- مشارطة التحكيم تعد اتفاقا قائما بذاته ومستقلا عن العقد الأصلي، بينما شرط تحكيم يكون بندا من بنود العقد الأصلي.
- غالبا ما يكون شرط التحكيم مختصرا، يحيل فقط إجراء التحكيم لتسوية النزاع، أما مشارطة التحكيم فهو نظام كامل يحتوي على كل الإجراءات فهو يحدد موضوع النزاع، وكذا هيئة التحكيم والإجراءات، والقانون الواجب التطبيق، واللغة، والمكان ....الخ.

صحيح اليوم شرط التحكيم له نفس المرتبة والقوة القانونية مع مشارطة التحكيم، لكن قبل ذلك فان المشرع الفرنسي كان لا يعترف به واعتبره مجرد مرحلة تمهيدية سابقة على إبرام مشارطة التحكيم.

---

[1]-خالد كمال عكاشة، **مرجع سابق**، ص214.

[2]- مناني فراح،**التحكيم طريق بديل لحل المنازعات**، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، دون طبعة،سنة 2010،ص100

[3]-محمد كولا، **مرجع سابق**، ص98.

الفرع الثالث: الإحالة كصورة حديثة لمنح الاختصاص للتحكيم

الثابت كما بينا سابقا، أن اتفاق التحكيم بصورتيه التقليديتين شرطا أو مشارطة، يعد من الأسس الجوهرية لعملية اختيارية التحكيم على القضاء، فلا تبدأ هذه العملية إلا بعد التأكد من وجود اتفاق تحكيم صراحة، ويبقى لنا الآن أن نتناول الصورة الثالثة والأخيرة من صور اتفاق التحكيم، ونعني بها شرط التحكيم بالإحالة، وهي الصورة المعاصرة بعد الصورتين التقليديتين السابقتين، وسنبين هذه الصورة من خلال تقسيمها إلى قسمين تعريفها(أولا)وكذا شروط إعمالها(ثانيا)

أولا: تعريف شرط التحكيم بالإحالة قبل التطرق لشرط التحكيم بالإحالة، نوضح المقصود بمصطلح الإحالة: وهو "مصطلح قانوني موجود في كثير من فروع القانون خاصة في المرافعات القضائية، ويعتبر إحدى الوسائل الفنية التي يستخدمها المشرع ويسعى بمقتضاها على إعادة تنظيم سير الدعوى المطروحة أمام القاضي بنقلها تلقائيا ،الى محكمة أخرى لاختصاصها بها أو المحكمة المطروح أمامها ذات الدعوى أو المرتبطة بها، وبالتالي فهي وسيلة فنية تعتمدها النظم القانونية إما للتخفيف من جزاء مخالفة قواعد الاختصاص، واما لتلافي مضار الحالات التي يثبت فيها الاختصاص[1]،و إما إشارة من طرف متعاقدين لبند تم العمل به من قبل تفاديا لتكرار، فكثير ما نسمع الإحالة لمسالة قانونية، وإحالة دعوى، والإحالة للتحقيق وشرط التحكيم بالإحالة...الخ وما يهمنا في هذا المجال" **شرط التحكيم بالإحالة** " .

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور الحديثة لاتفاق التحكيم، ونعني بها إشارة المتعاقدين في عقد من العقود أو العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزءا لا يتجزأ من العقد[2] والفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة إلى عقد سابق بينهم، أو إلى عقد نمطي أو شروط معروفة التعامل بينهم، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم أو تفادي لتكرارها، وكان ذلك العقد النموذجي أو تلك الشروط العامة تتضمن بين بنودها شرطا أو بندا يقضي بتسوية النزاعات التي تنشأ بينهم عن طريق التحكيم، دون أن يستطيع أولئك الأطراف التنصل بدعوى استقلال العقد الأصلي عن العقد المحال إليه أو الشروط العامة المحال إليها والمتضمنة شرط تحكيم [3].

وبالإطلاع على مجمل مواد قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نلاحظ أن المشرع لم يشر إلى شرط التحكيم بالإحالة بتاتا، وإنما اكتفى بالنص على الصورتين التقليديتين فقط من الباب الثاني الفصل الأول في القسم الأول من (المادة1007 الى1010)وكذا القسم الثاني(من المادة1011الى1013)، على نقيض ماجاء به المشرع الفرنسي الذي أشار إلى شرط التحكيم بالإحالة في

[1]–هشام خالد، **الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام قضاء الدولة وقضاء التحكيم في نطاق المنازعات التجارية الدولية**، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر ،طبعة الأولى سنة2008،ص7.

[2]–خالد كمال عكاشة، **مرجع سابق**، ص216.

[3]–أيسر داؤد سليمان،**مرجع سابق**، ص80.

نص المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لعام 1979 بقولها[1]: يكون شرط التحكيم مكتوبا سواءا ورد هذا الشرط في العقد الأساسي أو وثائق أخرى أحال إليها العقد.

كما نصت المادة 10الفقرة الثالثة من القانون المصري الجديد على شرط التحكيم بالإحالة اذ جاء فيها:"يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد"[2].

والملاحظ أن شرط التحكيم قد لا يرد في العقد الأصلي، ولكن قد يكتفى بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، ولو كانت هذه الوثيقة صادرة من شخص من الغير، على أن تكون الإحالة إلى شرط التحكيم في هذه الوثيقة إحالة واضحة ومثالها إحالة سند الشحن إلى وثيقة إيجار السفينة المتضمنة شرط التحكيم[3].

وهذا ما أخذت به كذلك المادة 06/07 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985"تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم،شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت فيه بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد"[4].

وعليه نستنتج انه إذا قام أطراف عقود الاستثمار عند إنشاء العقد الأصلي بندا يحيل لعقد تم التعامل به من قبل أو إلى وثيقة صدرت من شخص معين تنص على شرط التحكيم، فانه يعتد بها كدليل اتجاه إرادتهما إلى حل النزاعات التي تنشا بينهم وفقا للتحكيم والإعمال بها، وهذا تماشيا مع مبدأ إعمال سلطان الإرادة، حتى وان لم تنص عليه التشريعات الوطنية في موادها كون العقد شريعة المتعاقدين.

ويتضح من النصوص التي سبق الإشارة إليها بخصوص شرط التحكيم بالإحالة ،أنه مظهر من مظاهر تشجيع المشرع للتحكيم، وشرعية للتبادل الوظيفي بينه وبين القضاء الوطني، في تسوية النزاعات والفصل فيها، انطلاقا من وجود اتفاق تحكيم صحيح، و تسليما بأن الأطراف قد حرروا هذا الاتفاق في عقدهم الأصلي، أو اكتفوا بالإشارة إليه عن طريق الإحالة إلى وثيقة أو عقد أخر تضمن شرط التحكيم.

ثانيا: شروط إعمال شرط التحكيم بالإحالة: لا يجب الاعتراف بصحة شرط التحكيم بالإحالة بصورة مطلقة، بل يقتضي التحقق أولا من بعض الشروط الواجب التأكد منها بقيام شرط التحكيم في شأن العقد الذي تتضمنه الإحالة نبينها في النقاط التالية:

---

[1] - Dominique Vidal ;'**droit francais de l'arbitrage commercial international** LGDJ ; Editeur : Gualino. 2004P 105 « directement ou par référence a un règlement d'arbitrage peut designer le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation ».

[2]- **راجع قانون التحكيم في المواد التجارية والمدنية المصري رقم 27** لسنة 1994

[3]-مناني فراح، **مرجع سابق**، ص97.

[4]-**قانون اليونسترال النموذجي لتحكيم التجاري الدولي** عام 1985مع التعديلات التي اعتمدت في 2006،مادة رقم7فقرة 6.

1. أن تكون الوثيقة المحال إليها سابقة في وجودها على العقد المحيل، فلا تكتفي الإحالة إلى اتفاق لاحق أو عمل قانوني لاحق يصدر بعد إبرام العقد المحيل، او غير موجود في حيز الوجود بعد.
2. أن تكون الإحالة واضحة وصريحة دالة الألفاظ في اعتبار شرط التحكيم المحال إليه جزء من العقد المحيل،أي أن الشرط جزء لا يتجزأ من العقد المبرم ،حيث يمكن عندئذ فقط التأكد من أن نية الأطراف اتجهت بالفعل إلى مد نطاقه ليشمل تسوية النزاعات التي تنشا في ظل عقد جديد[1].
3. يجب أن يكون العقد الوارد به الإحالة أي العقد الأصلي القائم بين الأطراف مكتوبا والكتابة يفرضها اعتباران الأول تيسير عملية إثبات شرط التحكيم بالإحالة عند إنكاره من أحد الأطراف، والثاني أن اتفاق التحكيم ذاته يجب أن يكون مكتوب فالكتابة شرط شكلي تفرضه القوانين ومنها الجزائر ،وسيأتي شرحه بالتفصيل في الشروط الشكلية أدناه.
4. يجب أن تكون الوثيقة المحال إليها تتضمن هي كذلك شرط التحكيم، ويفترض علم الأطراف على ذالك صراحة أو ضمنا إذا كانت تعاملاتهم متكررة وعلم بها مسبقا[2].

المطلب الثاني: المتطلبات الموضوعية لانعقاد الاختصاص للتحكيم

سبق الإشارة أن تفضيل واختيار التحكيم كوسيلة لفض منازعات العلاقات الاستثمارية، يستلزم توفر اتفاق تحكيمي باعتباره مصدر هذا التبادل والاختيار وأساس وجوده، لكن هذا لا يكفي وحده اذ حتى يرتب اتفاق التحكيم أثاره القانونية باعتباره عقدا في الأساس لابد أن يبقى مرهونا بفاعلية وفعاّلية مصدر اللجوء إليه _ اتفاق التحكيم- في فض المنازعات واختياره بديلا عن القضاء الوطني، اذ يتطلب قانونا توافر متطلبات موضوعية لصحة الالتزام الملقى على عاتق أطراف عقد الاستثمار منها ما هو عام يخضع له جميع العقود، كتوفر الرضا، والأهلية، والمحل، والسبب (الفرع الأول)، فضلا عن متطلبات موضوعية خاصة التي تختلف باختلاف الأنظمة القانونية المتبعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المتطلبات الموضوعية العامة لانعقاد الاختصاص للتحكيم

اتفاق التحكيم ينشأ بتطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين تنشأ فيه التزامات متبادلة بين الطرفين لذا يجب أن تتوفر في هذا العقد الشروط العامة اللازمة لصحة العقود والواردة في القانون المدني بصفة عامة وهي أن يكون هناك تراضي صحيح خالي من عيوب الإرادة(أولا)، فضلا عن صدور التصرف من ذي أهلية(ثانيا)، وأن يكون هذا التراضي على محل ممكن ومعين وقابل للتعيين وقابل للتعامل فيه(ثالثا) وان يستند إلى سبب موجود ومشروع (رابعا).

أولا : رضاء الأطراف في إسناد الاختصاص للتحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار: لا يستوي إخراج النزاع من اختصاص القضاء الأصلي إلى التحكيم من دون وجود اتفاق تحكيمي، هذا الأخير الذي أيضا لايستوي وجوده بدون تراضي بين أطرافه، صادر من إرادة سليمة يقترن فيها إيجاب الطرف الأول مع

---

[1]-خالد كمال عكاشة، **مرجع سابق**، ص218.

[2]- ايسر داؤد سليمان،**مرجع سابق**، ص83.

قبول الطرف الثاني في العقد، ولو أنه في السنوات الأخيرة أصبح هذا المتطلب أكثر سهولة من قبل عند منازعات عقود الاستثمار، في وجوده وإثباته.وسنبين ذالك من خلال:

1-أهمية الرضاء في تحكيم منازعات عقود الاستثمار: نقصد بالتراضي تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب أثار قانونية تبعا لمضمون ما أُتفق عليه[1]. باعتبار أن التحكيم يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي تنشا بينهم بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، معنى أنه إذا تعلق الأمر بشرط تحكيم يكون تطابق الإرادتين بشأن شرط التحكيم باعتباره ضمن شروط العقد الأصلي أما إذا تعلق الأمر بمشارطة تحكيم فيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق وليس مجرد شرط وارد في العقد أو العلاقة الأصلية[2].

فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم ككل، وعلى ذلك متى تخلف الرضا امتنع القول بوجود اتفاقية التحكيم وبالضرورة امتنع القول بقيام التحكيم[3]، أي لابد أن تتجه إرادة الأطراف المتطابقة للجوء إلى التحكيم كبديل لقضاء الدولة، وحدوث الأثر القانوني المرغوب فيه وهو تفضيل التحكيم على القضاء من أجل حسم النزاع القائم الآني أو المستقبلي.

وبالتالي يكون التراضي متحققا بقبول "مبدأ التحكيم" ذاته كموضوع للعقد، أو بند من بنود العقد الأصلي، ويتم الاتفاق عليه من خلال المفاوضات التي تدور حول كل بند من البنود العقد أو العقد ككل ومنه نستنتج أن اتفاق التحكيم كأي عقد أساسه الإرادة. لذلك يلزم لوجود التراضي بالتحكيم وصحته توافر أمرين أساسين لا يجب الخلط بينهما:

- **وجود** الرضا بالتحكيم، حيث أن تخلفه يؤدي إلى وقوع اتفاق التحكيم **باطلا.**
- **صحة** الرضا بالتحكيم ،حيث أن تخلفه أو اختلاله يؤدي إلى وقوع اتفاق تحكيم **قابلا للأبطال**[4].

بمعنى أن اتفاق التحكيم يعد تصرف قانوني ينشأ بتبادل إرادتين، وتطابق الإيجاب مع القبول ويفترض أن يكون سليما قائم عن إرادة حرة خالية من عيوب (الغلط ،والإكراه، التدليس، الاستغلال).

لكن تجدر الإشارة أن عيوب الرضا التي يمكن أن تصيب العقد الأصلي (عقد المشروع الاستثماري) لا ينتقل أثر بطلانها إلى شرط التحكيم لتمييزه بخاصية الاستقلال[5]، هذا ما بينته التشريعات

---

[1]- أيسر داؤد سليمان، **المرجع السابق**،،ص93.

[2]- محمود مختار البربري، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية،الإسكندرية،الطبعة الرابعة، سنة 2012،ص 45-46

[3]-حسين مصطفى فتحي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، **مجلة التحكيم العربي**،العدد08 أغسطس 2005ص165.

[4]-،أيسر داؤد سليمان،**المرجع السابق**، ص95.

[5]- وفقا للمبادئ العامة في القانون المدني هو تبعية الجزء للكل، وان ما بني على باطل فهو باطل ومنطقي أن أثر العقد في هذه الحالة يزول بكل ما يتضمنه إذا اعتراه عيب من عيوب، لكن خصوصية التحكيم انتهت الى نتيجة مغايرة تماما مفادها استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، فلا يؤدي بطلان أو إنهاء أو فسخ العقد الأصلي الى التأثير على شرط التحكيم اذ يضل الشرط صحيح طالما له وجود قانوني مستكملا لأركان صحته .

الوطنية والدولية على غرار المشرع الجزائري في نص المادة 1040 الفقرة الأخيرة من ق إ م إ وكذا المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة1994.

غير أن الفقه المدني أعطى تفسيرا مبسطا على الفكرة، أن شرط التحكيم قد ينتقل اليه البطلان من العقد الأصلي إذا كان في هذا الأخير صفة أحد المتعاقدين هي التي أصيبت بإحدى العيوب(غلط والإكراه)، بينما لا ينتقل البطلان إلى شرط التحكيم إذا كانت قيمة المعقود عليه أو المحل هما اللذان وقع عليهما العيب في العقد الأصلي[1].

كما يجب الإشارة أن التعبير عن الإرادة ليس بصورة سهلة في الغالب، وإنما تنشأ عنها إشكالات عديدة عند البحث عن هذه الإرادة وتفسيرها،فمن المسلم به أن اللجوء إلى التحكيم اختياري ليس ملزم، بل هو متوقف على إرادة الطرفين كسبيل لحل منازعاتهم، لذا يجب على الأطراف أن يبنوا هذه الإرادة بشكل صريح وواضح ،إذ يتضح شرط الرضاء بالتحكيم من خلال ما أورده المشرع المصري في نص المادة 04 من قانون التحكيم المصري لعام 1994"ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة.."ومناط هذه الإرادة الحرة هو توافر شرط التراضي صحيح[2]، وهذا في غياب نص صريح على ذلك في التشريع الجزائري.

لما كان رضا الأطراف ركنا أساسيا في الاتفاق على التحكيم، لذلك فان هذا الرضا لا يفترض، وإنما لابد من وجود الدليل عليه والتعبير عنه صراحة باعتباره نظاما استثنائيا يعهد إليه الأطراف لحل خلافاتهم وفيه خروج عن الأصل الذي يعود للقضاء العام في الدولة في جميعا النزاعات التي تقع بين الأفراد أيا كان موضوعها، وعليه لابد التأكد من وجود الرضا لدى الأطراف على اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم، لان تخلف عنصر الرضا أيا كانت صورته أو صحته يؤدي إلى انعدام الاتفاق وبالتالي يكون الاتفاق على التحكيم باطلا[3].

إلا أن الملاحظ أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار له خصوصية عن التحكيم في بقية العقود، إذ أنه هناك نوع من التحكيم يسمى التحكيم الأحادي الجانب ،الرضا في هذا النوع من التحكيم له منظور مختلف إذ انه لا يتطلب التعبير عن تطابق إرادتين وتلاقي الإيجاب مع القبول وإنما يكون الرضاء مستمد من مجرد التوقيع الدولة على اتفاقية استثمار تنص على اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض منازعات عقود الاستثمار أو قد تعهد بالتحكيم إلى مركز تحكيم بعينه كمركز الأكسيد(ICSID) ،او قد يكون الرضا بالتحكيم مصدره نص تشريعي في قانون الاستثمار الوطني على إمكانية اختيار التحكيم

---

[1]- نبيل إسماعيل عمر،**التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2004،ص 46.

[2]-أيسر داؤد سليمان،**مرجع سابق**، ص94.

[3]- محمود السيد عمر التحيوي، **الرضا لا يفترض وإنما لابد من وجود الدليل عليه**، دار المطبوعات الجامعية،مصر، دون طبعة، سنة 2002، ص 128.

كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي [1]، وبالتالي جاء دور تبيين أشكال الرضا في عقد الاستثمار الدولي.

2-أشكال الرضاء في تحكيم منازعات عقود الاستثمار : الأصل أن تتفق الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي بشأن تسوية المنازعات المحتمل وقوعها بينهم في عقد الاستثمار، من خلال شرط التحكيم في العقد الأصلي أو مشارطة التحكيم بعد نشوء نزاع، وهذا ما يسمى باتفاق تحكيم مباشر أو تقليدي، فالتحكيم في مجال الاستثمار لايتطلب هذا النوع فقط من الرضاء كما في مجال التحكيم التجاري الدولي، كون اتفاقيات الاستثمار الجماعية والثنائية تناولت التحكيم بشكل مختلف وتضمنت صور وأشكال مختلفة عن اتفاق التقليدي وقررت أشكال مختلفة للرضاء يمكن تصنيفها كما يلي:

أ- الرضاء بالتحكيم المصرح به في العقد : يعتبر الرضا المصرح به العقد، الشكل التقليدي للتحكيم فالأصل أن تتفق الدولة على التحكيم مع مستثمر معين بشان علاقة قانونية محددة بصورة من الصورة المحددة أعلاه (شرط ومشارطة أو إحالة)، وبهذا يمكن للدولة أن تبرم عقود ذات طابع اقتصادي أو تجاري بصفتها كما لو كانت شخصا عاديا أو كيانا خاصا، فيبرم عقد الاستثمار بشكل مباشر بين الدولة أو أحد أجهزتها والمستثمر الأجنبي متضمن شرط تحكيم وفي هذه الحالة يكون الرضا بالتحكيم ناتج عن اتفاق مباشر بين الطرفين .

والملاحظ كما يقول دكتور عبد الحميد الأحدب أن الرضا بالتحكيم المستند إلى عقد الاستثمار يختلف عن الرضا المستند إلى اتفاقية دولية للاستثمار فالتحكيم المستند إلى اتفاقية دولية يكون من الصعب التنبؤ بأطرافه وتحديد أي من المستثمرين المنتمين بجنسيتهم للدول الموقعة،ومن سوف يكون طرفا في خصومة تحكيمية ضد إحدى الدول الموقعة، بينما يكون التحكيم المستند الى عقد الاستثمار الثنائي أكثر قابلية للتنبؤ بأطرافه وإدارته بشكل أفضل من التحكيم المستند الى اتفاقية دولية متعددة الأطراف[2].

ب- الرضاء بالتحكيم المصرح به في قانون الاستثمار (التشريع): الأصل أن تتفق الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي بشأن تسوية المنازعات التي يمكن أن تحدث بينهم في عقد الاستثمار من خلال شرط التحكيم في العقد الأصلي أو مشارطة التحكيم بعد نشوء نزاع، وهذا ما يسمى باتفاق التحكيم المباشر أو التقليدي، فالتحكيم في مجال الاستثمار لايتطلب هذا النوع فقط من الرضاء كما في مجال التحكيم التجاري الدولي، كون اتفاقيات الاستثمار الجماعية والثنائية تناولت التحكيم بشكل مختلف وتضمنت صور وأشكال مختلفة عن الاتفاق التقليدي وقررت أشكال مختلفة للرضاء يتقرر فيها اختصاص الهيئة التحكيمية في الفصل في النزاع كالرضا بالتحكيم المصرح به في التشريع المعمول به.

---

[1]- هند محمد مصطفى مصطفى، **المرجع السابق**، ص 205-206.

[2]- عبد الحمد الأحدب، التحكيم في اتفاقيات الاستثمار العربية، **مجلة التحكيم العربية**، عدد السابع عشر ديسمبر 2011، ص272.

إذ أنه في سبيل تشجيع الدول لاستقطاب رؤوس الأموال وتهيئة مناخ ملائم للاستثمار، منهم من يعمل على تضمين قانونه الداخلي المتعلق بالاستثمار العديد من الحوافز والإعفاءات من أجل جدب التدفقات المالية الأجنبية المساهمة في دعم الاقتصاد الوطني وتحقيق مشروعات ضخمة تعجز عن تحقيقها ميزانية الدولة.

تعد بعض النصوص التي تتضمنها هذه القوانين تعبير عن رضائها بالتحكيم في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات التي تتم في إطار هذه القوانين على الرغم من أنها لا تتضمن رضاء صريح بالتحكيم وأنه ملزم للدولة اتجاه المستثمر [1].

لكن حتى ينتج هذا التعبير أثره بشأن مسألة منح الاختصاص للتحكيم بشأن حل النزاع بين الطرفين واكتمال ركن الرضاء يجب أن يصدر عن المستثمر قبولا بذلك في وقت لاحق.

ويتميز هذا النوع من الرضاء بانفصال التعبير عن الإرادة لكل طرف إذ تعبر الدولة المضيفة للاستثمار عن إيجابها بموجب نص قانوني داخلي، بينما يعبر المستثمر عن قبوله كتابةً في وقت لاحق بعد نشوء النزاع بين الطرفين في غالب الأحوال هذا من جهة، ومن جهة أخرى تتميز هذه الصورة للرضا تقديم عرضا موجها لكل مستثمر أجنبي مما يعني أن الدولة المضيفة للاستثمار ليست على علم بخصومها وقت تقديمها لهذا العرض[2].

إذا قانون الاستثمار يعد بمثابة إيجاب من الدولة يتضمن موافقتها على اللجوء إلى التحكيم في أي نزاع متعلق بالاستثمار، فإذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى الاستثمار في الدولة وحدث نزاع بيه وبين الدولة فان لجوءه إلى التحكيم يعتبر تلاقي بين الإيجاب والقبول، وهذه صورة من الصور التي يصطلح عليها بظاهرة تهميش الرضا أو التحكيم بدون الاتفاق.

كما اعتبره البعض أنه تحكيم إجباري فهو لا يمنح للأطراف حرية اللجوء الى التحكيم بل أنهم ملزمون باللجوء اليه في حالة نشوء نزاع بينهم بناءا على نص يفرض عليهم سلوك هذا الطريق، أي اللجوء إلى التحكيم دون اللجوء إلى القضاء الوطني، لكن هذا الوضع يعتبره الكثير مخالف لإعلانات حقوق الإنسان والدساتير في الحق في اللجوء إلى القضاء الوطني [3].

وللإشارة نجد أن التشريعات الوطنية للاستثمار انتهجت مجالات عدة في اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات سنقف عندها لنبين صورها:

الصورة الأولى: الرضا الصريح بالتحكيم في التشريع الوطني للاستثمار نجد العديد من الدول تتبنى في نصوصها إيجابا صريح واضحا تعطي به حق اللجوء إلى للتحكيم لكل مستثمر في حالة حدوث منازعة

---

[1]– عبد الحمد الأحدب، التحكيم في اتفاقيات الاستثمار العربية، **مجلة التحكيم العربية**، المرجع السابق،،ص110.

[2]– قبايلي الطيب،**المرجع السابق**، ص 135-136.

[3]– علاء محي الذين مصطفى أبو حامد، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2012،ص 49.

بديلا عن القضاء الوطني، يكفي أن يقترن به قبول من المستثمر لهذا العرض ومثال ذلك: نص المادة الثامنة من التشريع الألباني لسنة 1993 التي تنص أنه "اذا نشأ نزاع بين المستثمر وجمهورية ألبانيا ولم يتم تسويته وديا، يجوز للمستثمر الاختيار بين حل النزاع عن طريق اللجوء الى المحكمة المختصة أو المحكمة الإدارية للجمهورية الألبانية وفقا لأحكام القانون الوطني، إضافة على ذلك لو كان النزاع ناشئا أو مرتبطا بنزع الملكية أو التعويض الناشيء عن نزع الملكية أو أي إجراء تعسفي ضد المستثمر فمن حق المستثمر اللجوء لتحكيم الأكسيد وتوافق على ذلك الجمهورية الألبانية" والملاحظ أن المشرع الألباني تناول عرضا وإيجابا صريح وواضح بالموافقة للجوء إلى تحكيم الأكسيد في حالة أي إجراء تعسفي ضد المستثمر[1].

الصورة الثانية : الرضا بالتحكيم المبنى على اتفاقية في التشريع (الغير صريح): في هذا الفرض يمكن أن نميز ين حالتين تبنتها تشريعات العديد من الدول لا تعبر فيهما عن الرضا بشكل مباشر وصريح، تتمثل الأولى أن أساس الرضا بالتحكيم في المنازعات الاستثمارية بين هذه الدول والمستثمرين يجد مصدرها الاتفاقيات المنظمة لها لان التشريع الوطني الداخلي لم يتضمن أي إشارة عن حق المستثمر في اللجوء الى التحكيم ضد الدولة، ولم تتعرض كذلك لكيفية تسوية المنازعات ولكن بحكم انضمامها الى اتفاقيات تجيز حل المنازعات عن طريق التحكيم فهي تجيز ذلك تاركة الأمر للقانون الواجب التطبيق المحتمل تطبيقه على النزاع ومثال ذلك قانون الاستثمار لدولة الأرجنتين رقم 3830/21، وقانون دولة الهيندوراس رقم 92/80 الصادر في 1992/05/21[2]، أما الحالة الثانية هي التي تسمح فيه الدولة بالتحكيم في حالة الاتفاق الخاص، فبدونه لا يمكن الاستناد التشريع الوطني وحده كمصدر لرضا الدولة بالتحكيم مثال ذلك التشريع الجزائري في نص المادة 24 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار اذ تنص انه " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدول الجزائرية في حقه للجهات القضائية المختصة اقليميا، الا في حالة وجود اتفاقية ثنائية او متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص" وهو ما أخد به كذلك المشرع المصري في قانون رقم8 لسنة 1997 في المادة 08 " يجوز تسوية المنازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية بين الجمهورية المصرية العربية ودولة المستثمر أو في إطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول المبرمة عام 1965 وانضمت إليها جمهورية مصر بالقانون 90 لسنة 1971 وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسري فيها تلك الاتفاقيات أو وفقا لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر

---

[1]- هند محمد مصطفى مصطفى، **مرجع سابق**،ص 213

[2]- **المرجع نفسه**، ص 210-211

بقانون رقم 27 لسنة 1994 كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي"[1]. وباستقراء النصين في التشريعين نجد أن كلا من المشرع المصري والجزائري يجيز تسوية منازعات الاستثمار وفقا للاتفاق الخاص بين الدول والمستثمر لكن الملاحظ انها توسعت أكثر من هذا وهو على الرغم من عدم وجود اتفاق التحكيم مباشر .

وقد شهد مركز الأكسيد عدد من المنازعات الاستثمارية ضد دولة مصر حكمت فيها هيئات التحكم باختصاصها استنادا لإشارة القانون المصري للاستثمار لتحكيم المركز على الرغم من عدم وجود اتفاق خاص ومثال ذلك قضية هضبة الأهرام الشهيرة[2].

الصورة الثالثة: الرضا بالتحكيم المبني على ترخيص منصوص عليه في التشريع تتبنى هذا الاتجاه بعض الدول الإفريقية على وجه الخصوص مثل ناميبيا ووفقا لهذا الاتجاه يجب أن يحصل المستثمر على تصريح من الدولة للاستثمار في أراضيها، ويحكم هذا التصريح العلاقة بين المستثمر والحكومة وعند طلب المستثمر الحصول على تصريح بالاستثمار يجوز له اختيار أنواع معينة من المنازعات التي يلجأ فيها المستثمر للتحكيم وعلى سبيل المثال يتضمن التصريح وفقا لقانون الاستثمار الناميبي تحديد المسائل التي تكون محل نزاع بين الدولة والمستثمر كالأتي:" أن أي نزاع بين حامل التصريح والحكومة فيما يتعلق بالمسائل التالية:

1) أي مسألة تتعلق بمبلغ التعويض أو أي مسألة تتعلق به أو في حالة عدم الدفع تعويض عن نزع الملكية

2) سريان أو استمرار التصريح بالاستثمار سوف تحال إلى تسوية عن طريق التحكيم الدولي

3) في حالة النص على التحكيم الدولي سوف يكون التحكيم وفق لقواعد اليونيسترال ما لم يتفق الوزير المختص والمستثمر الذي يصدر لصالحه التصريح على وسيلة أخرى لتسوية النزاعات

4) أن التصريح الذي يتضمن اللجوء إلى التحكيم يعبر عن رضاء حامل التصريح وأيضا الحكومة باللجوء التحكيم ويعتبر أي حكم صادر من هذا التحكيم باتا نهائيا وملزما للأطراف[3].

والملاحظ من هذا كله أن التشريعات الوطنية للاستثمار في الدول العربية اتجهت ثلاث اتجاهات مختلفة فهناك دول أشارت إلى الرضا بالتحكيم في قوانينها المتعلق بالاستثمار مع تحديد الاتفاقيات التي أبرمتها بشأن الاستثمار والتحكيم ومن هذه الدول مصر، تونس اليمن، سوريا، السودان،وهناك دول عربية أشارت في قوانين الاستثمار الوطنية إلى التحكيم والاتفاقيات المنظمة له دون تحديد هذه الاتفاقيات التي أبرمتها ومنها الجزائر، وليبيا، والمغرب، والسعودية، والأردن، ودول عربية أخرى أشارت الى التحكيم ولم تحيل

---

[1]- ينظر: المادة 24 من قانون رقم 09/16 المتعلق بقانون ترقية الاستثمار الجزائري. **المرجع السابق.**

[2]- تراري مصطفى، ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم الدولي في التجارة الدولية عموما وفي مجال الاستثمار بوجه خاص، **المجلة المغربية للوساطة والتحكيم المركز الدولي للوساطة والتحكيم**، المغرب العدد04 سنة 2009، ص 31.

[3]- هند محمد مصطفى مصطفى، **مرجع سابق**، ص213

الى أية اتفاقيات دولية أو إقليمية وهذه الدول هي العراق عمان قطر الكويت لبنان، وهناك من الدول العربية التي لا تحتوي قانونا خاص بالاستثمار كالإمارات العربية والبحرين بل تخضع منازعات عقود الاستثمار الى قوانين التحكيم [1].

ت- الرضا بالتحكيم المصرح به في الاتفاقيات الدولية للاستثمار: يختلف هذا الاتجاه قليلا عما عرضناه أعلاه، كون منح الاختصاص للهيئة التحكيمية لفصل في النزاع لا يستند إلى اتفاق مباشر أو عقد حقيقي وإنما يستمد اختصاصه من شرط التحكيم المدرج في الاتفاقية الدولية وهو ما يسمى « Arbitration without privity » باللغة الانجليزية وهذه العبارة من الصعب إيجاد مقابل لها في العربية كما في العديد من اللغات، شاعت أكثر في إطار تحكيم مركز واشنطن ويقصد بها تلك الحالة التي يرفع فيها المستثمر النزاع لمركز التحكيم ليس بناءا على اتفاق خاص او مباشر صريح وإنما بصورة أحادية فالمركز له سلطة التأكد من وجود اتفاق تحكيمي بناءا على فحص سطحي للأمور، بمعنى أن الانضمام إلى اتفاقية دولية يعد تعبير عن رضا الدولة باللجوء للتحكيم دون حاجة إلى اتفاق مباشر أو خاص منفصل، والجدير بالذكر أن هذه الظاهرة رغم أنها أخذت بعد متميزا أمام مركز واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا دول، إلا أنها مست جميع أنواع التحكيم نحو تهميش قداسة الرضا في التحكيم التجاري الدولي[2].

ولقد منح في الكثير من القضايا الاختصاص لهيئة التحكيم للفصل في النزاع على أساس وجود تراضي ضمني بين الدولة التي أعلنت في قوانينها الوطنية أو الاتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف إرادتها المترجمة في اللجوء الى التحكيم وإرادة المستثمر الناشئة بتحريكها أمام الجهة المختصة بعد نشوب النزاع.

وتعتبر قضية سيريلانكا[3] أول قضية تحكيمة تستند فيها هيئة التحكيم إلى شرط التحكيم الوارد في الاتفاقية الدولية وهي قضية نظرت أمام مركز الأكسيد [1]،ولقد ثارت العديد من القضايا المتشابهة التي

---

[1]- هند محمد مصطفى مصطفى، **مرجع سابق**، ص 214

[2]- تراري مصطفى، **مرجع سابق**، ص 30.

[3]- تعود حيثيات هذه القضية اتفاق شركة تسمى شركة أسيا للمنتجات الزراعية المحدودة **Asian agricultural profucts ltd** » مع **حكومة سريلنكا** لانشاء مشروع مشترك (مزرعة جمبري) إلا ان القوات المسلحة السيريلانكية قامت بتدمير المزرعة على اثر العمليات العسكرية التي باشرتها ضد بعض المنشات التي يستخدمها متمردون على السلطة، وبالرغم من ان العقد القائم بينهما كان خاليا من شرط التحكيم قامت الشركة **AAPL** بتقديم طلب تحكيم ضد دولة سيريلانكا امام المركز الدولي في 1987/07/08 وتولى الأمين العام للمركز تسجيله بتاريخ 1987/07/20 طالبة بالتعويض عن الاضرار التي أصابتها، مؤسسة طلبها باللجوء الى التحكيم بناءا على اتفاقية ثنائية مبرمة بين حكومة سريلنكا والمملكة المتحدة عام 1980 في نص مادة 8/فقرة1 على "كل دولة متعاقدة الموافقة على إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعية أو شركة تابعة للطرف المتعاقد الأخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأول إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي لسوية منازعات الاستثمار" أين تمسكت المحكمة التحكيمية للمركز باختصاصها بتاريخ 1990/06/27 باعتبار ان هذه الاتفاقية جزء من النظام القانوني لجمهورية سيريلانكا اين استخلص الرضا بإيجاب الدولة من المادة المشار إليها اعلاه ولقى قبولا من المستثمر بعرضها على المركز عند تقديمه طلب مما استكمل ركن

تسمح للأطراف اللجوء إلى التحكيم، وتمنح الاختصاص للهيئة التحكيمية من خلال رضا الدولة بالتحكيم الذي يتحقق بمجرد التصديق على اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف وبقبول المستثمر لاستكمال ركن الرضا من خلال إعطاء الموافقة الكتابية بتقديم طلب إلى اللجوء إلى تحكيم أمام المؤسسة أو المركز التحكيمي ومن بينها قضية AMT ضد الزائيير، وكقضية هضبة الأهرام في مصر...الخ.

ثانيا: أهلية أطراف عقود الاستثمار في اللجوء إلى التحكيم: لما كان اتفاق التحكيم تصرفا قانونيا تتجه إرادة الأطراف فيه إلى إحداث أثر قانوني معين يتمثل في تبادل المراكز القانونية بين القضاء والتحكيم أين يسلب التحكيم الاختصاص بتسوية موضوع النزاع المتعلق بعقد الاستثمار بعيدا عن قضاء الدولة فإنه يتعين بالضرورة أن يصدر من أشخاص تتوافر فيهم الأهلية اللازمة والكافية لإبرام اتفاق التحكيم، إذا انعدمت هذه الأهلية أو كانت ناقصة كان اتفاق التحكيم باطلا أو قابلا للإبطال ولا يرتب أثره القانوني.

وهنا يثور إشكال أخر لإبرام اتفاق التحكيم يتمثل في التأكد من صحة أهلية الأطراف التي تبرم مثل هذه العقود(اتفاق التحكيم).

والأهلية المتطلبة في هذا الشأن هي أهلية التصرف المتمثل في صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده، وله الحق في التصرف فيه أي بما يسمح به القانون ويجيزه، لذلك يجب أن يكون لدى طرفي اتفاق التحكيم أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه وهذا ما جاء النص عليه في المادة /1006/فقرة 1(ق إ م إ) الجزائري أنه " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

هذا ما طلبه المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في المادة 11 والتي نصت على انه"لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا لشخص طبيعي أو اعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"[2] وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في نص المادة 2059 في القانون المدني "على عدم جواز اتفاق التحكيم إلا لمن كانت له سلطة التصرف في الحق موضوع النزاع "[3].

وترتيبا لذلك يتضح من هذه النصوص أن الأهلية اللازمة لصدور إرادة صحيحة لإبرام اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، فقد سمح المشرع الجزائري كل من توافرت لديه أهلية التصرف في إبرام اتفاق التحكيم دون غيره، هذا إذا كان الأشخاص طبيعيين، أما إذا كان طرفي النزاع شخص اعتباري أي شخص معنوي له شخصية قانونية وأهلية الوجوب ولها حق التقاضي من ثمة فإن الممثل القانوني لهذه الأشخاص

التراضي ومن هذه القضية كانت منعرج حاسم الاعتراف باللجوء الى التحكيم وفقا لشرط التحكيم المدرج في الاتفاقية بشكل انفرادي دون توفر شرط او مشارطة تحكيم او دون علاقة عقدية في اطار التقليدي

1- قبايلي طيب، **مرجع سابق**،ص147 ومابعدها.

2- ممدوح عبد العزيز العنزي، **بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب والنتائج دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة الأولى،سنة 2006،ص 96.

3- أحمد رائد علي أحمد، **موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية**، الجزء الثاني، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص88.

الاعتبارية، هو الذي يعبر عن إرادتها في كافة التصرفات ومنها اتفاقيةالتحكيم[1]،لذا يجب أن يكون ممن يملك التصرف في الحقوق.وعليه بمفهوم المخالفة فإن كل من لم تتوافر فيه أهلية التصرف،فانه يحظر عليهم إبرام اتفاق التحكيم، ويقصد بذلك القصر وناقصي الأهليه،الا اذا أذن لهم بذلك،أو جرى ترشيدهم أو أوكلوا الأمر لوكيل او نائب ينوب عنهم.

1- **أهلية الشخص الطبيعي:** طبقا للقواعد العامة في القانون المدني تنقسم الأهلية الى نوعين أهلية وجوب:ويقصد بها صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات وهي تثبت للإنسان منذ ولادته حيا وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته أعمالا من شأنه ترتيب أثر قانوني في حقه [2]،وهذه الأخيرة هي المتطلبة لإبرام اتفاق تحكيمي صحيح.

ويكون الشخص الطبيعي مؤهلا للاتفاق على شرط التحكيم متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في نص المادة 40 من قانون المدني الجزائري وهو بلوغه سن الرشد أي 19 سنة كاملة وأن يكون متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه[3].

بالتالي القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد أو مصاب بعارض من عوارض الأهلية، أو الشخص الراشد الذي صدر حكم قضائي بالحجر عليه بسبب إصابته بعارض من عوارض الأهلية (الجنون، العته، السفه الغفلة) أو الجاني الذي يقضي عقوبة جنائية لا يجوز لهم القيام بأي تصرف قانوني لأن أهليته منعدمة، وبهذا لا يجوز الاتفاق على شرط التحكيم لأنه سيقع عليه حكم البطلان إن باشر التصرف الخاص بالتحكيم إلا في نطاق الإذن المسموح له من قبل المحكمة المختصة على الأشخاص المصرح لهم القيام بذلك نيابة عنهم كالولي والوصي والمقدم.

وتجدر الإشارة انه يمكن للقاصر البالغ ثمانية عشر سنة مزاولة التجارة وذلك بعد أن يحصل على إذن من والده أو أمه أو وليه، أو قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من طرف المحكمة، ليصبح أهلا للقيام بجميع الأعمال التجارية التي أذن بمباشرتها والاتفاق التحكيم بشأنها، غير أن المشرع استثنى التصرف في أموال القاصر العقارية في مجال الترشيد لأنه ينظر إليه أنه غير مكتمل الأهلية وأنه يحتاج إلى حماية وعليه وجب إتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية[4].

---

[1]–نبيهة بومعزة،**مرجع سابق**،ص224.

[2]– عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)**، مجلد الأول العقد، الطبعة الثانية،القاهرة، دار النهضة العربية،1981،ص 442.

[3]– ينظر: المادة 40 من **امر 75-58** المؤرخ في 26 سبتمبر لسنة 1975 **المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم** "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.

[4]– بوالصلصال نورالدين، **المرجع السابق**،،ص62.

تثير أهلية التصرف أن العاهة التي تفشت وأبانت قبل صدور الحكم وبعد مباشرة التصرفات فانه يمتد الحكم البطلان إليها[1]، أما بالنسبة للشخص الذي صدر حكم بفقدانه نتيجة لغيابه أو فقدانه فعلى المحكمة المختصة أن تعين من يتولى إدارة أموره وتسيير أمواله وبالتالي يرجع هذا الحق للولي او الوصي او المقدم كما نصت المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري بعد الحصول على إذن من القاضي المختص والسماح له كذلك بإذن للاتفاق على التحكيم وتمتد مهمته إلى غاية ظهور الغائب أو المفقود أو الحكم بوفاته.

كما يمكن للقاضي تعيين مساعد قضائي يتولى مباشرة التصرفات عن الشخص المصاب بإحدى العاهتين (عمي بكم،عمي صم، صم بكم) فإذا قام الشخص المصاب بتصرفات دون ان يحضر الاتفاق دخلت هذه التصرفات في دائرة قابلية البطلان، فإذا كان شرط التحكيم من ضمن هذه التصرفات التي قام بها المصاب، وكانت في نطاق عمل المساعد القضائي فانه جاز الاتفاق عليها، أما ذا كانت خارجة عن مهمة المساعد فلا يجوز له الاتفاق على شرط التحكيم[2].

2- أهلية الشخص المعنوي (الاعتباري) للجوء الى التحكيم:

إضافة إلى الشخص الطبيعي كطرف في اتفاق التحكيم، أجازت التشريعات للأشخاص الاعتبارية أن تكون طرفا هي كذلك في إجراءات التحكيم، ولكن بشرط أن تتوفر على الأهلية اللازمة لذلك سواء بالنسبة لشخص المعنوي الخاص أو عام وهو الذي يتوفر في عقود الاستثمار الدولي غالبا، ولا بأس هنا من عرض موجز لأهلية الأشخاص المعنوية الخاصة ثم أهلية الأشخاص العامة التي أورد فيها المشرع استثناءات .

أ- أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة في اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار: يمكن للأشخاص المعنوية الخاصة متى توفرت لها كافة مقومات الشخصية المعنوية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات مادام أنها تدخل في نطاق الغرض الذي أنشأت من أجله، وبالتالي يمكن أن تتمتع الأشخاص المعنوية الخاصة بأهلية إبرام اتفاق التحكيم متى تمتعت بالشخصية القانونية .

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع أي قيد حول أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة وأجاز لها لإبرام اتفاقية التحكيم طبقا لنص المادة 1006/فقرة 1 "يجوز لكل شخص(طبيعي او معنوي) اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها " عكس الفقرة الثالثة التي رجع و وضع فيها ضوابط بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة دون إشارة إلى الأشخاص المعنوية الخاصة [3].

---

[1]- ينظر: نص المادة 107 من **قانون الاسرة الجزائري قانون رقم 84-11**المؤرخ في 09يونيو سنة 1984المعدل والمتمم.

[2]- عبد الوهاب عجيري، **شرط التحكيم التجاري الدولي حسب التشريع الجزائري**، مذكر لنيل شهادة الماجستيرفي القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 02، سنة 2014،ص 28.

[3]- ينظر: المادة 1006 من قانون رقم 09/08 إجراءات المدنية و والإدارية، **المرجع السابق.**

وهو ما اعترف بها كذلك المشرع المصري في المادة الأولى من قانون رقم 27 لسنة 1994" .. تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج أو اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.."[1].

كذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي اعترف هو كذلك للشخص الاعتباري الخاص بهذه الأهلية بحيث لم يحظر اللجوء إلى تحكيم عكس الشخص الاعتباري العام الذي سمح له ضمن ضوابط سنأتي على ذكرها لاحقا.

وتجد الإشارة أن الشركات التجارية هي الوحيدة من بين الأشخاص الاعتبارية الخاصة التي تقوم بممارسة المعاملات التجارية دون المؤسسات والشركات المدنية التي تحمل نفس صفة الأشخاص الاعتبارية الخاصة، وعليه فهي أكثر الأصناف لجوء إلى التحكيم، لكن بشرط تمتعها بالأهلية الكاملة لإبرام اتفاق التحكيم وهي القيد بالسجل التجاري طبقا لنص المادة 546 من قانون التجاري" لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في سجل التجاري" كما نصت المادة 50 من قانون المدني على انه تكتسب الشركة الأهلية في الحدود التي يعنيها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون. وفي هذا إشارة واضحة إلى ضرورة التزام الشركة بالغرض الذي أنشأت من اجله وهو الذي يمثل أهليتها، كما نصت المادة 417 من قانون المدني أنه تعتبر الشركة شخص معنوي بمجرد تكوينها غير أنها لا تكون حجة للغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي نص عليها القانون[2].

كما جاء في نص المادة 10 من قانون المدني أن التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها إذا كان أحد الأطراف أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع لسبب فيه خفاء لا يسهل تنبيهه على الطرف الأخر فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة "، معنى ذلك ان الأصل في العلاقات الدولية(عقود الاستثمار) أن يكون المتعاقدين مكتملين الأهليه وعليه فان اتفاقية التحكيم التي يبرمها طرف أجنبي (اعتباري خاص) ولم تكتمل شخصيتها المعنوية تعتبر اتفاقية صحيحة متى كان دلك مخفي، وهذا ما أكده المشرع الفرنسي في محكمة النقض في قضية أهلية الشركة الايرلندية وايتون الفرنسية،حيث جاء الحكم أن أهلية رفع الدعوى لا تستند الى النظام العام الدولي كما هو معروف في فرنسا فان محكمة الاستئناف بتاريخ 1997/09/06 يكون باستطاعتها أن ترفض الدفع بالإلغاء على حكم التحكيم المؤسس على الخطأ في أهلية الشركة الايرلندية أورال هدسون وشطبها المؤقت من السجل التجاري، دون الالتفاف إلى صدوره بوسيلة غير فعالة وأن الحكم المطعون فيه يقوم على أساس قانوني سليم ولهذه الأسباب المحكمة ترفض الدفع وتحكم على شركة أيتون بالمصاريف"

---

[1]- ممدوح عبد العزيز العنزي،**مرجع سابق**،ص 117-118

[2]- بوالصلصال نور الدين، **مرجع سابق**، ص 66.

وكانت شركة اورال هدسون قد شطبت من السجل التجاري بدبلن لأنها لم تراعي بعض الإجراءات الرسمية ولم يتم قيدها إلا بعد النطق بحكم التحكيم الذي صدر لصالحها، واستندت الشركة ايتون لطعن أن غياب أهلية الشركة المنافسة لها أورال ايدسون ومن جهة أخرى، إلى الإخلال بالنظام العام الدولي مستندة على واقعة أن الحكم صدر لصالح شركة فاقدة للأهلية ولم تستعد أهليتها إلا بعد صدور الحكم فرفضت محكمة الاستئناف هذا الطعن وقررت عدم قبوله[1].

وتجدر التفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية في اللجوء الى التحكيم فالنسبة للشركات المدنية فإن مدير الشركة لا يملك سلطة إبرام اتفاق التحكيم إلا بوكالة خاصة.

أما بالنسبة للشركات التجارية فنفرق بين شركات الأموال وشركة الأشخاص، ففي شركات الأشخاص يحدد غرض الشركة مديرها فلا يستطيع إبرام اتفاق التحكيم إلا بصدد نزاع متعلق بغرض الشركة،أما بالنسبة لشركة الأموال لا يحدد غرض الشركة من حيث المبدأ سلطات المديرين فيستطيع مدير الشركة إبرام اتفاق التحكيم حتى لو تجاوز غرض الشركة، باستثناء حالة ثبوت سوء نية الغير الذي يعلم بتجاوز المدير لغرض الشركة[2].

فقد ذهب المشرع الفرنسي إلى أن رئيس مدير العام لشركة المساهمة الذي منحه مجلس الادارة، بعبارة عامة سلطة إدارة الشركة يجوز له إبرام اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة، على الرغم من أنه لم يوكل على وجه التحديد بذلك باستثناء إذا وجد في عقد التأسيس نص يستوجب الحصول على إذن من مجلس الإدارة قبل إبرام اتفاق التحكيم، كما أنه يجوز إبرام اتفاق التحكيم إذا كانت الشركة تفلسة ولكن من طرف أمين التفلسة المعين من قبل المحكمة، كما يجوز للمصفي المختار رضائيا أو قبل القاضي أن يبرم اتفاق تحكيمي في فترة التصفية [3].

ب-أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء الى التحكيم في عقود الاستثمار: لقد أثارت مسألة أهلية الأشخاص المعنوية العامة جدلا فقيا واسعا بين مؤيد ومعارض لمنح الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم فانقسمت التشريعات الوطنية بين من يمنع على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم الا ضمن ضوابط وشروط، ومنها من لا يقيم هذا المنع ويجيز ذلك ومنهم من يفرق بين منع اللجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم الداخلي ويجيز لها في التحكيم الدولي .

فقد أقر المشرع الفرنسي حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى إبرام أي اتفاق تحكيم انطلاقا من المادة 83و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي

---

[1]- ينظر: بخصوص هذا الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1999/12/01 في **مجلة التحكيم العربية**، العدد الرابع أوت 2001،ص194-195.

[2]- أحمد رائد أحمد علي، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمار البترولية، الجزءالثاني، **المرجع السابق**،ص 102 ومابعدها.

[3]- السعيد خويلدي، سمية صخري، شروط ابرام اتفاق التحكيم البترولي وأثاره على الحصانة السيادية(مع الاشارة الة قانون المحروقات الجزائريدراسة مقارنة)، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،العدد الخامس عشر جوان 2016،ص 334.

بيد أن المشرع الفرنسي أجاز فيما بعد للأشخاص الاعتبارية العامة الصناعية والتجارية اللجوء الى التحكيم ولكن بشرط الحصول على ترخيص أو إذن لإبرام مثل هذه الاتفاقيات بموجب مرسوم يصدر في هذا الخصوص ومنحت هذه الإجازة موجب تعديل اللاحق للمادة 2060 بالقانون الصادر في 9 يوليو 1975 اذ نصت على فقرة مضافة "... ومع ذلك يجوز الترخيص لبعض أنواع المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي اللجوء إلى التحكيم وذلك بموجب مرسوم..."[1]

فقد حاول القضاء العادي التخفيف من حدة هذا الحظر، والذي انتهى دون نص على قصر الحضر المفروض على الدولة والأشخاص المعنوية العامة على التحكيم في العلاقات الداخلية دون الدولية، أما مجلس الدولة الفرنسي فقد كان متشددا في حرصه على تطبيق مبدأ حظر الأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم .

اذ كان لموقفها المتشدد في قضية شركة والت ديزني ومدينة مارن لافاليه، لبناء مدينة ملاهي في فرنسا على مثال والت ديزني الأمريكية، والتي أصرت فيها الشركة الأمريكية على إدراج شرط التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي يمكن أن تثور بشأن العقد موقف واضح التشبث بمبدئها في عدم السماح للأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم، باعتبارها متعلقة بالنظام العام الفرنسي الداخلي و طبيعة العقد الإدارية، كما رأى مجلس الدولة أن انضمام فرنسا لاتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار، لايفرض على الدولة اللجوء إلى التحكيم ولا يؤثر على الحظر الوارد في القانون الداخلي[2].

وأمام هذا التعارض في المواقف القضائية فقد أصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 279 المؤرخ في 19/ أوت/ 1986 الذي نص في المادة 9 منه على جواز إدراج شرط التحكيم من طرف الأشخاص المعنوية العامة في عقودها التي تبرمها مع شركات الأجنبية لإقامة مشاريع ذات نفع وطني، حيث نصت " انه بالمخالفة لنص المادة 2060 من القانون المدني يجوز للدولة والمؤسسات العامة إدراج شرط تحكيم في العقود التي يبرمونها مع الشركات الأجنبية لانجاز مشاريع ذات مصلحة وطنية وذلك لتسوية النزاعات الناشئة عن تطبيق وتفسير هذه العقود[3].

ومن هنا يتبن موقف المشرع الفرنسي أنه أجاز للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة، اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية دون معاملاتها الداخلية لإنجاز مشاريع ذات النفع الوطني بالأساس..

أما موقف المشرع المصري فقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم الجديد الصادر في 1994 على مبدأ الجواز للأشخاص المعنوية العامة صراحة إلى التحكيم، سواء في إطار العلاقات الداخلية أم الدولية بالنص على أنه "... تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون

[1]- بوالصلصال نور الدين، **مرجع سابق**، ص 69.

[2]- قبايلي طيب، **المرجع السابق**، ص 112.

[3]-boisséson (Matthieu de) , **interrogation et doutes sur une évolution législative**, article 09 loi du 19 out a 1986, rev. Arb. 1987 ;p03.

العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج، أو اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.وعليه إمكانية اتفاق الأشخاص المعنوية العامة على التحكيم مع أشخاص معنوية عامة أو خاصة ومهما كانت طبيعة علاقة موضوع النزاع، وان كانت متعلقة بعقود إدارية وغير إدارية وسواء تعلق الأمر بعلاقة قانونية داخلية أو دولية[1].

إلا أنه تعرض المشرع المصري إلى نقد حول فتح الباب لجميع العلاقات في اللجوء إلى التحكيم، وتغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، فتراجع عن موقفه وحسم هذا الخلاف بصدور قانون رقم 09 لسنة 1997 والذي عدل المادة الأولى من قانون رقم 27 لسنة 1994 المذكورة أعلاه بإدراج فقرة جديدة لنص المادة يحدد فيها استثناء لإبرام اتفاقية التحكيم بالنسبة لأشخاص العامة، بعد موافقة مسبقة من الوزير المعني ومجابهتها للمصلحة العامة إذ جاء في نص هذه الفقرة"... وبالنسبة إلى لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك[2].

بالنسبة للموقف المشرع الجزائري فكما هو معلوم أن الدولة أخذت موقفا عدائيا من التحكيم منذ الاستقلال وهذا حرصا على ممارسة سيادتها على جميع الأصعدة خاصة تلك المتعلقة بالقضاء زد على ذلك شعور بالخوف من كل ماهو أجنبي على أنه استعمار في ثوب جديد.

فعرفت الجزائر غداة الاستقلال فراغا تشريعيا كبيرا فاستمر العمل بالقوانين الفرنسية لسد هذا الفراغ [3] وإن كان القانون الفرنسي يعترف بالتحكيم وينكر على ممارسة التحكيم من قبل الأشخاص المعنوية العامة، فان الجزائر اعتبرته مخالفا للسيادة مما جعلها تتخذ موقف عدائي وذلك بعدم إعطائه مكانة في النظام القانوني بل إنكاره وإعطاء الأولوية للقانون والقضاء على حساب قضاء التحكيم، ولو أن الأمر يأخذ تأصيل تاريخي واقتصادي ساهم كليهما في التأثير سلبا وإيجابا على أهلية أشخاص القانون العام في قابليتها للتحكيم[4].

لقد وضع المشرع الأساس القانوني لاستبعاد التحكيم بموجب المادة 442من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية إذ نصت انه يمنع على الدولة والمؤسسات

---

[1]- الجمال مصطفى وعبد العال عكاشة، **مرجع سابق**، ص 146.

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،دون طبعة،سنة 2013،ص 108.

[3]- وهو ما انتهجته الجزائر بموجب **قانون 31 ديسمبر 1962** الذي تضمن الاستمرار بالعمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض مع السيادة الوطنية .

[4]- دوفان ليديا، لعجال يسمينة، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم،دراسة نقدية لأحكام قانون التحكيم الجزائري، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 16 جانفي 2017، ص 295 ومابعدها.

العامة من اللجوء إلى التحكيم وهوا ما جسده كذلك في قوانين الستينات المتعلق بالاستثمار رقم 284/66، أو قانون الصفقات العمومية.

غير أن الواقع جاء مخالف تمام لروح المادة 442 ق إ م اذ نجد الدولة أبرمت العديد من اتفاقيات التعاون والتي حملت بنودها شرط التحكيم، التي كان لها التأثير السلبي على السيادة الوطنية فكان على الجزائر استدراك الوضع عن طريق عملية التأميم أين اتخذت موقف رافض للتحكيم في النزاعات الناجمة عن الضريبة البترولية، وإبقائه في مجالات أخرى حيث عبر الدكتور الطيب زروتي عن هذا الموقف أنه يصعب التكهن بموقف الجزائر الحقيقي من التحكيم الدولي على الصعيد الرسمي[1]، نتيجة لتدبدبه بين الرفض والقبول .

واستمرت مرحلة التحفظ من التحكيم الدولي حتى بداية الثمانيات اين عرفت الجزائر مرحلة التفتح على التحكيم خاصة بعد صدور التعليمة الوزارية لسنة 1982 التي تجيز للمؤسسات العامة التواجه للخارج لإبرام عقود بنفس النظام الذي يحكم الشركات الخاصة، بالإضافة إلى تكريسه إتفاقيا بموجب اتفاق الإطار بين الجزائر وفرنسا في سنة 1982 والذي أدى إلى إبرام نظام تحكيمي[2] لأول مرة سنة 1983.

ثم دخلت الجزائر مرحلة تقبل التحكيم وكان لصدور قانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، أين سمح للمؤسسات العمومية الاقتصادية بحرية التصرف وهذا طبقا لنص المادة 442ق إ م" يجوز لكل شخص ان يطلب االتحكيم في حقوق التي له مطلق التصرف فيها كما تدعم ذلك بانضمام المشرع الجزائري لاتفاقية نيويرك وبعض الاتفاقيات الاستثمارية مع دول أجانب[3].

حسم المشرع موقفه اتجاه التحكيم في عقود الأشخاص العامة بموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقانون رقم 09/93المؤرخ في 1993/04/25حيث أصبحت المادة 442/فقرة 3 تنص على انه " لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية". كما تم الاعتراف بالتحكيم بموجب مرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بالاستثمار، ثم الأمر 01/03 وما ألحقه من تعديلات.

ولقد مد المشرع الجزائري المجال الذي تكتسب فيه الأشخاص المعنوية ليشمل نوع من عقود الإدارية وهي الصفقات العمومية التي تنفرد بخصائصها المميزة نظرا لتعلقها بالمرفق العام واحتوائها على شروط استثنائية تمنح للإدارة سلطات وامتيازات غير معروفة في عقود القانون الخاص، وذلك بموجب

1– الطيب زروتي، **النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن**، رسالة لنيل درجة شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،الجزء الثاني، معهد القانون والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة1991، ص421.

2– معاشو عمار، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية(في عقود المفتاح والانتاج في اليد)**، رسالة دكتوراه معهد الحقوق والعلوم الإدارية،جامعة الجزائر،سنة 1998،ص 327.

3 -zaalani Abdelmadjid, **l'intervention des personnes publiques et parapubliques dans larbitrage international commercial**, RASJIPrevue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques n°3,1997 p894

نص المادة 1006/ف3 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي تضمن إمكانية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم، في علاقتها الاقتصادية أو في إطار الصفقات العمومية الدولية " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

ويعتبر إجازة طلب التحكيم من قبل الأشخاص المعنوية العامة عند إبرامها للصفقات العمومية أكثر وضوحا في نص المادة المذكورة أعلاه.

وبالتالي على الرغم من أن المشرع الجزائري وسع المجال المسموح فيه للأشخاص المعنوية العامة للجوء للتحكيم إلا أنه مزال محتفظا بالقاعدة التقليدية التي كان ينص عليها في نصوصه الخاصة القديمة والمتمثلة في جعل الأصل هو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة، في حين تجعل من إجازة طلب التحكيم استثناءا وذلك بحصر إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

ثالثا: محل النزاع القابل للتحكيم في عقود الاستثمار لا يمكن قابلية التبادل الوظيفي من القضاء الى التحكيم من أجل تسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف عقود الاستثمار بدون أن يكون محل العقد أو اتفاق التحكيم مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا وقع اتفاق التحكيم باطلا، وبالتالي زالت مشروعية اختيارية التحكيم على القضاء.

ومحل إتفاق التحكيم هو موضوع النزاع، والحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة كون هذه المسائل تخضع لرقابة الدولة-السلطة العامة- وإشرافها والتي يعنى تسييرها بقواعد محددة، الأمر الذي لا يتوافق في حالة اللجوء للتحكيم بصدد هذه المسائل[1]، ولا تلتزم الدولة المتعاقدة باعتراف اتفاق التحكيم إذا كان النزاع يتعلق بمسالة استبعدتها المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري سواء كان التحكيم داخليا أو دولي.

ويشترط في المحل توافر ثلاثة شروط يمكن استخلاصها من نصوص القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 كالأتي:

1- **شرط الإمكان:** أن يكون المحل موجودا أو ممكن غير مستحيل،أما إذا كان المحل الذي يرد عليه اتفاق التحكيم مستحيلا بذاته فإن اتفاق التحكيم يكون باطلا بطلانا مطلق، وهذا ما أكده المشرع في نص المادة93 من قانون المدني الجزائري، "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا"[2]، وقد ترجع الاستحالة إلى طبيعة المحل أو إلى حكم القانون وهذا ما يسمى استحالة قانونية، ولا

---

[1]-بلقواس سناء، **الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية**، بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستير، في العلوم القانونية تخصص قانون إداري، إدارة عامة،جامعة حاج الأخضر، باتنة،ص111.

[2]-ينظر: المادة 93من **قانون رقم10/05** مؤرخ في 20يونيو 2005 المعدل والمتمم **للأمر رقم 75-58** المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 **والمتضمن القانون المدني.ج** ر عدد44.

يشترط أن يكون الشيء موجودا وقت التعاقد بل يكفي أن يكون موجودا بعد ذلك في المستقبل، وهذا ما جاءت به المادة 1040" تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية" وهذا ما يقودنا إلى صحة اتفاق التحكيم الوارد كشرط في العقد، فهو شرط صحيح ملزم، فالنزاع غير موجود حالا ولكنه يمكن أن يكون في المستقبل فينشأ الالتزام[1]، والمحل الذي سيوجد في المستقبل هو محل موجود بالمعنى الذي تقصده المادتان المذكورتان أعلاه.

كما أعتمد المشرع في هذا السياق معيار قابلية التصرف في الحقوق من خلال نص المادة 1006 كشرط للإمكان وجوازية المحل النزاع على التحكيم بقوله" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها " وهو ما اعتمده كذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي[2].

2- **شرط المشروعية:**أن يكون المحل الوارد عليه اتفاق التحكيم قابلا للتعامل فيه، أي يجب أن يكون مشروعا ومناط المشروعية محل الالتزام[3]، أي أن يكون الأمر المتعهد فيه جائز قانونا فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

تعتبر فكرة النظام العام فكرة هلامية لم يتم تحديد طبيعتها ونطاقها، نظرا لمرونتها وتغيرها بتغير الزمان و المكان، فما يعتبر من النظام العام في دولة ما في وقت ما قد لا يعتبر كذلك في وقت لاحق[4] لهذا فان الفقه اكتفى بوضع مفهوم مقرب لها على أنها مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، أو أنها الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها [5].

وتبرز فكرة النظام العام في نظام التحكيم، عندما يصطدم حكم التحكيم بالأسس والمصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وهنا تكون المشكلة سواء كان التحكيم وطنيا أو أجنبيا، حيث يؤدي ذلك إلى منع تنفيذ حكم التحكيم كليا أو جزئيا أو يؤدي إلى عرقلته للوصول الى الغاية التي يبتغيها الأطراف من اللجوء إلى التحكيم كطريق أسرع لحل المنازعات[6].

ولقد بينت نص المادة 1006 من ق إ م إ سياسة الدولة في الأخذ بنظام التحكيم حيث أقرت أنه " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم، ولا يجوز للأشخاص

---

[1]- نبيهة بومعزة، **مرجع سابق،**ص225.

[2] - Hanotiau (Bernard)**, l'arbitrabilité et la favor arbitrandum**, J.D.I ,n° 04,1994,p933.

[3]-ايسر داؤد سليمان، **مرجع سابق،** ص102.

[4]- البطانية عامر فتحي، **المرجع سابق،** ص 189.

[5]- حدادن الطاهر ،**المرجع السابق،** ص 114.

[6]- عبد المطلب ممدوح عبد الحميد، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه، **مجلة الأمن والقانون**، أكاديمية الشرطة، مجلد رقم11 عدد 01،دبي الإمارات،سنة 2003،ص 462

المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"

وبالتالي لا يجوز الإعتراف بتنفيذ الأحكام التحكيمية المتعلقة بالمسائل الأحوال الشخصية كأن تتصل الخصومة التحكيمة بما إذا كان الولد شرعيا أو متبنى أو اذا كان عقد الزواج باطل أو صحيح أو قضايا المتعلقة بالميراث والحضانة ... الخ ،أو تلك المتعلقة بالمسائل الجنائية كجرائم القتل أو توقيع جزاءات المخدرات ..،أو مسائل المتعلقة بالمنفعة العامة كدعاوي نزع الملكية للمنفعة العامة، لأن النظام العام يرمي إلى حماية المصلحة العامة، وكونها من المنازعات التي تدخل في الإختصاص المنفرد للقضاء الوطني المتعلقة بسلطاته الثلاثة التنفيذية والتشريعية والقضائية، كما لا يجوز التحكيم في دستورية القوانين أو تزوير في الانتخاب ...الخ فهي من اختصاص المنفرد للدولة[1].

وعليه فان الجوء إلى التحكيم في المسائل التي تم ذكرها أعلاه يكون باطلا بطلانا مطلقا من النظام العام ويجوز ان يتمسك به أي خصم في الدعوى وفي أي حال تكون عليه الإجراءات، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون الاعتداد بما اتفق عليه الأطراف[2].

وتجدر الإشارة كذلك أن المشرع وسع في مفهومه للنظام العام وميز بين نوعين نظام عام وطني طبقا لنص المادة 605 من ق أ م إ والنظام العام الدولي بموجب نص المادة 1056/ف 6.

لكن يجب أن نحترز الخلط بين النظام العام الوطني، ومالا يعد كذلك في مجال التجارة الدولية والعكس صحيح[3]، على اعتبار أن فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى، فقد رفض مؤتمر الأمم المتحدة الذي وضع اتفاقية نيويورك 1958 بشان الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها، ولهذا يأخذ قضاء التحكيم بفكرة النظام العام الدولي، فالمحكمون مكلفون بحماية المصالح العليا للمجتمع الدولي، فإذا كان الاتفاق التحكيمي[4]مخالفا لنظام العام الدولي فقد رأت بعض الأحكام بطلانه، وعلى هذا قضت محكمة استئناف باريس علم 1991 بأنه" في مجال التحكيم التجاري الدولي فإن صلاحية الاتفاق على التحكيم يجب ان يتم تقديرها بالنظر الى مقتضيات النظام العام الدولي فقط".

3- **شرط التعين:**أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين فقد نصت المادة 94 من القانون المدني الجزائري"اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلا"وهذا ما أخذ به كذلك المشرع المصري في نص المادة 133 من القانون المدني المصري، ويستفاد

---

[1]–أشرف عبد العليم الرفاعي، **النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية سنة 2002، ص 333 وما بعدها.

[2]– أحمد أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، سنة 1987، ص110.

[3]– ايسر داؤد سليمان، **المرجع السابق**، ص101

[4]– بلقواس سناء، **مرجع سابق**، ص94.

من النص المذكور انه لا يكفي أن يكون محل الالتزام موجودا أو ممكنا بل أكثر من ذلك لا بد أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين، ويقصد بالتعيين محل الالتزام تحديده على نحو يمكنه معه التنفيذ[1]،وعليه فان محل الالتزام بالنسبة لاتفاقية التحكيم هو موضوع النزاع الذي تم تحديده في الاتفاقية، باستقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع أوجب تعين موضوعات النزاع في نص المادة 1008 /2،وكذا نص المادة 1012/3 و1039.

كما أن القاضي الوطني لا يلتزم وفقا لأحكام الاتفاقية بإحالة النزاع للتحكيم من تلقاء نفسه وإنما يتعين أن يتمسك الطرف المقام عليه الدعوى باتفاق التحكيم، للنظر القضاء الوطني في تلك القضية.

كما انه إذا اشتمل الاتفاق على التحكيم في شق منه على مسالة لا يجوز التحكيم بشأنها، فان هذا الاتفاق لا يكون باطلا إلا بالنسبة لهذا الشق وحده دون غيره، ما لم يثبت مدعي البطلان أنه لا يتنصل عنه وانه وحدة واحدة[2].

رابعا: مشروعية السبب لانعقاد الاختصاص للتحكيم لقد نظم المشرع الجزائري نظرية السبب في المواد 97و98 من القانون المدني الجزائري، اذ اشترط لصحة العقود بصفة عامة ضرورة وجود سبب و أن يكون هذا السبب مشروعا وغير مخالفا للنظام العام والآداب العامة بقوله في مادة 97 من ق م "اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف لنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا ".

وكون أن اتفاق التحكيم يعتبر عقدا فانه ينشأ عنه التزامات كما تتوفر فيه الشروط العامة التي سبق ذكرها الرضا والأهلية والمحل والسبب، هذا الأخير لا يثير أية مشكلة أو صعوبة في مجال التحكيم ككل[3]، ذلك أن عقد التحكيم يجد سببه في اتجاه إرادة أطراف عقد الاستثمار إلى استبعاد طرح النزاع على القضاء الوطني والعهد به إلى قضاء التحكيم وهو سبب مشروع دائما.

فقد يقصد بالسبب هنا الغرض أو الباعث الذي من أجله التزم المتعاقد- أي اللجوء إلى التحكيم- المشرع الجزائري يأخذ بتوسع تحديد السبب- النظرية الحديثة- ، فقد افترض المشرع أن لكل اتفاق سببا حقيقي ومشروع طبقا لنص المادة 98ق م ج على ذلك"كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك واعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا اخرا غير مشروع أن يثبت ما يدعيه"، أي أن الأصل في العقود مشروعيتها، فالعقد الذي لم يذكر له سبب يفترض أن له سببا مشروعا مالم يقم الدليل على خلاف ذلك والسبب الحقيقي هو المذكور بالعقد مالم يثبت عكس ذلك[4]،

---

[1]- ايسرداؤد سليمان، **المرجع السابق،** ص102

[2]- **المرجع نفسه،** ص105.

[3]- **المرجع نفسه،** ص105

[4]- ايسرداؤد سليمان، **المرجع السابق،** ص106.

ومفاد السبب في اتفاقية التحكيم هو اللجوء إلى القضاء الخاص (التحكيم) لما فيه من مميزات[1]، اذ أن التحكيم يحافظ على العلاقات بين الطرفين، ويضاف أن التحكيم يوفر الوقت لما تفرضه الحياة التجارية من سرعة، كما أن من مزاياه أن الأطراف يمكنهم أن يراعوا في اختيار المحكمين درجة التخصص المطلوبة في موضوع النزاع ويرى البعض أنه كذلك من مزاياه انه يوفر المال وأنه نظام اقتصادي، كما أن المحكم فيه يتمتع بحرية أكثر من القاضي المعين من قبل في تحديد القانون المطبق والإجراءات، كما يقوم المحكم بالنظر في القضية على سبيل التفرغ لها، وهذه فرصة أمام الفرقاء لمناقشة كل الخلافات مع المحكم كما يبعد عن الروتين القضائي داخل الدولة وكذا التحرر من بعض القيود التي تفرض في القضاء العادي وكذا خوف المستثمر من إجراءات تقاضي لا يعرفها، وخوف من انحياز القاضي الوطني لاملاءات السلطة العامة[2]، هذا من جهة بالإضافة لسبب الذي تسعى إليه الدولة المضيفة هو لاستقطاب رؤوس الأموال وبالتالي فكل هذه الأسباب تعد أسبابا مشروعة تنشأ بالأساس بإرادة الأطراف باستبدال واستبعاد طرح النزاع على القضاء العادي وعرض النزاع على المحكمين.

الفرع الثاني: المتطلبات الموضوعية الخاصة لانعقاد الاختصاص للتحكيم

نظر لخصوصية اتفاق التحكيم باعتباره عقد، فانه لا تكفي الشروط العامة التي سبق ذكرها أعلاه من رضا وأهليه ومحل وسبب، حتى تنشأ التزامات بين أطرافه في اللجوء الى التحكيم، بل يفرض وجود متطلبات موضوعية خاصة تتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع(أولا)، بالإضافة إلى تعيين المحكمين أو طريقة تعيينهم (ثانيا) .

أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:لقد كرس القانون رقم 09/08 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حتى يكون اتفاق التحكيم صحيح ينبغي النظر إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من ناحية الموضوع، فالقانون المطبق على اتفاق التحكيم إذا رجعنا أولا إلى قانون الاتفاقي الدولي نجد أن بعض الاتفاقيات تصدت لدلك مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958 اذ نصت مادة 1/5 على انه " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة من البلد المطلوب إليها وتنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعته له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم"، كما نصت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على أنه " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فان لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين وكذالك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد".

---

[1]-نبيهة بومعزة،**مرجع سابق**، ص226.

[2]-محي الذين إسماعيل علم الذين، **منصة التحكيم**، الجزء الثالث، بدون نشر،بدون سنة نشر،ص7-9

ما يستشف من النصين السابقين أن القانون قد يكون قانون جنسية المتعاقد أو مكان التحكيم أو مكان إبرام العقد الأصلي، كما قد يكون قانون دوليا مستمدا من معاهدة، أو مكان صدور الحكم التحكيمي هو القانون الذي يتحدد على أساسه ما اذا كان حكم التحكيم الصادر بناء على اتفاق تحكيم قد أصبح نهائيا أو لم يصبح كذلك، وبالتالي فقانون صدور الحكم التحكيمي هو قانون الدولة التي يصدر منها حكم التحكيم وليس قانون الدولة التي ينفذ فيها هذا الحكم، كما يطبق المحكم في حالة غياب قانون الإرادة قواعد تنازع القوانين في البلد الذي يجري فيه التحكيم وهنا قد يستبعد المحكم تطبيق قانون مكان صدور حكم التحكيم[1].

بالنسبة للقانون المقارن نجد المشرع المصري في نص المادة 39 اخذ مبدأ قانون الإرادة، أي القانون الذي اختاره الطرفان، ومنه في حالة الإحالة إلى قانون دولة معينة يستبعد تطبيق قواعد التنازع في هذا البلد، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك وفي حالة الشغور والفراغ وعدم النص على القانون الواجب التطبيق، تطبق الهيئة التحكيمية القواعد القانونية التي تراها أكثر ملائمة بالنزاع مع مراعاة باقي شروط العقد وأعراف التجارة الدولية، ونجد أن المشرع المصري انتهج نفس النهج مع المشرع الفرنسي الذي بين نفس التوجه في نص المادة 1496 قانون إجراءات المدنية الفرنسي :

« L'arbitre tranche le litige conformément aux régles de droit que les parties ont choisies ,a défaut d'un tel choix conformément a celles qu'il estime appropriées,il tient dans tout les cas des usages du commerce »

فالنظام الفرنسي يأخذ بقانون الإرادة أصلا، ثم في غيابه يعطي للمحكم الاختصاص في النظر في القانون الملائم، فيأخذ بتطبيق مبادئ القانون الدولي بفتح المجال للعادات والأعراف التجارية الدولية، واستبعاد قوانين أطراف العقد ،كما يمكن أن يطبق قواعد تنازع أحد المتعاقدين[2].

أما المشرع الجزائري فقد انسجم مع نص اتفاقية نيويورك 1958 كونه منظم إلى هذه الاتفاقية وكذا مع التشريعات المذكورة سلفا إذ نصت المادة 1040الفقرة الثالثة على "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت لشروط التي يضعها القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما"

ويظهر أن اتفاق التحكيم يمكن أن يخضع لثلاثة مصادر تطبق بالتسلسل، جاءت به الفقرة المذكورة أعلاه قانون الإرادة أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائما والتي نوردها فيما يلي:

1- **قانون الإرادة(الذي اختاره الأطراف):** يحرص الخصوم على تحديد القانون الواجب التطبيق، باعتباره أحد أهم المزايا التبادل الوظيفي بين كل من القضاء والتحكيم، باختيارهم صراحة وهذا الفرض هو الأكثر شيوعا ووقوعا من الناحية العملية، وبالتالي على المحكم أن يحترم إرادة الخصوم. بحيث يكون اتفاق

---

[1]-محمد كولا، **مرجع سابق**، ص122-123.

[2]- **المرجع نفسه**،،ص123.

التحكيم صحيحا إذا استجاب للشروط التي وضعها القانون المختار من طرف أطراف النزاع، وبهذا نجد أن المشرع كرس ما جاءت به المادة 18ق م ج المعدلة والمتممة بموجب القانون10/05 المؤرخ في20 يونيو 2005، التي تخضع فيه الالتزامات التعاقدية لمبدأ سلطان الإرادة[1]،وتجدر الإشارة إلى أن الخضوع لمبدأ سلطان الإرادة لا يفرض بالتأكيد اختيار الطرف الجزائري لقانونه الوطني، بل نتيجة لاعتباره ضمانة إجرائية تحفيزية ،قد يحيل الطرف الوطني إلى قانون أجنبي أو نظام تحكيم أجنبي كالذي يتبعه مركز(CIRDI) وغرفة التجارة الدولية، أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[2]، التي تتمثل نوع من الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق.

2- **القانون الذي يحكم موضوع النزاع:** في حالة غياب الحل الصريح، وعدم اتجاه الأطراف إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وفق ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، فانه يأخذ الحل الثاني وهو القانون الذي ينظم موضوع النزاع أي العقد الأصلي، إذ يعتبر بمثابة اختيار ضمني لإرادة الأطراف[3]، لكن قد تلجأ الهيئة التحكيمية إلى تطبيق مصادر أخرى دون القانون المطبق على العقد كاللجوء إلى المبادئ العامة للقانون، والعادات التجارية الدولية[4]، وهذا دليل أن المشرع لم يعتد بالإرادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق واعتبر السكوت تنازلا من الأطراف على اختيار القانون المطبق على النزاع.

لكن يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بما يعرف بازدواجية الإرادة من خلال إعطاء الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، سوءا كانت صريحة أو ضمنية.

3- **القانون الذي يراه المحكم ملائما:**في حالة لم يقم الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وقت ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، تتدخل محكمة التحكيم مباشرة، وتختار هذا القانون استنادا إلى قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة، وهو الأمر الذي ذهبت إليه المادة ق ا م ا 1050 "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف لكن في حالة غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" بمعنى أن الأصل يستوي أن تتولى محكمة التحكيم الفصل في النزاع بموجب القانون الذي يختاره الطرفان صراحة أو لقانون العقد، لكن في حالة عدم وجود هذا الاختيار فالمحكمة لها الاختيار أن تلجا إلى تطبيق ما تراه مناسبا وملائما لإرضاء

[1]-جارد محمد،**المرجع السابق**، ص27.

[2]-محمد كولا،**مرجع سابق**، ص152.

[3]-الياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **مقال من مجلة المنتدى القانوني**، العدد07 سنة 2014. ص 196.

[4]-، محمد كولا، **المرجع السابق**، ص126

الأطراف[1]، وبهذا نرى أن المشرع الجزائري أعطى للمحكم سلطة تقديرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع.

ثانيا: تحديد أسماء المحكمين وكيفية تعيينهم: لما كان اختيار أطراف عقد الاستثمار للتحكيم سبيلا لفض منازعاتهم، فان هذه الحرية تعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة، ويعد اختيار المحكمين فيها حجر الزاوية خصوصا في مرحلة الإجراءات[2]،كون حسن إجراءات التحكيم وصحتها ثم صدور حكم التحكيم وعدالته يتوقف على كفاءة وحسن اختيار القائم عليها[3]. ويعد المحكم أبرز ما يميز التحكيم عن القضاء كون لا يعين بمرسوم رئاسي مثل القاضي الذي يتم تعيينهم وتثبيتهم في مكان ضمن التنظيم القضائي إلا إذا جاء قرار بتحويلهم كما يعمل باستمرار ولا يجوز له رفض طلب الفصل في النزاع – القاضي- فهو ليس مخير وإلا توبع بجريمة إنكار العدالة،عكس المحكم الذي يتم اختياره بالإرادة المشتركة للخصوم، وقد يتم تعيينه في نزاع معين لاغير، وتنتهي مهمته بإصداره قرار التحكيم كما يجوز له رفض القيام بالتحكيم.

وبالتالي فان تعيين المحكم يتم بحسب اتفاق الأطراف –وحسب نوع التحكيم أي تحكيم حر أو مؤسسي، ويستوي أن يتم الاتفاق على شخص المحكم في صلب عقد التحكيم شرط أو مشارطة وانتفاؤه يرتب بطلان التحكيم بطلانا مطلقا [4]، وهذا ما نصت عليه كل من المادة 1008 و1012 من ق إ م إ انه يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم آو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم، إلا أنه أمر يصعب استساغه عمليا، لذا ترك فيه نوع من المرونة بالتركيز على الإرادة الحرة للأطراف كما لا يعد مانعا من إتمام التحكيم، في حالة غياب وصعوبة تعيين المحكم باستكماله حتى لا تضيع الحقوق بأن يتم اختيار هيئة التحكيم عن طريق القضاء الوطني وهذا الفرض سبق وان عالجناه ضمن الباب الأول.

والجدير أن جل التشريعات نصت على كيفية تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد أو محكمين متعددين لكن اختلفت حول بعض الشروط المرتبطة بتعيين المحكمين وكذا شروط الواجب توفرها في المحكم.

وفي هذا السياق سنتناول ثلاث نقاط رئيسية نتناول في النقطة الأولى تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الحر، أما النقطة الثانية تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي أو نظامي وأخير شروط الواجب توفرها في المحكم .

---

[1]– الياس عجابي،لنظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **المرجع السابق**، ص196 .

[2]– ناصر محمد شرمان، **المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي**، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى،سنة 2015 ص 102.

[3]– محمد طه سيد أحمد عاشور، **اتفاق التحكيم وإجراءات الخصومة التحكيمية**، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،دون طبعة،سنة2017،ص 83

[4]– أحمد أبو الوفا، **مرجع سابق**، ص 41.

1- **تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الحر**: يقصد أولا بالتحكيم الحر هو ذلك التحكيم الذي يتولى الأطراف الفرقاء تأسيسه والذي يختار الأطراف فيه ما يشاءون من المحكمين بأنفسهم وكذا تحديد الإجراءات التي يسيرون عليها أو تفويضهم في تحديدها، فهو تحكيم مخصص لنزاع معين ويطلق عليه بتحكيم الحالات الخاصة .

فالأصل أن يترك أمر تشكيل محكمة التحكيم وفقا لأحكام الاتفاقيات والتشريعات الخاصة بالتحكيم لإرادة الأطراف، فلهم مطلق التصرف في اختيار أعضاء هيئة التحكيم، اذ يمكن للأطراف المعنية اختيار محكم واحد يتم تعيينه باتفاق مشترك أو بواسطة جهة أخرى يتم الاتفاق عليها، كما يمكن الاتفاق على عدد فردي لأعضاء هيئة التحكيم تبعا للإرادة المشتركة لأطراف النزاع [1]، بمعنى قد يتولى هؤلاء الأطراف القيام بهذا التعيين بطريقة مباشرة أو بواسطة تكليف طرف أخر يأخذ بالمهمة بدلا عنهم، مع مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين فلا يكون لأحدهما أفضلية على الأخر معنى ذلك لا يجوز أن يستند إلى أحدهما اختيار جميع المحكمين دون الأخر[2]، كما تجدر الإشارة أن اختيار الأطراف للمحكمين لا يعد نهائيا، إلا بعد موافقة من تم تعيينهم واختيارهم لذلك[3].

والملاحظ في التحكيم الحر أنه أعطى مجالا واسعا للأطراف على اختيار هيئة التحكيم، ولم يضع قيود على ذلك بل حدد منهج واضح لوصول الأطراف إلى حل مرضي في اختيارهم للهيئة التحكيمية، إلا في حالة عدم توصلهم لاتفاق على عدد المحكمين أو وقت تشكيل هيئة التحكيم فيعهد بها إلى جهة أو سلطة أخرى لتشكيلها .

لقد نصت مختلف التشريعات والاتفاقات الدولية على تشكيل هيئة التحكيم وفق القاعدة الوترية، فقد تتكون الهيئة التحكيمية من محكم واحد وقد تتكون من ثلاثة أو خمسة أو أكثر وفق ما إتفق عليه الأطراف، ويكون في معظم الأحيان ثلاثة،يختار كل طرف محكمه ثم يختار المحكمان حكما ثالثا، وفي كثير من الأحيان مايحمل جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف .

أ- **تعيين المحكم في التشريع المقارن والجزائري** :نظم المشرع الفرنسي وفق قانونه للإجراءات المدنية المعدل سنة 2011 في كل من المادتين 1451 و1452 أنه يستطيع محكم واحد ان يشكل هيئة التحكيم كما ألزم على ان لا يكون العدد زوجي عند تعدد هؤلاء المحكمين لأن عدم التزام النصاب القانوني المفروض في مسألة التعيين سيؤدي الى عدم السماح للهيئة بالممارسة الصحيحة لمهامها بسبب وجود خلل في تشكيل الهيئة، مما يوجب على من يخولهم القانون، أن يقوموا بتصحيح الخلل وذلك بتعيين محكما يحقق به النصاب الوتري لعدد المحكمين، في حين يعطي حق تصحيح الخلل

[1]-قبايلي الطيب، **مرجع سابق**، ص 299.

[2]- لزهر بن سعيد، **مرجع سابق**، ص 92.

[3]- ينظر: المادة 1015من **قانون 09/08** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، الا اذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم "

الواقع للأشخاص بحسب الأولوية التي يراها مناسبة إذ جعل القضاء هو أخر سبيل يسند له مهمة تعيين المحكم الناقص، بعد تعذر تعيينه من طرف الأطراف أو المحكمين[1].

كما نص المشرع المصري في الباب الثالث من القانون رقم 27 لسنة 1994 كيفية اختيار المحكمين ومنح الأطراف حرية واسعة في إختيار المحكمين إيمانا منه بأن اختيار المحكم يعتبر حجر الزاوية في العملية التحكيمية [2]، فقد حدد في نص المادة 15 عدد المحكمين بمحكم واحد أو أكثر باتفاق الطرفين، فإذا لم يتفقا كان العدد ثلاثة كما أعطى الحرية للأطراف في كيفية ووقت اختيارهم، فإذا لم يتفق الطرفان على تعيين المحكمين حسم المشرع الأمر في نص المادة 17 من نفس القانون بتدخل القضاء بطلب من أحد الأطراف لحسم هذا الخلاف[3] :

- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد، تولت المحكمة اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.
- إذا كانت مشكلة من ثلاثة محكمين، اختار كل طرف محكمه ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث.

فإذا لم يعيّن أحد الطرفين محكمه خلال المدة المحددة وهي 30 يوم من تسلمه طلب من الطرف الأخر وتقاعس عن تشكيله لهيئة التحكيم، أو إذا لم يتفق الطرفان المحكمان على تعيين المحكم المرجح خلال 30 يوم التالية من تاريخ تعيين أخرهما، تولت المحكمة اختياره بناء على طلب أحد الطرفين ويكون المحكم الذي اختاره المحكمان أو الذي إختارته المحكمة رئيس الهيئة التحكيمة[4].

أما المشرع الجزائري فلم يخرج عن سابقيه وتأثر بكل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري فقد ألزم فردية المحكمين، لتشكل هيئة التحكيم وأجاز تولي محكم واحد فقط لتولي مهمة الفصل في النزاع أما في حالة تعدد الهيئة التحكيمية فانه ربطها بقيد الوترية وهذا ما نصت عليه المادة 1017 من ق إ م إ " تتشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد وتري"، كما أعطى الأولوية والحرية الكاملة للأطراف في اختيار الهيئة التحكيمة، سواء بوضع نظام إجرائي اتفاقي للتعيين مباشرة أو أن يتفقوا على قانون إجرائي يتضمن كيفية تعيين المحكمين، كما لو يتفق الأطراف على اختيار تطبيق قواعد اليونسترال أو نظام غرفة التجارة الدولية [5]، كما منح للأطراف مكنة عزل المحكم أو استبداله إذا تبين سبب لذلك

---

[1]– عبد الوهاب عجيري،**المرجع السابق**، ص 63.

[2]– لزهر بن سعيد، **المرجع السابق**، ص 94.

[3]–عيساوي محمد، **المرجع السابق**،ص 111-112.

[4]– الملاحظ ان هناك من يرى انه خطأ شائع يجري العمل به في العديد من قضايا التحكيم، في قيام المحكمين المختارين في تعيين الحكم المرجح الثالث، لكن الأصل في تعيين المحكم الوتر يكون للأطراف ولا تكون للمحكمين الا بتفويض خاص منهم راجع ذلك: بالتفصيل أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 636.

[5]– نويوة هدى، **التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري**، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في المؤسسات الادارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2012، ص 82.

وهذا ما نصت عليه المادة 1041 فقرة 1 من ق إ م إ " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم"

كما بين المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة 1041 من ق إ م إ أنه في حالة غياب التعيين أو حالة صعوبة تعين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يستنجد بالقضاء الوطني، وحدد فرضين لذلك، الأول رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، بمعنى مكان التحكيم او مكان المتفق على إجراءا التحكيم به وعقد الجلسات التحكيم أما الفرض الثاني فانه إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فانه يرفع الأمر إلى محكمة الجزائر العاصمة دون غيرها من المحاكم.

2- **تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي:** يقصد بالتحكيم المؤسسي هو نوع من التحكيم الذي تشرف عليه مراكز وهيئات أقيمت خصيصا لتقديم خدمات للأطراف التي اختارته ،وفي هذه الحالة يتم التحكيم وفق للقواعد التي تتبعها المؤسسة وهذه القواعد تحدد كيفية اختيار هيئة التحكيم إذ غالبا ما تحتوي المؤسسة على قائمة بأسماء المحكمين لهم خبرة ومعرفة بالمعاملات التجارية والاقتصادية والقانونية. فهو تحكيم جاهز في مقاييسه ومعاييره[1].

يعتبر إخضاع كيفية تشكيل هيئة لتحكيم للإرادة الحرة من المبادئ التي كفلها القانون في تشريعات جل الدول التي جعلت اتفاق التحكيم طريق لحل منازعاتهم، ويستوي أن يكون هذا الاختيار بواسطة الأطراف مباشرة كما رأينا أعلاه في التحكيم الحر، أو بواسطة شخص طبيعي أو معنوي كمركز التحكيم دائم[2].

وعليه إذا كان الاتفاق على إحالة النزاع الى التحكيم فقط أو وفق قواعد تحكيم معينة دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية محددة فهو اتفاق على تحكيم حر، وبالتالي معيار التفرقة بين التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر هو معيار شكلي من حيث وجود دلالة العبارة " اسم المؤسسة التحكيمية" ومحلها هو اتفاق التحكيم[3]، ولقد أشار صراحة المشرع الجزائري لذلك في المادة 1014 فقرة ثانية من ق إ م إ " إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم" وهذا ما أخذ به كذلك المشرع المصري في نص المادة 4 فقرة الأولى من قانون رقم 27 لسنة 1994.

---

[1]- مناحي فرح، **مرجع سابق**، ص 51-52.

[2]- مثلا مركز لهاي، او غرفة التجارة بباريس، مركز واشنطن لمنازعات عقود الاستثمار، مركز القاهرة الاقليمي ...الخ وهية متنوعة بين دولية وإقليمية و محليه .

[3]- حمزة حداد، دور التحكيم في تسوية المنازعات،**مقال منشور في مجلة التحكيم لمركز التوفيق والتحكيم اليمني**، العدد 05 أفريل سنة 2000،ص 17.

3- **الشروط الواجب توفرها في المحكم** : يقصد بالمحكم هو ذلك الشخص الذي يمنحه المتخاصمان الثقة والسلطة للفصل في خصومتهما[1]، لكن أخضع المشرع هؤلاء المحكمين إلى مجموعة من الشروط للقيام بمهمة التحكيم فالأصل كما رأينا أن الأطراف هم من يختارون المحكمين بكل حرية فبالتالي للأطراف الحرية في فرض شروط معينة لمن يعهدون إليهم الفصل في نزاعهم، لكن هناك شروط عامة أخرى ذهب الفقه وكذا التشريعات الوطنية ومراكز التحكيم على فرض وجوبها سنتطرق إليها على النحو التالي:

أ- **الشروط الإلزامية للمحكم** : لقد وضعت معظم التشريعات الوطنية والدولية وكذا مراكز التحكيم شروطا تعد من النظام العام وجب توفرها فيمن يتولى مهمة التحكيم، بصرف النظر عن نوع او ملابسات خصومة التحكيم [2]، ولا يجوز للأفراد أو المؤسسات مخالفتها وإلا ترتب بطلان الحكم التحكيمي وتتمثل فيما يلي:

•**أن يكون شخصا طبيعيا متمتع بالأهلية المدنية الكاملة:** بالرجوع إلى نص المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بينت أنه " لا تستند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية

إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم"

فالأصل أن يكون المحكم شخصا طبيعيا تكون أهليته سليمة فلا يعتريه عيب يؤثر على مدركاته العقلية والنفسية والجسدية[3]، ومتمتع بكل الحقوق والواجبات، بمعنى واسع أن القاصر المرشد والراشد تحت الوصاية لا يمكن أن يكونا محكمين، ولا يمكن أن يكون محجورا عليه طبقا لنص المادة 101 من ق الأسرة أو مفلس طبقا لنص المادة 243 من القانون التجاري أو محروم من الحقوق المدنية لارتكابه جناية طبقا لما نصت عليه المادة 09 مكرر 01 من قانون العقوبات ما لم يرد إليه اعتبار وهذا ما أكدته كذلك القواعد العامة المتعلقة بالأهلية في بالقانون المدني في كل من المواد40 و42 و 44 وما تضمنته المادة 78 " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها أو بحكم القانون ". مع الإشارة أن شرط الجنسية[4] و صفة القاضي لا تعتبر من حالات عيوب الأهلية.

---

[1]- خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 40.

[2]-لزهر بن سعيد،**مرجع سابق**، ص 146.

[3]- في هذا الأمر هناك من الفقه يرى أنه ليس ما يمنع أن يكون المحكم صما او أبكم أو حتى أعمى فالأمر متروك لحرية الأطراف متى اختارتهم وعند ئد يحكم من واقع الطلبات والدفوع والأوراق والعرائض المقدمة من طرف الأطراف.

[4]- لا يشترط شرط الجنسية للمحكمين العاديين ما لم يتفق الأطراف عليه حتى يصبح إلزاميا، وانما يكون لهذا الشرط ضرورة للوقاية من الشكوك وكضمانة على لعدم الانحياز خاصة في تعيين المحكم المرجح الثالث او المحكم الوحيد في حالة عدم اتفاق الأطراف عليه .

أما الشخص المعنوي فلا يمكن أن توكل له مهمة التحكيم بل تنظيمها فقط، في توجيه عملية التحكيم والوقوف على إجراءاتها مثلما الحال في الهيئات المتخصصة في التحكيم كون المحكم يصدر حكما كأحكام القضاء والمعروف أن سلطة القضاء لا يباشرها إلا الأشخاص الطبيعيون[1].

وهذا ما ذهب إليه كذلك كل من المشرع الفرنسي والمصري ولو ان المشرع المصري جاء أكثر دقة ووضوح من المشرع الفرنسي والجزائري حيث جاء في نص المادة 16 من قانون رقم 27 لسنة 1994 " لا يجوز أن يكون محكما قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد إليه اعتبار ولا يشترط أن كون المحكم من جنس أو جنسية معينة مالم يتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك " في حين المشرع نص في مادته 1451 من قانون المرافعات الفرنسي " مهمة التحكيم لا يجوز أن تعهد إلا إلى شخص طبيعي يتمتع بالأهلية الكاملة لمباشرة كافة حقوقه المدنية" مما يتطلب منا البحث في الحالات التي تحول دون التمتع بالحقوق المدنية .

- **الحياد والاستقلالية:** تعتمد قيمة ونجاعة التحكيم في قيمة المحكم [2]، وبالتالي حتى يكون قرار التحكيم ناجعا وصحيح لا بد أن يصدر من محكم يتميز بالنزاهة فلا يميل ولا يحيد ولا يتعاطف مع أي طرف من الأطراف المحتكمين فهو يصدر قراره التحكيمي بكل استقلالية وبدون ضغط آو تهديد.

وتعد الحيدة والاستقلال من الضمانات الأساسية في التقاضي وذلك حتى يطمئن الأطراف الى قاضيهم وان حكمه لا يصدر الا عن حق الحيدة دون تمييز[3]،وباعتبار أن المحكم يعد قاضيا كونه يصدر أحكام ملزمة للأطراف مثله مثل القضاة فانه لابد ان يتوفر فيه هذين الشرطين الذين يعتبران ركيزتين أساسيتين لنجاعة الحكم التحكيمي، ويعد عاملا مهما لاستقرار وبعث الرضا والطمأنينة في نفسية الأطراف الفرقاء.

والاستقلال معناه ألا توجد صلة أو مصلحة للمحكم بموضوع النزاع أو الارتباط بأحد الأطراف أو ممثليهم، فلا يجوز أن يكون المحكم دائنا أو ضامنا أو كفيلا لأحد الخصوم أو وكيل عنه في النزاع المعروض أمامه أو في نزاع أخر يضم أحد الخصوم أو أن يكون مساهما أو شريكا في شركة تضم أحد الخصوم أو أي علاقة مالية أو مهنية أو اجتماعية أخرى سابقة أو حالية، من شأنها أن تؤثر في الطبيعة القانونية لمهمته [4].

في حين الحياد هو مسألة شخصية أو حالة نفسية عاطفية تعني خلو المحكم من أي ميل أو انحياز أو تعاطف أو انتماء مسبق مع وجهة نظر أحد الخصوم في النزاع الذي سيفصل فيه بغض

1- مناني فرح، **مرجع سابق**، ص 131.

2- محمودي مسعود، **أساليب وتقنيات ابرام العقود الدولية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الثانية سنة 2015،ص260.

3- لزهر بن سعيد، **مرجع سابق**، ص 154

4- ابو العلا على ابو العلا النمر، **تكوين هيئات التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2000،ص 49.

النظر عن الطريقة التي تم اختياره بها، كوجود صلة قرابة أو مودة أو عداوة أو حتى ربما دين من شأنها أن تحيد به عن الحق[1].

ولقد كرست معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وكذا أنظمة التحكيم هذا الشرط فالبنسبة للمشرع الجزائري نص في مادة 1015من ق إ م إ على إلزام المحكم بالتصريح وإخطار الأطراف على الظروف التي من شأنها أن تكون خرق لمبدأ الحياد والاستقلالية ولا يجوز القيام بمهمته إلا بعد موافقتهم أو تكون سبب من أسباب ردهم، وهذا ما أكده في نص المادة 1016 من نفس القانون على أنه يكون موضوع لرد المحكم اذا تبين من ظروف الحال شبهة مشروعية استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

وهذا ما سار عليه المشرع المصري في كل من المادة 16/ فقرة 03 وكذا المادة 18 من قانون 27 لسنة 1994.

ب- الشروط الاتفاقية: قد يحرص الأطراف في سبيل اختيار الهيئة التحكيمية المزمعة الفصل في نزاعهم على تضمين مواصفات وشروط في شخص المحكم أو الهيئة التحكيمية غير تلك الإلزامية التي تفرضها التشريعات القانونية، بل متروكة لاختيار الأطراف لكن ما إن تم الاتفاق عليها حتى تصبح إلزامية، ويصبح عدم الأخذ بها سببا لرد المحكم من بينها:

- **جنس المحكم (ذكر أو أنثى):** من الجائز أن يكون المحكم شخصا واحدا ومن الجائز تعدده وليس هناك ما يمنع أن يكون المحكم امرأة، لأن القانون لا يمنع ذلك وهذا ما نص عليه صراحة المشرع المصري في نص المادة 16/ فقرة2 " لا يشترط ان يكون المحكم من جنس او جنسية معينة إلا إذا اتفقا طرفا التحكيم او نص القانون على ذلك"، في حين أن جل الدول ومنها الجزائر تفادت التطرق إلى هذا الموضوع، فلا يوجد نص بالجواز أو بالمنع لاختيار المرأة عضوا في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع[2]، خاصة أمام تأكيده في الدستور على المساواة بين الرجل والمرأة في جل الميادين مناصفة، هذا وبالتالي يمكن للأطراف الاشتراط أن يكون المحكم أنثى .

والملاحظ أنه من الناحية العملية أن تعيين المرأة في منصب محكم نادر جدا ولم يصدر حتى الآن حكم ببطلان قرار تحكيمي كون من صدره محكم امرأة[3].

- **جنسية المحكم** :تعتبر الجنسية ليست أمرا حاسما أو مفروضا في اختيار المحكم، لكن تعّبر لدى الكثير من الأطراف عن مدى حياد واستقلال المحكم [4]، لذا يسعى الأطراف في معظم الأحيان على اشتراط أن يكون المحكمين من جنسيات مختلفة . والملاحظ أن أغلب التشريعات المقارنة لا تفرق بين

---

[1]- لزهر بن سعيد،**مرجع سابق**،ص 161-162.

[2]- عمر فتحي البطانية، **المرجع السابق**، ص91.

[3]- هشام خالد، تكوين محكمة التحكيم، **مرجع سابق**، ص129.

[4]- لزهر بن سعيد، **المرجع السابق**، ص 172.

المحكم الوطني والأجنبي في تولي مهمة التحكيم في حين أن بعض الأنظمة تفرض أن لا يكون المحكم أجنبيا على اعتبار أن التحكيم نوع من القضاء يفرض عدم توليه من طرف الأجانب[1].

فالمشرع الجزائري لم يشترط ضرورة أن يكون المحكم وطنيا ولا أجنبيا، وإنما تركها لتقدير الأطراف الفرقاء خلافا لما كان واردا في ق إ م القديم رقم 09/93 الملغى في نص المادة 458/مكرر2/4 أن لايتم تعيين محكم ممن يحملون جنسية أطراف النزاع إذا دعي القاضي إلى تعيين محكم مرجح، وهو تعبير ضمني أن تحديد جنسية باقي المحكمين هو متروك لتقدير الخصوم.وهو ما عمل به المشرع المصري في نص المادة 2/16 من المادة المذكورة أعلاه .

أما بخصوص القواعد الدولية المعمول بها في مجال التحكيم الدولي، فهي على إجمالها قد تركت الحرية للأطراف في اختيار المحكم أو المحكمين الذين يرونهم مناسبين في منحهم ثقة الحكم في النزاع القائم سواء أجانب أو وطنيين، غير أن هناك من الاتفاقيات الدولية والقواعد الدولية تنص على إمكانية أن يكون المحكم أجنبي كالاتفاقية الأروبية لعام 1961، وهناك من يفرض قيد على عدم تعيين المحكم ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع تجنبا لانحياز لمواطن دولته، بشرط عندما يتم تعيينه من قبل سلطة التعيين وهذا ما نصت عليه المادة 38 من اتفاقية واشنطن الخاصة بحل النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وكذا نص المادة 06 الفقرة 7 " تراعي سلطة التعيين الاعتبارات التي يرجح أن تكفل تعيين محكم مستقل ومحايد وتأخذ في اعتبارها مدى استصواب تعيين محكم ذي جنسية مغايرة لجنسيات الأطراف[2].

- **الخبرة والكفاءة:** اشترطت بعض الأنظمة أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المعروضة على التحكيم، لكن أغلبها قد سكتت عن هذا الشرط مثال ذلك المشرع الجزائري والفرنسي، لذا رأى الفقه أن الأمر متروك لتقدير طرفي التحكيم في نفسيهما عند الاتفاق على التحكيم وقد يكون الأوفق أن يختار الطرفان محكما من ذوي الخبرة في مجال النزاع أو من ذوي الخبرة القانونية على نحو يغني الاستعانة بالخبراء ويؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع[3]،إما أن يكون المحكم جاهلا فهذا من رأينا يبدو غير مقبول ومنطقي لأن فاقد الشيء لا يعطيه .

على الرغم من أن الفقيه عبد الحميد الأحدب يجيب أن عدم توفر هذا الشرط لا يؤثر على قوة القرار التحكيمي، وذلك لأن الأطراف النزاع هم أدرى به من عدمه، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يثير الفرقاء بعدم مباشرة الاتفاق على التحكيم، لعدم إشارة الى خبرة المحكمين أن يقومو بالطعن على

---

[1]- Fouchard (Philippe). **Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française**, Revue de l'arbitrage, 1996, n° 3, p. 325-372

[2]- بوالصلصال نور الدين، **مرجع سابق**، ص 102-103.

[3]-. مصطفى محمد جمال عكاشة محمد عبد العال، **المرجع السابق**،613

قرار المحكمة لعدم توفر خبرة المحكم ومن ثم فان قرار المصادقة يغطي ما في وثيقة التحكيم من عيوب[1].

وترتبط الخبرة بالكفاءة اذ أصبح اختيار المحكم يقتضي توافر كفاءة وتخصصا وعلما بقواعد وأصول مهنة التحكيم فهنالك أنواع معينة من التحكيم يحكم طبيعتها المتخصصة وجوب الخبرة في المحكم فالتحكيم البحري يفترض أن يكون المحكم متخصصا في المجال البحري، وهو الشأن في التحكيم في عقود الاستثمار التي تتطلب خبرة وكفاءة لما تتسم منازعاتها من تعقيد، اذ نجد اتفاقية واشنطن تنص على وجوب الخبرة في مادتها 14 فقرة أولى كما هو الشأن لذا الكثير من الاتفاقيات والمراكز التحكيم الدائمة[2]،كما أن قيام المحكم بفصل النزاع في حالة التحكيم بالقانون يستلزم أن يكون المحكم عالما بالقانون لا سيما الموضوعية منها لذا يرجح الكثيرين، أن يكون أحد أعضاء الهيئة التحكيمة من رجال القانون .

المطلب الثالث: المتطلبات الشكلية لانعقاد الاختصاص للتحكيم

حتى نحصن اتفاق التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس عقد الاستثمار الدولي ،وبذلك نضمن فاعلية التحكيم كضمان لأطراف العلاقة الاستثمارية الدولية اتجهت إرادة الكثير من التشريعات والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم وقواعد التحكيم إلى ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، كما أنه كلما زادت الكفاءة والمهارة اللتان يكتب بهما اتفاق التحكيم كلما زادت ضمانة حسن سير إجراءات التحكيم [3].

إذ لابد أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، فالاتفاق الشفوي لا يعتد به، وهذا ما استقرت عليه جل التشريعات الوطنية والمقارنة، فالواجب هو توفر اتفاق صريح على التحكيم في شكل كتابي، وأن يحمل هذه الكتابة توقيع الطرفين، وعلى هذا الأساس فالإرادة الضمنية لا يعول عليها في هذا الشأن، وشرط الكتابة يعتبر من الشروط الحرجة في نطاق التجارة الدولية بوجه عام وعقود الاستثمار بوجه خاص،حيث يحتاج هذا الأخير إلى السرعة، والكتابة تجافي هذه السرعة لكن من ناحية أخرى فإن شرط الكتابة يحمي الطرف الضعيف في العلاقة[4]، و في هذا السياق سوف نتناول في هذا المطلب موقف التشريعات الوطنية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية من شرط الكتابة (الفرع الأول) ثم نبين مفهوم الكتابة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية من الزام الكتابة

اشترطت غالبية الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية ضرورة أن تنصب اتفاقية التحكيم في شكل كتابي وسنبين ذلك وفق مايلي بداية بموقف التشريعات الوطنية(أولا) ثم المعاهدات الدولية(ثانيا)

---

[1]– عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول الكتاب الاول، التحكيم في البلاد العربية، **المرجع السابق**، ص 343

[2]– بوالصلصال نور الدين، **مرجع سابق**، ص 104.

[3]–هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،**مجلة التحكيم العربي**، مصر ،العدد24 يونيو سنة 2015، ص 181–182.

[4]–خالد هشام، تكوين محكمة التحكيم، **المرجع السابق**، ص 24.

أولا: موقف التشريعات الوطنية من اقتضاء شرط الكتابة في اتفاقية التحكيم:

1- موقف المشرع الجزائري: لقد استلزم المشرع في العقد الوارد به اتفاق التحكيم، او للوثيقة التي استند عليها، أن يكون مكتوبا، وإلا كانت هذه الاتفاقية باطلة، وهذا راجع للتعقيدات التي تتضمنها اتفاقية التحكيم وأهميتها للسير بالإجراءات التحكيمية وصعوبة إثباتها بغير الكتابة، لذلك نجد أن المشرع أصاب في هذه النقطة عندما اشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم كسبيل لصحة العملية التحكيمية، وترك لهم الحرية في اختيار نوع الكتابة رسمية أو عرفية كما لم يحدد لهم انتهاج وسيلة اتصال محددة بعينها فبالرجوع لأحكام القانون رقم 09/08 المتضمن ق ا م ا نجد أن المشرع نص صراحة في نص المادة 1040"تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية .يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"[1]، كما يفهم من ذلك ان المشرع استبعد الشفوية في اتفاق التحكيم وأكد على وجوبية الكتابة.

وتجدر الإشارة للتفرقة بين اتفاق التحكيم التي الذي يستند على شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي والتي يفترض بداهة العقد الأصلي مكتوب، وبالتالي فشرط التحكيم يورد مكتوب أيضا، وأما اتفاقية التحكيم (المشارطة) فهي مستقلة عن العقد الأصلي، هذا العقد يكون من حيث صحته وإثباته خاضعا للقواعد العامة، بمعنى يجوز إبرامه شفهيا بل وإثباته بالشهادة وهذا ما يؤكد على مبدأ استقلالية العقد الأصلي على اتفاق التحكيم، في حين أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوب[2]، هذا عن التحكيم الدولي كما نص على مستوى التحكيم الداخلي في نص المادة 1/1008قبلها من ق إ م إ " يثبت شرط التحكيم،تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أوفي الوثيقة التي تستند إليها"،كما نصت كذلك المادة 1012من نفس القانون"يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا".

2- موقف التشريعات المقارنة: نص المشرع الفرنسي في المادة1443 من المرسوم التشريعي للتحكيم الداخلي لعام 1980على انه "يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد أو في أي مستند يحيل له هذا العقد و إلا كان التحكيم باطل" وأضافت المادة1449 "يجب أن تكون مشارطة التحكيم ثابتة بالكتابة"، وهذا ما أكدته كذلك نص المادة 1494من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

والجدير بالملاحظة أن المشرع الفرنسي ميز بهذا الخصوص بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم بحيث اشترط الكتابة كشرط للانعقاد التحكيم وصحته إذ رتب البطلان على مخالفتها، في حين اعتبره مجرد وسيلة للإثبات بالنسبة للمشارطة اذ لم يرتب ذات الأثر أي البطلان في حالة تخلف الكتابة وفقا لما نصت عليه المادة 1449. والملاحظ من نص المادة 1443 المتعلقة بصحة شرط التحكيم في مجال التحكيم الداخلي تعتبر اختيارية عنه في اتفاق أطراف التحكيم

[1]-ينظر: للمادة 1040من قانون 09/08المؤرخ في 20/فبراير/2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية.**المرجع السابق**.

[2]-نبيهة بومعزة، **مرجع سابق**، ص226.

الدولي على تطبيق القانون الفرنسي فيما عدا المادتين 1493 و1494 وبالتالي فاقتضاء الكتابة لوجود اتفاقية التحكيم لا تسري على المستوى الدولي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، لكن إذا كانت كتابة اتفاقية التحكيم ليست شرطا لصحتها على المستوى الدولي حسب القانون الفرنسي بيد أنها لازمة لإثباتها اذ أن المادة 1499 من ق إ م الفرنسي تتطلب لتنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به تقديم نسخة أصلية من حكم التحكيم مصحوبة باتفاقية التحكيم[1].

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 12من القانون الجديد1994على شرط الكتابة جاء فيها "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا..." وعلى ذلك يكون المشرع قد أخرج اتفاق التحكيم كذلك من دائرة التصرفات الرضائية واعتبره تصرفا شكليا فالكتابة مطلوبة لوجود اتفاق التحكيم وليس لإثباته فقط وبذلك يكون قد خالف قانون المرافعات القديم، الذي ينص على أن الكتابة شرط لإثبات الاتفاق وليس شرطا لصحته، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا وفقا للنص المادة 12 "...اذا تضمنه محررا وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"، وبهذا نجد المشرع أضاف مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة فلم يشترط صيغة معينة أو شكلا معينا للكتابة وإنما شمل كل ما يعبر كتابة عن توافق إرادتين في اللجوء إلى قضاء التحكيم.

وتجدر الإشارة أنه إذا كان العقد محدد المدة وتضمن شرط التحكيم كبند من بنوده فقد ذهبت بعض أحكام القضاء إلى أن هذا الشرط لا يتجدد في كل حالة يتجدد فيها العقد وهذا يتفق مع المادة 13 من القانون المصري التي تشترط أن يكون اتفاق التحكيم موقع عليه من الطرفين اي في ذات العقد الذي ثار بصدده أو أحال إلى عقد أخر صراحة، ذلك لأنه يجب أن يفسر اتفاق التحكيم تفسير ضيقا باعتباره خروجا عن الأصل العام في التقاضي[2].

كذلك في الولايات المتحدة يمكن أن يكون اتفاق التحكيم اتفاق شفهي ولكن في نهاية الأمر يجب أن يصدر الحكم التحكيمي كتابة أي أن المرحلة الشفاهية هي مرحلة بداية فقط، وأي شكل من أشكال الكتابة يعتبر مقبولا، كما ذهب أيضا المشرع الأمريكي و إستبعد الحاجة إلى التوقيع على المكاتبات المعينة، كما أن القانون الدنماركي لا يتطلب شكل معين لاتفاق التحكيم لكن يرى أنه من الأفضل أن يكون اتفاق التحكيم في شكل مكتوب، اذ تشدد المحاكم الدنمركية في تحديد الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم، أما في انجلترا فالشيء مختلف الاتفاق الشفهي يكون صحيحا ولكن مثل هذا الاتفاق يخضع لقانون التحكيم الانجليزي أي الداخلي فقط [3]، أما التحكيم الدولي فيشترط الكتابة كشرط للإثبات الاتفاق التحكيمي وكذلك المشرع الأردني نص في

[1]- نورالدين بوالصلصال، **مرجع سابق**، ص 109.

[2]- هند محمد مصطفى، **المرجع السابق**،، ص 202-203

[3]-هشام خالد، تكوين محكمة التحكيم، **المرجع السابق**، ص164.

مادته العاشرة الفقرة الثانية "يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي او اتفاقية دولية أو وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد" [1]،فالثابت مما تقدم أن جل التشريعات أخذت بالاتجاه الذي يستلزم الكتابة في الاتفاق التحكيمي.

ثانيا :موقف المعاهدات والاتفاقيات الدولية من اقتضاء شرط الكتابة في اتفاق التحكيم:

1- **موقف اتفاقية نيويورك 1958:** ورد في نص المادة 02 من اتفاقية نيويورك على أنه "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه الطرفان بعرض منازعاتهما أو بعض منازعاتهما الناشئة عن علاقات حقوقية معينة ..." كما بينت الفقرة الثانية المقصود باتفاق التحكيم بعبارة: المراد "باتفاقية المكتوبة" هو شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد أو عقد التحكيم إذا كانا موقعين من قبل الطرفين إذا تضمنهما تبادل مراسلات أو برقيات متبادلة".والواضح من خلال هذه المادة أن الدول غير ملزمة باعتراف بالتحكيم إلا إذا كان مفرغا في محرر ولو كان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق لا يشترط الكتابة لصحته أو لإثباته، واشترطت الاتفاقية هذا الشرط تأكيد على ما دل عليه العمل في التحكيم التجاري الدولي، وقد تكون العقود مبرمة لهذا الغرض عن طريق مراسلات أو برقيات يتبادلها الخصوم وتحتوي على الاتفاق على التحكيم[2]، أي أن الاتفاقية لم تلتزم شكل معين.وهذا ما يبين على اعتبار الشكل في اتفاقية نيويورك شرطا للوجود والإثبات.

2- **اتفاقية القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي**:نصت المادة 2/7 من القانون النموذجي على انه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا،ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين او في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللا سلكي، تكون بمثابة سجل للاتفاق أو لتبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق التحكيم، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند شمل على التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن يشمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم،شريطة أن يكون العقد مكتوبا وان تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد" أي أن الكتابة شرط لانعقاد الاتفاق ونتيجة لما تتطلبه الحياة التجارية من سرعة وتطور فإنها لم تتطلب شكلية معينة، إذ يمكن أن تكون الكتابة في شكل مراسلات أو برقيات أو عبر وسائل الاتصال الحديثة[3] .

3- **اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول:** نصت المادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عام 1965 والتي أنشأت محكمة التحكيم ICSID المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول ورعايا الدول

---

[1]-خالد كمال عكاشة، **المرجع السابق**، ص218.

[2]-عامر فتحي البطانية، **المرجع السابق**، ص 73

[3]-محمد كولا، **مرجع سابق**، ص117.

الأخرى على ضرورة أن تكون اتفاقية الأطراف للخضوع إلى التحكيم لدى المركز مكتوبة دون أن تتضمن هذه الاتفاقية أي حكم خاص بشكل الكتابة المشروطة في اتفاق التحكيم .

الفرع الثاني: مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم

تعد الكتابة من أهم الشكليات المتطلبة لانعقاد اتفاقية التحكيم، والتي لا يكفي انعقادها وترتيب الآثار المتوخاة منها مجرد التراضي عليها وإنما يجب فضلا على هذا التراضي إفراغه في شكل يحدده القانون وذلك تحت طائلة البطلان [1].

وتجدر الإشارة أن أساس فرض الكثير من التشريعات الشكلية في اتفاق التحكيم كمتطلب لصحة الاتفاق التحكيمي قائم على وضع ضمان حمائي للطرف الضعيف في التعاقد فضلا على تمكين القضاء في حالة حدوث النزاع إلى مراقبة هذا الاتفاق واتجاه إرادة الأطراف فيه وإعطاء أولوية خاصة لقواعد الاختصاص الولائي والنوعي لمحاكم الدولة.

والملاحظ أن المحرر المكتوب فيه اتفاق التحكيم قد يكون مكتوب كتابة رسمية أين يكون من موظف عام مختص بالعمل وقد تكون الكتابة عرفية فلا يشترط صدوره من طرف مختص إنما يتصور صدوره من أي شخص حتى من الأطراف ذاتها، كما لا يشترط في كتابته طريقة او شكل معين فقد تكون الكتابة يدوية أو بالطباعة أو حتى في صورة رسائل أو برقيات أو فاكسات متبادلة طالما كانت منسوبة للأطراف[2].

الملاحظ كذلك أن بعض التشريعات المؤيدة من بعض الفقه قد أخلطت بين اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للإثبات، في المقابل ذهبت بعض التشريعات الأخرى يناصرها بعض الفقه إلى اعتبار اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للانعقاد، لذا سنبين(أولا) صور الكتابة في اتفاق التحكيم و(ثانيا) الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

أولا: صور الكتابة في اتفاق التحكيم تنوعت صور الكتابة في اتفاق التحكيم أمام التوجه الحديث في القوانين حيث لم تعد يقتصر على الكتابة في مفهومها القديم المتمثل في التوقيع على محرر، وإنما أصبح يشمل مفهوم واسع للكتابة، خاصة مع ظهور وسائل اتصال الحديثة التي كانت بداية لميلاد التجارة الكترونية والقيام بالمعاملات عن طريق شبة الانترنت أين تمخض عن وجود التوقيع الالكتروني، الرسائل الالكترونية والفاكسات التلكس ..الخ والتي سنبينها وفق مايلي:

1- التوقيع: لم تعرف معظم التشريعات مفهوم التوقيع بصفة عامة واكتفت بالإشارة إلى المصطلح فقط وتبيان وظائفه وأنواعه ومن بين هذه التشريعات المشرع الجزائري الذي أشار إليه في كل من نص المادة

---

[1]- أنظر للمادة 1040من قانون 09/08المؤرخ في 20/فبراير/2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية، **المرجع السابق**

[2]- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، **المرجع السابق،** ص400.

327 من القانون المدني وكذا نص المادة 165 من ق إجراءات المدنية والإدارية. والتوقيع نوعان توقيع تقليدي خطي وتوقيع الكتروني حديث[1].

أ- **التوقيع التقليدي(الخطي):** هو كل علامة يعتبر بمقتضاها شخص ما على أنه ارتضى مضمون الورقة والتزم بها[2]، وعرفه الأستاذ Christophe devys بأنه كل علامة توضع على سند تميز هويته وشخصية الموقع، وتكتشف عن إرادته بقبوله التزامه بمضمون هذا السند وإقراره له، فهو فعل أو عملية وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة ... بالنسبة للتحكيم " محرر يبين أن النزاع بينهما بشأن عقد الاستثمار المعين يحال إلى التحكيم " وما نقصد به بالتوقيع في مجال الإثبات[3]، والتوقيع قد يكون بالختم أو الإمضاء أو بصمة ويشترط أن يكون من صاحب الشأن وأن يكون عادة في نهاية العقد أو المحرر حتى يكون محسوب على جميع البيانات المكتوبة فيه.ونميز ثلاث حالات بهذا الشأن:

- أن يدرج اتفاق التحكيم كتابة في العقد الأصلي للمشروع الاستثماري ويوقع عليه أسفله الطرفان
- أن يدرج اتفاق التحكيم في عقد مستقل عن العقد الأصلي (مشارطة) أو في عقد نموذجي ويتم التأشير عليه وتوقيعه..
- الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم أو العقود السابقة التي تم العمل بها من قبل الأطراف.

ب- **التوقيع الالكتروني:** لقد غيّرت شبكة الانترنيت التعاقد في المعاملات المحلية والدولية ولم يعد الاعتماد على دعامة ورقية من محررات ومستندات بل ظهرت محررات الكترونية أدت معها الى تطوير التوقيع الذي أصبح يأخذ اسم التوقيع الالكتروني .

ويقصد بالتوقيع الالكتروني مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشفرات لإخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة الكترونيا[4]، كما عرفه البعض الأخر، أنه إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواءا كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة الكترونية معينة، أو شفرة خاصة، والمهم في الأمر هو احتفاظ الموقع بالرقم والشفرة بشكل أمن وسري يمنع استعماله من قبل الغير ويدل بالفعل على صاحبه.

ولقد بين المشرع الجزائري المقصود بالتوقيع الالكتروني في المادة 02/فقرة 1 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بأنه عبارة عن " بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات أخرى تستعمل كوسيلة توثيق، كما عرفته لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية بأنه " عبارة

---

[1]- يختلف التوقيع التقليدي على التوقيع الالكتروني أن التوقيع التقليدي يوضع على وسيط مادي وهو الورق ويتم في الغالب عن طريق الإمضاء أو بصمة الختم أو بصمة الأصبع في حين التوقيع الالكتروني يوضع على وسيط غير ملموس ويتم من خلال تقنية تضمن التعرف على شخصية الموقع وضمان سلامة المحرر من العبث به. بمعنى ان له وضيفة إجرائية .

[2]-أحمد صدقي محمود، **اتفاق التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2004،ص 39.

[3]- عجابي الياس، الطبيعة القانونية للتوقيع الإلكتروني، **مجلة الدراسات القانونية**،الجلفة عدد الأول سنة 2009، ص 256.

[4]- أحمد المصطفى محمد صالح، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، **مقال منشور على الموقع الاكتروني** التالي: http://flaw.ush.sd/ جامعة شندي، مصر ،ص 11.

عن مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة، يحقق تعيين الشخص الموقع الذي يلتزم بما ورد بمحتوى المحرر".

ويتضح من خلال هذه التعريفات على أن التوقيع الالكتروني يحتوي على العديد من الوسائل التقنية الدالة عليه، كما أنه لم يعد هناك خشية من المحررات الالكترونية في ظل الانتشار الواسع للتجارة الالكترونية، سواء من حجية المحرر أو من حيث حجية التوقيع عليه، وقد نصت عليه مختلف التشريعات على اعتماد التوقيع الالكتروني اذ نجد أن المشرع الفرنسي ساوى بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية بنص في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي" تكون الكتابة الالكترونية كالكتابة المكتوبة على دعامة ورقية بشرط تحديد الشخص الذي أصدرها أو أن يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم في ظروف ذات طبيعة تضمن تكاملها [1]، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

2- تبادل الرسائل والبرقيات أو الخطابات أو المستندات كتابة :استقر العرف التجاري الدولي على إمكان إبرام العقود دون أن يلتقي الطرفان بمجرد وجود تبادل مستندات مكتوبة أيا كانت وسيلة هذا التبادل في صورة رسائل أو برقيات أو تلتكس أو فاكس أو عبر الانترنت [2]، أين يرد في مراسلة الطرفين عرض أحد الأطراف إحالة النزاع إلى التحكيم وقبول الطرف الأخر على ذلك، مع الإشارة أنه لا يشترط أن يكون القبول بنفس الوسيلة التي استعملها الطرف الأول في عرضه أو إيجابه، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 1040 من ق إ م إ على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان ان تبرم اتفاقية التحكيم كتابةأو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" والملاحظ أن هذه العبارة الأخيرة تعتبر بمثابة قاعدة شاملة للاتفاق على التحكيم، ليشمل كل وسائل الاتصال الحديثة من فاكس ،أو تلتكس أو البريد الكتروني أو رسائل الهاتف الجوال أو أي وسيلة أخرى كالبرقيات والمحررات والمستندات تثبت كتابة الاتفاق على التحكيم .وهو ما نصت عليه كذلك المادة 12 من قانون التحكيم المصري وكذا العيدي من التشريعات المقارنة .

ثانيا: الطبيعة القانونية لشرط الكتابة في اتفاق التحكيم من خلال ما أسلفنا ذكره في مختلف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية لاحظنا اختلاف الأنظمة القانونية فيما بينها بخصوص شرط الكتابة في اتفاق التحكيم. فهناك من الأنظمة القانونية، من إعتبر الكتابة المتطلبة في اتفاق التحكيم مجرد وسيلة للإثبات، والبعض الأخر اعتبرها شرط من شروط إنعقاده أو صحته، لذا فالتمييز بين هذين المعنيين مهم .

1- الكتابة وسيلة للإثبات اتفاق التحكيم: نجد الكثير من التشريعات العربية وغيرها نصت على اعتبار الكتابة وسيلة للإثبات اتفاق التحكم، وليس كشرط من شروط صحته،و مثال ذلك نص المادة 190 من

[1]- أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، **المرجع السابق**، ص 402.

[2]- أحمد المصطفى محمد الصالح، **المرجع السابق**، ص 11

قانون المرافعات القطري على أنه لا يثبت اتفاق التحكيم إلا كتابة" وهو نفس ما نصت عليه المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة،والمادة و 742 من قانون المرافعات الليبي والمادة 06 من القانون التحكيم التونسي لسنة 1994، والمادة 766 من قانون أصول المحاكمات اللبناني كما اعتبرت كذلك جميع الدول الانجلوسكسونية اشتراط الكتابة كشرط للإثبات [1].

واعتبار الكتابة وسيلة للإثبات معنى ذلك أنه لا يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم حيث يجوز إثباته بأية وسيلة أخرى تقوم مقام الكتابة كالرسائل المتبادلة بين الأطراف والفاكس وتلكس، أو بأي وسيلة حديثة أخرى، وبالتالي فهي شرط لإثبات العقد لا لوجوده. والملاحظ أن التشريعات التي تبنت هذا الاتجاه لم تبين الجزاء الذي يترتب على تخلف الكتابة في الاتفاق التحكيم وإزاء هذا الصمت يمكن القول أن الكتابة مع استلزامها في كل حال هي مجرد وسيلة إثبات التحكيم، وانعدام الكتابة لا يستتبع بطبيعة الحالة انعدام اتفاق التحكيم بل يجعل إنكاره غير فعال ومن ثم يتعين البحث عن وسيلة لإثباته [2].

2- **الكتابة ركن لازم لانعقاد العقد:** يقصد بذلك أن الكتابة تعد ركن من أركان اتفاق التحكيم و يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق التحكيمي وهذا ما ذهب إليه المشرع السوداني في نص المادة 07، وكذا المادة 15 من القانون التحكيم اليمني والمادة 307 من المسطرة المدنية بالمغرب والمادة 707 و708من قانون المرافعات الايطالي[3].

وهو نفس السياق الذي يعمل به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مادة07 والغني على البيان أن العلة من اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم هو الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فردية حول وجود أو مضمون هذا الاتفاق، وبذلك يتضح أن الكتابة أصبحت شرطا للانعقاد العقد، فإذا لم توجد كتابة فلا يجوز إثبات انعقاده ولو بالإقرار واليمين، خاصة أن المشرع لم يتطلب الرسمية في الكتابة نظر لما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة فيكفي أن يكون الاتفاق في ورقة أو محرر مادي أو الكتروني موقع عليه من طرف الطرفين.

والجدير بالذكر أن الجزاء المتعلق بتخلف الكتابة كشرط للانعقاد هو البطلان لكن اختلف الفقه حول ماهية هذا البطلان إلى رأين[4]:

الراي الأول: اعتبر اتفاق التحكيم هو شرط للصحة وبالتالي عدم كتابة الاتفاق التحكيمي هو من قبيل البطلان المطلق ومن الأسباب التي يمكن للقاضي رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه كما نص على ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 1056 .

---

[1]-أحمد إبراهيم عبد التواب،إتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، **المرجع السابق**، ص 397.

[2]- علي صادق القناص، عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية، **مجلة العلوم القانونية والشرعية**، عدد الثامن، ليبيا، ص 164.

[3]- أحمد إبراهيم عبد التواب، **المرجع السابق**، ص 397-398

[4]- علي صادق القناص، عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، **المرجع السابق**، ص 166-167.

- الرأي الثاني: اعتبر عدم كتابة اتفاق التحكيم هو بطلان يتعلق بالصالح الخاص للأفراد لأن الاتفاق في ذاته لا يتعلق بالنظام العام وما لا يثبت للأصل لا يثبت للفرع وأن الكتابة في اتفاق التحكيم شرط لحماية الأطراف ولا يتعلق بالصالح العام .

وفي اعتقادنا هو بطلان مطلق تماشيا مع ما أقرته العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية.

-بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال النصوص المذكورة أعلاه اعتبر الكتابة ليست وسيلة للإثبات التحكيم فقط ،كما يرى البعض ولكن كذلك وسيلة لانعقاد التحكيم ابتداءا، وهذا الاتجاه الصحيح في اعتقادنا،كما أوضح وجوب الكتابة في التحكيم الداخلي في مادتين المادة 1/1008والمادة 1012 في حين ذكر مادة واحدة للتحكيم الدولي هي مادة 1040مع إضافة وسائل أخرى التي تجيز الإثبات بالكتابة، رغم أن كل وسائل الاتصال الحديثة أصبحت مستعملة للإثبات[1].

وبالتالي فالكتابة تؤدي وظيفيتين في نطاق التحكيم أولها أنها مطلوبة لوجوده،وثانية أنها مطلوبة لإثباته[2]، وفي الحقيقة إثبات أو شرط فهما يشتركان في نقطة واحدة وهي ضرورة الكتابة.

[1]-نبهية بومعزة، **المرجع سابق**، ص225.

[2]- جارد محمد، **المرجع السابق**، ص21.

المبحث الثاني:

نطاق سريان وظيفة التحكيم الفاصلة في منازعات عقود الاستثمار

من الثابت أن العلاقة بين المستثمر والدولة المضيفة لاستثمار إن كانت في ظاهرها حسنة في البداية إلا أنها سرعان ما قد تحدث نزاعات بينهم نتيجة لفشل التوقعات الخاصة بالمشروع أو تعارض في المصالح نتيجة لاختلال التوازن[1].

ولما كان هذا الأخير واقع التندر والحدوث من طرف مختلف التشريعات فقد حددت سياج قانوني ينظم ازالة هذه الكبوات التي تعرقل السير الحسن للمشروع الاستثماري من خلال فتح باب الحماية القضائية لوسيلة يرتاح معها المستثمر بل ويصر على وجودها كشرط للقيام بمشاريعه الاستثمارية في الدولة المضيفة والتي تعد بمثابة طوق نجاة تتحطم على أساسه سيطرة الطرف القوي في العقد – الدولة المضيفة– والوصول إلى تحقيق العدالة المنشودة بين أطراف العقد المعتمدة في القواعد الاتفاقية الدولية باعتبارها تمثل القواعد الشارعة للعلاقات الاستثمارية والتجارة الدولية مما يصادفها من منازعات قد تخل بالتوازن المالي والاقتصادي والعقدي المنشود ألا وهي التحكيم [2].

ومثال ذلك ما جاء به المشرع في نص المادة 24من قانون رقم 09/16 المتضمن ترقية قانون الاستثمار الجزائري المذكورة سابقا أنه يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية أو للتحكيم إذا تحققت أصوله وأساليبه[3] أي اتفاق تحكيمي.

والملاحظ أن المشرع حدد نطاق منح الاختصاص للفصل في منازعات عقود الاستثمار سواء للقضاء الوطني او التحكيم إذا ماتم اختياره، في صورتين هما خطأ المستثمر أو إجراء اتخذته الدولة في حق المستثمر، وهي منازعات تتصل اتصالا مباشرا بإرادة الأطراف، في حين نحصي في الواقع العملي أنواع أخرى من النزاعات التي يمكن أن تحدث نتيجة لأسباب خارجة عن الحقوق والالتزامات التي اتفق عليها الأطراف وإرادتهم، وهو ما تستوعبه حتميا رغما عدم النص عليها وذلك بالرجوع الى القواعد العامة، لذا سنبحث في هذه المنازعات من خلال تقسيم هذا المبحث إلى (مطلب أول) المنازعات الناشئة عن إرادة الأطراف،و(المطلب الثاني) المنازعات الخارجة عن إرادة الأطراف .

---

[1]– بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، **المرجع السابق**، ص 8-9

[2]– عامر أحمد الجارحي، **اتجاه هيئات التحكيم لإعمال قواعد التجارة الدولية على منازعات العقود الادارية ذات الصفة الدولية "عقود الدولة"**، الكتاب الثاني،المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2018، ص 316.

[3]– ينظر المادة 24 من قانون رقم 09/16 المتعلق بقانون ترقية الاستثمار في الجزائر، **المرجع السابق**

المطلب الأول: المنازعات الناشئة عن إرادة أطراف عقود الاستثمار الدولية

سعيا من الدولة في استقطاب رؤوس الأموال، نجد أنها تسعى لتوفير مناخ محفز تتنازل عن حصانتها السيادية لاعتبارات اقتصادية[1]، بتوفير ضمانات قضائية كإدراج شروط خاصة في عقد الاستثمار، كشرط التحكيم، الذي يرتاح معه المستثمر الأجنبي كثيرا والذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، وكذا شرط تجميد وتثبيت قانون العقد، أو عدم المساس بالعقد أو تعديله بالإرادة المنفردة.

الملاحظ في بعض الأحيان تقوم الدولة بإحداث تغييرات على مستوى تشريعاتها وقوانينها على صعيد التنقيح والتطوير ،تجاوبا مع التطورات العالمية، واستكمال تشريعاتها المتعلقة بالاستثمار، هذا الذي يؤدي إلى دخولها في منازعات مع المستثمر لديها، نتيجة لخرقها شرط من هذه الشروط[2]، التي صادقت عليها.

وكونها لا تمثل تعهد دوليا تلتزم الدولة بعدم تعديله للآبد أو أن ترتب عليه مسؤولية دولية حيال مخالفتها[3]،لكن ما إن تعهدت بذلك وخالفت ذلك فهنا تكون أمام فرض تعويض المستثمر عن مخالفته لالتزامه عن ما فاته من كسب ومالحقه من خسارة.(الفرع الأول)

وهذه المنازعات قد لا تتوقف عن إجراء اتخذته الدولة ضد الطرف الأخر ،ولكن قد تقوم منازعة بين الأطراف نتيجة لتماطل هذا المستثمر وبسببه، في تنفيذ المشروع أو العمد إلى إطالته، أو عدم تنفيذه في الآجال المحددة، أو التنازل عن هذا المشروع لشخص أخر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: منازعات يعود سببها لإجراء اتخذته الدولة ضد المستثمر

يمكن أن تخضع مختلف العقود ومنها عقود الاستثمار، كأصل عام إلى مختلف التغييرات والتعديلات بعد إبرام العقد،وهذا مالا يحبده المستثمر الأجنبي، الذي يتجنب اللجوء الى القوانين الوطنية فيعمل على إدراج شرط ليحد من سلطة الدولة من القيام بأي تغير أو تعديل طيل فترة الاستثمار، أي تجميد التشريع فيما يخص هذا العقد، وبالتالي فقيام الدولة بأي تغيير سيؤدي لا محال إلى تغير المراكز القانونية للطرفين[4]، ونشوء نزاع سببه تغير تشريعي.

ولا يقتصر الأمر على هذا فقط، بل أي إجراء تقوم به الدولة بما تملكه من سلطة، و يؤدي إلى إبطال أو إلغاء أو فسخ العقد كمخاطر المصادرة والتأميم، ونزع الملكية..الخ وعليه بداية سنميز بين النزاعات الناشئة عن تغيير تشريعي قامت به الدولة، و(ثانيا): النزاع الناشئ نتيجة إجراء انفرادي اتخذته الدولة .

أولا: النزاع الناشئ نتيجة تغيير تشريعي قامت به الدولة: تعاني الكثير من دول العالم الثالث في عدم استقرار قوانينها نتيجة لتعرضها لنكبات اقتصادية، أو طبيعية، أو إلى حروب تؤثر على اقتصادها،لهذا

---

[1]– بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، **المرجع السابق**، ص 64-65.

[2]–لما أحمد كوجان،**المرجع السابق**، ص 90-91.

[3]– خالد كمال عكاشة، **المرجع السابق**، ص 129-130.

[4]–منير عبد المجيد،**المرجع السابق**، ص 299.

يسعى المستثمرون الأجانب في الكثير من الأحيان عن التساؤل عن الإطار القانوني لهذه الدول، الذي سينشأ استثماره في ظلها ومدى ثباتها واستقرارها وهذا الثبات لا يتعلق فقط بقانون الاستثمار وإنما كل القوانين التي لها علاقة بالاستثمار، كالقانون الضريبي ،وقانون العمل والضمان، وقانون البيئة والصحة وقانون المالية، لان أي تغيير تتخذه الدولة سيؤثر لا محاله على الاستثمار الأجنبي[1].

فيسعى المستثمر لتفادي اختيار القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار كقانون واجب التطبيق على العقد، لعدم إلمامه بأحكام القانون الوطني هذا من جهة، ولتفادي احتمالية خضوع العقد إلى لكافة التغييرات والتعديلات التي تلحق العقد نتيجة التغيرات التشريعية في الدولة[2].

لكن في بعض الأحيان يفشل المستثمر في إقناع الدولة لإخضاع العقد لغير قانونها، هذا يؤدي إلى زعزعة الثقة بين الأطراف فيتراجع المستثمر على الاستثمار لعدم توفر المناخ المناسب للاستثمار وفق لقاعدة رأس المال جبان ويحتاج لضمان. ما دفع بالعديد من المستثمرين إلى تضمين العقد شرط ثباث تشريعي مع الدولة المضيفة للاستثمار والهدف الأول من ذلك هو تجميد الدور التشريعي للدولة الطرف في العقد من تغير القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد وعدم إصدار تشريعات جديدة كونها ستؤدي بشكل ما إلى الإخلال بالتوازن العقدي والاقتصادي والحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي المتعاقد[3].

بمعنى تجميد العقد من الناحية الزمانية بحيث لايسري العقد إلا على القوانين التي كانت سارية وقت ابرام العقد دون سريان أي تعديلات تشريعية جديدة[4]. وفي هذا الصدد سنبين المقصود بشروط الثباث التشريعي؟ وماعلاقة التحكيم بشرط الثبات التشريعي بالنزاع الناشئ عن تغير تشريعي قامت به الدولة؟.

1- **شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار:** يقصد بشرط الثبات ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم القيام بأي إجراء تشريعي يؤدي إلى تغيرات في العقد مستغلة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يسبغها عليها قانونها الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية أو بوصفها سلطة إدارية، أو هو الحيلولة دون تطبيق أي قانون أو أي إجراء تنظيمي تصدره الدولة لتغير الوضع القانوني للمستثمر[5].

---

[1]- لما أحمد كوجان، **مرجع سابق**، ص93.

[2]-حنين أمين رمزي، **دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية**، رسالة لنيل شهادة الماجيستير،جامعة بيرزيت،كلية الحقوق والادارة العامة، فلسطين،سنة2015،ص38.

[3]- حفيضة السد الحداد،**المرجع السابق**، ص324.

[4]- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات في عقود الاستثمار و التجارة الدولية، **مجلة البحوث العلمية والاقتصادية**، العدد الخامس، جامعة النصورة، مصر 1989، ص123.

[5]-بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، **المرجع السابق**، ص294.

ويرجع ظهور هذا الشرط في ستينيات القرن الماضي وبالتحديد في عقود تنقيب عن البترول والغاز والتعدين وخاصة في الدول النامية[1]، كوسيلة لتقييد سلطة الدولة في استخدام سلطتها التشريعية التي من شأنها التأثير عن التوازن المالي للعقد، وذلك بقيامها بزيادة الضرائب، والرسوم المفروضة على المستثمر نتيجة لتحقيقه عائدا إضافيا من المخزون النفطي أو المعدني في المراحل اللاحقة للاستكشاف الأولي، ثم اتسع هذا الشرط ليشمل مختلف عقود الاستثمار بنوع من الصياغة المستحدثة[2].

ويؤخذ شرط الثبات أشكال عدة حسب طبيعته وصفته ونشاطه وزمنه وسنبينها وفق مايلي:

أ-شروط الثبات التشريعي حسب طبيعتها: ويؤخذ شرط الثبات هنا صورتين أساسيتين إما بند يتم إدراجه في العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ويطلق عليه بشروط الثبات التعاقدية،أو يؤخذ صورة تعهد صادر عن الدولة ومنصوص عليه صراحة ضمن مواد قانونها الداخلي ويعرف بشروط الثبات التشريعي.

أ-1:الشروط التعاقدية: وهي الشروط التي تجد مصدرها ضمن بنود أو شروط عقد الاستثمار ذاته وتنص صراحة على تقييد الدولة المضيفة للاستثمار من التمسك بلائحة أو تشريع جديد من شأنه التأثير على العلاقة التعاقدية، بمعنى أن القانون الذي يسري على عقد المنازعة هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت الإبرام، مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها[3].

ومن أمثلة على هذه الشروط ذات الأصل التعاقدي ما نصت عليه المادة 15من العقد المبرم بين دولة الكاميرون وإحدى شركات البحث عن البترول واستغلاله، حيث جاء فيه "لا يمكن ان تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاستحقاق"[4].

وكذلك مانصت عليه المادة 16/فقرة 1 من العقد المبرم سنة1977 بين جمهورية مالي وشركةgnral des matires على أنه تتعهد الحكومة بأن تضمن طوال مدة العقد أن تتمتع الشركة بثبات الظروف العامة والقانونية والاقتصادية و المالية التي ستعمل الشركة في ظلها، وينصرف هذا الضمان إلى

---

[1]- تؤكد دراسة أجريت على 76عقد من عقود الاستثمار حول العالم مقسمة بحسب عضويتها في منظمة التنمية الاقتصادية والتعاون (OECD)على أن شروط الثبات التشريعي حتى المحدودة منها لاتدرج في عقود الدول المتقدمة نظرا لان المخاطر الجيولوجية والسياسة قليلة لمزيد من التفصيل راجع : هبة هزاع، **توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي،** منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،الطبعة الأولى،سنة 2016،ص 138.

[2]- هبة هزاع، **المرجع السابق**، ص 137-138.

[3]- خالد كمال عكاشة،**المرجع السابق**، ص 133، نقلا عن أحمد سلامة، **نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية**،دار النهظة العربية، القاهرة، سنة 1989،ص308.

[4]- غسان عبيد محمد عمري،شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، **مجلة رسالة الحقوق**، المجلد الأول، العدد الثاني،جامعة كربلاء، العراق، سنة 2009،ص 173

التشريعات واللوائح المطبقة عند توقيع العقد على الاستغلال التعديني في مالي بوجه عام واستغلال اليورانيوم بوجه خاص"[1].

أيضا ماورد في عام 1978 في أحد العقود التي أبرمتها دولة تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية اذ تضمن بند أنه يكون القانون الواجب التطبيق على العقد، القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع الاتفاق الحالي...ويفصل المحكمون في النزاع على أساس العدالة والقانون التونسي المطبق وقت الاتفاق"[2].

أ-2: الشروط التشريعية: وهي نصوص تشريعية وردت في صلب قانون الدولة التي ستدخل طرفا في عقد او اتفاق دولي مع شخص أجنبي، وبمقتضاها تتعهد الدولة في مواجهة هذا الطرف الأجنبي، بأن لا تعدل أو تلغي قانونها واجب التطبيق على العقد أو الاتفاق، ولما كان شرط الثبات التشريعي يوجد صلب قانون الدولة الصادر عن السلطة التشريعية، فإنه يعتبر على أي حال قيدا على إستعمال السلطة التعاقدية للدولة لأن هذا المجال الذي يتدخل فيه هو ذلك الذي لا يكون تطبيق القانون محلا للجدل، ويخرج عن سلطان إرادة الأطراف في أحد العقود العادية[3].

ومن أمثلة القوانين،التي نصت على مثل هذه الشروط، يمكن أن نشير إلى القانون الجزائري رقم 09/16 المؤرخ في 03 أغسطس 2016، المتضمن قانون ترقية الاستثمار في مادته 22 على أنه لاتسري الآثار الناجمة على المراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا،على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون،إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"[4].

وكذلك قانون الاستثمارات التونسي، في مادته الثانية التي نصت على أن أي تعديل على القانون الحالي لا يسلب الاستثمارات المصدق عليها سابقا المزايا المؤمن لها[5].

ب- **شرط الثبات التشريعي حسب نشاطه:** كما قد تختلف الدول بالا خذ بشروط الثبات التشريعي في قانونها او عقودها ،وفق إستراتيجية لزيادة الاستثمار في منطقة من المناطق وتخفيفها عن الأخرى،أو للتقليص البطالة أو غيرها. إلى شروط مطلقة او شروط نسبية[6].

ب-1:شروط مطلقة:لا تحدد على وجه التعيين من هو المستفيد منها وهل المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة فقط، كشخص اعتباري، أو أيضا الأشخاص العاملين فيه.

---

[1]-بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في علاقات الدولة الخاصة، **المرجع السابق**، ص294-295.

[2]- **المرجع نفسه**، ص295.

[3]- خالد كمال عكاشة، **مرجع سابق**، ص133.

[4]- ينظر المادة 24 من قانون09/16 المتضمن قانون ترقية الاستثمار، **المرجع السابق**

[5]-ينظر المادة 02 من **قانون التونسي للاستثمار عدد 120** لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 99.

[6]- خالد كمال عكاشة، **مرجع سابق**، ص134.

ب-2:شروط نسبية:وهي محددة لمن هو مستفيد منها فتنص على أن المستفيد من هذه الشروط هو الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة، وأن كافة الامتيازات والإعفاءات الخاصة لا يستفيد منها سواه وبذلك لا تسري على العاملين في المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة.

ج- شرط الثبات التشريعي حسب الصفة:

ج-1:شروط عامة: تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد وذلك عن طريق عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على هذا العقد.

ج-2:شروط خاصة:تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة كالتشريعات الخاصة بالضرائب والجمارك سواء كانت هذه التشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو تشريعات مستقبلية.

د- شرط الثبات التشريعي حسب الظهور:

د-1:شرط التعهد بعدم التأميم : يعتبر التعهد بعدم التأميم من الصور الأولى لظهور شرط الثبات وقد ظهر في عقود شركات البترول الأمريكية مع الدول اللاتينية، محاولة منها إلى كبح هذا الحق المشروع للدول من خلال تعهد الدولة بعدم التأميم فإذا ما خالفت هذا التعهد تكون ملزمة بتعويض المستثمر بمبلغ أكبر مما كان سيحصل عليه في المشروع الاستثماري، وجيء بهذا الإجراء محاولة لإثبات حق للمستثمر والشركات أن تتقاضى تعويضا أكبر لمواجهة مبدأ السيادة الكاملة للدولة في إجراء التأميم الذي انتشر في منتصف القرن العشرين والملاحظ أنها لم تمنع الدول أن تؤمم شركات البترول، ولا ان تغير قوانينها وإنما جعلته إجراء باهض الثمن وهذا هو المبتغى من ذلك، ثم تراجعت هذه الصورة ليحل محلها صورة اخرى هي شرط التجميد[1].

د-2:شرط التجميد: بعد أن خفت موجة التأميم التي شهدها العالم تراجع شرط التعهد بعدم التأميم ليتسع ويشمل صورة جديدة من صور الثبات التشريعي تتمثل في" شرط التجميد" والذي يقصد به تعهد الإدارة للمتعاقد معها بأن أي تعديل في القوانين واللوائح السارية اللاحقة على تاريخ إبرام العقد لا يطبق على العقد ولا يؤثر على توازنه، وهو بذلك تحصين للعقد من أي تغيير بعدي في قوانين الضرائب والرسوم وإتاوات إستغلال البترول والمعادن وكذلك تحصين العقد من إحتمالية إبطاله كاملا أو بعض نصوصه بموجب تشريع وطني لاحق لإبرام العقد، وكذلك عزل المستثمر عن أي زيادة في الأعباء المالية نتيجة لفرض معايير بيئية أكثر صرامة أو فرض حد أدنى للأجور أو غيره من التشريعات الاجتماعية[2].

د-3: شرط التوافق: يقصد به بصفة عامة الشروط التي تجعل العقد قانونا خاصا يقيد العام من قوانين الدولة بحيث تكون أحكام العقد ونصوصه بمثابة استثناء من الأصل، ولكن نطاق تلك الشروط لا تقتصر على الاستثناء من أي قاعدة قانونية سارية إذا لم تتفق مع ما جاء في نصوص العقد وإنما يتسع ليشمل

---

[1]- هبة هزاع، **مرجع سابق**، ص 145-155.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 147.

أي تشريع لاحق على إبرام العقد وإصداره في شكل قانون، فيصبح العقد بمثابة قانون خاص من قوانين الدولة يقيد فيها العام ولا تطبق عليه قاعدة فورية القوانين أو القانون اللاحق يلغي ماسبقه[1].

د-4:شرط عدم المساس: وفيه تلتزم الدولة بعدم استعمال سلطتها التشريعية أو تنفيذية في المساس بنصوص العقد الاستثماري المزمع، بمعنى عدم القيام بأي تعديل في نصوص القانون الذي صدر العقد بموجبه أو استعمال سلطة الدولة، في تغير نصوص العقد بإرادتها المنفردة مثل العقود الإدارية [2]، وبالتالي اذا استعملت تلك السلطات فهي ملزمة بتعويض المستثمر، وهذا الأخير- التعويض- يؤسس على خرقها لالتزامها بعدم المساس وليس وفقا للنظرية التقليدية التي توجب توفر ضرر وعلاقة سببية للتعويض، كما أن التعويض في حالة وجود شروط عدم المساس قد يتضمن تعويضا عن ما فات من كسب ولا يقتصر على مشاركة الإدارة فيما لحقه من خسارة أو استعادة التوازن العقدي[3].

د-5: شرط استعادة التوازن الاقتصادي: دائما ما يسعى المستثمر الأجنبي عند اي دولة مراعاة العوائد التي تعود عليه من تنفيذ المشروع الاستثماري وأن تزيد عن المخاطر الاقتصادية وهذا ما يميز عقد الاستثمار عن غيره من عقود المقامرة أو المضاربة، وهذا ما يسعى المستثمر المحافظة علية طيلة تنفيذ المشروع لذا يعتبر كل تغير في اللوائح القانونية للدولة من شأنها ان تخل بالتوازن الذي بنى عليه اتفاقه وتصوره في العقد المتفق عليه، فيسعى لوضع شرط استعادة التوازن الاقتصادي كضمان حتى لا يدفع اثر اختلال التوازن وحده إذا ما سلمنا أن عقود الاستثمار تحتاج الى مدد طويلة، لذا دائما ما يسعى أطرافها إلى استمراريتها وذلك بتوزيع الأعباء الناشئة عن التغيير في القوانين بين المستثمر والدولة المضيفة .

والجدير بالذكر كذلك شرط إعادة التوازن لا يطبق في حالة تحمل المستثمر تكاليف زائدة فقط وإنما وجدأيضا ليطبق لصالح الدولة بحيث يحق للدولة المشاركة في الأرباح التي تنجم عن تغيير القوانين ، ويشمل شرط إعادة التوازن نوعان [4]:

- شروط استعادة التوازن التي لاتفعّل إلا إذا وصلت التكلفة إلى مبلغ محدد حتى يفتح الباب للمستثمر لمطالبة تفعيل شرط التوازن إلى الحد المتفق عليه في العقد.

1- هبة هزاع، **مرجع سابق**، ص152-153

2- تحمل عقود الاستثمار بعض الخصائص الأصولية للعقد الإداري في الفقه القانوني العام، لكن تجمع بين خصائص وشروط جديدة دخيلة على عقود الدولة بصفة عامة تتنافى مع الإطار العام للنظرية الموضوعية للعقد الإداري، كشرط الثبات التشريعي والتحكيم فالأصل أن العقود الإدارية حق الادارة تعديل العقد بارادتها المنفردة ويعتبر من النظام العام وهو مايعبر عنه شروط الاستثنائية أي ممارسة نفوذها على مستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية، لكن عقود الاستثمار يختلف الوضع فيها كون الدولة تتنازل عن جزء من سيادتها ولو انه يبقى حقها في إجراء أي تعديل او تغيير لكن تكون مجبرة على عدم المساس واستعمال سلطتها التشريعية والتنفيذية وإلا ترتب عليها التعويض نتيجة لإخلالها بالتزامها .

3-هبة هزاع، **المرجع السابق**، ص156.

4- **المرجع نفسه**، ص 157 وما بعدها.

- وقد يرد شرط التوازن مقصورا على قوانين دون الأخرى، فوجب الخضوع إلى القوانين و اللوائح المتعلقة بالبيئة والأمن الصناعي ولا يستثنى من الخضوع لها وبالتالي يتحمل الأعباء المالية الناتجة عن التزامه بهذه القوانين.

وبالتالي تهدف شروط الثبات التشريعي على إختلاف تصنيفها إلى الحد من أثار التغيير في النصوص القانونية التي تحكم العقد وتحصين المستثمر من الأثار المالية المترتبة على تغيير القوانين واللوائح التالية لتنفيذ العقد، كونه سيجد نفسه في حلقة أضعف أمام الانصياع لقرار الدولة وتغييراتها التشريعية وبالتالي يخسر عوائده وأرباحة المتوقعة أو يرفض الاستمرار ويلجأ إلى التحكيم أو يحاول إعادة التفاوض لإعادة التوازن العقدي .

2- علاقة التحكيم بشرط الثبات التشريعي وبالنزاع الناشئ عن تغيير تشريعي قامت به الدولة: يعتبر شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي من الشروط التي تستجيب لاعتبارات الاستقرار والتوازن المتطلب للرابطة العقدية لعقود الاستثمار، وهو ما يشكل نوعا من الأمان الذي ينشده بصفة عامة أطراف العلاقة الاستثمارية وبالأخص المستثمر الأجنبي عند تعاقده مع الدولة المضيفة للاستثمار، فشرط التحكيم هو وسيلة لفض النزاع إضافة إلى أنها ضمانة إجرائية للمستثمر، كذلك شرط الثبات التشريعي هو وسيلة لتجنب النزاع وضمانة إجرائية ضد تصرف الدولة بتغير تشريعها .

لكن إن شرط التحكيم الوارد ضمن عقد الاستثمار يمكن أن يصبح دون فاعلية اذا ما سمح للدولة بالقيام بتغيير تشريعاتها بشكل يتعارض مع إعمال هذا الشرط، وبالتالي فان التحكيم كنظام اختاره الأطراف لتسوية المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم يستحق أن تتوفر له الإمكانية ليوضع موضع التنفيذ، فالتحكيم بهذه الحالة ليس فقط وسيلة لفض المنازعات وإنما كذلك ضمانة إجرائية تقدمها الدولة للاستقطاب المستثمر وبالتالي يجب أن يؤدي دوره في حماية الاستثمارات من المخاطر التي تهددها سواء كانت تشريعية أو اقتصادية أو سياسية، خصوصا وأن التحكيم عبر الزمن بدأ مع المستجدات الاقتصادية الحاصلة بشكل يسعى من خلاله إلى التوفيق بين المصالح القائمة والحصول على ثقة أطراف التجارة جميعهم[1].

فالقانون هو امتداد وانعكاس للواقع والمستقبل البعيد، فهو يمثل تنظيم ثابت وقادر على التنبؤ بالمنازعات التي قد تحصل نتيجة لتنوع العلاقات، لكن قد حدث في بعض الدول التي كانت عرضة للاستعمار أن قامت بعد زوال هذا الاستعمار بأحداث تغييرات في تشريعها، أو تقوم فيها الدولة بإجراءات انفرادية تمس بالاستثمار ككل، فإخلال الدولة بالتزامها في العقد بشرط الثبات التشريعي يصبح أحد أهم دعائم الادعاء أمام هيئة التحكيم، لكن المحكم في هذا الموقف لا يمكن اجبار الدولة على الرجوع على ما

[1]- لما أحمد كوجان، **المرجع السابق**، ص 97-98

اتخذته و إلزامها بتنفيذ العقد حتى ولو إستند المستثمر في طلبه على بواعث حقيقية وراء الإجراء التي اتخدته الدولة وإنما يكفي تقدير الضرر الذي لحق بالمستثمر وتعويضه[1].

ثانيا :النزاع الناشئ عن إجراء انفرادي اتخذته الدولة: تعتبر المنازعات التي يعود سببها الاجراء الانفرادي الذي اتخذته الدولة المضيفة للاستثمار، من أبرز صور المنازعات ذيوعا وشيوعا، والتي تمثل الخطر الأكبر الذي يخشاه ويحتاط منه المستثمر الأجنبي، كون أن عقود الاستثمار من أكثر العقود عرضة للمخاطر والتقلبات السياسية والاقتصادية وتغير الظروف التي قد تؤثر سلبا على الكيان الاقتصادي للمشروع الاستثماري، وبالتالي تؤثر على الكيان الاقتصادي في الدولة وهو ما يلحق الضرر بالمركز القانوني للمستثمر، فتعمد الدولة لمحاولة القيام بإجراءات للصالح العام أو المنفعة العامة الوطنية، كالتأميم أو المصادرة أو الاستيلاء، ومحاولة إلى إقامة الوضع الاقتصادي لها.

ولهذا ربما يكون في مصلحة المستثمر ترك البحث عن البواعث الحقيقة للدولة لقيامها بهذا الإجراء ما ظهر منها أو خفي، والنظر إلى حجم الضرر الذي لحقه، والتعويض الذي يلزمه لإصلاحه، كون المحكم لا يملك سلطة إجبار الدولة على الرجوع عما اتخذته من إجراء وإلزامها بتنفيذ العقد، حتى ولو استند المستثمر في طلبه إلى بواعث حقيقة وراء اتخاذ الدولة هذا الإجراء كما بيناه أعلاه.

لذاك سنتعرض في هذا السياق لإشكالية نزع الملكية، من طرف الدولة المضيفة للاستثمار، و بعض الصور التي تهدد ملكية المستثمر، كالتأميم والمصادرة، وعدم تحويل العملة.

أ- نزع الملكية من طرف الدولة كصورة لمنازعات عقود الاستثمار لعل من أهم المخاطر التي يمكن أن تؤدي الى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماراته، هي المخاطر التي توصف بالصبغة السياسية، لانها تنبع من إرادة الدولة المضيفة، كنتيجة عن تغير الظروف الاقتصادية والسياسية كحدوث ثورات، ووعود بإصلاحات اقتصادية، فتنتزع ملكية الأراضي والموجودات المادية للمستثمر الأجنبي.

وأن هذه الإجراءات الاستثنائية حتى ولو غلب عليها الطابع السياسي، فان المنازعات التي يدور حولها هي ذات طابع قانوني يتعلق بتحديد الضرر الذي لحق بالمستثمر حيال نقض الدولة لالتزاماتها وتعهداتها، وهي من المسائل التي تدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم[2].

كما أن الملاحظ أن قيام الدولة بهذه الإجراءات (نزع الملكية) من المسائل التي تعرض لها القانون الدولي مبكرا، فقد يكون نزع الملكية إجراء تعسفي من جانب الحكومة وقد يكون وراءه مطامح ومصالح شخصية من جانب بعض الساسة، في مثل هذه الحالات يكون نزع الملكية غير قانوني، ويعتبر مصادرة غير مشروعة لاموال المستثمر وتستحق عن ذلك تعويض عادل، لذلك لابد أن يكون نزع الملكية له مبرر

[1]- لما أحمد كوجان، **المرجع السابق**، ص 99.

[2]- خالد كمال عكاشة، **المرجع السابق**، ص 136

مشروع بهدف تحقيق منفعة عامة أو هدف عام، والذي يتمثل عادة في إصلاح اقتصادي وفيها يستحق المستثمر تعويضا عادل ومنصف[1].

ومثال ذلك ما قامت به دولة المكسيك في النصف الأول من القرن العشرين، بنزع ملكية أراضي مملوكة لمواطنين أمريكيين، وكان ذلك تنفيذ لوعود زعيم ثوري للقيام بإصلاحات زراعية، ونتج عن ذلك نزاع بين دولة المكسيك ودولة الولايات المتحدة الأمريكية، وصدر في هذا النزاع حكم شهير أرسى مبدأ عام هو ضرورة دفع تعويض عادل ومنصف عند قيام الدولة بنزع الملكية من المستثمر الأجنبي[2].

ونزع الملكية قد يكون نزعا مباشر لملكية الأراضي والموجودات المادية، وقد يكون نزعا غير مباشر عن طريق إجراءات تعادل نزع الملكية، كأي إجراء يؤدي بشكل غير مباشر إلى المساس بالقيمة الاقتصادية للمشروع مثل فرض ضرائب مبالغ فيها،او تأجيل ديونه إلى وقت غير معقول، إو الامتناع عن منحه تراخيص الإصدار والإستراد اللازمة لإستمرار مشروعه،أو تحديد أسعار لمنتجاته تقل عن سعر تكلفة الإنتاج،أو حرمانه من توزيع الأرباح...الخ[3].

ومثال ذلك مجموعة القضايا التي تواجهها دولة الأرجنتين اليوم،حول قيامها نتيجة لانهيار اقتصادها إلى تبنيها قانون المعادلة بين عملتها الوطنية (البيزو) والدولار الأمريكي ،فقلد عبر المستثمرون الأجانب أن هذا الأمر أدى إلى انهيار قيمة استثماراتهم،ويطالبون الحكومة أمام المحاكم بالتعويض بما سموه نزع ملكية بطريقة غير مباشرة [4].

أما عن مسالة نزع الملكية في إطار الاتفاقيات الدولية للاستثمار، نجد أنها من ضمن أهم الضمانات التي تشير إليها مواد الاتفاقيات والالتزامات الملقاة عاتق الدولة المضيفة للاستثمار والتشريعات الوطنية، ويأخذ نزع الملكية عدة أشكال وأساليب .

ب- أساليب نزع الملكية كصورة للمنازعات عقود الاستثمار:

تتبع الدولة المضيفة للاستثمار عدة أساليب، لنزع ملكية المستثمر الأجنبي وحرمانه من حقوقه وسلطاته الجوهرية على مشروعه أو طرده من أراضيه، كنزع الملكية للمنفعة العامة، والاستيلاء والتأميم والمصادرة والتي سنتعرض إليها بالترتيب.

ب-1:نزع الملكية للمنفعة العامة: يقصد بنزع الملكية للمنفعة العامة هو إجراء تتخذه السلطة العامة (الدولة) وذلك بغرض نقل ملكية الأموال العقارية من مالكها لصالح هذه السلطة لهدف يتعلق بالصالح العام بموجب قرار إداري يصدر من هذه الجهة[5] .

---

[1]- هند محمد مصطفى مصطفى،**المرجع السابق**، ص 60.

[2]- **نفس المرجع**، ص 61

[3]- هند محمد مصطفى مصطفى،**المرجع السابق**، ص63

[4]- هبة هزاع، **المرجع السابق**، ص،62-63.

[5]- طه أحمد على قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية**، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2008،ص 31.،ص 123.

ويميز الفقه الدولي بين نوعين من نزع الملكية للنفع العام ،نزع ملكية فردي وهو الذي تواجه فيه الدولة بإجرائها التي اتخذته فرد أو عدد محدود من الأفراد، بحيث لا تشمل جميع أفراد المجتمع، ونزع ملكية عام ويقصد به إجراء يشمل تغييرات اقتصادية أو اجتماعية في هيكل المجتمع ككل وهو يتشابه كثيرا مع التأميم حتى بالنسبة للأحكام[1].

كما أن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، يرد عموما على العقارات دون المنقولات، ولا يجوز اللجوء إليه إلا إذا قرره القانون، بشرط أن يحقق منفعة عامة، ودون مراعاة التمييز بين المواطنين والأجانب[2]، مع دفع تعويض عادل و منصف، وهذا ما يقلل من خطورة نزع الملكية، بما أنه يكون المستثمر على علم أنه يتم بتعويض عادل، وفي حالات محددة قانونا مما يكون على علم مسبق بإمكانية حدوث هذا الإجراء.

إذ يمثل إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة، خطرا يحد من رغبته في الاستثمار في الخارج، لذلك تسعى الدول على تنظيمه، والتقليل منه فكلما كانت حالات نزع الملكية كثيرة أو كان التعويض غير عادل كلما كان النفور أكثر من المستثمرين للاستثمار داخل هذه الدولة.

ب-2: الاستيلاء: هو إجراء تتخذه السلطة العامة وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة وذلك في مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه عادة لمن كانت له ملكية المال محل الاستيلاء، والاستيلاء هو إجراء سيادي تباشره السلطة العامة في حدود اختصاصها الإقليمي، من ثمة فهو ينطبق على الأجانب أسوة بالوطنيين وعلى ذلك فان تطبيق قانون الدولة التي اتخذت إجراء الاستيلاء لا يتم بوصفه قانون موقع المال على النحو المفهوم في القانون الدولي الخاص وإنما بتطبيق بناء على قاعدة إقليمية القوانين العامة[3].

وقد ارتبط الاستيلاء المؤقت على الملكية الخاصة، تاريخيا بظروف الحرب حيث تقرر هذا الحق أصلا للسلطات العسكرية، التي تتمتع وقت الحرب بالحق في الاستيلاء على كافة الأموال والممتلكات الخاصة التي تقتضيها مثل هذه الظروف الاستثنائية[4].

وبالرجوع إلى نص المادة 23 من قانون 09/16 المتضمن قانون ترقية الاستثمار في الجزائر نجده نص على "... لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء، إلا في الحالات المنصوص عليها في الشريع المعمول به، ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف" ويتبين

1- خالد كمال عكاشة، **مرجع سابق**، ص138.

2-حسين نوارة، واقع وأفاق الشراكة مع الاتحاد الأوربي، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**،العدد02 لسنة 2007:ص 90.

3- هشام علي صادق،الحماية الدولية للمال الأجنبي، **المرجع السابق**، ص 17-18.

4- محمد هند مصطفى مصطفى،**المرجع السابق**، ص 63.

من خلال المادة أن الاستيلاء لا يمكن أن يتم إلا بموجب القانون وحسب الحالات المنصوص عليها في التشريع ،ويشترط دفع مقابل لها ويكون تعويض عادل ومنصف[1].

ولعل أوجه الشبه بين قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، والقرار الصادر بالاستيلاء هو أن هذا الأخير يتناول الأموال بصفة عامة سواء كانت عقارا أو منقولا خلافا لنزع الملكية للمنفعة العامة فانه يرد على العقارات فقط، كذلك أن قرار نزع الملكية للمنفعة العامة يؤدي إلى نقل الملكية بصفة نهائية، بينما لايترتب على قرار الاستيلاء سوى مجرد تخويل السلطة العامة التي أصدرته الحق بالانتفاع بالمال محلا لاستيلاء فترة مؤقتة دون أن يرتب ذلك نزع الملكية من مالكه الأصلي، ويتشابه الإجراءان في كونهما يفرضان التعويض العادل للشخص المتضرر[2].

ب-3:التأميم: هو إجراء إصلاحي يستهدف بالدرجة الأولى ممارسة الدولة المضيفة للاستثمار سيادتها على المشروعات الاستثمارية التي تعتبر له حيوية، وتهدف من خلالها الدولة الاستيلاء على ملكية المستثمر نهائيا، حيث تصبح هي صاحبة الحق عليه[3]، وعرفه هارون مهدي هو إجراء قانوني تقوم به الدولة بغرض فرض سيطرتها على المشروعات الخاصة وطنية كانت أو أجنبية تجسيدا للصالح العام والمنفعة العامة الوطنية[4].

أن هذا الإجراء يتم بصفة جماعية ويكون بصفة مفاجئة دون أن يكون هناك حالات محددة يتم فيها،وهو من حقوق الملكية اللصيقة بالسيادة القومية وفقا لقرار الجمعية العامة المتمثل في حق الشعوب في السيادة على ثرواتها [5]، وبالتالي فالتأميم هو وسيلة قانونية لممارسة الدولة سيادتها الاقتصادية ووسيلة للتخلص من التبعية الاقتصادية التي فرضتها التطورات الحاصلة في المجتمع، من العولمة والهيمنة الاقتصادية. رغم أن هذا الإجراء يخلق جو غير مناسب للاستثمار ويسبب في نزاعات بسبب عدم الثقة الذي ميز العلاقة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار[6].

ومثال عن التأميم ما حدث في الجزائر في إطار التوجه لنهج الاشتراكي، الذي إتبعه تأميم المحروقات وبالتالي تأميم الشركات الأجنبية التي كانت تنشط في مجال النفط، بالإضافة إلى تأميم الأراضي الزراعية، بما يسمى بالثورة الزراعية.

---

[1]-ينظر المادة 23 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر، **المرجع السابق.**

[2]- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، **المرجع السابق**، ص 18-19.

[3]- نزليوي صليحة، **النظام القانوني لضمان الاستثمار الأجنبي**، لنيل درجة الماجستير في القانون،فرع قانون أعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2006،ص97.

[4]- Haroun mehdi,**le régime des investissements en Algérie a la lumière des convention franco-algériennes** ,ites Thèse de doctorat en Droit privé,paris ,2000,p539 .

[5]- **قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة**، رقم 1803(د17) المؤرخ في 14 ديسمبر 1962 والمعنون السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية.

[6]-carreau (D) Julliard (p),droit international économique, librairie de droit et de jurisprudence, paris,1990 p423.

والملاحظ أن هذا التأميم يتم وفق شروط يحددها القانون وهذا ما استقرت عليه جل التشريعات الوطنية فمثلا نصت المادة 678 من ق م " لايجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني، غير أن شروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".

إذا التأميم يدور حول محور واحد هو نقل الملكية الخاصة الى الملكية العامة بواسطة قرار يصدر عن السلطات العامة المختصة، لذا يفترض التأميم توافر ثلاث عناصر[1]:

- من حيث الشكل: يجب أن يتسم بقرار من السلطة العامة (تنفيذية، أو تشريعية) لذا لايتصور صدوره من السلطة القضائية.
- من حيث الموضوع: يرد التأميم على الأموال خاصة (عقار او منقول) لذلك لايتصور أن يتعلق بأموال داخلة في الملكية العامة التي تقوم بالتأميم.
- من حيث الغاية يرمي التأميم إلى تحويل سلطة الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، وذلك بوضع الأموال تحت سيطرة الدولة إما بصورة كلية(تأميم كلي) أو بصورة جزئية (تأميم جزئي) وفي هذه الحالة تسيطر الدولة عادة على أغلبية الأموال المؤمنة.

ب-4:المصادرة : هو إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاها على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص مواطنين أو أجانب[2]، دون مقابل أو تعويض، ويتخذ قرار المصادرة عن طريق السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية وذلك إستنادا إلى نص قانوني يخول لأي من السلطتين قبل هذا الإجراء في الحدود المرسومة قانونا وعند توافر إحدى الحالات التي تبرر اتخاذه[3]،إذا تتخذ المصادرة شكلا قضائيا أو اداريا في كلتا الحالتين بموجب نص قانوني وفي الحدود التي يرسمها .

- **المصادرة الإدارية:**هو إجراء تتخذه الدولة لحماية الأمن والسلامة والصحة والآداب العامة، مثل قيام السلطة الإدارية بمصادرة الأغذية الفاسدة، والبضائع المهربة، وهي تتم في أعقاب الثورات الاجتماعية والتغييرات السياسية أو أعقاب الحروب[4].
- **المصادرة القضائية:** هو إجراء عقابي تكميلي يطبق إلى جانب العقوبات الأصلية، يصدر بحكم قضائي، وهي تملّك مال مملوك للجاني إلى الدولة، دون مقابل أو تعويض، ويكون كعقوبة تصدرها المحاكم الوطنية، بنص قانوني عند تورط المستثمر في قضايا تمس بأمن وسلامة الدولة المضيفة وتكون المصادرة وجوبية بالنسبة للأشياء المتحصل عليها من الجريمة وذلك إذا كان صنعها أو إستعمالها أوبيعها

---

[1]- خالد كمال عكاشة، **مرجع سابق** ص140.

[2]-ينظر: المادة 21 من قانون رقم 16/09 /2016 المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر، **المرجع السابق**

[3]- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، **المرجع السابق**، ص 21.

[4]- محمد هند مصطفى مصطفى، **المرجع سابق**، ص 66

أو حيازتها تعد جريمة في حد ذاتها، وتكون المصادرة جوازية إذا لم تكن حيازة هذه الأشياء مكونة للجريمة في حد ذاتها[1].

ويظهر لنا من خلال تعريف المصادرة أن الطابع الجزائي للمصادرة هو الذي يميزها عن نزع الملكية للمنفعة العامة، فاتخاذ المصادرة لايكون إلا في مواجهة شخص أو مجموعة من الأشخاص بسبب ما اقترفوه من جرائم وأعمال غير مشروعة، أو بسب انتمائهم إلى إتجاه سياسي معين، عكس نزع الملكية للنفع العام يكون عادة موجه للكافة ولاعتبارات كثيرة، كما أن المصادرة ينتفي معها التعويض ولا تتحمل الدولة معها المسؤولية.

المصادرة تنصب دائما على المنقولات، ولا يتصور ورودها على العقارات أو بدون نص قانوني،وتشتبه المصادرة مع التأميم ونزع الملكية من حيث ضرورة الاستناد كل منهم الى القانون يبرر اتخاذها لهذه الإجراءات ويحدد حالاتها، وفيها تنتقل ملكية خاصة من فرد أو مجموعة من الأفراد إلى الدولة[2].

الفرع الثاني : المنازعات التي يعود سببها المستثمر الأجنبي

يتضح مما سبق أن من الأسباب المؤدية إلى قيام منازعات الاستثمار، في أغلب الأحيان يكون سببها إجراء اتخذته الدولة باعتبارها أقوى طرف، لكن لا يمكن القول بأن الدولة الطرف الوحيد الذي يثير النزاعات بانتهاكه حقوق المستثمر وخرق التزاماته التي تعهد بها، بل يمكن أن تعود أسباب المنازعة لذلك المستثمر الذي تماطل أو تقاعس أو تهاون عن تنفيذ التزاماته كعدم تقديم دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية للمشروع، أو عدم السلامة البيئية، أو عدم الالتزام بالقوانين النافدة في التشريعات الوطنية،أو عدم تقديم جدول أعمال التي أنجزها أو عدم تطابقها مع الواقع، أو لم يضمن تدريب العمالة الوطنية ورفع مهاراتهم، أو إعطاء الأولوية لتوظيف العمالة الأجنبية على الوطنية، مما يفرض على الدولة القيام بإجراءات من شأنها حماية مصالحها العامة ومصالح مواطنيها من أية أضرار تؤثر بالسلب على هؤلاء المواطنين وعلى اقتصادها القومي.وفي هذا السياق سنقسم هذا الفرع إلى قسمين، الأول نبين فيه إلتزامات المستثمر الأجنبي والثاني أشهر القضايا منازعات الاستثمار التي يعود سببها اخلال المستثمر لالتزاماته.

أولا: التزامات المستثمر الأجنبي اتجاه الدولة المضيفة للاستثمار: وجب على المستثمر أن يلتزم بماتم الاتفاق به مع الدولة المضيفة الواردة في عقد المشروع المراد انجازه، كالإلتزام بالحد الأدني للهدف الذي انشأ استثماره من أجل تحقيقه، وإخبار الطرف الأخر(الدولة) بكافة الظروف المحيطة بالاستثمار، وأن يلتزم بتدريب العمالة الوطنية وببنود العقد وفق الشروط المتفق عليها، والمحافظة على البيئة، وبالتالي فجميع هذه الالتزامات يخضع لها المستثمر ولا يجوز له مخالفتها وأي خرق من طرفه لالتزاماته التعاقدية

---

[1]- محمد هند مصطفى مصطفى، **المرجع السابق**، ص67.

[2]- هشام خالد،**عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثار بشأنه**، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،دون طبعة، سنة 2007،ص 178-179.

أو فشله بالوفاء بها من دون مبرر معقول أو أن يكون مرد ذلك هو لجوءه لإنشاء هذه العلاقة التعاقدية من دون التروي أو أخذ آراء المختصين في مجال إبرام العقود، وغيرها من الأسباب الواهية، فإنها تؤدي إلى نشوء نزاعات بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار ترتب عليها تعويض على هذا الأخير، وعليه سنعالج التزامات المستثمر التي يعد الإخلال بها سببا في قيام النزاع بين المستثمر و الدولة المضيفة للاستثمار وذلك من خلال تقسيمها إلى مايلي:

1- التزامات المستثمر الأجنبي باحترام المبادئ التنظيمية والموضوعية لعقد الاستثمار:

أ- **التزام بالتسجيل لدى أجهزة ترقية الاستثمار:** بالرجوع لأحكام القانون الوطني لترقية الاستثمار رقم 09/16 المؤرخ في 03 أغسطس 2016 نجد أن المشرع ألزم المستثمر الذي يرغب بإنشاء مشروع استثماري في الجزائر ومن أجل الاستفادة من المزايا التي يمنحها للمستثمر من حوافز والامتيازات، ضمن سياسة الدولة لاستقطاب رؤوس الأموال وتهيئة المناخ المناسب الى إخضاعها للتسجيل لدى الوكالة الوطنية للاستثمار وهذا طبقا لنص المادة 04" تخضع الاستثمارات قبل انجازها من أجل الاستفادة من المزايا المقررة في أحكام هذا القانون للتسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المذكور في نص المادة 26 أدناه وتحدد كيفيات التسجيل عن طريق التنظيم"[1].

وبالتالي يستفيد المستثمر بقوة القانون وبصفة آلية من المزايا الانجاز المنصوص عليها في هذا القانون[2]، بشرط تسجيل لدى الوكالة ،التي عرفها المشرع في نص المادة 26 باعتبارها مؤسسة عمومية إدارية تتمتع بالشخصية القانونية وبالاستقلال المالي تكلف بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية بجملة من المهام على رأسها تسجيل الاستثمارات.

كما أورد المشرع في نص المادة 14 من القانون السالف الذكر التزاما على عاتق المستثمر الذي يتساوى مبلغ استثماراته أو يفوق خمسة ملايير دينار جزائري 5.000.000.000 للموافقة المسبقة للمجلس الوطني للاستثمار المذكورة في المادة 18 من الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أغسطس 2001 المعدل والمتمم بالقانون المذكور أعلاه.

فإذا لم يتقدم المستثمر بالتسجيل لدى الوكالة فان حقه يضيع بشأن الاستفادة بالمزايا الممنوحة،أضف إلى ذلك انه في حالة مخالفة أحكام هذا القانون أو الالتزامات التي تعهد بها فان تسحب كل المزايا الممنوحة أضف إلى ذلك العقوبات المقررة في التشريع المعمول به[3].

ب - التزام المستثمر بمبدأ حسن النية: يأتي مبدأ حسن النية في سياق العلاقة القائمة بين الأخلاق والقانون، فهو يشكل نقطة اتصال وامتزاج بينهما، حيث أن الاعتداد به يكفل موافقة القانون لقواعد

---

[1]- ينظر: المادة 04 من قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، **المرجع السابق**

[2]- ينظر: المادة 08 **من نفس القانون**

[3]-ينظر: المادة 34 **من نفس القانون.**

الأخلاق على نحو أفضل، فمن جهة إلزام الأطراف بتنظيم إلتزامهم وتعهداتهم بحسن نية، وبالتالي تنظيم المعاملات القائمة بينهم[1].

رغم صعوبة التعرف على النية وتحديد فيما كانت سيئة أو حسنة لأنها أمر نفسي داخلي، لكن لا يحول دون الأخذ به في عقود الاستثمار الدولية،اذ يطرح مبدأ حسن النية كمبدأ عام يلتزم به الأطراف المتعاقدة في مرحلة التفاوض وكذا في مرحلة تنفيذ العقد [2].

وبالتالي يلتزم المستثمر الأجنبي بتنفيذ التزامه وفقا لمبدأ حسن النية تطبيقا للقواعد العامة كونه يفترض في جميع انواع العقود، ويقصد بذلك استقامة المستثمر وتعامله بصدق مع الدولة المضيفة للاستثمار بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من أجلها إبرام العقد، فلا يؤدي إلى إلحاق ضرر بالدولة المضيفة للاستثمار دون مسوغ قانوني بل يتوصل للقيام بكافة البنود والنصوص الواردة في العقد وأن يكون خاليا من أي عوائق أو شوائب، أي بنزاهة وبأكمل وجه .

ج- **التزام المستثمر بحماية البيئة:** لقد أضحى معلوما اليوم أن جل الدول أصبحت تشترط المحافظة على البيئة كمبدأ في قوانينها الخاصة بالاستثمار نظرا للعلاقة التي تربطها بالموارد الطبيعية للبلد بالإضافة إلى الأضرار التي يمكن أن تخلفها بعض الاستثمارات على المحيط والإنسان مما يجعل تكاليف معالجة الأضرار الناجمة عن المساس بصحة المحيط باهضة الثمن في مقابل مردودية انجاز المشروع الاستثماري، لذلك تعمد الدولة إلى التوازن بين الاستثمار وما يحققه للدولة من نمو اقتصادي على حساب الموارد الطبيعية والمياه والغابات والهواء أو في مجملها البيئة .

لذلك قد يثور نزاع بين الدولة المضيفة للاستثمار والمسثمر، سببه إخلال المستثمر بالتزامه المتمثل بالمحافظة على البيئة إذا ما أثبتت الدولة وجود تلوث أثّر على المحيط وتسبب في خرق قانون البيئة .

لكن الجدير بالذكر أن المستثمر في سنوات القرن الماضي كان دائما ما يستتر وراء التحكيم كوسيلة لحل النزاعات باعتبار أن التحكيم بمعناه وطبيعته يجرد الدولة من سيادتها ويعطل تطبيق القوانين الوطنية فيها بما في ذلك المتعلقة بالبيئة، الأمر الذي افقد الدولة دورها الرقابي على البيئة والزمها بين خيارين إما التخلي على العقود التي أبرمتها مع المستثمرين الأجانب من أجل المحافظة على البيئة ودفع تعويض لهم مقابل ذلك ومن أمثلة على ذلك ما قامت به الحكومة الكندية من منع استخدام الجازولين السام (toxic gasoline additive) من قبل احد الشركات الأمريكية مقابل دفع تعويض لهذه الشركة، وإما أن تلتزم الدولة بتعهداتها المترتبة عليها بموجب

[1]- محمد حسن، محمد حمزة، التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، العدد الرابع السنة السادسة، ص 287.

[2]- **نفس المرجع**، ص287.

الاتفاقيات الاستثمارية على حساب البيئة لأنها تنازلت عن دلك بقبولها بالتحكيم، ومثال ذلك أيضا ما قامت به الحكومة التركية مع شركة (Eurogold) اذ أنها لم تستطع إجبارها على منعها استخدام مادة سيانيد السامة، أو أن تلتزم بدفع 300 مليون دولار إذا رغبت بالتخلي عن عقد لانها اختارت التحكيم كوسيلة لحل النزاع [1].

لهذه الأسباب ظهرت العديد من التيارات التي تندد بالتحكيم، ليتنبه العالم لهذه المخاطر التي يمثلها التحكيم أضرارا بالبيئة فسارعت المجتمع الدولي لإجراء تعديلات للتخفيف من هذه الثغرة، وذلك بتقريرها انها جزء من المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار وعلى الهيئات التحكيمية أن تؤخدها بعين الاعتبار وتدافع عنها وتجسد ذلك بإصدار المادة الأولى من قانون اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي أن حماية البيئة من التصرفات ذات الطابع الاقتصادي التي تخضع للتحكيم، لتتبناه العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف والنظم القانونية الوطنية للعديد من الدول، إضافة إلى ذلك تم إنشاء قواعد تحكيمية خاصة بالمنازعات البيئية فنجد مثلا المجلس التنفيذي التابع للمحكمة الدائمة للتحكيم قد تبنى قواعد اختيارية للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالبيئة والمصادر الطبيعية وأطلق عليها إسم القواعد البيئية كما أنشئت مراكز للتحكيم في المنازعات البيئية [2].

د-الالتزام بمبدأ السر المهني للإستثمار: تتميز عقود الاستثمار بأعمالها الطويلة عموما لذلك يكون من المهم بالنسبة لكلا الطرفين المحافظة على علاقاتهم خلال هذه الفترة،وهذا لا يتحقق إلا من خلال إلتزام كل منهما بعدم إفشاء أسرار المشروع الاستثماري .

ويعتبر الالتزام بالسر المهني إحدى المسائل التي لاقت إهتمام كبير من أطراف عقد الاستثمار، فهو سلوك غير ملموس تفرضه قواعد الدين والأخلاق وتقتضيه مبادئ الشرف والأمانة، نظرا لما يحققه من زيادة روابط الثقة بين الأطراف التي يستلزمها الائتمان ولصيانة الحقوق وحمايتها والتي لا يمكن أن تسود إلا من خلال إحاطتها بسياج السرية.

والملاحظ أن من أهم مبرارت إختيار أطراف عقود الاستثمار اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي يمكن أن تثور بينهم وتجنب القضاء الوطني كوسيلة لحل نزاعاتهم، هو تجنب العلنية التي تعتبر من أهم أسس النظام القضائي، حيث تظل الأسرار المرتبطة بالعقد والمخترعات سرية مكتومة، كما

---

[1]- لافي محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار: دراسة في الاتفاقيات والقواعد الدولية والعربية والتشريعات الداخلية وتطبيقاتها العملية، **مؤتمر كلية القانون التاسع عشر "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة"** خلال فترة 25-2011/04/27،ص 1367-1368.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 1369-1370.

أن الأطراف يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظرا لما قد تؤدي نشرها وإعلانها من مساس بمراكزهم المالية والاقتصادية[1].

2-التزامات المستثمر الأجنبي المستمدة من شروط العقد:

أ- **الالتزام بنقل التكنولوجيا وتدريب العمالة المحلية:** غالبا ما تتضن بعض عقود الاستثمار التزاما يقع على عاتق المستثمر وهو نقل التكنولوجيا إلى الدولة المضيفة للاستثمار وتدريب العاملين عليها[2]، وذلك تمهيدا لإحلال العمالة المحلية محل العمالة الأجنبية[3]،وبذلك يجب على المستثمر اتخاذ كافة الوسائل التي تكفل النقل الفعلي للتكنولوجيا بحيث تصبح الدولة مالكة للعناصر المادية والمعنوية للتكنولوجيا، وليس هذا فقط بل تدريب العمالة عليها، أو أن تتمتع بها كحق استئثاري كما في ترخيص براءات الاختراع لأن هذه الملكية تمكن الدولة أن تتصرف فيها على نحو البنود العقدية التي نصت من خلالها الحق الاستئثاري مع مراعاة احترام الشروط الواردة في ذات العقد كشرط المحافظة على السر التكنولوجي أو شرط عدم المنافسة[4].

تعتبر المعلومات التي تحتوي عليها التكنولوجيا بالمفهوم القانوني مالا معنويا يسمى بحق المعرفة، مثل نقل المعرفة والخبرة الفنية بمختلف أشكالها كدراسة الجدوى والخرائط والرسوم والتعابير والنماذج والتركيبات وتقديم الخدمات الفنية كتدريس الخبرة الهندسية وتدريب العمالة والمعلومات الفنية لتركيب أو تشغيل الآلات والأجهزة حتى تمكن الدولة من المعرفة الحقيقة لهذه الاخيرة، وتنقل ملكيتها إليها أو كيفية تركيبها أو استعمالها[5]، كما لا يعني هذا أن المستثمر يلتزم بتقديم العناصر الغير المادية المجسدة بحق المعرفة فقط بل يلتزم بعناصر مادية كتسليم المعدات الصناعية، أو تركيبها وفق الصيغ التعاقدية المعروفة كعقد تسليم المفتاح أو تسليم الإنتاج أو التسليم مع التسويق[6].

كما تقر الفقيهة حفيظة السيد الحداد أن إلتزام المستثمر بتدريب العمالة المحلية وتحقيق اندماجها في العمليات الفنية المتطورة إلتزام بتحقيق نتيجة لا يعتبر مجرد بدل عناية إذ لا يمكن

---

[1]- بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، **المرجع سابق**، ص 20.

[2]- محمد عامر شنجار،علي نعمان أحمد،الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار(دراسة مقارنة) **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العدد18،العراق،سنة 2016،ص 41.

[3]-علاء محي الذين مصطفى ابو حامد، التزامات المتعاقد مع الادارة في تنفيذ عقود الطاقة، **مؤتمر السنوي 21 الطاقة بين القانون والاقتصاد**، مابين 20-2013/05/21، كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة،ص 193.

[4]- محمد وليد عودة الهميشري، **عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية**، دار الثقافة، عمان،طبعة الأولى،سنة 2009،ص 88

[5]- محمد عامر شنجار،اعلي نعمان أحمد،مرجع سابق،ص 42.

[6]-حفيظة السد الحداد،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص لأجنبية،**المرجع سابق**، ص236

للمستثمر التنصل منها ودفع المسؤولية عنه[1]، ويذهب جانب من الفقه إلى ضرورة ترجيح التكييف الأخير مع الأخذ بالحسبان بالتفرقة بين إلتزام المستثمر بإدماج العمالة المحلية في العمليات الفنية المعقدة، محل العقد فمثل هذا الالتزام يعد إلتزاما بتحقيق نتيجة يقع على عاتق المستثمر وذلك أيا كان مسلك العمالة وقدرتها على التأقلم مع هذه العمليات هذا من جهة وبين تدريب وتكوين المهارة الفنية لهؤلاء الأشخاص من جهة أخرى والذي يعد في حد ذاته إلتزام ببدل عناية يمكن للمستثمر أن يعفى من المساءلة عن عدم تحققه إذا أثبت أنه قدم كل العناية اللازمة من أجل نقل التكنولوجيا وتكوين الفني والمهاري لهذه العمالة، على نحو مايقتضيه موضوع العقد[2].

ويجب أن يقدم تقرير دوري عن مدى تقدم العمالة الوطنية حتى يتسنى للدولة ترشيد عمالة أخرى لتخضع لتدريب المستثمر بدلا من الأخرى التي أثبتث عجزها[3].وبالتالي فان مخالفة المستثمر لهذه الالتزامات سيؤدي لا محالة إلى وقوع نزاع بين الطرفين، قد تقرر الدولة بعدها بحرمانها من التمتع بالإعفاءات الضريبية والجمركية التي منحته إياها أو إلزامه بالتعويض[4].

ب-**التزام بتنفيذ العقد في المدة المتفق عليها:** يلتزم المستثمر الأجنبي بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها في مواعيده المحددة لذلك عادة ما تحدد الدولة المضيفة أو جهة الإدارة مدة معينة للتنفيذ في دفتر الشروط[5]، في عقود الاستثمار الدولية (أشغال العامة الدولية، عقود النفط، عقود التكنولوجيا)، فيتعين على المستثمر البدء في الإجراءات اللازمة لبدا المشروع الاستثماري المرخص له به من قبل الهيئة المختصة في الدولة (إدارة) والالتزام بالمواعيد التي حددها لأغراض تنفيذ المشروع الاستثماري[6].

اذا لم يتضمن العقد مدة معينة للتنفيذ يجب أن يتم التنفيذ في مدة معقولة وفقا للمجرى العادي للأمور وطبيعته كما يمكن تمديده [7]،والسبب الراجح لذلك هو مايمثله الوقت من أهمية كبيرة في إنجاز المشاريع الاستثمارية وأن هذه المشاريع تسهم بشكل أو بأخر في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة للاستثمار لذلك في بعض الأحيان يتم التعاقد مع مستثمر أجنبي دون الأخر بحكم إلتزام الأول بإنجاز المشروع والبدء فيه في وقت أقل مما أقره أو يتطلبه غيره[8].

---

[1]- حفيظة السيد الحداد،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص لأجنبية،**المرجع سابق**، ص235.

[2]-سراج حسين أبو زيد، **التحكيم في عقود البترول**، دار النهضة العربية،مصر،طبعة الأولى،سنة 2000،ص93

[3]- **نفس المرجع**،ص93.

[4]- ينظر : المادة:34 من قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، **المرجع السابق**

[5]- علاء محي الذين مصطفى ابو حامد، **المرجع السابق**، ص 793.

[6]- محمد عامر شنجار، علي نعمان أحمد، **المرجع سابق**، ص 40.

[7]- انظر المادة 20 من قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، **المرجع سابق**

[8]- محمد عامر شنجار، علي نعمان أحمد، **المرجع سابق**، ص41.

تجدر الإشارة أن تأخر المستثمر عن تنفيذ التزامه في المدة المحددة يعتبر سببا رئيسيا لنشوء النزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار كما يترتب على ذلك نشوء حق الطرف الأخر (الدولة) مطالبته بالتعويض، بشرط أن يكون هذا التأخر راجع لفعل المستثمر بسبب إهمال أو تقصير او عدم التبصر بالمشروع أو عدم البدء فيه أصلا، أما إذا كان هذا التأخر راجع لعلاقة مباشرة لفعل الدولة أو الإدارة المختصة بتنفيذ هذا المشروع الاستثماري ولا ترجع للمستثمر وحده ولا يشترط أن يتخذ فيها خلل الإدارة صورة خطأ أو إهمال أو تحريض من جانبه على إحداث إضراب وتشجيعه، بل يمكن أن يكون استعمالا مشروعا لحقها في الرقابة والتعديل كتغيير نوع المواد الأولية وتعديل حجم الأشغال العامة فانه يكون سبب لإعفائه من المسؤولية[1].

نفس الحكم بالنسبة إذا كان سبب التأخير راجع لحادث مستقل عن إرادة الطرفين، كالقوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيل كله آو جزئه، ولا يمكن دفعه، فإنها يؤدي إلى إعفائه من المسؤولية [2].

ت- التزام المستثمر بالإعلام والإخبار :تمنح عقود الاستثمار الدولية، الدولة أو أحد أجهزتها التابعة لها والمتعاقدة مع المستثمر الأجنبي ،حق الرقابة والمعرفة الدائمة لكيفية سير المشروع الاستثماري، لذلك يقع على عاتق المستثمر الأجنبي التزاما متمثلا في إعلام وإخبار الدولة أو جهة الإدارة بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد بصراحة مطلقة[3]،إذ يتوجب على المستثمر أن يصارح ويقدم للدولة المضيفة أو الجهاز التابع لها كل الأوراق والمستندات والخطط والوثائق التي تطلبها مع تقديم تقارير دورية تفصيلية عن حالة المشروع الاستثماري، وهذه الأخيرة تصبح ملكا خالصا للدولة[4].

والملاحظ أن هذا الالتزام بالإعلام والإخبار المفروض على المستثمر ليس التزاما واحد وإنما هناك عدة التزامات تدخل في سياقه تتمثل في إعلام وإخبار الدولة المضيفة أو أحد أجهزتها التابعة لها ببعض البيانات الشخصية عن المستثمر وكذا تقديم معلومات كافية عن المشروع المراد إقامته وتقديم دراسة الجدوى وكافة الوثائق والمستندات المتعلقة بالمشروع الاستثماري وكذا مصارحة الدولة بكافة الظروف الفعلية للمشروع الاستثماري[5].وبالتالي فإن إخلال المستثمر بهذا الالتزام المتسلسل سيؤدي إلى حدوث نزاع بينه وبين الدولة المضيفة المتعاقد معها.

وتجدر الإشارة أنه قد ينص العقد المبرم بين الدولة وأحد أجهزتها وبين المستثمر الأجنبي الإشارة على أنه في حالة عدم تقديم إلتزام الإعلام والإخبار فإنه يحق لجهة الإدارة فسخ العقد، ويرى بعض من

---

[1]-علاء محي الذين مصطفى حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، **المرجع سابق**، ص 177 و ما بعدها.

[2]- **نفس المرجع**، ص 181وما بعدها.

[3]- علاء محي الذين مصطفى ابو حامد،التزامات المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، **المرجع سابق**، ص 805.

[4]- حفيظة السد الحداد،العقود المبرمة مع الدول والأشخاص الأجنبية، **المرجع سابق**، ص221.

[5]- محمد عامر شنجار ،علي نعمان أحمد، **المرجع سابق**، ص 39-40.

الفقه أن لجهة الإدارة التمسك بهذا الحق ولو لم يتضمن العقد نصا صريحا يقضي بذلك طبقا لمبدأ حسن النية[1].

لذلك يجب على المستثمر الأجنبي أن يصارح ويقدم للدولة المضيفة جدوى الاستمرار في تنفيذ العقد اذا كان الاستمرار فيه سيسبب الخسارة لجهة الإدارة أو أنه لن يحقق النتائج الاقتصادية المرجوة منه نتيجة المتغيرات التي حدثت في السوق الدولية[2].

ث- الالتزام بالحد الأدنى من الاستثمار: تفرض الدولة أو أحد أجهزتها التابعة لها والمتعاقدة مع المستثمر الأجنبي التزاما يقضي بضرورة قيامه باستثمارات محددة خلال مدة محددة ويرجع السبب في حرص الدولة المضيفة للاستثمار على تضمين عقودها مثل هذا الشرط في رغبتها في تحقيق فعالية الاستثمارات، ومثال ذلك عقود اكتشاف البترول والبحث والتنقيب عنه، وفيه تشترط الدولة المضيفة للاستثمار على المستثمر ضرروة إنفاق مبالغ معينة في صورة أعمال فعلية لمدة مثلا خمس سنوات على التنقيب وإجراء بحوث وإختبارات، من أجل الحصول على معلومات كافية التي تحدد إمكانية وجود حقول بترول في المنطقة المخصصة وقيمتها الاقتصادية[3].

والواقع أن غياب هذا النوع من الشروط التي تضعها الدولة المضيفة للاستثمار من التزامات على عاتق المستثمر، يجعل في مكنة المستثمر أن يقوم بتجميد المنطقة التي سيقوم بالتعيين فيها لمدة طويلة وبالتالي إذا أخل المستثمر بالتزاماته بالحد الأدنى من الاستثمار فإن ذلك يعد سببا مباشر لقيام منازعة بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، التي قد تدفع بإخلال المستثمر لالتزاماته وبالتالي الحق لها في سحب الترخيص الذي منحه للمتعاقد[4]، وماقضية valentine ضد حكومة هايتي لمثال على ذلك[5].

ثانيا: بعض قضايا التحكيم في منازعات عقود الاستثمار التي سببها المستثمر:

1- قضية klockner v.cmeron : تعود وقائع هذه القضية أن حكومة الكامرون أبرمت عقودا متتالية مع مجموعة شركات klockner الألمانية بغرض نقل العمليات التكنولوجية والهندسية الحديثة في مجال السماد، وإنشاء مشروع مشترك وهو عبارة عن مصنع يتم تسليمه إلى الحكومة الكاميرونية وفقا للصيغة القانونية المعروفة بتسليم المفتاح في اليد.

وبعد توقيع عقد التسليم في 14 مارس1972 رفضت الحكومة الكاميرونية بالوفاء بقيمة المصنع كاملة مما دفع بالشركة الألمانية باللجوء الى التحكيم، وقد تمسكت حكومة الكامرون في هذه القضية ردا على مطالبة شركة klockner بضرورة دفع القيمة كاملة للمصنع الذي قامت الشركة بإنجازه بأن هذه الأخيرة

---

[1]- حفيظة السيد الحداد،العقود المبرمة مع الدول والأشخاص الأجنبية، **المرجع سابق**، ص221-222.

[2]- علاء محي الذين مصطفى ابو حامد،التزامات المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، **المرجع سابق**، ص 805

[3]- علاء محي الذين مصطفى حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، **المرجع سابق**، ص 188.

[4]- حفيظة السد الحداد، العقود المبرمة مع الدول والأشخاص الأجنبية، **المرجع سابق**، ص209.

[5]- علاء محي الذين مصطفى حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، **المرجع سابق**، ص 179.

قد تصرفت على نحو يتسم بالتدليس والخداع وأخلت بالتزامها بإخبار وإعلام حكومة الكامرون بالظروف المحيطة بالعقد سواء أثناء مرحلة التعاقد أو بعدها وفي مقابل هذا التصرف إمتنعت الحكومة الكاميرونية بالوفاء بقيمة المصنع كاملة مستندة رفضها أن الشركة الألمانية وقعت في دراسة الجدوى التي أعدتها عام 1971 أن المصنع المذكور يكون قادرا على تحقيق الربح بمجرد إتمام تشييده وهو مالم يتحقق كما أن الشركة أخفت الكثير من المعلومات والحقائق التي لو علمت بها حكومة الكامرون لما استمرت في تنفيذ المصنع.

وقد استخلصت محكمة التحكيم أن الشركة الألمانية كان يجب عليها إخبار حكومة الكامرون بكل أمر من شأنه أن يؤثر بشكل جوهري على قرار الحكومة في الاستمرار في المشروع ومنح التعهدات المالية التي تطالب بها الشركة الألمانية، إلا أن الشركة قد أخلت بهذه الالتزامات وأخلت على نحو واضح بالالتزام الواقع عليها بالثقة في مواجهة الطرف المتعاقد معها، حيث أنها لم تتعامل مع الحكومة الكامرونية على نحو صريح واخفت معلومات جوهرية من شانها تأثير على مشروع وبناءا على ما تقدم انتهت محكمة التحكيم انه لا يحق للشركة الألمانية مطالبة حكومة الكامرون بالثمن الكامل للمصنع الذي تم تشييده كما تقضى بذلك نصوص عقد التسليم [1].

2- قضية valentine ضد حكومة هايتي : تعود وقائع هذه القضية لعام 1950 أين أسس شخص اسمه valentine شركة نشاطها هو توزيع المنتجات البترولية والنقل البحري للكيماويات valentine petroleum and chemical corporation مركزها الرئيسي نيويورك، وقعت مع حكومة هايتي اتفاق مبدئي وأعقبه إتفاق نهائي في 22 نوفمبر1962 يهدف إلى إعطاء الشركةإمتيازا للبحث والتنقيب على البترول وضرورة قيام الشركة بالاستثمار في المنطقة وذلك عن طريق إيداع الشركة مبلغ 50 مليون دولار أمريكي لدى بنك امريكي وقد أودعت الشركة المبلغ في البنك، إلا أنها علقت قيامها بالاستثمار على شرط الحصول على ضمان استثمار من الحكومة الأمريكية حتى أول أكتوبر 1962 وهذا الاخير الذي لم يتم مما نتج على عدم قيام الشركة بالاستثمار المتفق عليه.

مما أجبر الحكومة هايتي بسحب الترخيص الذي منحته للشركة وفسخ العقد لاخلال المستثمر (شركة) بالتزامه وترحيل المستثمر فالنتين. ممالجأ إلى التحكيم فأقرت المحكمة أن تصرف الدولة مشروع في سحبها للترخيص لأن المستثمر لم يقم بالحد الأدنى للإستثمار وأخل من جانبه بالالتزام التعاقدي المتمثل بالقيام بالاستثمارات المتفق عليها[2].

3- قضية شركة ألمانية مع حكومة اليمن: أين إتفقت الحكومة اليمنية مع الشركة الألمانية على القيام بمشروع استثماري يتمثل في تربية المواشي وتدريب العمالة واستخدام أفضل الوسائل الفنية السائدة والمعترف بهادوليا في مجال التعاقد .

---

[1]–طه أحمد علي قاسم، **المرجع سابق،** ص 138–139.

[2]– علاء محي الذين مصطفى ابو حامد،التزامات المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، **المرجع سابق،** ص 804.

ولقد أدى النص السابق لشروط تنفيذ العقد نشوء خلاف بين كل من الحكومة اليمينة والشركة الألمانية بعد مضي 03 سنوات من إبرام العقد، أين تمسكت الحكومة اليمينة بالامتناع عن سداد مستحقات الشركة الألمانية، مستندة أن الشركة الألمانية لم تحافظ على المواعيد المتفق عليها لتقديم المعدات ولم تقدم بعضها نهائيا، وحتى يسوى الخلاف بينهما على الشركة الألمانية أن تسدد غرامة تأخير، مما دفع الشركة الألمانية باللجوء إلى التحكيم ومطالبة الحكومة اليمنية بتسديد المبالغ المستحقة لها مع التعويض على عدم سدادها في المواعيد المتفق عليها.

بعدما قامت محكمة التحكيم بتلخيص وقائع الدعوى، توصلت إلى إثبات أن المستثمر الألماني أخل بتنفيذ التزامه في المواعيد المتفق عليها، وإزاء ذلك كان من حق الحكومة اليمينة أن تتمسك بالمبدأ القائل بأن امتناع أحد الطرفين عن التنفيذ يتيح للطرف الأخر أن يمتنع عن التنفيذ وهذا تطبيقا لفكرة عدم التنفيذ، وبالتالي الجانب اليمني غير مخطئ في الامتناع عن الدفع [1].

المطلب الثاني: منازعات الاستثمار الدولية الخارجة عن إرادة الأطراف

قد يحدث أن يترتب نزاع بين أطراف عقد الاستثمار، مؤداه إلى أسباب طوعية نابعة من الإرادة المنفردة للأطراف[2]، إما بسبب المستثمر أو لإجراء اتخذته الدولة المضيفة اتجاه المستثمر[3]، كما رأينا سابقا نتيجة لعدم تنفيذ التزاماتهم المترتبة عليهم أو خرقها، الأمر الذي يؤدي إلى إخلال التوازن بين مصالح أطراف العقد، فيتحتم البحث إلى إيجاد الوسائل الأنجع لحلها و القيام بتعويض عادل ومنصف.

لكن في بعض الأحيان قد يتعرض أطراف عقد الاستثمار، إلى أسباب قهرية لا دخل للإرادة الاطراف فيها، تحولهم دون تنفيذ إلتزاماتهم المترتبة وتجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا أو مرهقا لأحدهم أو كليهما، ومثال ذلك القوة القاهرة والظروف الطارئة [4]، فتثار منازعات على هذا الشأن، وكون أن القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة والظروف الطارئة من شأنها إنقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين فيها تبعة التنفيذ أو الإعفاء المخفف، فإن الأمر يختلف في عقود الاستثمار، حيث أن هناك حرص على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها وذلك من خلال تضمين العقد شرط يضمن استمرار هذه العلاقة الاستثمارية،بين الأطراف[5] أو العهد بها للتحكيم لفض متل هذه المنازعات وماتراه ملائما ذلك أن الأطراف لايودون في غالب الأحيان انهيار رابطتهم العقدية بسبب هذه الأحداث فيعمل المحكم على

[1]- علاء محي الذين مصطفى حامد، التحكيم في منازعات العقود الادارية، **المرجع سابق**، ص 178.

[2]- طه أحمد عبد القاسم، **المرجع سابق**، ص 140.

[3]- ينظر المادة 24 من قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر، **المرجع سابق**

[4]- حنين امين رمزي، **المرجع سابق**، ص 02.

[5]-عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، **مجلة نقابة المحامين**، عدد 19 ايلول وتشرين الاول،سنة 2012،ص 6.

إعادة التوازن العقدي والمالي لعقد الاستثمار[1]، من خلال ترتيب جزاء مرن على أحد الأطراف أو كليهما يتناسب مع الضرر الواقع إثر هذه الظروف[2] .

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين ،(الفرع الاول) منازعات يعود سببها إلى قوة قاهرة، و(الفرع الثاني) منازعات يعود سببها إلى الظروف الطارئة.

الفرع الأول: المنازعات التي تعودأسبابها للقوة القاهرة

عقود الاستثمار بطبيعتها عقود طويلة المدة، فهي بلا شك سوف تتأثر بتغير الظروف المحيطة بها لذا كان من الطبيعي أن تدور منازعات الاستثمار في جل صورها عنصر الظروف المحيطة بالعقد التي تجعل استحالة تنفيذ الالتزام كما في حالة القوة القاهرة [3].

فالمنازعات التي تدور حول حالة القوة القاهرة يغلب عليها الطابع الفني، من ثمة فان الفصل فيها يحتاج إلى ألية خاصة بتوافر للقائمين عليها الخبرة والدراية العلمية الكافية [4]،ومن هنا يبرز دور التحكيم لحل مثل هذه المنازعات، وذلك أن الأطراف لا يودون في غالب الأحيان انهاء رابطتهم العقدية عند هذا الحدث وذلك خلافا للقواعد العامة التي استقرت عليها معظم النظم القانونية والتي تلغي العقد عند حصول حدث يشكل قوة قاهرة[5] .

ولهذا عمد الأطراف في معظم الأحيان إلى وضع شرط في عقدهم وهو شرط القوة القاهرة لتمكين من مواجهة الأحداث المستحيلة عند وقوعها [6]، في حالة عدم وجود إتفاق صريح أصلا بين الأطراف حول نتائجها، فإن تحديد أثر هذه القوة القاهرة على إستمرارية العقد يدخل ضمن الإختصاص الأصيل لهيئة التحكيم، الأمر الذي يدفعنا الى التساؤلات التالية، ما المقصود بالقوة القاهرة؟ وما هو تأثير القوة القاهرة على عقد الاستثمار؟ وما هو دو التحكيم في حل هذا النوع من النزاعات؟.

أولا : مفهوم القوة القاهرة :لايثير المقصود بالقوة القاهرة جدلا كبيرا نظرا لاستقرار الفكرة ووجودها في مختلف النظم القانونية، كون أن الأزمات والظروف التي مر بها العالم سمح لرجال القانون والفقاء بزيادة

[1]- عمرمشهور حديثةالجازي، **المرجع سابق**، ص 06

[2]-حنين أمين رمزي، **المرجع سابق**، ص 03.

[3]- خالد كمال عكاشة، **المرجع سابق**، ص114.

[4]- عمر مشهور حديثة الجازي، **المرجع سابق**، ص08.

[5]- لما أحمد كوجان، **المرجع سابق**، ص 78.

[6]-**المرجع نفسه**، ص78.

الاهتمام بهذه الحالة وضبطها بشكل أدق[1]، وللاحاطة بتعريف القوة القاهرة، نرى لزاما علينا ان نقف على، التعريف التشريعي، والتعريف الفقهي[2] .

1- **التعريف التشريعي للقوة القاهرة** :لم تعنى الكثير من النظم القانونية المعاصرة بوضع تعريف دقيق للقوة القاهرة، ولم تتفق حتى في استعمال مصطلح موحد للدلالة على هذا الحدث المكون لها.

فمثلا في التشريعات اللالتينية اعتمدت في تشريعاتها مصطلح " القوة القاهرة" force majeureومن ذلك المشرع الفرنسي في المادة 1148 من قانون المدني الفرنسي" لا محل لالتزام المدين بالتعويض اذ سبق قوة القاهرة أو حادث فجائي في منع المدين من أداء الالتزام الذي تعهد به".

وقد تأثر بموقف المشرع الفرنسي كل المشرع المصري في عديد من المواد فقد نصت المادة 165 من قانون المدني المصري انه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر او خطأ من الغير كان غير ملزم بالتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

كذلك المشرع الجزائري في نص المادة 127 من القانون المدني" إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك"[3].والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع مفهوم للقوة القاهرة، بل إكتفى إلى الإشارة إليها، كذلك أنه لم ينص عليها في قانون المعدل 09/16.

أما دول النظام الانجلوسكسوني تستعمل عادة مصطلح "الحادث الإلهي" act to god ومثال ذلك الملاحظ من خلال التشريعات السابقة نجد أن جل التشريعات، أشارت إلى القوة القاهرة مصطلح فضفاض، إذ أنه لم يحدد لنا معيار الاستحالة وكيفية تحليل الحادث وأثره على قدرة المدين بتنفيذ التزاماته، مما يترك للقاضي أو للمحكم سلطة تقديرية في تحديد معيار الاستحالة والذي له أكثر من صورة قد تكون الاستحالة جزئية أو مؤقتة أو كلية [4].

غير أن المنطق يقتضي انه إذا كان ثمة حادث لا يمكن توقعه ولا توقيه، فانه يكون قوة قاهرة، وهذا ما تناولته، المادة 36 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1980.

---

[1]-الحبيب خليفة اجبودة،القوة القاهرة بين القانون الليبي وعقود الفيديك، **مجلة الجامعة**، كلية القانون جامعة طرابلس،عدد16 المجلد ثاني افريل، سنة 2014،ص 07.

[2]-أحمد سمير محمد ياسين الصوفي،**دور القوة القاهرة في القوانين الإجرائية**، دار الكتب القانونية،ودار شتات للنشر،مصر والإمارات،دون طبعة،سنة2016،ص 23 ومابعدها.

[3]-ينظر: المادة 127،من **أمر 58/75** المؤرخ في 1975/09/26 والذي **يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم** ج .ر عدد 101.

[4]- حنين أحمد رمزي، **المرجع سابق**، ص 06.

2- التعريف الفقهي للقوة القاهرة : أمام قصور بعض التعريفات التشريعية في تحديد تعريف للقوة القاهرة دفع رجال الفقه الى وضع تعريف له، فقد تعددت التعاريف الفقهية للقوة القاهرة فمنهم من اعتبرها "واقعة غير ممكنة التوقع والدفع والتي تمنع شخصا ما عن تنفيذ التزاماته "[1].

أو هو حادث غير متوقع ولا يمكن تجنبه وهو خارج عن ارادة المدين ومستقل عنه ولا يمكن مقاومته"

وعرفه جمهور الفقهاء" حادث غير متوقع لايد للشخص فيه ولا يجوز دفعه وتترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا" [2].

مما تقدم لنا يتضح انه يشترط لتحقق القوة القاهرة ثلاث شروط أساسية:

أ-استقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين: ومعنى ذلك أن تكون واقعة القوة القاهرة خارجة عن ارادة الخصوم أو أطراف الرابطة العقدية، فلا يتسبب الخصوم في حدوثها ولا يسبقها او يقترن بها خطئه وأن تكون الواقعة ناجمة عن أعمال الخصم أو تقصيره[3].

ب-عدم توقع الحدث عند إبرام العقد :يقصد بذلك استبعاد كافة الظروف والأحداث التي تدخل في علم الخصم وإدراكه وتوقعه من دائرة الأسباب القوة قاهرة،وبذلك تعتبر الظروف والأحداث الوشيكة أو المحتملة ومتصور وقوعها مستبعدة من واقعة القوة القاهرة[4].

ويجب أن يكون الحدث غير ممكن التوقع ليس من جانب المدعى عليه فقط، بل حتى من جانب أشد الناس يقضة وتبصرا بالأمور، والعبرة من عدم إمكان التوقع هي في وقت إبرام العقد فإذا كان الحدث الذي أدى إلى الاستحالة تنفيذ العقد ممكنا توقعه وقت إبرامه فلا يجوز للمتعاقد أن يحتج بوجود حالة القوة القاهرة[5].

ج-وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات : ويقصد بها أن يتواجد الخصم على درجة يصعب معاها بل يستحيل معها تخطي أثارها بسبب كونها حادث لا يمكن مقاومته ولا التغلب عليه، وذلك لكونه يؤدي إلى استحالة مطلقة،أما إذا أمكن دفع الواقعة حتى ولو لم تكن متوقعة فإنها لا توصف بأنها قوة قاهرة[6].

---

[1]- أحمد سمير محمد ياسين، **المرجع سابق**، ص 30-31.

[2]-طيب زروتي، **المرجع سابق**، ص42.

[3]- ياسر باسم دنون، القوة القاهرة وأثارها على أحكام قانون المرافعات المدنية، **مجلة الرافدين للحقوق**، العدد 36، المجلد رقم 10،سنة 2008،ص 66.

[4]- **المرجع نفسه**، ص 64.

[5]- خالد كمال عكاشة، **المرجع سابق**، ص 120.

[6]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوجيز في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، دار الجامعات للطباعة والنشر، القاهرة، طبعة الأولى سنة 1952،ص 306.

وهذا الشرط له ارتباط مباشر بإرادة الخصم فالقوة القاهرة تمثل قوة ضاغطة لواقعة معية ذات تأثير سلبي على سلوك الخصم على نحو يفقد معها قدرته على اتخاذ مسلك أو إتيان أي تصرف من شأنه تفادي الواقعة[1].

والملاحظ أنه حتى يدفع أطراف عقود الاستثمار بآثار القوة القاهرة، فقد جرى العمل على وضع شرط خاص في تلك العقود يهدف إلى تعريف القوة القاهرة وكيفية التعامل معها،وتحديث الأحداث والظروف التي تعتبر ظروفا غير متوقعة يمكن أن تشكل قوة قاهرة وشروط تطبيقها وكيفية صياغتها وأثارها على العقد وهو ما يمكن أن نصطلح عليه مفهوم الشرط الخاص و القوة القاهرة في العقد أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك فان تحديد اثر القوة القاهرة يدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم التي تعمل على إعادة ضبط العلاقة القانونية والعقدية للأطراف، وهو مانسميه شرط القوة القاهرة غير مدرج في العقد، لكن على رغم ذلك فان إدراج مثل هذا الشرط في العقد لا يمنع حصول نزاع بين الأطراف والتي تؤكد في نفس الوقت على أن التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض مثل هذا النوع من النزاعات، وفي هذا السياق سنبين تأثير القوة القاهرة على عقد الاستثمار.

ثانيا: تأثير القوة القاهرة على عقد الاستثمار: من أهم المبادئ التي تحكم تشكيل العقود هو مبدأ عدالة العقد، فالعقد يجب أن يحقق التوازن الاقتصادي بين طرفيه، وخصوصا في مجال الاستثمار فلا يغتني طرف على حساب طرف أخر[2]، فلا يتحقق ربح فادح لأحد الأطراف مقابل خسارة فادحة للطرف الأخر ولا يمكن أن تكون هذه النتيجة الطبيعية والمقبولة في أي عقد[3].

فإذا أبرم عقد وفق الشروط المحددة قانونا واتفاقا بين الأطراف، فإن أطرافه ملزمين بتنفيذ مضمونه ولا يسوغ لأي منهما الانفراد بتعديله أو المساس به أو الغائه إلا باتفاقهما، إلا أنه قد يحدث أن يتعذر على أحد الأطراف أو كليهما عن تنفيذ التزاماته لأسباب خارجة عن إرادته مثل القوة القاهرة، والتي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا"،وتنتج عنه مجموعة من الآثار منها استحالة تنفيذ الالتزام أو تنفيذه تنفيذا متطابق لما تم الاتفاق عليه،وانتفاء المسؤولية .

الملاحظ أن القواعد العامة تقتضي بأن القوة القاهرة من شأنها انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة التنفيذ، إلا أن هذا الأمر يختلف في عقود الاستثمار خاصة الحريصة منها بتنظيم قانوني مسبق يتضمن شرط قوة قاهرة على مواجهة الأحداث المستقبلة عند وقوعها، وقد لا يقف الأمر عند حد تقرير عدم المسؤولية في حالة تلك الأحداث دون قيامه بتنفيذ التزاماته وإنما قد يكون من أثار هذه القوة القاهرة وقف العقد واستمرار هذا الايقاف ما بقيت تلك الاحداث قائمة او منح مدة اضافية للاستغلال الممنوح

---

[1]–ياسر باسم الدنون، **المرجع سابق**، ص 65.

[2]– عمر مشهور حديثة الجازي، **المرجع سابق**، ص 19

[3]–لما أحمد كوجان، **المرجع سابق**، ص 77.

للمستثمر، أو قد يصل الأمر أحيانا إلى إنهاء العقد بصفة نهائية[1]، لذا سنبين أولا فروض تأثير القوة القاهرة على عقد الاستثمار.

1- **استحالة تنفيذ الالتزام وحل العقد:** تعتبر استحالة تنفيذ الالتزام العقدي، شرطا وأثرا في نفس الوقت لفكرة القوة القاهرة، وهذه الاستحالة قد تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة، وقد تكون نسبية فقط، والأصل أن الالتزام يصبح مستحيلا بمجرد توافر جميع شروطه، والتأكد من كون هذا الحادث هو السبب الوحيد الذي تسبب في ضرر واستحال معه المدين بالتصرف خلاف مافعل[2].

جدير بالذكر ان المشرع الجزائري قد نص في مادته 127 من ق.م ان جل التشريعات المقارنة تعتبر القوة القاهرة سببا أجنبي عن إرادة الأطراف ولا يد للمتعاقد فيه . وعبئ الإثبات يقع على المتعاقد الذي لم يفي بالتزامه وتسبب في ضرر الطرف الأخر بسب القوة القاهرة، ولو أن جل التشريعات لم تبين لنا معيار تحديد الاستحالة وكيفية تحليل الحادث، وإنما متروكة للسلطة التقديرية للقاضي أو للهيئة التحكيمية.

لكن النتيجة المنطقية لاستحالة التنفيذ المطلقة بسبب القوة القاهرة هي انفساخ العقد، وهو انفساخ بقوة القانون، أما في حالة الاستحالة النسبية الناشئة عن القوة القاهرة فإن الالتزامات لا تنقضي والعقد لا ينحل، وإنما يتوقف تبعا للمدة التي تستمر فيها القوة القاهرة، فإذا انقضت يتعين على كل طرف أن يقوم بما التزم به في العقد[3].غير أنه في هذا الفرض الأخير لم يبين المشرع الجزائري كيفية الوقف، أو الآلية التي يستأنف بها العقد فهي متروكة لاتفاق الأطراف خاصة الذين يعبرون على نيتهم الحسنة في البحث على استمرارية العقد .

والملاحظة أنه يمكن لأي طرف أن يطلب فسخ العقد كجزاء مترتب عن عدم تنفيد أحد الأطراف التزامه، حتى بسبب القوة القاهرة ولو أنه حقيقة يصعب الحكم به في حالة الاستحالة النسبية دون الاستحالة المطلقة، كون أن الفسخ نتيجة منطقية في فرض الاستحالة المطلقة عكس الاستحالة النسبية التي يمكن معها معالجة الأمر بوقف التنفيذ فترة واستئنافه عند زوال الحادث الذي يحول على تنفيذ العقد ،وكون أن طلب الفسخ في هذه الحالة سيؤدي إلى ضرر كبير بأحد الأطراف خاصة أن فسخ العقد للقوة القاهرة قد يرتب عليه عدم دفع أي تعويضات كما سنرى .

2- **انتفاء المسؤولية :** يترتب على توافر شروط القوة القاهرة أن المتعاقد يتوقف عن التنفيذ نهائيا إذا كانت الاستحالة دائمة ،أو أن يتوقف عن التنفيذ مدة معينة لحين زوال أسباب القوة القاهرة، ثم تعود إلى تنفيذ الالتزامات بعد ذلك، والأثر الثاني الذي يرتبه وجود القوة قاهرة هو إنتفاء المسؤولية على عدم تنفيذ الالتزام، ذلك أن أركان المسؤولية لم تجتمع الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

---

[1]- العيساوي صفاء تقي عبد النور، **القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية: دراسة مقارنة**، رسالة لنيل رسالة الدكتوراه جامعة الموصل كلية القانون، العراق،سنة 2005،ص 52 ومابعدها.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 63

[3]- الحبيب خليفة اجبودة، **المرجع السابق**، ص 14

وانتفاء المسؤولية تختلف عن الإعفاء منها ذلك أن الإعفاء لايستبعد قيام المسؤولية، بينما الانتفاء يعني عدم قيامها أصلا، والنتيجة المحققة من إنتفاء المسؤولية هو عدم تعويض الضرر الناتج على عدم التنفيذ[1].

فالقوة القاهرة هي سبب أجنبي ينهي العقد لاستحالة تنفيذه ومن ثم ترفع المسؤولية العقدية كلية عن المدين في الالتزام العقدي إنطلاقا ما نصت عليه المادة 127 من ق م "... كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص قانوني أو إتفاق على خلاف ذلك". معنى ذلك أنه في حالة هلاك شيء معين بذاته بسبب قوة القاهرة ليس للدائن إجبار المدين على تقديم بديل عنه، مالم يوجد اتفاق على أنه في حالة وقوع قوة القاهرة فإنه يقع عليه –المدين– الالتزام بالتعويض وتحمل تبعاته معنى ذلك أن هذا النص ليس من النظام العام ويجوز مخالفته.

والملاحظة أن النتائج القانونية المترتبة على إنتفاء المسؤولية في حالة القوة القاهرة هي نفسها في حالة الاستحالة المطلقة كما في الاستحالة النسبية مالم يوجد اتفاق، فحالة القوة القاهرة إما أن تتحقق كل شروطها فتعفي المدين كلية من المسؤولية، إما أن تنعدم أو ينعدم بعضها، ومن ثمة لا مجال للإعفاء الجزئي من المسؤولية.

3- **استمرارية عقد الاستثمار:** في بعض الأحيان يولي أطراف عقد الاستثمار، أهمية بالغة إلى أسس تشكيل العقد المزمع إبرامه بين أطرافه، إلى دراسة كل أجزائه والآثار التي يمكن أن تترتب عليه مستقبلا والعقبات التي يمكن أن تحول إلى تحقق الهدف المرجو منه، كحدوث اي نزاع، يؤدي إلى حل العقد أو حصول خسارة لأحد الأطراف أو فشل المشروع كل، وحرصا على مواجهة هذه الأحداث عند وقوعها لضمان استمرارية العلاقة الاستثمارية يعمد الأطراف على وضع شروط عقدية، على غرار شرط التحكيم شرطا يطلق عليه شرط القوة القاهرة والتي من المتصور أن يكون أكثر تفصيل عن القواعد العامة التي استقرت عليها جميع النظم القانونية والتي تلغي العقد وتنفي المسؤولية على المتعاقد المدين كأثر مترتب على حدوث قوة قاهرة[2].

فقد يؤكد اتفاق الأطراف على ما إستقرت عليه القواعد العامة، لكن في أغلب الأحيان ما يفضله الأطراف الحفاظ على الرابطة العقدية، بغض النظر عن ما ينجر عن هذا الحدث عليهم من خلال تحمل الخسائر مناصفة و وقف العقد لغاية زوال القوة القاهرة التي حالت على تنفيذ الالتزام، أو أن يتحملها طرف دون الأخر أو إعادة التفاوض.

بالنسبة لتحمل تبعة الهلاك من المعلوم أنه تنعقد المسؤولية لأي طرف في عقد الاستثمار بتوافر أركان المسؤولية الثلاثة الخطأ الضرر العلاقة السببية، أما إذا كان الضرر الناشئ نشأ بسبب لا يد للمتعاقدين فيه كالقوة القاهرة، كان غير ملزم لأحد الأطراف تعويض الضرر وتحمل المسؤولية نتيجة

---

[1]- الحبيب خليفة اجبودة، **المرجع السابق**، ص 16.

[2]– لما أحمد كوجان، **المرجع سابق**، ص 78.

لعدم تنفيذ التزامه وبالتالي انتفاء مسؤوليته، وبناءا على ذلك ليس هناك ما يحول دون تطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بحل العقد بسبب القوة القاهرة، لكن بما أن هذا الأخير ليس من النظام العام و أن المبدأ الأساسي في عقود الاستثمار يقضي بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية بأن يجعل المدين مسؤولا عن الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة أو أن يتحملها كلاهما مناصفة[1].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر قرار بهذا الشأن يقضي بإمكانية تحمل المتعاقد مع الإدارة تبعة هلاك التي تسببها القوة القاهرة بقوله " ...وغني عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فيتفقان مثلا على أن المدين لا يعفى من إلتزامه ويتحمل تبعة السبب الأجنبي، فلا ينقضي الإلتزام حتى لو إستحال تنفيذه لسبب أجنبي ويتحول محله إلى تعويض ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمنه من الحادث الذي يرجع إلى القوة القاهرة"[2].

وفي حالة غياب شرط خاص بالقوة القاهرة يحدد نتائجها أو في حالة عدم وجود إتفاق بين الطرفين حول هذه النتائج أو تماطل طرف من تنفيذ التزاماته المدرجة تحت شرط القوة القاهرة في العقد، فان تحديد أثر هذه القوة القاهرة على حياة العقد يدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم [3]التي اسند لها الفصل فيها وكون منازعات القوة القاهرة تتميز بغلبة الطابع الفني، فان منازعاتها تتعلق في الغالب بالتنفيذ الغير مطابق للمواصفات المتفق عليها، وذلك لأسباب قهرية حالت دون تنفيذ المدين لالتزاماته وفقا للمواصفات الفنية المطلوبة، ويستوي أن يكون عدم التطابق مرجعه التنفيذ الناقص أو المعيب[4]وقد يكون النزاع حول تحديد درجات الضرر الذي لحق بالطرف الآخر[5]، كما يمكن أن تظهر المنازعة في صورة تقدير مبلغ التعويض المستحق في ضوء حجم الخسائر التي وقعت نتيجة عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته وإعادة التوازن العقدي، فالمهمة الأساسية للمحكم لن تقف عند حد التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة، بل يستمد من جوهر المنازعة ذاتها، والذي يرتكز في الغالب حول الأثر الناتج على العقد[6].

وبالتالي المحكم إما أنه سيطبق ما إتفق عليه الأطراف، إذا ورد شرط خاص بالقوة القاهرة والنتائج التي تم الاتفاق عليها في تحمل تبعة الهلاك مناصفة أو يتحملها أحد الأطراف وحده وفي حالة عدم وجود

---

[1]- الطبطبائي عادل طالب، مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت دراسة مقارنة، **مجلة الحقوق**، مجلد رقم 16 عدد4 الكويت،سنة 1992،ص 55.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 56.

[3]-عصام الدين القصبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، **المؤتمر السنوي السادس عشر ' التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة**، كلية القانون سنة 2008،ص 213.

[4]-علاء عبده التميمي،دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار، **المؤتمر العلمي الدولي لكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية (الثورة والقانون)**، مصر، سنة 2011، ص 434- 435.

[5]- باسود عبد المالك، **حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015، ص 289.

[6]- لما أحمد كوجان، **المرجع السابق**، ص 79.

شرط يبين اتفاق على الآثار ونتائج القوة القاهرة تقوم الهيئة التحكيمة بما تراه ملائما يرد التوازن للأطراف خاصة ما إدا كانت رغبة الأطراف في إستمرارية العقد.

ثالثا : سلطة المحكم في ضبط حالات القوة القاهرة لإعادة التوازن العقدي: يقتصر دور القاضي في حل المنازعات الناشئة بين الأطراف حول القوة القاهرة من خلال الكشف عن شروطها والبحث عن ما إذا وجد إتفاق بين الطرفين يقض بخلاف القواعد العامة المطبقة في القانون إلى فسخ العقد لاستحالة تنفيذه وعدم ترتب المسؤولية على المدين. لكن الجدير بالذكر أن منازعات القوة القاهرة في عقود الاستثمار يغلب عليها الطابع الفني، ومن ثم فإن الفصل فيها يحتاج إلى ألية خاصة تكمن في التحكيم الذي يتوافر على أشخاص لهم من الخبرة والدراية العلمية الكافية وهي أمور لا يستطيع رجل القضاء العادي الإلمام بها، زد على ذلك ميزة الفترة الزمنية التي يقتضيها المشروع الاستثماري ورغبة الأطراف إلى استمرارية العقد بدل من فسخه كما أن المهة الأساسية للمحكم لحل منازعات القوة القاهرة وإعادة التوازن للعقد، لاتقف عند التحقق من شروط توفر القوة القاهرة بل يستمد من جوهر المنازعة ذاتها والذي يرتكز في غالبية الأحيان حول أثر هذه القوة القاهرة للعقد الأصلي للاستثمار .

لذا أصبح جل أطراف عقود الاستثمار يتفقون على إسناد مهمة حل المنازعات الى التحكيم، ومنها منازعات القوة القاهرة لما تتميز بها من مرونة، لكن هذا الأمر يقودنا إلى طرح تساؤل: ماهي حدود دور المحكم في حل منازعات قوة القاهرة و سلطته في إجراء تعديلات عقدية لإعادة الاتزان المالي لعقد الاستثمار؟.

بالنسبة للتساؤل الأول تقتضي الإجابة عليها أن نميز بين حالتين وفق ما يلي:

1- **قصور هيئة التحكيم على تطبيق ما أتفق عليه الأطراف : سلطة مقيدة:** بالنظر إلى المحدد الأول لسلطة هيئة التحكيم في التعامل مع أثار القوة القاهرة هو اتفاق التحكيم فإن قدرة هذه االهيئة على التعامل مرهون بما منحه الأطراف لها من سلطة في مواجهة أثار القوة القاهرة على عقد الاستثمار[1].

فإذا اتفق الأطراف أنه في حالة حدوث قوة قاهرة تحول دون إمكانية تنفيذ العقد أو تسببت في تأخير تنفيذ العقد لمدة معينة، فإن للطرفين التشاور والتفاوض، حول الإجراءات الواجب إتخاذها لتوفيق الأوضاع، بحيث إذا لم يتم التوصل إلى إتفاق، فإن لأي الطرفين المطالبة بفسخ العقد عن طريق التحكيم[2]. وبالتالي يقتصر دور المحكم في حالة حدوث القوة القاهرة على انتظار مايسفر التفاوض بينهم فإذا لم يتم الاتفاق فانه يقوم بتنفيذ الحل المتفق عليه مسبقا وهو فسخ العقد.

كما هو الحال إذا إتفق الأطراف حول تحمل تبعة القوة القاهرة مناصفة أو إعفاء المستثمر من عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ الالتزامات، إذا كان ذلك مرجعه القوة القاهرة، وبالتالي القاضي هنا يطبق ما اتفق عليه الأطراف وبالتالي لا يمكن للمحكم تجاوز سلطته في تبني حل أخر غير متفق عليه. لكن

---

[1]-علاء التميمي عبده، **المرجع سابق**، ص 53

[2]- علاء التميمي عبده، **المرجع سابق**، ص 56

يمكن للأطراف الاتفاق من جديد وتوسيع سلطة المحكم في اتخاذ مايراه ملائما لفض النزاع خاصة أن الأطراف غالبا يفضلون جبر اختلال العقد حتى لايتم فسخ العقد الذي صرفت فيه أموال وتكبدوا فيه الجهد الكبير، وهنا يمكن للمحكم إما تطبيق أحكام القانون أو ما تفرضه قواعد الطبيعة في وضع حل يتخطى به أثار القوة القاهرة والتغلب عليها وقد يكون الحل هو الفسخ .

ومن أبرز القضايا المتعلقة بالقوة القاهرة قضية المشروع العام البولندي ضد مشروع عام بألمانيا الديمقراطية، حول توريد الفحم حيث اتفقت الشركة الألمانية مع الشركة البولندية على أن تقوم هذه الاخيرة على توريد كميات من الفحم إليها خلال مدة زمنية معينة لكن المشروع البولندي إمتنع عن التوريد بحجة أن الحكومة البولندية أصدرت قرار بمنع تصدير الفحم، فلجا الطرف الألماني إلى الغرفة التحكمية البولندية وطالب بتطبيق أحكام الشرط الجزائي لكن تمسك الطرف البولندي بأن قرار الحكومة يعد من قبل القوة القاهرة لا يمكن دفعه، وبالتالي إعفائه من المسؤولية وفسخ العقد، فقضت المحكمة التحكمية أنه حدث خارجي لايمكن توقعه وقت إبرام العقد ولا دفعه وبالتالي يعد بمثابة قوة قاهرة يعفي الطرف البولندي من التزاماته وفسخ العقد [1].

2- توسيع سلطة المحكم في معالجة منازعات القوة القاهرة :سلطة مطلقة: الغني على البيان أنه لايمكن للمحكم أن يقوم بأي تغيير أو تعديل لإعادة التوازن المالي للعقد لغيبة التنظيم التشريعي لهذه السلطة، كون التعديل سيؤدي لا محاله إلى التغيير في إلتزامات وحقوق الأطراف، وفي مقابل ذلك إعترف للقاضي الوطني تعديل العقد في حالات محددة، وأجاز له المساس بجوهر الالتزامات العقدية وأساسها كما في حالة القوة القاهرة أو تعديل نطاقها كما في حالة المبالغة في قيمة التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي [2]، لكن هذا لا يمنع إمكانية تضمين الأطراف لشرط يسمح بمراجعة العقد أو يمنح للمحكم مايراه ملائما ومناسبا يستوجب إجراء تعديل أو تغييرات معينة في بنود العقد[3].

حيث يعد هذا بمثابة تفويض لهذه الهيئة بتقرير ما تجده محققا لمصلحة الأطراف في ضوء طبيعة حالة القوة القاهرة ومدى تأثيرها على عقد الاستثمار، معنى ذلك أنها لا تكون مقيدة بموقف معين بل لها أن تقضي بما تراه محققا للمصلحة المشتركة لأطراف العقد سواءا كانت هذه المصلحة تقتضي باستمرار العقد مع إجراء بعض التعديلات على التزاماته وأطرافه بما يعيد للعقد توازنه أو كانت تقتضي بانهاء العلاقة العقدية بفسخها [4].

---

[1]-علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، **المرجع سابق**، ص 185.

[2]- رشا علي الذين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة، **المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق جامعة المنصور الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية**، من الفترة الممتدة من 1-2 ابريل 2009،ص 68-69

[3]- علاء التميمي عبده، **المرجع سابق**، ص58

[4]- **المرجع نفسه**، ص 59.

والجدير بالذكر كذلك أنه تختص الهيئة التحكيمية الفصل في كافة المنازعات التي يمكن أن تثار بموجب العقد، إذا أسند الأطراف فيها الاختصاص لها بأي صورة من الصور شرط أو مشارطة أو إحالة وبالتالي يجب على الأطراف اللجوء إلى التحكيم لتقرير مصير العقد في حالة منازعة القوة القاهرة حتى ولو يتم تحديد شرط خاص لحالة القوة القاهرة، وبالتالي لا يملك الأطراف الخيار بين الانفراد بتقرير فسخ العقد واللجوء إلى التحكيم ولهذه الأخيرة أن تقرر ماتراه ملائما للمصلحة المشتركة للأطراف دون التقيد بموقف معين[1]. مع الأخذ في الاعتبار ما أشرنا إليه أعلاه أن المحكم لا يحوز سلطة تعديل بنود العقد إلا إذا سمح له الأطراف لعدم وجود نظام تشريعي يبين ذلك، وبالتالي يدخل هذا ضمن مساعدة الأطراف لهيئة التحكيم لمعالجة الاختلال التوازني لعقد الاستثمار في منحها الضوء الأخضر لإعادة التوازن بما يحقق رضا الطرفين للاستمرار في المشروع الاستثماري.

الفرع الثاني : منازعات سببها الظروف الطارئة

قد تنشأ بين أطراف عقد الاستثمار منازعات يرجع مصدرها إلى سبب أجنبي لا دخل لإرادتهم فيها يؤثر بصفة نسبية على تنفيذ العقد المزمع تنفيذه، أي أن تنفيذ العقد لا يكون مستحيلا كما هو الحال في القوة القاهرة كما رأينا أعلاه، بل يبقى تنفيذه ممكنا لكن أكثر إرهاقا لطرف على طرف أخر، نتيجة لظروف طارئة فيؤدي إلى إخلال التوازن الاقتصادي والمالي للعقد الذي وجب أن يتمتع بها العقد خلال مدة التنفيذ حتى يضمن تنفيذه بأكمل وجه[2].

وبالتالي تختلف أثار منازعات الظروف الطارئة عن القوة القاهرة، فالظروف الطارئة أقل وطأة على حياة العقد، فتنفيذ العقد يصبح مرهقا لكن لا يؤثر على مبدأ استمرارية العقد فالبرغم من التغير الجدري الذي طرأ على التوازن الاقتصادي للعقد على أحد الأطراف، إلا أنه لا يستطيع التوقف عن تنفيذ إلتزاماته طبقا لما نصت عليه شروط العقد، وإلا أصبح مخلا بالعقد ووجبت مسؤوليته، إلا أن مبدأ العدالة يوجب مبدأ إعادة النظر في التزامات الطرف المرهق، من خلال إدراج شرط إعادة التفاوض الذي يسعى من خلاله الاطراف إلى التخفيف من إلتزامات الطرف المرهق أو رفع إلتزامات الطرف الأخر بهدف تحقيق التوازن العقدي واستمرارية العقد، أو اللجوء إلى التحكيم كوسيلة أمثل لحل نزاعاتهم، اين يقوم فيها المحكم إعادة التوازن لأطراف عقد الاستثمار، لهذا سنبين مفهوم الظروف الطارئة(**أولا**) واثره على عقد الاستثمار(**ثانيا**) وسبل حل منازعات الظروف الطارئة(**ثالثا**)

أولا: مفهوم الظروف الطارئة في عقود الاستثمار: إن الحديث عن مفهوم الظروف الطارئة يتطلب منا التطرق إلى تعريف نظرية الظروف الطارئة، والبحث عن مصادرها، و تحديد شروط حدوثها.

[1]- علاء التميمي عبده، **المرجع سابق**، ص 59-60.

[2]- هبة محمد محمود الديب، **أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية (دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني)**، رسالة ماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق، جامعة الأزهر غزة، سنة 2012،ص 25.

1- التعريف بنظرية الظروف الطارئة : يقصد بهذه النظرية حدوث واقعة ذات صفة عامة وغير متوقعة تخل بالتوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتولدة على العقد، فيصبح تنفيذها بالنسبة لأحد طرفي العقد عبئا مرهقا له ويهدد بخسارة كبيرة، مما يجيز للقاضي أو المحكم أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1]، أو يتفق الطرفان على إعادة التفاوض لإعادة ترتيب الالتزامات بينهم بشكل يخلق نوع من التوازن.

تجدر الإشارة أن نظرية الظروف الطارئة كانت محل تجاهل الكثير من القوانين نظرا لسيادة مبدأ سلطان الإرادة في العقود، ولم تلاقي قبولا وتنظيما مفصلا في مجال التشريعات المدنية وذلك تمسكا بمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" وأن العقد لا يمكن فسخه أو تعديله أو إنهائه لمجرد وقوع صعوبات أرهقت المدين، ثم أخذت هذه النظرية بعدا أخر وقبولا من طرف العديد من الدول، نظرا لمرونتها وتجاوبها مع تحقيق الصالح العام ومسايرة بعض الظروف التي يمكن أن تقع فيها المعاملات التجارية الدولية والعقود التجارية بصفة عامة وعقود الاستثمار الدولية بصفة خاصة[2]كونها تستمر فترات طويلة، والبحث على استمراريتها بإعادة التوازن الاقتصادي بين طرفيها.

وترتبط النشأة القضائية لنظرية الظروف الطارئة ارتباطا وثيقا بتغير المفاهيم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية، فهي نظرية حديثة في القانون المعاصر انطلق بها الفقه الفرنسي مجادلا القضاء الذي ظل رافضا لها لعدم النص عليها في القانون، رغم أن الإسلام كان السباق في الإشارة إلى هذه النظرية من خلال العديد من القواعد كرفع الضرر، ولاضرر ولا ضرار، وما أكده في الأحاديث النبوية إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بمَ تأخذ مال أخيك بغير حق[3].

ولكن يعتبر أول حكم أقر فيه هذه النظرية كان مجلس الدولة الفرنسي، في الحكم الشهير الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية شركة غاز مدينة بوردو الشهيرة، وتتلخص وقائعها أنه في عام 1904 حصلت شركة عامة لإنارة مدينة بوردو la compagnie générale d'éclairage de bardeaux » على امتياز توريد الغاز والكهرباء الواجب على الشركة البيع به للجمهور، وتم تحديد سعر البيع موازاة لثمن الفحم لأنه مصدر صنع الغاز واستخراجه وكان متوقع أن يرتفع سعره في حدود حددها العقد بالتناسب مع ارتفاع الفحم، لكن أتت الحرب العالمية الأولى بأوزارها فارتفع الفحم ارتفاعا فاحشا فوجدت هذه الشركة أن إلتزامها أصبح مرهقا لها، إزاء هذه الظروف وأضحت مهدد بخسارة جسيمة

---

[1]- الجم محمد مهدي، نظرية الظروف الطارئة، **المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن**، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، المغرب، سنة 1991،ص 09.

[2]- مقبول حنين أمين رمزي، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، **المرجع سابق**، ص42 ومايليها.

[3]- كزار عمار محسن، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، **مجلة مركز دراسات الكوفة**، العراق العدد38،سنة 2015،ص05.

تعوقها على تقيم هذه الخدمة لجمهور المنتفعين، لذا طلبت إلى السلطة المانحة للإلتزام وهي بلدية بوردو لتعديل العقد ليتناسب مع الظروف الواقعة، لكن هذه الأخيرة رفضت بحجة القوة الملزمة للعقد لأن تنفيذه لم يصبح مستحيلا، فرفعت الشركة دعوى في هذ المقابل إلى مجلس بوردو والتي تمسك بنفس الحجج المعتمدة في السابق، لكن لما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أقر بمبدأ جديد يقر بأنه إذا وجدت ظروف تخل التوازن العقدي اختلا لا جسيما، ولم يكن بالإمكان توقعها أن تساهم جهة الادارة في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد، ثم تواتر هذا الحكم وأخذت به فرنسا في العديد من القضايا كقضية شركة ثرام شاربورج عام 1932، وكذا قضية ville d'elbeuf في عام 1949..الخ[1].

تبعها ترسيخ نظرية الظروف الطارئة، في التشريعات الوطنية على غرار مصر في نص المادة 147 ق م المصري و الجزائر في نص المادة 107/ف3 ق م ج بقوله "...إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" [2].

ويتضح من هذا أن نظرية الظروف الطارئة تعد استثناء على القوة الملزمة للعقد الذي يقضي بها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك وفق شروط وضوابط معينة.

2- **شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:** يقتضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر عدة شروط تتمثل في: حدوث أثر قانوني غير متوقع ولا يمكن دفعه، وأن يكون مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة ويؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد.

أ-وجود حادث غير متوقع ولا يمكن دفعه: تختلف الظروف الطارئة باختلاف مصدرها فمنها ما يكون ناتجا عن السلطات العامة كفرض ضرائب جديدة أو زيادة فئات الضرائب القديمة، أو الحروب أو الثورات والاضطرابات،ومنها ما يكون نتيجة ظروف طبيعية كالزلزال والفيضانات.. ومنها ما يعود لظروف اقتصادية كارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعا فاحشا [3].

والملاحظ ان المشرع الجزائري في القانون المدني (مادة 107) وكذا المشرع المصري (مادة 147) اكتفى بوصف الظرف الطارئ بمصطلح " حوادث استثنائية عامة " ولم يحدد امثلة عنها بل تركها للفقه والقضاء[4].

---

[1]- البنان حسن محمد علي حسن، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة)، **مجلة الرافدين للحقوق**، كلية الحقوق جامعة الموصل،العراق،سنة 2013،ص 163.

[2]- ينظر: نص المادة 107 من الأمر 59/75 **المتضمن قانون المدني الجزائري، المرجع سابق**

[3]- العليمي خالد سعد راشد، **أثر نظرية الظروف الطارئة في التوازن المالي لعقد الاداري (دراسة مقارنة مصر كويت اردن)**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية الدراسات القانونية العليا،جامعة عمان العربية، الاردن، سنة 2008،ص 40.

[4]- العتوم،إبراهيم منصور، أثر الظروف الطارئة على اعادة التوازن المالي للعقد الاداري(دراسة مقارنة)، **مجلة مؤتة للدراسات والبحوث**، العلوم الانسانة والاجتماعية، الاردن،سنة 2008،ص 18.

وبالتالي يشترط لتحقق هذا الظرف بأن يتصف الحادث الذي يطرأ على العقد بصفتين الأولى أنه حادث استثنائي، ويقصد به ذلك الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة فلا يمكن توقعه ولا حسبانه، والصفة الثانية أن يكون حادث عام بحيث يكون شاملا لطائفة من الناس، فهو غير خاص بذلك الطرف وحده بل شارك غيره من جمهرة الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع كفيضان عالي أو ارتفاع سعر مادة معينة ارتفاعا فاحشا[1].

ويعتبر شرط عدم توقع المخاطر وعدم إمكان دفعها شرطا جوهريا في نظرية الظروف الطارئة، ويقصد به أن تفوق المخاطر كل توقعات الطرفين وبذلك فإن المخاطر العادية المتوقعة في كل مشروع ليست هي المقصودة [2]بهذه النظرية، والعبرة في تحديد أن الحادث متوقع أو غير متوقع تتم عن طريق معيار موضوعي هو معيار الشخص المعتاد المجرد[3]ويستقل بتقديرها القاضي الوطني أو المحكم، وسواء إنصب محل عدم التوقع وعدم الإمكان على الظرف الطارئ في حد ذاته أو أثاره أو حتى على مدى حدة هذه الآثار الغير متوقعة في حالة إذا ما كان الظرف الطارئ ذاته متوقعا[4].

ويرتبط الحدث الغير المتوقع مع معيار أخر، وهو عدم إمكانية دفعه أي تفاديه فحتى لو وقع حادث استثنائي ولكن كان من الممكن تفاديه أو كان من الممكن درء النتائج المترتبة عليه ببدل الجهد المعقول لا نكون أمام حادث لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[5].

ب-استقلال الظرف الطارئ عن إرادة الأطراف المتعاقدة: يترتب منطقيا القول أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، وأنه يجب أن يكون خارجا عن إرادة المتعاقدين[6].

ويقصد باستقلال الظرف الطارئ عن إرادة الأطراف المتعاقدة ،أنه إذا حدث ظرف أو حادث راجع لإهمال او تقصير أو خطأ من جانب أحد الأطراف فانه يتحمل المسؤولية كاملة دون أن يكون له الحق بأي تعويض من الطرف الأخر عما لحقه من أضرار، فالمقصر أو المخطأ أولى أن يتحمل نتيجة تقصيره سواءا كان مستثمر أجنبي أو الإدارة المتعاقدة ممثلة في الدولة[7].

لكن إذا إختل التوازن المالي للعقد بين الطرفين بسبب إجراء صادر عن جهة إدارية عامة (وزارة) غير الجهة المتعاقدة (الادارة) يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت باقي شروطها ويستحق المتعاقد (المستثمر) التعويض الجزئي ليتمكن من تنفيذ إلتزامه ومثال ذلك صدور إجراءات وقرارات

---

[1]- محمد سناري، **الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود**، دار النهضة العربية،القاهرة، دون طبعة وسنة نشر، ص 45،44.

[2]- العليمي خالد سعد راشد، **المرجع سابق**، ص 43.

[3]- كزار عمار محسن، **المرجع سابق**، ص 94.

[4]- محمد سناري، **المرجع سابق**، ص 57.

[5]- **المرجع نفسه**، ص 67.

[6]- **المرجع نفسه**، ص 68.

[7]-العتوم منصور إبراهيم، **مرجع سابق**، ص 19.

تنظيمية ترتب عليها إرتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعا فاحشا بحيث يتعرض فيها المتعاقد إلى خسارة فادحة غير متوقعة ولا يمكن دفعها[1].

ت- اختلال التوازن المالي للعقد: تشترط التشريعات الوطنية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ان يكون الحدث أو الظرف الطارئ الذي وقع، قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا يتجاوز حدود السعة ويهدد بخسارة فادحة [2].

وتجدر الإشارة أن الإرهاق الذي يقع فيه أحد الطرفين هو معيار مرن ليس له مقدار ثابت فما يكون مرهق لمدين لا يكون مرهق لمدين أخر وما يكون مرهق لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهق لنفس المدين في ظروف أخرى والمهم أن يكون تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة فالخسارة المألوفة لا تكفي، ولا يقصد بالخسارة الفادحة خراب المدين لأنه لا يوجد نص في القانون يستلزم ذلك كما أن روح القانون تتنافى مع هذا التشدد كما لا ينظر لهذه الخسارة إلا في المشروع الذي هو بصدد إنجازه ولا تطاله إلى مجموع ثروته[3]، وهذا الإرهاق هو الذي يضع النظرية موضع التنفيذ وينقلها من الميدان النظري المجرد إلى الميدان العملي التطبيقي[4].

شرط الإرهاق لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو الذي يميزها عن القوة القاهرة، فكلاهما يشتركان في أن الحادث لا يمكن توقعه ولا دفعه، لكن الظرف الطارئ يتمثل في صعوبة تنفيذ الالتزام فحسب دون استحالة تنفيذه كالقوة القاهرة .

ثانيا: أثر الظروف الطارئة على عقد الاستثمار: ضخامة الأعمال المطلوب القيام بها في عقود الاستثمار، تحتاج دائما الى وقت طويل لتنفيذها ووفاء كل طرف بالتزاماته وهوا ما يجعلها عرضة للتأثر بتغير الظروف المحيطة[5]، كالظروف الطارئة ما ان توفرت شروطها، فتجعل تنفيذ الالتزامات مرهقا لأحد الأطراف يؤدي الى اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، زد على ذلك فان أطراف عقد الاستثمار دائما ما يرغبون في استمرارية العقد من خلال إعادة التفاوض او تقرير تعويض جزئي فماهي الآثار التي ترتبها الظروف الطارئة على عقد الاستثمار؟ وسنجيب عنها في مايلي:

1- اختلال التوازن المالي :أهم أثر ترتبه الظروف الطارئة على عقد الاستثمار متى توفرت شروطه، هو توقف العقد عن تحقيق الفائدة التي تم ابرام العقد لتحقيقها، وإما أن تكون هذه الفائدة تعدلت بشكل كبير،لان تنفيذ العقد أصبح يخل بشكل ملحوظ في توازن الأداءات التعاقدية، فيصبح التنفيذ بالنسبة لأحد الأطراف أمرا شاقا مرهقا يهدد بخسارة فادحة[6].

---

[1]-محمد سناري، **المرجع سابق**، ص69.

[2]- العتوم منصور إبراهيم، **المرجع سابق**، ص 20.

[3]- كزاز عمار محسن، **المرجع سابق**، ص 97.

[4]-محمد سناري، **المرجع سابق**، ص 73.

[5]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخصة. **المرجع سابق**، ص 302.

[6]- العتوم منصور إبراهيم، **المرجع سابق**، ص 20.

وسبق وان اشرنا أن الأحداث الطارئة او الاستثنائية هي أحداث غير مألوفة نادرة الوقوع والتوقع تجعل تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا عكس القوة القاهرة، فبالتالي من أهم أثارها هي إرهاق المدين الذي يؤدي إخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وفي هذا السياق يقول الأستاذ سامي منصور أن التوازن العقدي قلما يتحقق وإختلال التوازن العقدي هو الذي يتحقق في العادة لكن يشترط أن يكون الاختلال مألوفا في التعامل إختلالا عاديا، فهناك أعباء عادية تفرضها طبيعة العقد أو تفرضها الإرادة العقدية أو ظروف التعامل، في هذا الإطار يبقى عنصر الثبات مستقرا في التعاقد لا يمس مهما كان مصدر الاختلال في التوازن العقدي أو أهمية الحادث الذي تسببه، لكن إن يتجاوز العبء المألوف أو عادي على ضوء طبيعة العقد وظروف التعامل وهو ما يطرح مسألة إمكانية المساس بعنصر الثبات في العقود وبقاعدة استقرار التعامل عندما يصدر عن حادث فجائي تتجاوز نتائجه التقدير المعقول، فالحادث الفجائي ليس مصدرا لطرح المسألة ولكن يصبح كذلك عند اقترانه بنتائج هامة تنعكس سلبا على التوازن المفترض بين الموجبات[1].

2- **تعديل العقد** : نتيجة لاختلال التوازن العقدي لعقد الاستثمار بسبب الظروف الطارئة يترتب أثر أخر على عقد الاستثمار يتمثل في خضوعه للتعديل، كون الظروف الطارئة تجعل تنفيذ العقد مرهقا لطرف على الأخر ويكون التعديل هو الحل الغالب لإعادة التوازن الاقتصادي بين طرفيه وليس إلغائه كما في القوة القاهرة لاستحالة تنفيذه، كما أنه لايجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الظروف الطارئة عكس القوة القاهرة فيجوز الاتفاق على ذلك[2].

ويتخذ تعديل عقد الاستثمار نتيجة للظروف الطارئة عدة أشكال فهو قد يحدث عن طريق وقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة، أو منح المتعاقد المرهق مهلة للتنفيذ أو تغيير مقدار الالتزام الذي إعتراه الخلل أو رد الإلتزام إلى الحد المعقول[3].

فالمستثمر الذي لا يمكنه تنفيذ التزامه إلا بصعوبة أو بتحمل خسارة فادحة، يمكنه طلب وقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى زوال الحادث الطارئ إذا كان مما يحتمل زواله في وقت قريب أو يمكن أن تمنح مهلة لهذا المستثمر حتى يتمكن من تنفيذ التزامه بشكل لايحمله خسارة فادحة، ويقصد بتوقيف العقد توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهم العقدية المتبادلة لحين ايجاد حلول بديلة والتوصل إلى إتفاق جديد لتنظيم الالتزامات، ويعد الأثر الأول الذي يترتب على حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة [4].

---

[1]- لما أحمد كوجان، **المرجع سابق**، ص 88. نقلا سامي منصور، **عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني في القانون اللبناني والفرنسي والمقارن**، دار الفكر اللبنان،طبعة الاولى ص 46-47.

[2]- هبة محمد محمود الديب، **المرجع سابق**، ص 50.

[3]- لما أحمد كوجان، **المرجع سابق**، ص 86.

[4]-عبده التميمي، **المرجع السابق**، ص87.

و معنى ذلك أن هذا الإجراء يهدف تخفيف فوري لحدة الآثار السلبية التي تخلفها مشكلة الارهاق وإختلال التوازن المالي للعقد بسب الظروف الطارئة فضلا عن حفظ الرابطة العقدية وضمان استمرارها.

كما يمكن أن يحصل تعديل في مقدار الالتزام الذي أصابه الخلل وذلك عبر إعادة تقويمه بجعل قيمته في ظل الظروف الطارئة المطابقة لقيمته الحقيقية أو يقرب هذه القيمة، ويمكن أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إما بإنقاصه أو زيادته.

ثالثا: سبل إعادة التوازن العقدي يعتبر التوازن الاقتصادي للعقود من المبادئ المسلم بها عند إبرام العقود بشكل عام، ومن المواضيع التي شغلت فكر الفقه القانوني منذ زمن بعيد، فالتوازن العقدي لايعني تساوي الحقوق والواجبات بين طرفي العقد وإنما هو مفهوم يعبر عن التقاء إرادتي الطرفين في نقطة تحقق لكليهما المنفعة والهدف من وراء إبرام العقد، ويجد التوازن العقدي مصدره في فكرة النية المشتركة فمن المفترض أن يكون العقد قادرا على أن يعيد الطرفين إلى النقطة التي التقت فيها إرادتهما [1]، وبالتالي متى توفرت متغيرات على العقد تجعل تنفيذه مرهقا لأحدهما كما هو الحال في الظروف الطارئة، وجب المدين التمسك بها حتى تبرئ ذمته، مما يجعل الأطراف يتخذون الطرق والوسائل الكافية لتعيد التوازن العقدي مجددا، أما عن طريق فتح المجال في إعادة التفاوض(1) أو اللجوء إلى التحكيم وتفعيل شرط التحكيم(2) من أجل إستمرار التنفيذ.

1- إعادة التفاوض:رغبة في المحافظة على بقاء عقد الاستثمار قائما بالرغم من تغير الظروف الاقتصادية أو السياسية أو غيرها يلجأ الأطراف صراحة للبحث على المحافظة على ثبات وتوازن العلاقة العقدية من خلال مواجهة الظروف المتغيرة المخلة بأحد عناصر العقدوتحديد وسائل علاجها مسبقا[2]، من خلال تضمين العقد الاستثمار بشروط تقتضي ضرورة مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه، فالدولة حريصة على تضمين مثل هذا الشرط لمواجهة الظروف التي استعصى عليها التنبه إليها وإدراكها لحظة إبرام العقد خاصة في ظل عالم خطى التطور والتغير بشكل يصعب اللحاق به، و يتزامن هذا مع حرص المستثمر على استقرار العقد بالكيفية التي وضع بها سعيا لتحقيق النتائج والأهداف التي توقعها و خطط لها وعلق أماله عليها لحظة إبرام العقد [3].

ويقصد بشرط إعادة التفاوض عبارة عن بند يتفق عليه الأطراف في العقد التجاري الدولي، لغرض إعادة الالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة بنود العقد عند حدوث تغيرات في الظروف الخارجة عن إرادتهم وتوقعاتهم التي يكون من شأنها أن تحدث اختلالا في التوازن العقدي وإضرار بأحد الأطراف عند الاستمرار في تنفيذ العقد، ويشيع استخدامه في عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود الاستثمار بصفة

[1]- هبة هزاع، **المرجع سابق**، ص 108.

[2]-الزقرد أحمد السعيد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية**، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر عدد32،سنة 2002،ص 130.

[3]- حنين أمين رمزي مقبول، **المرجع سابق**، ص 60.

خاصة نظرا لأنها تستغرق مدد زمنية طويلة[1] .ويظهر دوره جليا في حالة القوة القاهرة والظروف الطارئة بصفة خاصة حتى يزيد من قدرة الأطراف على الإستمرار في تنفيذ العقد ولكن وفقا لتوازن جديد الذي قد يكون مختلفا عن التوازن الذي ساد العقد قبل وقوع الحدث أو الظرف الطارئ[2].

كما تتنوع صياغاتها وتسمياتها في العقود وتجد أساسها في الإرادة التعاقدية للأطراف فمنم من يطلق عليها شرط المشقة، أو شرط المراجعة او شرط التحفظ لكن التسمية الراجحة والمنتشرة هي شرط إعادة التفاوض[3].

كما نص عليه دليل اليونسترال الخاص بصياغة العقود الدولية لتشييد المنشأت الصناعية لسنة 1987في الفصل الثاني والعشرين في الفقرة الأولى، أنه ذلك الشرط الذي يتم إعماله في حالة تغير في العوامل الاقتصادية والمالية والقانونية والتكنولوجية التي تسبب عواقب إقتصادية سلبية خطرة للطرف المتعاقد حيث تجعل أداءه لالتزاماته أكثر صعوبة مما يقتضي التفاوض على تعديل العقد وفق الوضع الجديد الذي أنشاته المشقة"[4].

يعتبر شرط إعادة التفاوض ضروري في عقود الاستثمار، لأن مصلحة الأطراف هي أن تحافظ على العقود المبرة لضمان الوصول إلى المبتغى، خاصة إذا ما سلمنا أن عقود الاستثمار تتطلب عند تنفيذها فترة زمنية طويلة هذا الأخير الذي يعرضها في وقوع مشكلات ونزاعات بين أطرافها تعيق تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، كون الظروف المحيطة بالعقد قابلة للتغيير المستمر بشكل أو أخر فيعمل الأطراف على إدراج شرط إعادة التفاوض او بأي عبارة تفيذ ذلك لضمان المصالح المشتركة بالاتفاق على تغيير العقد بما يتلائم وظروفه المستحدثة، التي أدت إلى اختلال العقد وأثرت فيه ولكن بشرط أن يكون التغيير قد حدث بعد إبرام العقد وليس قبله فيكون وسيلة لمحاولة تقريب وجهات نظر الطرفين لحل مناسب لتجنب إنهاء العقد، لذلك يقع على عاتق الأطراف التزامات بالاضافة إلى ترتيب جملة من الأثار القانونية نعالجها فيما يلي :

---

[1]– جاسم أسير باقر، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض دراسة في عقود التجارة الدولية، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، كلية القانون، جامعة بابل العراق،المجلد 3 العدد 1،سنة 2011،ص 116 وما بعدها.

[2]– لعجال يسمينة، فاعلية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**، جامعة الشهيد حمة لخضر، واد سوف، عدد 17 جانفي 2017،ص 792.

[3]– الخفاجي عزيز كاظم، اعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية**، العراق، مجلد 08 عدد 23 حزيران 2015، ص 31.

[4]– ينظر: الفصل 22 فقرة /1 من دليل اليونسترال القانوني بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشأت الصناعية 1987 الذي اعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 14 أب / اغسطس 1987 ص 367 منشور على الموقع الاكتروني www.uncitral.org/ تاريخ الأطلاع 2017/07/18 على ساعة 11:14.

أ- الالتزامات المفروضة على أطراف عقود الاستثمار في إعمال شرط إعادة التفاوض:

يترتب إعمال شرط إعادة التفاوض في العقد، جملة من الإلتزامات المتقابلة التي يجب أن يلتزم بها كلا الطرفين، بمعنى أن كل طرف في التفاوض يلتزم بذات الالتزام الذي يلقى على الطرف المقابل وأهم هذه الالتزامات

أ-1:الالتزام بإعادة التفاوض: يعد الالتزام الرئيسي الذي يفرضه الشرط عند تطبيقه وهو الجلوس الأطراف إلى مائدة التفاوض[1]، فبعد وجود مشكلة ما تخل بالتوازن العقدي يلتزم الطرفان في السعي لإعمال الشرط من أجل إعادة التوازن وذلك بأن يقوم كل شخص بتقديم اقتراحات وحلول جدية ومناسبة لمركز هذا العقد من أجل الوصول إلى اتفاق حول مصلحة، أو حل مشكلة اقتصادية، أو قانونية أو سياسية [2].

وبغض النظر عن الصيغة التي يستخدمها الطرفان من أجل جعل الدخول في مفاوضات التزاما فانه يبقى هذا الالتزام واقعا على كلا الطرفين، فلا يكون لأحدهما الخيار في الدخول في المفاوضات من عدمه وذلك لأن الأخيرة نظام لصيق بشرط إعادة التفاوض وبالتالي فالمصلحة مشتركة للطرفين لا تتحقق إلا إذا قبل الطرفان المتعاقدان مبدأ التفاوض تحت طائلة المسؤولية، ويقصد بذلك أنه لايمكن أن يفسر على أنه قصد اللجوء إلى التفاوض إختياريا لأن هذا التفسير سوف يفرغ شرط إعادة التفاوض من محتواه ويحيله دون القيام بدوره المنوط له[3]، زدعلى ذلك فإن أصل الالتزام للتفاوض هو إلتزام بنتيجة وليس بدل عناية حيث مجرد الدخول مع طرف الأخر في التفاوض يجعله منفذ له بغض النظر عن نتائجه، مع الأخذ في الإعتبار أن التفاوض يتم بالإخطار والالتقاء في مكان وزمان محددين يتم الاتفاق عليهما والدخول في مساومات وحوارات واقتراحات وأفكار كحل للمشاكل المطروحة، ويتمثل رفض أحد الطرفين المتعاقدين للدخول في عملية التفاوض خرقا لشرط إعادة التفاوض ويرتب الجزاء كما يتم إعماله عند مخالفة ذلك بالاتفاق، وإمكانية الطرف الأخر المطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه فإذا لم يحدد ذلك رجعنا إلى القواعد العامة أو يتم الالتجاء إلى المحكم أو قاضي أو خبير إذا ماتم إسناد الأمر لهم[4] .

---

[1]- سليماني عبد الرحيم، **شرط اعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة القانون المغربي**، دارالسلامة للطبع والنشر المغرب، العدد16 سنة 2010،ص 226.

[2]-الخفاجي عزيز كاظم، **المرجع السابق**، ص 39

[3]- **المرجع نفسه**، ص 39-40.

[4]- الخصاونة علاء الدين عبد الله، الجوانب القانونية للالتزام باعادة التفاوض ومراجعة العقود دراسة في القانون الفرنسي والاردني ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الاروبي للعقود، **مجلة الحقوق**، الكويت مجلد 38 العدد 1،السنة 2014،ص 652-653.

أ-2:التزام الطرفين بحسن نية لإزالة المراكز القلقة الناتجة عن تغير الظروف: يعد مبدأ حسن النية من المبادئ التي تقتضيها عملية التفاوض الناجحة كما يرى خبراء فن إدارة التفاوض، أين ترتكز هذه العملية أساسا على أخلاقيات وآداب معينة فالتفاوض الغير الأخلاقي له نهاية حتمية تتمثل في الفشل[1] .

ويتجسد مبدأ حسن النية في عدة مظاهر لعل ابرز هذه المظاهر :

- الجدية في التفاوض: بمعنى الدخول في عملية التفاوض مع وجود نية حقيقية في التعاقد وليس وسيلة للمناورة والتجسس على الطرف الأخر وإعاقته بإشغاله، بل يفترض اقتراح حلول جادة ومنح فرصة للتفكير للطرف الآخر، وعدم الإفراط في التفاؤل أو الغلو في التشاؤم، ووجوب احترام المواعيد والأعراف الدولية [2].
- الإلتزام بالتعاون: حيث يفرض على عاتق كل طرف أن يظهر الحرص المعتاد من أجل تنفيذ الإلتزامات العقدية والالتزام بتخفيف الضرر والحد من الخسائر[3]، وعدم استئثار طرف بالفائدة على حساب طرف الأخر بل البحث على أنفع اتفاق بينهما ومن صور التعاون عدم التراخي في الحضور الى الجلسات التفاوض واحترام المواعيد عدم التصلب في الاقتراحات، الالتزام بالاعتدال في قبول أو رفض رأي الأخر[4].
- الالتزام بالإعلام: ويسمى أيضا الالتزام بالإخبار أو الالتزام بالتبصير أو الالتزام بالإفصاح حيث يلتزم كل طرف بإعلام الطرف الأخر بكل مالديه من بيانات ومعلومات وحقائق تتعلق بموضوع التفاوض حتى تساهم في إيجاد إرضاء كامل وسليم بكافة تفاصيل العقد والحلول المناسبة والتحلي بالصدق والصراحة والوضوح في تقديم المعلومات والرغبة في تصحيح عدم التوازن العقدي، ويعتبر في حكم سيء النية ومخلا بمبدأ حسن النية كل من أخفى شيء على الأخر أو تركه مخدوعا في أمر يعلم حقيقته [5].
- الالتزام بالسرية: ويقصد بها المحافظة على سرية المعلومات أو البيانت المتعلقة بموضوع العقد فمن المتصور أن يطلع الطرفان على مجموعة من الأسرار الخاصة بهما أثناء التفاوض كحجم التعاملات المبرمة بين الطرفين او معلومات شخصية متعلقة بالذمم المالية والية التصريف والانتاج المتبعة في مشاريع الاستثمارية المبرمة لانه بلاشك أن إفشائها ستلحق الضرر بالطرف الأخر، او استغلال تلك الأسرار لحسابه دون موافقة الطرف الأخر [6].

ب- الآثار القانونية لإعمال شرط إعادة التفاوض: يترتب على إعمال شرط إعادة التفاوض في العقد عدة أثار ونتائج قانونية، فلإعمال شرط اعادة التفاوض يستلزم وقف تنفيذ الالتزامات لفترة محدودة من

---

[1]- جبار سماح، حسن النية في التفاوض على العقود، **مجلة دراسات القانونية** الجزائر لغواط، عدد 48 سنة2016، ص 239.

[2]- **نفس المرجع**، ص 241-242.

[3]- الخصاونة علاء الذين عبد الله، **المرجع سابق**، ص 655.

[4]- جاسم أسيل باقر، **المرجع سابق**، ص 135.

[5]- محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، **المرجع سابق**، ص 55.

[6]- جاسم اسيل باقر، **المرجع سابق**، ص 136.

أجل القضاء على المراكز القلقة التي أدت الى اختلال التوازن باقامة عملية التفاوض هذه الأخيرة التي يمكن أن تؤول نتيجتها بالإيجاب أي بالنجاح وبالتالي استمرارية العقد وإبقائه بتحقيق حل يعيد التوازن والثقة بين الأطراف، واما ان تفضي الى نتيجة سلبية بفشل المفاوضات والوصول الى طريق مسدود الأمر الذي يحتم اللجوء الى التحكيم أو القضاء لفسخ العقد أو منح فرصة أخرى لتجنب خسارة فادحة للطرفين وبالتالي يترتب على إعمال شرط إعادة التفاوض اثرين هامين :

ب-1:وقف تنفيذ عقد الاستثمار: يقصد بوقف تنفيذ الالتزامات العقدية المتبادلة لحين إعادة التفاوض في العقد والتوصل الى اتفاق جديد لتنظيم تلك الالتزامات،ويعد الأثر الأول والمباشر الذي يترتب على إعمال الأحكام الخاصة بشرط إعادة التفاوض[1]، كما ينطبق الوقف بعد وقوع الحدث في الفترة التي تسبق عملية التفاوض كما ينطبق ايضا أثناء عملية التفاوض بمعنى يعتبر الوقف في عقود الاستثمار مرحلة وسط بين تنفيذ العقد وبين انتهائه لانه قد يحصل بعد الوقف أن تفشل المفاوضات بسبب الأطراف وبالتالي لا فائدة لتنفيذ الالتزامات وعندها إما أن يصير الى فسخ العقد أو يعود العقد إلى السريان بعد انتهاء الظروف الطارئة[2].

والجدير بالذكر كذلك أن إرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا في تحديد نطاق ومدة الوقف، فقد يتم الاتفاق عليه بصورة صريحة أو بصفة ضمنية بإطالة فترة التنفيذ وقد يتم الاتفاق على شمول الالتزامات الرئيسية فقط بنظام الوقف ذو الالتزامات الثانوية، وقد يتم وقف كل الالتزامات أو غير الالتزامات التي تأثرت بتلك الظروف فقط بمعنى أن الوقف قد يكون بصورة محددة أو غير محددة كاملة أو جزئية[3]، ويتضح أن وقف التنفيذ جاء نتيجة لاهتمام الطرفين بالابقاء على العقد والسعي بكل جهد من أجل المحافظة عليه .وذلك بإزالة سبب الوقف وتخفيف من حدة الأضرار .

ب-2: نتائج مرحلة التفاوض: في نهاية المطاف لا بد أن تسفر مرحلة إعادة التفاوض على نتيجة ما قد تكون إما التوصل إلى اتفاق يقضي بإعادة التوازن للعقد المختل، ومن ثم نجاح عملية التفاوض وإما عدم التوصل إلى إتفاق أي فشل عملية التفاوض وبالتالي نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: نجاح المفاوضات يعني استمرارية العقد وترتيب أثاره، والإلتزام بما تم الاتفاق عليه لكن السؤال الذي يطرح هل ما نشأ من إتفاق في المفاوضات يعتبر عقد جديد إو تعديل للعقد الأول؟

ذهب جانب من الفقه إلى أنه عند إنتهاء الطرفين إلى حل مناسب فإن العقد الأول واقف على التنفيذ وبالتالي فالعقد الأصلي موجود وإن تم إدخال شروط جديدة فهو تعديل فقط مادام أن الطرفين لم تتجه

---

[1]- اسيل باقر جاسم، **مرجع سابق،** ص 129

[2]- عزيز كاظم الخفاجي، **المرجع سابق،** ص44-45.

[3]- اسيل باقر جاسم، **المرجع سابق،** ص 130.

ارادتها الى وضع عقد جديد وفسخ العقد الاول نهائيا، ويحل محله العقد الجديد لكن أثار العقد الأصلي مازات موجودة إلا أنها متوقفة فقط بمجرد وضع شروط جديدة ثم يواصل إستمراريته [1].

في حين ذهب رأي أخر إلى أنه يجب تكييف ماتوصل إليه الطرفان إذا كانت تعديل أو تغيير وجود الالتزام أو مصدره فاذا كان الالتزام جوهري يعتبر تجديد لالتزام الأصلي أما إذا كان الالتزام ثانوي يقال تعديل العقد، أما إذا طال التغيير أسلوب وطريقة تنفيذ الالتزام أو مدة التنفيذ فهذا يعني تجديد للاتفاق وليس تعديل له [2].

في رأينا أن وضع إضافات على العقد لايعتبر تجديدا للعقد، بل هو تعديل إلا اذا اتفق الطرفين النص على أن الالتزام العقدي الأول تم تجديده .

الحالة الثانية: فشل المفاوضات وهو نتيجة متوقعة لأن الالتزام بالدخول في المفاوضات ليس التزام ببذل عناية للخروج بحل، وإنما قد لاتنجح مفاوضات الطرفين وعندها يتم الاستمرار بنفس الشروط وهذا سيلحق ضرر لأحد المتعاقدين وأما الفسخ الذي يشكل خسارة لكلا الطرفين خاصة إذا ما رجعنا إلى مدة الانجاز التي صرفت فيها أموال وبدل فيها جهد أو طلب تعويض إذا كان له مقتضى وإما يحيل الطرفان نزاعهما إلى التحكيم .

2- التحكيم في فض منازعات الظروف الطارئة: يتمتع التحكيم بخصوصية بارزة الأثر في معالجة أثار اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار بسبب الظروف الطارئة، ويخرج دور المحكم في هذا المجال عن الدور القضائي التقليدي الذي يمارسه القاضي في حل مثل هذه النزاعات، خاصة أن الطبيعة القانونية لمنازعات اختلال التوازن الاقتصادي نتيجة لحدوث ظروف طارئة، لا تتعلق بإخلال أحد الأطراف في تنفيذ التزاماته أو بالتفسير الصريح أو الضمني لنصوص العقد وإنما تتعلق بإعادة شروطه بغية تطويعها بما يتلائم مع مستجدات الأحداث لغلبة الطابع التفاوضي والتوفيقي عليها[3].

ويقتضي على المحكم عند البحث في موضوع إعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار التحقق من توفر شروط الحادث الطارئ والتحقق من وجود بند في العقد يقتضي بالتزام بإعادة التفاوض حتى يمنح الأطراف اعادة التفاوض حول شروط العقد وتعديله بما يحقق التوازن، لأن هذه الظروف يمكن أن يتغلب عليها رضائيا بين الاطراف عن طريق التفاوض وإعادة تعديل العقد، لكن ما إن إختلف الأطراف واختل التوازن هنا يصبح تدخل المحكم أمرا لازما لحسم النزاع وإعادة التوازن المالي، ولكن يقتضي علينا التمييز بين سلطة المحكم في وجود شرط اعادة التفاوض،وسلطة المحكة في ظل عدم وجود هذا الشرط.

أ- سلطة المحكم في ظل وجود شرط اعادة التفاوض في عقد الاستثمار: سبق الاشارة أن اتفاق الأطراف على ادراج شرط اعادة التفاوض في عقود الاستثمار له اهمية بالغة الأثر اذ تسمح للأطراف

[1]- عزيز كاظم الخفاجي، **المرجع سابق**، ص 47

[2]- **المرجع نفسه**، ص 47-48.

[3] – لما أحمد كوجان، **مرجع سابق**، ص 88-89.

المتعاقدة الاقتراب بشكل مرن من أجل الوصول الى حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي بسببه تغيرت الظروف المحيطة بالعقد، كما أنها تعطي للعقد فرصة الاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه غير أن أثرها محدود للغاية إذ تفرض على الأطراف المتعاقدة فقط التزاما باعادة مناقشة أحكام العقد من دون ترتيب أي التزام يقضي إلى إنهاء المناقشة باتفاق ناجح حول تعديل نصوص هذا العقد.

كما يجب الاشارة أن مضمون شرط إعادة التفاوض يختلف من عقد إلى أخر حسب الظروف المؤثرة على العقد التي قد تكون مالية أو قانونية أو سياسية، وتخلتف فيها إرادة أطرافها كما يختلف عن شرط القوة القاهرة لانه يهدف إلى تغيير العقد وليس إنهاؤه أو توقفه.

ويستهدف هذا الشرط الزام طرفا العقد على الإمتناع عن اللجوء إلى القضاء أو التحكيم طوال فترة معينة من أجل التوصل إلى تسوية ودية للمنازعة المتعلق بالظرف الطارئ وبالتالي لايشرع في التحكيم قبل محاولة الطرفين تسوية النزاع تسوية ودية[1].

والغني عن البيان انه قد تفضي هذه المفاوضات إلى حل وبالتالي نستبعد تدخل التحكيم لفض المنازعة الناشئة بين الطرفين، لان الطرفين التزما بشرط التفاوض، وتمخض ذلك على ايجاد حل لكن هناك صورتين لتدخل المحكم لإعادة توازن عقد الاستثمار في ظل وجود شرط لإعادة التفاوض تتمثل الحالة الأولى اذا اخل احد الأطراف بالتزامه التعاقدي بإعادة التفاوض والحالة الثانية فشل المفاوضات وسيتم توضيح ذلك وفق الأتي :

أ-1:الاخلال بالالتزام التعاقدي :اذا وجد اتفاق التفاوض صحيح في عقد الاستثمار أو عقد لاحق به، وجب على الطرفين تنفيذ التزاماتهم الناشئة عنه فاذا تقاعس أحد المتعاقدين لتنفيذ التزاماته ولم يكن عند التنفيذ راجع لسب أجنبي، قامت المسؤولية العقدية مع العلم أن أحكام هذه المسؤولية تقضي بأن ينفذ كل متعاقد ما ألتزم به عينا، فاذا كان التنفيذ العيني ممكنا وطلبه الدائن أجبر المدين عليه أما إذاكان غير ممكن ولولم يطلبه الدائن ولولم يعرضه المدين، فلا يكون أمام القاضي أو المحكم إذا أسند لها الاختصاص بالفصل في النزاع سوى أن يحكم بالتعويض للدائن عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد، كما أن المسؤولية العقدية ليست الجزاء الوحيد بل يضاف إليها جزاءات أخرى كفسخ العقد [2] ويفهم من ذلك أن سلطة المحكم تتدخل في توقيع ثلاث جزاءات، الالتزام بالتنفيذ العيني، او التعويض والفسخ وهو أنسب الطرق التي يمكن تطبيقها في هذا الصدد[3].

-التنفيذ العيني: اذا قد يتقاعس أحد الطرفين للدخول في المفاوضات والالتزام بتنفيذ ما تضمنه العقد او ماتم الاتفاق عليه . هنا تقوم المسؤولية العقدية فهل يمكن أن يتم اجبار المتعاقد الذي لم ينفد التزامه

[1]- ابو زيد محمد، المفاوضات في الاطار التعاقدي صورها وأحكامها، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، كلية الحقوق جامعة عين شمس،مصر ، المجلد 47،العدد01 سنة،2005،ص 148.

[2]- ابو زيد محمد، **المرجع سابق**، ص 175.

[3]- السليماني عبد الرحيم، **المرجع سابق**، ص 229.

باعادة التفاوض على تنفيذ التزاماته عينا عن طريق المحكم ؟ وهل يمكن مثلا الحكم بوجوب دخول في مفاوضات أو بمواصلة المفاوضات بحسن نية اذا كان تم قطعها بشكل مفاجئ؟

طبقا للقواعد العامة يحق للدائن أن يجبر المدين بعد اعذاره على تنفيذ التزامه عينا اذا لم ينفذه اختياريا متى كان هذا التنفيذ ممكنا وغير، وبالتالي يجوز للطرف الأخر الالتجاء إلى القضاء أو إلى المحكم إذا تم الاتفاق على التحكيم وسيلة للتسوية النزاعات بينهم، ويطلب بإلزامه بدفع غرامة تهديديه عن كل يوم تأخير[1] .

والجدير بالذكر أن المحكم لايملك سلطة الجبر فهو يصدر حكم إلزام الطرف المخل بالتزام إعادة التفاوض، وعليه أن يؤخذ الصيغة التنفيذية من القاضي الوطني، وبالتالي لا يوجد عائق في هذا لكن سنصطدم بعقبة تتمثل في توفر مظهر من مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية، وهي غياب التعاون مع الطرف الأخر لإعادة التوازن العقدي، وخاصة أن الدخول في مفاوضات لا تلزم الخروج بنتيجة إيجابية بمعنى ضعف فرص نجاح المفاوضات في مناخ مثل هذا بل نجد الطرف الذي رفض إعادة التفاوض لم يعد مهتما بهذا العقد، ولم يعد يمثل قيمة عالية بالنسبة إليه بل أنه يميل إلى إنهائه والخلاص منه[2]، الأمر الذي يجب أن يترك لتقدير المحكم ومدى تلمسه للعلاقة بين الأطراف ومدى جدوى دعوته لهم وإلزامهم بالتفاوض والواقع إن مثل هذه القضايا تعمل على إجبار المحكم او القاضي بإلزام الطرف المخل بالتزامه بالتفاوض نادرة، إلا قضية صدر حكم بشأنها من محكمة استئناف باريس عام 1976 وتتعلق وقائعها بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركة (E.DFالفرنسية وشركة شل الفرنسية، وتضمن العقد شرطا يقضي بإعادة التفاوض حول تعديل ثمن الطن في حالة إرتفاع الأسعار أو إنخفاضها عن حد معين ب6 فرنكات، بالنظر إلى الثمن الأساسي المتفق عليه في العقد، وحدث أن ارتفع السعر عقب حرب أكتوبر فجرى التفاوض بين الطرفين لكن لم تنجح ووصل الأمر إلى محكمة استئناف باريس فاستند القاضي للشرط إعادة التفاوض لتعديل السعر ولاحظ أن الطرفان لم يستغلا كل الإمكانيات لإنجاح التفاوض فحكم باعادة التفاوض تحت رعاية مراقب جدير بأن يقدم للأطراف مساعدة في التوصل الى تفاهم[3].

التعويض: من الجزاءات المتوقعة في حالة الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض الحكم بتعويض عن الأضرار التي لحقت بالطرف الأخر نتيجة عدم الدخول في المفاوضات أو نتيجة قطعها تعسفي أو مفاجئ، وهذا التعويض يشمل ما يلحقه من خسارة ومايفوته من كسب، ويتضمن التعويض عن الضرر المتوقع فقط و هو الجزاء الذي يمكن للمحكم أو القاضي الحكم به سواء حكم بوضع حد للعقد والغائه أو الحكم بمراجعته[4] .

[1]- السليماني عبد الرحيم، **المرجع سابق**، ص 176.

[2]- الخصاونة علاء الذين عبد الله، **المرجع سابق**، ص 662.

[3]- ابو زيد محمد، **المرجع سابق**، ص 177-178

[4]- خصاونة علاء الذين عبد الله، **المرجع سابق**، ص 665-666

فسخ إتفاق التفاوض: يجوز لأي من المتفاوضين أن يطلب فسخ اتفاق التفاوض اذا اخل أحدهم بالتزامه ولا صعوبة في هذا الشأن اذ تطبق قواعد الفسخ سواءا كان قضائيا أم اتفاقيا، لكن يثار تساؤل هل الفسخ يمتد إلى العقد الذي يتضمن بند الاتفاق على التفاوض أو يقتصر فقط على اتفاق التفاوض؟[1].

لنجيب أن إخلال بالتزام إعادة التفاوض يرتب فسخ التزام اتفاق التفاوض، ويمكن أن يكون سببا في فسخ العقد كليا إذا كان ينصب على عنصر جوهري للعقد الأصلي فشرط إعادة التفاوض هو عامل لانقاد العقد الذي يكون متوقفا على نجاحه، لكن هذا لايعني فسخ العقد فقد يلجأ الأطراف للمحكم ويحيلا له لإعادة التوازن العقدي اتخاد مايراه ملائما، كأن يحكم بقواعد العدالة ويلزم الأطراف بتعديل العقد واستمراره وينجح في ذلك وبالتالي الاخلال بالالتزام لايعني فسخ للعقد في الغالب.

أ-2:فشل المفاوضات: اذا انتهت عملية اعادة التفاوض بالفشل ولم يتوصل الطرفان إلى اتفاق يخصوص العقد عندها يصار الطرفين إلى فرضين إما إلى إستمرار العقد بنفس الشروط أو فسخه وطلب التعويض إذا كان له مقتضى، أو يحل الطرفان نزاعهما إلى التحكيم وهذا الأخير الذي يعد من أهم الطرق التي يمكن أن يلجأ إليها الطرفان اذا أظهر الطرفان الرغبة في استمرار العقد وترتيب أثاره [2].

وعند اذن تكون سلطة المحكم لاعادة التوازن العقدي بما يمنحه الطرفين باتخاد مايراه مناسبا أما باعادة التفاوض إذا رأى أن الطرفين قادرين على إيجاد حل توافقي بمساعدة الهيئة التحكيمية، أو إعادة ترتيب شروط العقد (توزيع عبئ الخسارة بين الطرفين، إنقاص الالتزام المرهق، زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، التعويض وأخير الفسخ) ولا يوجد حصر لحالات التي يمكن إن يلجّأ اليها المحكم لإعادة التوازن وهي نفس الأحكام التي يمكن أن يقررها المحكم في حالة عدم وجود بند يقضي بوجود شرط إعادة التفاوض، مع الأخذ في الاعتبار أن بعض من الفقه يرى أن المنازعات المتعلقة بتعديل العقد تعد منازعات غير قانونية لأنها تقوم على اعتبارات غير قانونية ويكمن أساسها في الاختلال بالتوازن الاقتصادي ومن ثم يتم تسويتها إستناذا إلى مبادئ العدالة وحسن النية[3]، أي أنه يجب على المحكم في غياب قواعد تنظم سلطته الالتزام بحرفية الإتفاق أما إذا أعطي له الضوء الأخضر ومايراه ملائما فله أن يعدل شروط العقد بموافقة الطرفين أو منحه الحكم بما يمليه عليه رأيه بما يوفق بين مصالح الطرفين.

ب- سلطة المحكم في ظل عدم وجود شرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار: نظرا للطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار فان شرط إعادة التفاوض يعتبر من الشروط المفترضة التي يجب الالتزام بها حتى ولو لم ينص عليها صراحة [4]، وقد ألزمه الفقه وقد ساندته بذلك أحكام القضاء والتحكيم باعتباره من الالتزام العام بحسن النية في تنفيذ العقد، وقد حكمت هيئة التحكيم مشكلة وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس في

---

[1]- ابو زيد محمد، **المرجع سابق**، ص 188.

[2]- الخفاجي عزيز كاظم، **المرجع سابق**، ص 47

[3]- رشا علي الذين، **المرجع سابق**، ص 78.

[4]- علاء الميمي عبده، **المرجع سابق**، ص 73.

التحكيم طبق فيه القانون الفرنسي، بأن رفض المتعاقد لبدل أي جهود لإعادة التفاوض في ضوء التغير والإصرار على تنفيذ العقد بصورته الأصلية، يرتب مسؤوليته وفق القواعد العامة في تنفيذ الالتزامات بحسن نية وعدم التعسف في استعمال الحق[1].

ويتجلى دور المحكم أثناء معالجة الظرف الطارئ لعقد الاستثمار إلى السعي إلى تعديل العقد من أجل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول سعيا لرد العقد إلى توازنه المفقود، اذ يتمتع المحكم بسلطة مرنة للقيام بذلك من خلال المواؤمة بين كل الوسائل المتاحة إمامه واختيار الوسيلة المناسبة لرفع هذا الارهاق بمعنى يجب تقدير مصالح الأطراف بنظرة موضوعية عادلة مع الأخذ في الاعتبار وضع كل منهم في العقد ومدى توافر علاقة سببية بين اختلال توازن العقد والظرف الطارئ .

والجدير بالذكر أنه رغم التسليم بتمتع هيئة التحكيم بسلطة كبيرة ومرنة فهذا لا يعني أنها مكلفة باسترجاع التناسب الذي كان موجودا وقت إبرامه، حيث أن هذا الأمر قد يبدو من الناحية العملية صعبا اذ ما يجب على هيئة التحكيم هو مجرد إعادة توزيع تبعة الحادث الطارئ على أطراف العقد، وذلك من خلال تفسير إرادة الأطراف المباشرة وغير المباشرة والتعامل ليس فقط مع حرفية نصوص العقد بل مع دلائله ومضامينه ومن بين الوسائل التي تلجأ إليها الهيئة التحكيم لإعادة التوازن بعد التأكد من وجود ظرف طارئ وتوفر شروطه في هذه الحالة :

ب-1:الدعوة إلى إعادة التفاوض: وهو أول إجراء يمكن أن تؤخذ به الهيئة التحكيمة، اذا لم يتضمن عقد الاستثمار بند بإعادة التفاوض ولم يسعى الطرفان إلى التفاوض من قبل اللجوء إلى الهيئة، فلا ضير من إتفاق لا حق يجيز لأطرافه الجلوس إلى قاعدة التفاوض للوصول إلى حلول مرضية تعيد للعقد توازنه لضمان استمرارية تنفيذه، حتى نتجنب الوصول إلى طريق مسدود تتعطل فيه المصلحة العامة ومقتضيات العدالة في التعامل[2].

ب-2: تعديل أحكام العقد : ويقصد بذلك إدخال بعض التغييرات بإضافة شروط أخرى لم تعد ملائمة وهذا التغيير قد يكون جزئيا أو كليا، ونقرر أن المبدأ العام للعقود بصفة عامة وعقد الاستثمار يقوم على توافق إراديتن يقصد إحداث أثار قانونية فركنه اذن الرضا، وهذا الأثر القانوني المتولد عن العقد إنما ينشأ في ذمة كل من طرفيه لأن إرادة كل منهما اتجهت إلى قبول هذا الأثر، ومن هنا نقول يمكن للأطراف إعطاء هيئة التحكيم صلاحية أوسع من مجرد إصدار حكم بل صلاحية تصل إلى حد السماح لها بتعديل شروط العقد بما يحقق التوازن المالي له، وبالتالي حلول إرادة تلك الهيئة محل إرادة الأطراف على حل يرتضونه يعيد للعقد توازنه الاقتصادي [3].

1- هبة هزاع، **المرجع سابق**، ص 171.

2- حتاملة سليم سلامة، دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري دراسة في القانون الاردني، **مجلة الحقوق الكويت**، المجلد 39 العدد 03،سنة 2015، ص 510.

3- **المرجع نفسه**، ص 510.

لكن السؤال المطروح هل دائما يجب أن تكون سلطة المحكم مقرونة بإرادة الأطراف لتعديل العقد؟ خاصة اذا ما أسلمنا أن الاجراء قد يعتريه العديد من المثالب يمكن أن تؤثر على إستقرار العقد وتؤثر على تكلفة المشروع وتغير مراكزه القانونية.

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع الجزائري تضمن في نص المادة 65 من قانون المدني " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية وإحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها أعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة" وباستقرار هذا النص نجد أن سلطة القاضي الوطني تمتد لتصل حد استكمال الشروط العقدية عند عدم كفايتها بالنظر لطبيعة المعاملة والعرف ومقتضيات العدالة، فهل يمكن للمحكم استكمال النقص الذي اعترى العقد والتعديل فيه بما يحقق التوازن المالي للعقد؟.

في هذا الصدد نؤكد أن المحكم يمكن أي يملك سلطة استكمال النقص الذي اعترى العقد وفق ما يراه مناسبا لملأ النقص الذي عجز طرفا العقد على تنظيمه أو الاتفاق عليه ابتداءا بحيث يجنبهم الوقوع في الخلاف ويساهم في حل النزاع كل ذلك في ظل غياب نص قانوني صريح يحظر على المحكم ممارسة تلك السلطة، وبالمخالفة يملك المحكم أن يمارس هذه السلطة لو وجد نص في اتفاق التحكيم أو في مشارطة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق بحيث يعطيه تلك السلطة مع مراعاة قواعد العرف والعدالة وطبيعة العقد[1]، بمعنى أنه يمكن تعديل الأثار القانونية للعقد إلى الحد الذي لايصل إعادة بنائه او يشكل خرقا للنظام العام[2].

لكن يجب أن نقر أن استكمال النقص ليس هو التعديل، فالمحكم لا يملك سلطة التعديل إلا في نطاق موضوع النزاع المتفق عرضه على التحكيم وبين أطرافه فقط، وليس له بعده سلطة الحكم في اي نزاع أخر مرتبطا بهذا النزاع المعروض كما لا يملك التعديل إلا بموافقتهم وبالتالي يقع على عاتق المحكم قبل القيام بمباشرة مهمته أن يتحقق من نطاق النزاع المطروح عليه من حيث موضوعه، وسببه وأطرافه ويتحقق من السلطة المخولة إليه، بمقتضى إتفاق التحكيم وعليه أن يتحقق من أن موضوع النزاع لا يتصل بالنظام العامّ أي مما يجوز التحكيم فيه بمعنى أن المحكم لا يملك سلطة تعديل العقد إلا في موضوع النزاع المطروح عليه وسمح له الأفراد فيها وإلا تعرض حكمه للابطال[3].

---

[1]- حتاملة سليم سلامة، **المرجع السابق**، ص 512

[2]- رشا علي الذين، **المرجع سابق**، 79.

[3]- جعفر مشيمش، **التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية**، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2009،ص 113

وبهذا نستنتج أن سلطة المحكم بالتعديل مبنية على أسس قانونية وإرادية وليست مطلقة ويترتب على مخالفتها بطلان الحكم التحكيمي[1]، وتتمثل هذه الأسس في مراعاة المحكم أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بموضوع النزاع، ولا يتعداها إلا في الحدود التي منحها له الأطراف.وأن يتقيد بالمشروعية وذلك بعدم الخروج عن المبادئ والقواعد التي تحكم إبرام العقود وكذا بنود العقد المتفق عليها وإلا أعتبر خرقا لمبدأ المشروعية .

الفصل الثاني:

سيادة إرادة أطراف العلاقة الاستثمارية في تنظيم وظيفة التحكيم

جرى التسليم من مختلف الأنظمة القانونية والتشريعية وكذا الفقه والقضاء أن مدلول وظيفة التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية، يتحقق باعتراف الدولة لها بالتنظيم القانوني الداخلي الأمر الذي يصنع للمحكم نظامه بطريقة غير مباشر ويخلق له إطار حقيقي للسيادة مستقل عن ولاية قضاء الدولة.

ولو أن نظام التحكيم كما هو معروف لا يخضع لنظام قانوني محدد بل هو نظام طليق وحر لا يخضع لتوطين جغرافي بل الى توطين اعتباري سعت فيه الكثير من الدول اختزاله عن طريق قواعد واتفاقيات، كالقانون النموذجي للتحكيم، او مؤسسات تحكيمية في اطار مركز تحكيمي مهيكل ومنظم إلا انه لم يثبث استقلاله عن قانون الدولة وإرادة مشرعها التي تبقى نصوصه القانونية نسبيا التزاما ماديا موضوعيا وليس التزاما سياديا مثل القاضي الوطني[2]، أما المحك الأساسي والفاعل في تأهيله هو إرادة الأطراف المشتركة، التي جعلت من التحكيم أداة للعدالة وأرخت على أنها ابرز وسيلة تحقق التوافق بينهما، الأمر الذي يفرض على الهيئة التحكيمية التقيد باحترام هذه الإرادة والثقة المشروعة الممنوحة له .

هذه الإرادة التي تسعى اليوم من خلالها بعض مراكز التحكيم الدولية إذابتها بقواعدها متى تم الاتفاق عليها للتحرر من سلطان القوانين الوطنية حتى تحقق مواءمتها مع حسن أداء العدالة، بمعنى تحرير العملية التحكيمية من القيود والنصوص الآمرة في قانون دولة المقر بحيث يصبح التحكيم طليقا منفصلا عن الدولة التي يجري على أراضيها، فلا تتقيد إجراءاته بالنصوص الآمرة في قانون تلك الدولة ولا يخضع الحكم إلى رقابة محاكمها، ويكون تنفيذها مباشرا طوعي، وهو ما يكفل أيضا عدم تدخل القضاء المساعد.

لكن يجب أن نقر انه ليس المقصود بذلك كل القواعد الآمرة، وإنما القواعد التي تضعها الدولة وتعارض الإجماع الدولي بشأنها، أما بقية القواعد المتعلقة بموضوع التحكيم كالمسائل التي لا تقبل

---

[1]- حتاملة سليم سلامة، **المرجع سابق**، ص 514.

[2]- حسين السالمي، **المرجع سابق**، ص 453.

التحكيم أو المسائل المتعلقة بحقوق الدفاع الضامنة للعدالة أو استقلالية المحكم وحيدته فهي قواعد لايجوز مخالفتها لانها من النظام العام الدولي .

رغم هذا المسعى في عولمة التحكيم و الارتقاء بوظيفته على وجه يحقق استقلاليته الكاملة على قضاء الدولة وقانون الدولة، إلا أن الواقع يثبت العديد من الإشكالات التي تعرقل استمرار إسناد الاختصاص الوظيفي للهيئة التحكيمية قد يشترك فيها الأطراف او حتى الفاعلين في فض النزاع اي هيئة التحكيم .هذا ما سيتم توضيحه في هذا الفصل ضمن مبحثين :

المبحث الأول: إرادة الأطراف وموائمتها مع أداء حسن العدالة

المبحث الثاني: عوائق استمرارية إسناد الاختصاص للتحكيم

المبحث الأول:

فاعلية إرادة الأطراف في تأهيل الاختصاص التحكيمي

تعد إرادة الطرفين المنشأ المباشر لتأهيل الاختصاص التحكيمي، بمعنى أن الإرادة هي التي تمنح للهيئة التحكيمية سلطة ممارسة وظيفتها القضائية في فضها للمنازعات بديلا عن القضاء، كما تعد الأساس الذي يقلد التحكيم سيادته واستقلاليته من ولاية قضاء الدولة أو من تحكم قانونها.

وعليه بمجرد انصراف إرادة الأطراف إلى إحالة النزاع إلى التحكيم بدلا عن القضاء فان نشوء هذا الأمر سيؤدي إلى اختيار هيئة التحكيم، هذه الأخيرة التي يستوجب عليها ممارسة مهامها وفق ما اتفق عليه الأطراف، لانها- هيئة التحكيم- لا تملك نظام قانوني خاص بها ولا تستمد ولايتها من سلطان دولة معينة بل تستمد سلطتها من العقد المبرم بين أطراف التحكيم المتخاصمين.

وبالتالي للأطراف حرية اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع وإجراءات التحكيم، وما على الهيئة التحكيم إلا أن تحترم حقوقهم المتولدة من العقد سواء ضاقت أو اتسعت، كما تسعى لتحقيق العدالة و الأمان للأطراف النزاع في جميع الحالات(المطلب الأول).

لكن أمام اعتراض طريق التحكيم الحر العديد من الصعوبات نتيجة لنقص أو انتفاء اتفاق الأطراف على بعض القواعد الإجرائية للتحكيم، تنامى الاعتماد على التحكيم المؤسسي في ضوء اختيار الأطراف لما تتوفر عليه من لوائح تسد العديد من الظروف التي تواجه الخصومة التحكيمية،الأمر الذي جعل الأطراف يطمئنون لها، لكن تلاشت فيها إرادتهم في وضع القواعد الإجرائية والموضوعية، لخضوعهم للشروط الإذعانية التي تفرضها لوائح هذه الهيئات والمؤسسات الدائمة عند اغفال أي مسألة (المطلب الثاني)، وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الأول: مظاهر سلطان إرادة الأطراف في تحديد سلطات المحكم

المطلب الثاني: تأثير تنامي التحكيم المؤسساتي على إرادة الأطراف

المطلب الأول: مظاهر إرادة الأطراف في تحديد سلطات المحكم

تجد سلطات المحكم مصدرها من مبدأ حرية التعاقد بين أطراف العلاقة، أي من الشروط التي يتضمنها اتفاق التحكيم، ومن جانب فان حرية الأطراف ليست مطلقة وإنما تخضع لقواعد القانون كما أن هذه القواعد تفرض بالضرورة على المحكم، ليس استنادا كعمله كمحكم وإنما تعود إلى المهمة التي أنيط بها من قبل أطراف النزاع، فاذا كان المحكم ملزما باحترام قواعد القانون فإن ذلك يعود إلى رغبة الأطراف في خضوعه لهذه القواعد، بمفهوم أخر أن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تسمح له بالتمتع بحرية إضافية في نطاق رغبة الأطراف لاستبعاد تطبيق بعض القواعد في حدود .

وعليه فإن الطبيعة التعاقدية الخاصة للتحكيم قد تكون عامل لتوسيع اختصاص الهيئة التحكيمة (الفرع الأول) أو لتقييدها (الفرع الثاني)، كما يجب الإشارة أن لهيئة التحكيم سلطة واسعة في المبادرة عند عدم اتفاق الأطراف (الفرع الثالث)

الفرع الأول: دور إرادة الأطراف في توسيع سلطة المحكم

تعد الإرادة الأساس الذي يستند إليه التحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار بين أطراف العلاقة الاستثمارية، فاختصاصه وسلطاته ومهامه مقيدة بها، والتي لا يمكنه الخروج عليها وهو جوهر الاختلاف بينه وبين القاضي الوطني الذي تتحدد مهمته بموجب قواعد قانونية داخلية صارمة، فالمحكم يجمع بين مظهرين مظهر الاتفاقي ومظهر قضائي قد يتجاوز به القواعد القانونية الداخلية.

الأمر الذي قد يسمح له بالتمتع بصلاحيات واسعة من أجل السير في الدعوة كالسماح له بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف أو ما يسمى بالتحكيم بالصلح (أولا) أو اتخاذ إجراءات وقتية والتحفظية التي كانت مقصورة على القضاء الوطني (ثانيا).

أولا: التحكيم مع التفويض بالصلح : بداية يجب أن نبين أن التحكيم مع التفويض بالصلح هو شكل من أشكال التحكيم التي اعترفت به جل الأنظمة القانونية والاتفاقات الدولية، إلى جانب التحكيم العادي أو التحكيم بالقانون، فمثلا نصت عليه المادة 1497 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، انه " يفصل المحكم في النزاع بصفته مفوض بالصلح إذا عهد له الأطراف بذلك اتفاقهم"، وكذلك نصت عليه المادة 39 من قانون التحكيم ف المصري الذي جاء فيها " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون" .

كما أقر المشرع الجزائري هو كذلك بهذا النوع من التحكيم في نص المادة 458 مكرر 15 من قانون الإجراءات المدنية[1] القديم، مع الإشارة أن المشرع لم يتطرق إلى هذا النوع في القانون الحالي

[1]- ينظر إلى **المرسوم التشريعي رقم 09/93 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى** نص المادة 485 مكرر 15 تنص " تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة"

09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وان كان يعترف بالصلح كوسيلة سلمية لحل النزاعات[1].

ولقد أخذت كذلك الاتفاقيات الدولية به إذ نجد المادة 2/7 من اتفاقية التحكيم الأوربية لعام 1961، وكذا المادة3/28 من القانون النموذجي وكذا اتفاقية عمان العربية وكذا اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات عقود الاستثمار في نص المادة 42 ف3 وغيرها.

الأمر الذي يدفعنا من خلال هذه النصوص التي تعترف بهذا النوع من التحكيم إلى معرفة مضمون هذا النوع من التحكيم وكذا شروطه .

أ- **مضمون التحكيم مع التفويض بالصلح:** يقصد بالتحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم بالصلح إعطاء سلطات واسعة للشخص المفوض – الهيئة التحكمية- حتى تفصل في الموضوع وفقا أحكام موضوعية عادلة تجعله قادرا على تجاوز حتى القواعد القانونية التي تقف أمامه في سبيل ذلك.أو هو سلطة ممنوحة للمحكم من طرف المتعاقدين لحل النزاع وفق ما يراه مناسبا وعادلا.

ويعرفه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة أنه "نظام قضائي خاص ونوع من التحكيم يختار فيه الأطراف قضائهم و يعهدون إليهم، بمقتضى اتفاق أو شرط صريح بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم في خصوص علاقتهم التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقا لمبادئ العدالة دون التقيد بالقوانين وإصدار قرار قضائي ملزم "[2].

وهو نفس التعريف الذي أطلقته الأستاذة حفيظة السيد الحداد" أنه ذلك التحكيم الذي يخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية " [3]

إذا التحكيم بالصلح هو تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفق فكرة الصلح التي لا تعتمد في تحديد من المخطئ ومن المحق، ولكن محاولة فض النزاع بشكل ودي حسب تقدير

[1]- نظم المشرع الجزائري الصلح كوسيلة بديلة لفض النزاعات في الكتاب الخامس، الفصل الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من نص المادة 990الى 993، وقد يخلط البعض بين الصلح كوسيلة بديلة غير قضائية وبين والتحكيم مع التفويض بالصلح هذا الأخير يعد نوع من التحكيم الذي يعد كذلك هو وسيلة بديلة لحل النزاعات لكن هذا الأخير يعد وسيلة قضائية، كما أن العلاقة العقدية لكل – الصلح والتحكيم بالصلح – هي التي تفرق بينهما كما أن قرار المحكم ملزم للأطراف ويكتسب حجية الشيء المقضي فيه، بينما الصلح قراره ليس ملزم إلا ابعد التوافق عليه، والتحكيم بالصلح الحاجة منه هو استكمال النقص الذي يتخلله نظام التدويل أين يستطيع المحكم بهذه الرخصة الممنوحة من طرف الأطراف أن يستلهم الحلول للمسائل التي لا يتناولها القانون أو التي يجد صعوبة في تجاوز القواعد القانونية التي لا تخلق حل عادل.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، **نظرية العقد الدولي الطليق**، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، سنة 1989، ص 236.

[3]- حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د ط، سنة 2004،ص 92.

المحكم الشخصي لما هو عادل، وهو يخرج بذلك عن الأصل المتمثل في الفصل في النزاع على أساس أحكام القانون أو القواعد القانونية التي تحكم موضوعه [1].

والمحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف المتعاقدين أين يجري صلحا يهدف دائما إلى حسم النزاع بسرعة تفاديا للمصاريف وربحا للوقت، كما أن مهمته لا تلزمه أن يجعل الطرفين يتنازلا عن بعض الحقوق بالتساوي لكن يكفي أن يتنازل أحد الطرفين عن بعض الحقوق أو الإدعاءات بحيث يجعل الطرفين متوافقين على ذلك ولا يملك المحكم أن يتجاهل أي حق أو ادعاء من قبل الأطراف فهو لا يسعى بأن يحكم لطرف دون الأخر[2].

وقد اختلف الفقه حول مضمون شرط التحكيم بالصلح، على أنه تنازل يرد على الحقوق الشخصية كما أنه تنازل اتفاقي ولا يشمل الحق الموضوعي وهو تنازل عن الاستئناف:

أ-1)- التحكيم بالصلح تنازل عن الحقوق الشخصية: ويقصد بذلك انه بموجب هذا الشرط يتنازل الأطراف عن حقوقهم الشخصية التي تمكنهم المطالبة بتطبيق القواعد القانونية، وبسبب هذا الشرط يحرم الأطراف من التمسك بالتطبيق الصارم لتلك القواعد، ويترتب على هذا التنازل أن المحكم يملك سلطة تعديل أو تخفيف الشروط التعاقدية وذلك مادام أن العدالة أو المصلحة المشتركة للأطراف تقضي ذلك [3].

أ-2)- التحكيم بالصلح تنازل اتفاقي: رغبة في تشديد النظرية المتسقة لفكرة التنازل عن الحق الشخصي قدم الفقه أن هذا التصرف انفرادي من جانب واحد لا يمكن الرجوع عنه، وأن التحكيم بالصلح لا ينطبق عليه وصف التنازل عن الحق بل هو نتيجة اتفاق قانوني مشترك ولهذا السبب يمكن للأطراف العدول عنه وإلغاءه[4].

لكن الفقه يميز هذا التنازل على انه تخلي عن الحق الشخصي أو عن ميزة مقررة بموجب القانون الموضوعي ومن تم يدخل شرط التحكيم بالصلح ضمن فكرة التنازل عن الحق.

أ-3)- التحكيم بالصلح تنازل ينطوي عن الحق الشخصي وليس عن القانون الموضوعي: بمعنى أن العقد الذي يحال النزاع بصدده إلى هيئة التحكيم بالصلح، هو عقد لا تسري عليه قواعد القانون

---

[1]- الفيلالي فؤاد، تفويض المحكم بالصلح، وأثره على تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، **منشورات مجلة القضاء المدني**، سلسلة دراسات وأبحاث، المغرب، العدد 03 سنة 2013،ص 72.

[2]- حمزة إبراهيم سكران الجرايدة، **المحكم المفوض بالصلح في الخصومة التحكيمية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أل البيت كلية القانون، العراق، سنة 2018،ص 07

[3]- تركي علي عبد الحميد، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح: دراسة تحليلية مقارنة في القانون الفرنسي والمصري، **مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية**، جامعة حلوان، مصر، عدد 72، سنة 2012،ص ص 286-287.

[4]- المرجع نفسه،ص 287.

الموضوعي وأحكامه وإنما تسري عليه فقط بعض القواعد الذاتية التي تلاؤمه وهي قواعد خارج قانون الدولة [1].

أ-4)- التحكيم بالصلح يمكن أن يكون تنازل عن الاستئناف : بمعنى أنه لا يجوز الطعن بالاستئناف عندما يكون المحكم مفوضا بالصلح، والتبرير أن الطعن بالاستئناف يجعله غير ذي جدوى لاسيما أن محكمة الاستئناف لا تحكم إلا وفقا لقواعد القانون، لكن يبقى حق الأطراف بالاحتفاظ صراحة بإمكانية الاستئناف قرار التحكيم بالصلح في اتفاق التحكيم [2].

ب-**شروط صحة التحكيم مع التفويض بالصلح:** لم تنص التشريعات ولا الاتفاقيات الدولية على نصوص تبين شروط لصحة التحكيم بالصلح، إلا الإشارة فقط على ضرورة وجود موافقة بين أطراف النزاع سواء في التحكيم الحر أو في التحكيم المؤسسي، الأمر الذي خول معالجتها ضمن القواعد العامة المطبقة في التحكيم بصفة عامة مع بيان بعض الخصوصية :

- شكل شرط التحكيم :يستفاد من نص المادة 1008 من ق إ م ج، وكذا المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمادة 12 من قانون التحكيم المصري وغيرها من المواد المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولة أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان .

وعليه بالضرورة أن يكون شرط التحكيم بالتفويض بالصلح مكتوبا الوارد في شرط أو مشارطة، لكن الكتابة ليست شرط لصحة شرط التفويض بالصلح، فالكتابة في الواقع مطلوبة فقط للبيانات التي تستبعد اختصاص قضاء الدولة لصالح هيئة التحكيم، ومؤدى ذلك أن اتفاق التحكيم هو الذي يجب أن يكون مكتوبا، وهذا ما أخذت به مختلف التشريعات أنها اشترطت الكتابة وتعيين المحكمين دون أن توجب التعرض لسلطاتهم .

ومع ذلك يرى جانب من الفقه وجوب إسقاط القواعد العامة للتنازل على هذا الشرط، لأن التنازل في حد ذاته تصرف يتوجب به الأطراف التبصر والدراية، ولا يمكن أن يستدل عليه إلا في سلوك واضح صريح دون غموض .

كما منح للأطراف حرية استصاغة شرط التحكيم بالصلح، اذ يتوجب أن يكون التعبير صريحا ولكن دون عبارات محددة فقد يستعمل شرط التحكيم بالصلح، أو شرط التحكيم بالتفويض بالصلح أو إقرار يفيد إلزام المحكمين أن يحكموا وفق لقواعد العدالة والإنصاف، أو يضعوا كل صلاحيات في يد المحكم لفض النزاع..الخ [3].

---

[1]- أمحمد سعد الدين، دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق، **مجلة الأكاديمية للباحث القانوني**، جامعة ميرة بجاية عدد 5، سنة 2014،ص 93.

[2]- تركي على عبد الحميد، **المرجع سابق**، ص 293.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 321 وما بعدها.

- وقت اشتراط شرط التحكيم بالصلح: لم يتطلب أن يرد التفويض بالصلح في التحكيم قبل أو بعد نشأة النزاع، وعليه يستوي أن يكون شرط التفويض بالصلح قبل نشأة النزاع أي يرد في شرط تحكيم، أو أن يكون بعد نشأة النزاع أي يمكن أن يرد في مشارطة تحكيم .
- شرط النظام العام : نصت المادة 1006 من ق أ م إ على الحالات التي لا يجوز التحكيم فيها وهذه الحالات لا يجوز فيها الاتفاق على التحكيم سواء أكان التحكيم بالقانون أو التحكيم بالتفويض بالصلح.

ثانيا: إمكانية استئثار المحكم اتخاذ إجراءات الوقتية والتحفظية :اختلفت الاتجاهات الفقهية في هذه المسألة بين من يجعل اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية حكرا على القضاء دون غيره، لسلطة الأمر التي يتميز بها وحتى في ظل وجود اتفاق تحكيم، وبين من يرى إمكانية اتخاذها مشتركة بين القضاء و التحكيم، لكن هناك من يرى إمكانية استئثارها من قبل الهيئة التحكيمية متى اتفق الأطراف عليها .

وعليه في هذا السياق سنبين الاتجاه المقر لإمكانية استئثار الهيئة التحكيمية باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، اما الاتجاهين الباقيين فقد تم الإشارة لهم في الباب الأول سابقا، ثم نبين أهم ضوابط منح الاختصاص للمحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.

1-الاتجاه المقر لإمكانية استئثار الهيئة التحكيمية للاتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية: يقر أنصار هذا الاتجاه بمنح سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية الى هيئة التحكيم، مبررين ذلك ان مصدر اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في الموضوع هي إرادة الأطراف، وبالتالي لا يوجد مانع من تخويل محكمة التحكيم سلطة اتخاذ هذه التدبير بإرادة الأطراف ذاتها واتفاقهم عليها واحترام النية الحقيقية للخصوم لإقصاء القضاء الوطني من الفصل في نزاع و إعطاء فاعلية اكبر للتحكيم[1] .

ويضيف أنصار هذا الاتجاه الفقهي،أن بعد انعقاد محكمة التحكيم وتشكلها، تسقط مبررات عدم قدرة الهيئة التحكمية من اتخاذ هذه التدابير،أما عن افتقاد التحكيم لسلطة الجبر، فهذا ليس مبرر لعدم قدرتها على اتخاذ تدابير مؤقتة او تحفظية، ذلك للاحترام العفوي من جانب الأطراف، فضلا عن أن امتناع أحد الأطرف بإجراء التدابير بداعي العرقلة، سيؤخذ بلا شك في الحسبان عند إصدار المحكم لحكمه النهائي في موضوع النزاع[2]، أي أن التجرأ على قرارات الهيئة التحكيمية يؤدي إلى إثارة حفيظتها عند إصدارها الحكم النهائي.

كما أن الاختصاص المنفرد لهيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية التحفظية يتلافى مع تقسيم وتشتيت الخصومة بين جهتين، وبالتالي إمكانية صدور أحكام تدابير متعارضة، أي توحيد جهة الاختصاص بالفصل في النزاع واتخاذ التدابير[3].

---

[1]- أبو علاء أبو علا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم **المرجع سابق**، ص 203.

[2]- حفيظ السد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ تدابير الوقتية والتحفظية، **المرجع سابق**، ص 22-23.

[3]- أبو علاء أبو علا النمر، **المرجع سابق**، ص 203

وينبغي مراعاة أنه حتى في حالة منح الهيئة التحكيمة الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية فان ذلك لا يعني أنه اختصاص المحكم بها مثل القاضي الوطني، وعليه فسلطته في اتخاذ مثل هذه التدابير لا يمكّن إلا لسلطة محدودة، ولا يمكن أن تكون قاصرة عليه فمن الثابت أن المحكم لا يستطيع تنفيذ الجبر على أحد الأطراف نتيجة حجز تحفظي لأموال أحد الأطراف، أو منعه من التصرف في أمواله[1].

كما أن الواقع يرى أن اختصاص هيئة التحكيم من نظر المسائل الوقتية والتحفظية لا تعد مسألة إجرائية كما يراها البعض، وإنما هي مسالة اختصاص يمكن أن يعطى أساسا لها عن طريق اتفاق الطرفين أو نص قانوني ما لم يتعارض مع قواعد أمرة[2] .

و يأخذ بهذا الاتجاه العديد من التشريعات الوطنية، بداية نأخذ بما أخذ به المشرع الجزائري في قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أين نجد أنه قد منح لأطراف النزاع اختصاص كان يعد من قبل الاختصاصات الأصلية للقاضي ويتعلق الأمر كما قلنا باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية والتي نصت عليها المادة 1046 من القانون المتقدم ذكره بقولها "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية، بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز للمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة والتحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف طلب هذا التدبير".[3]ومعنى ذلك أنه يمكن للأطراف عقد الاستثمار –الفرقاء–بصفة منفردة أو متفقين مجتمعين أن يطلبوا من محكمة التحكيم،اتخاذ إحدى التدابير المؤقتة والتحفظية ما لم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك، بحيث يكون هذا التدبير ملزما للطرف الذي صدر في حقه، وفي حالة عدم إقدام الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير بمحض إرادته، ويجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص في هذا الشأن بحيث يكون قانون بلد القاضي هو القانون الواجب التطبيق.

إما في ما يخص الفقرة 3 بين أنه يجوز للمحكم أو القاضي ان يقوم باستبدال التدابير المتخذة بضمانات يقدمها الطرف الملزم بتنفيذها أي الطرف الذي صدرت في حقه[4].

بعبارة أخرى أن الطرف المعني بطلب إجراء تحفظي او تدبير مؤقت، لا يمكن له اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب هذه الإجراءات بل ينبغي طلبها من الهيئة التحكيمية التي تكون مختصة أصلا أما دور القضاء فيه هو احتياطي يرجع إليه المحكمين عند رفض الامتثال لهذه الإجراءات.

---

[1] - Jean François et sellstien besson, **driot compare de l'arbitrage international**, L.G.D.J 2002, p552.

[2] -Jean François et sellstien besson,**I.B.I.D** p552.

[3]–ينظر: المادة 1046من قانون09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **المرجع سابق**

[4]–الياس عجابي،النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية، **المرجع سابق**، ص195.

كما نستنتج ان المشرع الجزائري منح الاختصاص بإصدار الإجراءات الوقتية والتحفظية للمحكم بطلب الأطراف، لكن يجوز للمحكمة الوطنية أن تصدر هذه الإجراءات في حالتين او ثلاثة حالات:

- إذا تم الاتفاق بين الخصوم بصفة قاطعة ودالة
- إذا أنكر المركز الذي اتفق الأطراف على فصل نزاعهم فيه بعدم اختصاصه بالنظر في النزاع
- إذا صدر الحكم نهائي من المحكمة التحكيمية .

أما في فرنسا لم يبين المشرع في قانون التحكيم التجاري الدولي، اذا كان اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية من اختصاص المحكم أم القضاء، وعليه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، نجد اتخاذ هذه الإجراءات من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة دون أن يعارض ذلك شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، حيث يتم الرجوع إلى القضاء من طرف المحكمين أو من الأطراف، بشرط توفر حالة الاستعجال بالنسبة للإجراءات التحفظية، حتى ولو كان ذلك خلال إجراءات التحكيم، وكذلك شرط عدم اختصاص هيئة التحكيم بالإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب، وتجد هذا في نص المادتين48و 809ف1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، فالقاضي الاستعجالي ولو خلال التحكيم له أن يأمر في مسائل استرداد البضاعة أو إلغاء إعلان كاذب أو ضبط الأشياء المزورة، أو وقف بعض الأنشطة، أو رفع الحجز باتخاذ إجراء تحفظي ووقتي بشأنها[1].

كذلك المشرع المصري لم بين في القانون الجديد لسنة 1994المعدل 1997ما إذا كانت الإجراءات التحفظية والوقتية ترجع الى اختصاص القضاء المحلي، فالأصل أنه يمكن للمحكمين اتخاذ ما يرونه مناسبا من إجراءات مؤقتة متى طلب ذلك أحد الأطراف وكان الإجراء متعلقا بنزاع يدخل في اختصاص هيئة التحكيم مثل المحافظة على السلع أو بيعها طبقا ما نصت عليه 24/ف1 من قانون رقم 27 لسنة 1994، وكذا نص المادة 40[2]،أما المادة 09 من قانون المصر فقط أعطت لمحكمة استئناف القاهرة اختصاص النظر في بعض المسائل ما لم يتفق الطرفان على اختصاص جهة أخرى[3].

كما أن المشرع التونسي اتجه لمنح الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، للهيئة التحكيم وفق قانون التحكيم التونسي لعام 1993، وحصره بها طالما بدأت إجراءات التحكيم وتشكل الهيئة التحكيمية.

وكذا القانون الانجليزي لعام 1996 نص في مادته 39/ الفقرة 1 انه يحق للأطراف الحرية في الاتفاق على ان يكون لمحكمة التحكيم اتخاذ جميع التدابير التي يمكنها ان تأمر بها.

---

[1]-محمد كولا، **المرجع سابق**، ص233.

[2] – عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، إشكالية التدابير الوقتية في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة مع القضاء الدولي)، **المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)**، جامعة الإمارات العربية،كلية القانون،ص 743-839.

[3]- محمد كولا، **المرجع سابق**، ص233.

أما على المستوى الدولي نجد المادة 18 من قانون اليونيسترال تنص على "يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيا من الطرفين باتخاذ أية تدبير مؤقت تراه ضروريا بالنسبة لموضوع النزاع ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير".

كذلك نصت المادة 46و47 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 وكذا المادة 39 من لائحة المركز الدولي لحل منازعات عقود الاستثمار، أنه يجوز لأحد الأطراف في أي وقت أثناء سير الإجراءات أن يقدم طلبا لمحكمة التحكيم لاتخاذ تدابير وقتية للمحافظة على حقوقه، شريطة أن يحدد في الطلب الحقوق المطلوب المحافظة عليها وتدابير اتخاذها والظروف التي تجعل إصدار هذه التدابير ضروريا. وكذا لائحة تحكيم جمعية التحكيم الفرنسية الفرنسية A.F.A في مادة A/11 "لا يمكن لطرفي الخصومة التحكيم بعد تشكيل محكمة التحكيم تقديم طلبات متعلقة بتدابير وقتية وتحفظية إلا أمام محكمة التحكيم أو رئيسها بحسب الأحوال[1].

وقد أوضحت كذلك اتفاقية عمان العربية لعام 1987 في نص مادتها 29 " للهيئة بناء على طلب من أحد الطرفين أن تتخذ أي إجراء مؤقت أو تحفظي تراه ضروريا ". وهذا ما يشير إلى منح الاختصاص باتخاذ التدابير المؤقتة للهيئة التحكيمية دون القضاء بالنسبة لدول الأعضاء في هذه الاتفاقية[2] .

2-ضوابط تمكين هيئة التحكيم من الاستئثار باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية :

يتعيّن على محكمة التحكيم أن تخضع لضوابط، يجب مراعاتها حتى يمكن أن تقوم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية وتنتج أثارها على الطرفين سنجملها في النقاط التالية [3]:

- انعقاد اختصاص لهيئة التحكيم بفض موضوع النزاع على نحو يكون فيها اتفاق التحكيم صحيح مستوفي لشروط صحته وهو أمر بديهي.
- تمارس هيئة التحكيم هذا الاختصاص بعد تشكلها ،ولا تستطيع أن تمارس هذا الاختصاص في وقت سابق على انعقادها .
- تقديم طلب من أحد الأطراف الخصومة للأمر باتخاذ تدبير وقتي او تحفظي، ويعد هذا الطلب بمثابة مسالة فرعية ملحقة بالطلب الأصلي أو بالحق الموضوع المتنازع عليه .
- وجود حالة استعجاليه، تكشف عن خطر أو احتمالية وقوع ضرر كبير في حالة عدم توفير الحماية لطالب التدبير.
- عدم وجود نص قانوني (قاعدة أمرة) يرفض من خلالها منح المحكم الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية.

---

[1]-ابو علاء ابو علا النمر، **المرجع سابق**، ص 212.

[2]-**اتفاقية عمان العربية** التي اقرها مجلس وزراء عدل العرب في دورته الخامسة بقرار رقم 80/د5 المؤرخ في 1407/08/16 الموافق لـ 1987/04/14م في مادته29.

[3]- ابو علاء ابو علا النمر، **المرجع سابق**، ص 205-206.

- الالتزام بمبدأ الوجاهة بين الخصوم ذلك لتمكين كل طرف من العلم بما يقدمه الطرف الأخر من طلبات أو وسائل دفاع و إعلامه وتمكينه بالاضطلاع عليها وتقديمها في حضوره.

الفرع الثاني: تقييد سلطات المحكم التعاقدية

صحيح أن إرادة الأطراف تعتبر مصدر لحرية المحكم في كثير من الأحيان، وهي سبب في اتساع سلطاته، وعامل أساسي لتزايد الطلب عليه كوسيلة لفض النزاعات بصفة عامة، لكن في نفس الوقت قد تعتبر مصدر تقييده، حين يتفق الأطراف على قواعد ضمن بنود العقد يضعون فيها التزامات للمحكم تشكل في مجموعها حدود ونطاق لمهمته وسلطاته وسنبينها من خلال مايلي:

أولا: تحديد قواعد إجراءات التحكيم : لقد أرست جل النظم القانونية ،قاعدة أساسية يقوم عليها نظام التحكيم مفادها، منح الأطراف حرية الاتفاق على تنظيم إجراءات التحكيم، وهو ما يعبر عنه بمبدأ سمو سلطان الإرادة في إجراءات التحكيم،بداية بتشكيل هذه الهيئة كما قد يتفق الأطراف على وضع إجراءات معينة أو على الأقل جانب منها،أوقد يتفقون إتباع الإجراءات المعمول بها أمام المحاكم لتسري على خصومة التحكيم ،وقد يختارون قواعد أكثر مرونة من تلك المتبعة أمام محاكم الوطنية، كالاتفاق على تطبيق لائحة أحد مراكز التحكيم [1]، تشكل مجموعها التزامات يجب على الهيئة التحكيمية إتباعها .

أ- **تشكيل هيئة التحكيم:** الأصل في التحكيم أن للأطراف مطلق الحرية في اختيار وتعيين محكميهم وذلك لأنها من الحقوق الأساسية المكفولة لهما قانون سواء قبل بداية الخصومة التحكيمية، أي عند اختيار هيئة التحكيم، أو بعد بداية الخصومة التحكيمية إذا ما حدث اثر يستوجب إنهاء مهمة المحكم برده أو عزله و أي سبب أخر[2].

يحكم تشكيل الهيئة التحكيمية مبدأين أساسين[3]:

-أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع في اختيار المحكمين، إذ يجب الالتزام بما اتفق عليه الأطراف.

- مراعاة مبدأ المساواة بين طرفين النزاع في اختيار المحكمين، وكيفية ووقت اختيارهم.

كما يختلف تشكيل هيئة التحكيم بإرادة الأطراف باختلاف أسلوب التحكيم من حيث التنظيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي ،فتشكيل المحكم في التحكيم الحر يعني الاختيار الشخصي المباشر للأطراف بأنفسهم، المحكمين وتسميتهم دون إحالة إلى الشخص من الغير أو هيئة أو منظمة لتتولى تعين المحكم أو أعضاء هيئة التحكيم وفق لما تعمل به قواعد هذا التحكيم المؤسسي.

---

[1] - محمد طه سيد أحمد عاشور، **المرجع سابق**، ص139.

[2] - لزهر بن سعيد، **مرجع سابق**، ص91.

[3]- **نفس المرجع، لزهر** بن سعيد، نقلا :

Georges Albert et Didier matray **l’arbitrage pouvoirs et statut** ;bruylant,2003p40

ب-لغة التحكيم: المقصود بلغة التحكيم هي لغة إجراءات التحكيم والمرافعات وتقديم المستندات والوثائق والحكم وقد تكون لغة واحدة في كافة المراحل، وقد تتعدد بلغات الأطراف، ولا تأثير لهذه اللغة في تحديد طبيعة الحكم[1].

وإن تحديد لغة التحكيم أمر ضروري بالنسبة لأطراف النزاع خاصة إذا كان التحكيم دوليا، لذا فانه من المفضل أن يتفق الأطراف على لغة التحكيم خاصة أن التحكيم سيكون عبئا ثقيلا على أطراف النزاع إذا كان يباشر بلغة لا يفهمها أطراف النزاع مما يتعذر عليهم إثبات دعواهم فضلا على النفقات العديدة من جراء اللجوء إلى الترجمة[2]، هذا الأمر يشكل اثر موجب كذلك على هيئة التحكيم التي يجب أن تخضع للغة التي اتفق عليها الأطراف .

وقد اشترطت العديد من التشريعات استعمال اللغة الوطنية في التحكيم الذي يجري على أراضيها كما هو الحال المشرع السعودي الذي تقرر أن اللغة العربية هي اللغة الأساسية التي تستعمل أمام هيئات التحكيم سواء في المناقشات أو في المكاتبات وعلى الأجنبي أن يصطحب مترجم معه[3]،وهو الحال للمشرع المصري في نص المادة 29 الذي حرص على جعل اللغة العربية هي اللغة الأساسية للتحكيم مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك أو تم تحديدها من قبل هيئة التحكيم.

في المقابل المشرع الجزائري قد أقر في الأحكام القضائية، وجوب المناقشة والمرافعة وكذا إصدار الأحكام باللغة العربية[4]، في حين أنه لم يشر بتاتا سواء في تنظيمه للتحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي إلى وجوب لغة محددة، بل أخضعها لمبدأ سلطان الإرادة فيتمتع الأطراف بحرية تحديد اللغة بالنسبة للتحكيم الدولي بينما الأصل في التحكيم الداخلي هي اللغة العربية، وهو ما انتهجه كذلك المشرع الفرنسي في لغته الفرنسية.

ت- مكان التحكيم: الأصل في نظام التحكيم، قيام أطراف عقود الاستثمار، بتعين مكان التحكيم لما له من أهمية، اذ يعطي اختصاصا لمحاكم الدولة المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم نتيجة لوجود عائق، كما يساعد في تحديد الطبيعة الوطنية أو الدولية للتحكيم، أو دلالة على رغبة الأطراف على تطبيق قواعد إجراءات التحكيم المعمول بها في تلك الدولة، وعموما هو المساعدة في تسيير إجراءات الخصومة التحكيمية، وهو فيصل للكيفية تنفيذ حكم التحكيم[5]، هذا الأخير الذي يعد قيدا على الهيئة التحكيمة التي يجب مراعاتها وأن لا يذهب ضد نصوص الاتفاق حتى لا يعتبر خروجا عن سلطاته.

---

[1]-، لزهر بن سعيد، **المرجع سابق،** ص265

[2] – خالد محمد القاضي، **المرجع سابق،** ص218.

[3] – **المرجع نفسه،** ص 219.

[4] -ينظر نص المادة 03 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **المرجع سابق**

[5] – لزهر بن سعيد، **المرجع سابق،** ص 261-264

وغالبا ما يكون مكان تواجد البضائع أو المشروعات، أو مكان تواجد المحكمين هو المكان المناسب للتحكيم، والذي وجب كذلك أن تتوفر فيه اعتبارات الحيدة والملائمة وكذا أن يكون قريبا من الشهود للإدلاء بشهادتهم [1].

وقد يمتد الاعتراف بحق الأطراف في تحديد مكان التحكيم إلى مؤسسات التحكيم رغم أن لها مقر دائم وبعضها ينص على تحديد مكان التحكيم مسبقا، فإذا أراد الأطراف تحديد مكان أخر فان ذلك يكون مرهونا بموافقة هيئة التحكيم.

وقد راعت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية أهمية تحديد المكان، اذ نجد المشرع المصري في نص المادة28 من قانون التحكيم المصري أقر أن " لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد اتفاق، عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافه".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري والفرنسي فان تحديد مكان التحكيم، بالنسبة للتحكيم الدولي فإنه يخضع لارادة أطراف النزاع ولهم مطلق الحرية في تحديد المكان المناسب لهم وشروطه، أما بالنسبة للتحكيم الداخلي فإنه بداهة يجري داخل الإقليم .

كما نجد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة في مادته 20/فقرة 01 يؤكد على ضرورة تعيين مكان التحكيم حيث نص أن للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكم "[2].

وأخيرا تجدر الإشارة على أنه إذا انعدم التزام الأطراف بضمان فاعلية التحكيم من تشكيل الهيئة التحكيمية، أو عدم الاتفاق على التعيين فإن ذلك يرجع إلى المحكمة الوطنية أو إلى سلطة أخرى لاستكمال ذلك البتر أو النقص، أما عن التماطل أو عدم الاتفاق، من تحديد للمكان او اللغة فان ذلك من اختصاص هيئة التحكيم هي تتولى تحديد اللغة والمكان التحكيم أو اللجوء إلى القضاء.

ث- **القانون الواجب التطبيق في التحكيم** : من الالتزامات التي تقع على عاتق المحكم، والتي تعد حد يجب التقيد به عند ممارسة مهمته في فض النزاعات بصفة عامة هو مراعاة تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف ليحكم موضوع النزاع أو إجراءات التحكيم.

- بالنسبة للقانون موضوع النزاع: للأطراف الحرية في اختياره وفق ما يرونه ملائم منذ لحظة التعاقد، مع مراعاة عدم مخالفة هذا الاختيار للقواعد القانونية الآمرة أو اختيار قانون معين سعيا لإدخال غش معين لإبعاد القانون الذي يجب أن يختص بحكم موضوع النزاع[3]، كما يجوز لهم أيضا تعديل القانون السابق اختياره مع مراعاة حقوق الغير، ولأن لا يؤدي ذلك التغيير إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحا وفقا للقانون الذي تم اختياره سابقا.

---

[1]-خالد محمد القاضي، **المرجع سابق**، ص 221 .

[2]-**القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي** (اليونسترال) لعام 1985 المنقحة عام 2010،مادة 20 ص 14.

[3]-هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، **المرجع سابق**، ص 477

هذا الاختيار يلقي على عاتق المحكم واجب تطبيق القواعد القانونية واجبة التطبيق على نزاعاتهم ويترتب على مخالفة ذلك بطلان حكم المحكم، تأسيسا بأن هيئة التحكيم تستمد ولايتها من طرفي التحكيم ولا تلتزم إلا بما يتفقان عليه، وهو ما اعترفت به جميع التشريعات والاتفاقيات الدولية[1] .

أما عن كيفية تعيين الإرادة فإنه من المنطقي أن يحدد الأطراف القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم تحديدا صريحا، كأن يتفقوا على قانون دولة معينة هو القانون الواجب التطبيق، كما يتنوع اختيار القواعد القانونية والواجبة التطبيق إما أن يكون في العقد الأصلي وإما أن يكون في اتفاق مستقل، أما الاتفاق الضمني الذي يمكن استنتاجه من ظروف العقد وقرائنه ولصعوبة استخلاصه فانه يرى الكثير من رجال الفقه، على أن يتم الاختيار صراحة حتى يقطع دابر أي شك أو تأويل حول إرادة الأطراف [2].

- أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق الذي يحكم إجراءات التحكيم: هي مجموع القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التي يختارها الأطراف، وهو الأصل المعتمد لدى معظم القوانين والاتفاقات الدولية

وعملية وضع الأطراف القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يخرج عن حالتين:

- الحالة الأولى: يمكن لأطراف التحكيم أن يتفقوا على إجراءات تحكيمية تنظم سير منازعتهم، من اقتراحهم من حيث مكان إجراء الخصومة وميعادها واللغة المستخدمة وإجراءاتها والقواعد المتبعة لسماع الشهود وتعيين الخبراء، وكيفية الإعلان وتنظيم وتبادل حقوق الدفاع وتقديم المستندات التي تبين أسباب التي يستند عليها كل طرف في إثبات طلباته وحقه المشروع.

لكن يعيب بعض الفقهاء هذه الحالة أي وضع إجراءات التحكيم مباشرة من طرف الأطراف أي وضع القواعد المادية التي تتبعها الهيئة التحكيمية، لأن هذه الطريقة تسبب عراقيل تحول دون إتمام الإجراءات بسبب قصورها وعدم إلمام الأطراف بكل جوانب الإجرائية، وبالتالي إعاقة هيئة التحكيم عن القيام بمهامها[3]، الأمر الذي جرى في واقعه العملي إلى قيام الأطراف على الاتفاق على الأسس العامة فقط التي تحكم إجراءات التحكيم وجميع مطالبهم التي يرونها كفيلة لتحقيق مطالبهم في سرعة وسرية، مع ترك باقي الإجراءات وفق نصوص قانون وطني معين أو قانون مقر التحكيم ليكمل ما نقص من هذه الإجراءات، ولو أن جانب من الفقه يرى عدم إعمال معيار قانون دولة مقر التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق من تعيين القانون الواجب التطبيق على ما

---

[1]- جمال مصطفى عبد العال عكاشة، **المرجع سابق**، ص 255.

[2]- الصالح ايلاف خليل إبراهيم، **القانون الواجب التطبيق على التحكيم: دراسة مقارنة**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الأردن، سنة 2014،ص 101.

[3]-Terki Noureddine ; l'arbitration commercial international en Algérie **op- cit** –p 95.

نقص من القواعد الإجرائية، والحل هو إعمال قواعد تنازع القوانين المعمول بها في هذه الدولة أو أن يهتدي المحكم وفق القرائن المعروضة عليه لمعرفة اتجاه إرادة الأطراف في هذا الشأن[1].

- الحالة الثانية يمكن للأطراف أن ينصوا في اتفاقهم على إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية التي تختارها هيئة التحكيم أو المنصوص عليها لدى هيئة أو مركز تحكيمي مثل مركز واشنطن لتسوية منازعات عقود الاستثمار أو غرفة التجارة بباريس، أو مركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة، أو اتفاقية أو عقود نموذجية.

وفي الحقيقة أن الاهتداء لهذه المراكز والهيئات الدائمة لحكم إجراءات التحكيم من قبل الأطراف تجعلهم على قدر عالي من الطمأنينة لأنها بلا شك ستغطي جميع العقبات التي تواجه الخصومة التحكيمية، لكن اتفاق الأطراف عليها تجعلهم مذعنين لكافة شروطها .

ج- **مدة التحكيم** : يمكن أن يتقيد المحكم عند القيام بالمهمة الموكل له ضمن مواعيد وأجال محدد يتفق عليه الطرفان في اتفاق التحكيم سواء في مواعيد الجلسات والمداولات، وحتى إصدار حكم نهائي منهي للخصومة التحكيمية، وقد سبق التطرق لأجل التحكيم، الذي يملك فيه الأطراف مدّةُ صراحة قبل انتهاء المدة أو ضمنا في حالة حضورهم أمام هيئة التحكيم والمخاصمة بالدفوع والطلبات بعد انتهاء الميعاد المتفق.

ولكن اذا لم يتفق الأطراف على ميعاد معين فقد حدد القانون أجل 04 أشهر بالنسبة للقانون الجزائري من تاريخ قبول المحكمين مهمتهم، وقد اختلفت الأنظمة القانونية حول هذه المدة بين من يمددها وبين من يقلصها، ولو أن المشرع أحسن في تقليصه هذه المدة مراعيا مبدأ السرعة في الفصل في النزاعات .

فإذا لم يصدر المحكم حكمه خلال المدة المتفق عليها، أو القانونية اذا لم يتفق الأطراف على مدة معينة، أو ميعاد إضافي، جاز لأي طرف أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة إما بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم .

ثانيا: التقيد بموضوع النزاع المتفق عليه :يعد التزاما على عاتق المحكم أن يتقيد بموضوع النزاع الذي تم تحديده من قبل الأطراف ولا يجوز للمحكم أن يوسع من نطاق عناصر النزاع المحددة في الاتفاق، وبالتالي أذا كان اتفاق التحكيم في شان النزاع حول عقد معين فأنه لا يمتد إلى عقد أخر ولو كان مرتبطا به وبين نفس الخصوم، فإذا كان هذا الارتباط لا يقبل التجزئة كان نظر الدعوى من

---

[1]- الصالح إيلاف خليل إبراهيم، **المرجع سابق**، ص 91.

اختصاص المحاكم الوطنية، كون مهمة المحكم محددة في ضوء اتفاق التحكيم وكذا في ضوء ادعاءات الأطراف [1].

وعلى ذلك لا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد أخر لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فضه عن طريق التحكيم أو إلى اتفاق لاحق، وإذا كان المحكمون مخولين بموجب شرط تحكيم بالنظر الى كل نزاع نشأ أو يمكن أن ينشأ عند تنفيذ العقد ففي هذه الحالة يمكن لهم الفصل في جميع الطلبات المقدمة إليه بخصوص هذا العقد.

أما في حالة إخلال المحكم بهذا الالتزام، وتجاوز سلطاته المرسومة من قبل الأطراف، بالفصل في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، جاز للأطراف رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، اذ تعد هذه الحالة من الحالات التي نص عليها المشرع والتي يجوز الطعن فيها بالبطلان، فإذا شمل حكم المحكم مسائل خاضعة لاتفاق الأطراف ومسائل تجاوز بها سلطاته، فإن البطلان لا يقع إلا على الأجزاء التي تعدى فيها اختصاصه[2].

الفرع الثالث: سلطة المحكم في أخد المبادرة عند غياب الاتفاق .

يكتسب المحكم سلطة مرنة في تسوية المنازعات بصفة عامة، أين يستطيع أن يطلق مبادرات في سبيل فضه للمنازعات تتلائم مع موضوع النزاع المطروح أمامه، لمصلحة العدالة وإظهارا للحقيقة، خاصة في حالة عدم الاتفاق الأطراف على مسألة من مسائل الخصومة التحكيمية أو أن تكون هذه القواعد غير كافية للإلمام بجميع موضوع النزاع، وهذه السلطة تشكل خاصية وميزة أساسية من مزايا التحكيم سواء الحر أو المؤسسي[3]، والتي تظهر اختلافا عن النهج الإجرائي الذي يفرضه القانون على القاضي، فللمحكم أن يفصل في اختصاصه مثله مثل القضاء (أولا) كماله أن يحدد القانون الواجب التطبيق على تحكيم (ثانيا) وكذا أن يختار الإجراءات التي يراها مناسبة كاتخاذ بعض إجراءات الإثبات(ثالثا) والمسائل المستعجلة (رابعا) .

أولا: سلطة المحكم في تحديد اختصاصها: مبدأ الاختصاص بالاختصاصيعتبر اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها من أهم المبادئ في إطار تحكيم عقود الاستثمار ومن أدقها، إذ يشكل حصن لضمان مبدأ الثقة المشروعة لأطراف العلاقة الاستثمارية، أين تمكّن فيه الهيئة التحكيمية سلطة

---

[1]- السيد عيد نايل،التزامات المحكم والولاية التكميلية لهيئة التحكيم وشروط حكم التحكيم، **مداخلة ضمن مجلة دبلوم المستشار القانوني**، المعتمد من الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، التابعة لجامعة الدول العربية بالاشتراك مع مركز التحكيم، مصر، برنامج 2013، ص 170.

[2]- ينظر للنص المادة 1058 من قانون إ م إ التي أحالتنا إلى نص المادة 1056 من نفس القانون " يمكن أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن في حالات المنصوص علها في المادة 1056"، باستقراء نص المادة 1056/ فقرة 03 نجد انه يمكن ان يكون موضوع طعن بالبطلان " 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها".

[3] - Sadjo ousmanou , **comment pévoir le recours à l'arbitrage dans un contrat** ? revue camerounaise de l'arbitrage n°35 oct.nov .dec ,2006. P.4

الفصل في اختصاصها في حالة الدفع بعدم الاختصاص، وتعزيز الثقة بها كآلية فعالة لتسوية منازعات عقود الاستثمار ودرأ أي إجراء يهدف به عرقلته عن مسعاه في فض النزاعات.

ولقد تم إقرار هذا المبدأ والمسمى ب compétence–compétence اي مبدأ الاختصاص بالاختصاص [1]، واعتباره قلب عملية التحكيم وأول خطوة يخطو بها المحكم نحو الفصل في النزاع نهائيا، ونظرا لأهمية هذا المبدأ الذي يعد أهم أثر لمفاضلة الاختصاص التحكيمي على القضاء الوطني و أوضحها.

أ- **مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص:** يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ان المحكم يختص بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة به فهو الذي يقرر ما اذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا[2].

ترجع نشأة هذا المبدأ من المصطلح الألماني المعروف بـkompetenz–kompetenz ويقصد به سلطة المحكمة في الفصل على نحو نهائي في مسألة اختصاصه، ودون الخضوع إلى أية رقابة قضائية، وصحيح أن هذه السلطة المقررة تم رفضها سواءا في ألمانيا أوفي غيرها من الدول التي أثارت خلط ولبس فيما اذا كان قضاء الدولة يتعين عليه ان يمتنع عن النظر في المنازعة حتى ينتهي المحكمون من الفصل في مسألة اختصاصهم، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تحاشي هذا المصطلح واستبداله بعبارة شبيهcompétence–compétence والذي يشير إلى اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه[3].

على الرغم من أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعتبر أحد أثار الاتفاق على التحكيم إلا أن ذلك لا يعني أن أساس هذا المبدأ هو اتفاق التحكيم ذاته[4]، لذلك فلو اعترض أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم رغبة للتنصل من التزاماته الناشئة عن اتفاق التحكيم، أو دفع بعدم وجود اتفاق تحكيمي أو غموضه أو حتى بطلانه وعدم قابليته لتحكيم، فان الذي يفصل في ذلك هم المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة اختصاص المحكمين وهذا ما يؤدي إلى إبراز فاعيلية التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الاستثمار بعيدا عن المماطلة وإضاعة الوقت [5].

وبذلك يمكن القول بان الاتجاه الحديث للتحكيم يتجه إلى إعطاء هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بأصل اختصاصها وبنطاق هذا الاختصاص أي أن الهيئة التحكيمية هي الجهة الوحيدة المخولة بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما فيها الدفوع المتعلقة ببطلان العقد

---

[1]-حفيظة السد حداد، **المرجع سابق**، ص123.

[2]- رشا موسى محمد، **المرجع سابق** ص188،

[3]-حفيظة السيد حداد، **المرجع سابق**، ص124-125.

[4]-إبراهيم اسماعيل الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاني، **المرجع سابق**، ص79

[5]-هات محي الدين اليوسفي، مرجع سابق، ص52.

الأصلي أو رفضه او انقضائه أو وجوده وهذا ما يمثل مفهوما لمبدأ الاختصاص بالاختصاص[1].ومنه تستطيع الهيئة التحكيمة أن تبحث بكل حرية في مدى اختصاصها وصحة اتفاق التحكيم وأن تبيّن له عكس ذلك فإنه يقضي بعدم اختصاصه[2]، أو يعود بذلك الاختصاص إلى القضاء الوطني .

أ-1)- أثر مبدأ الاختصاص بالاختصاص: يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص اكتساب المحكم اختصاص أصيل يتمثل في البث في اختصاصه ثم بعد ذلك الاختصاص الموضوعي الذي يتعلق بالفصل في النزاع الناشئ عن العقد، وهذا الذي يكسبه المحكم أصلا ، لكن بشرط أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا[3]، ويترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص اثرين هامين يمكن أن نقسمهما إلى اثر ايجابي واثر سلبي:

الأثر الايجابي: يتمثل في أن يختص قضاء التحكيم وحده بالبث في مسالة اختصاصه،فلا ينتظر القضاء الوطني أن يمنحه هذا الاختصاص كونه يتقرر له في جميع الأحوال وبصورة تلقائية، وفي ذلك لا يخرج حكم التحكيم عن أحد الفرضين أما أن يتقرر اختصاص هيئة التحكيم ويفهم من ذلك إنها تقر بوجود اتفاق تحكيم صحيح وبذلك يفصل في المسالة محل النزاع ليتفرغ بعد ذلك للفصل في النزاع الموضوعي بين الأطراف.وإما أن يعلن في الفرض الثاني عدم اختصاصه، وبالتالي لا يتقرر اختصاصه للفصل في مسالة محل النزاع، لسبب من الجدية كأن يكون اتفاق التحكيم باطل أو لاغيا و لا يمكن تنفيذه، وفي هذه الحالة يصبح القضاء الوطني هو المختص في هذه المسالة أو أن يتفق الأطراف لإبرام اتفاقية تحكيم جديدة صحيحة ومنتجة لأثارها[4].

الأثر السلبي: ويتمثل في أن يمتنع القضاء الوطني في تقرير اختصاصه بالبت في المسألة التي دفع فيها أحد الأطراف ببطلان اتفاق التحكيم، قبل أن تتمكن هيئة التحكيم من تقرير عدم اختصاصها في ذلك معنى ذلك أن اختصاص القضاء الوطني متوقف على قرار هيئة التحكيم فيما اذا كان اتفاق التحكيم صحيحا او لا، كما أنه يمتنع على القضاء تقرير اختصاصه في المسالة محل النزاع حتى في حالة ما إذا لم يتم تشكيل هيئة التحكيم فيها بعد، فالعبرة ليست بالأسبقية في الاتصال بالنزاع وإنما العبرة بقاعدة أساسية مقررة في جميع الأحوال لهيئة التحكيم [5].

---

[1]-أيسر داؤد سليمان، مرجع سابق، ص218.

[2]-هات محي الذين اليوسفي **المرجع سابق،** ص53، نقلا عن أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود تجارة الدولية، ص146.

[3]-أيسر داؤد سليمان، **المرجع سابق،** ص217.

[4]-خالد كمال عكاشة، **المرجع سابق،** ص188

[5]- **نفس المرجع،** ص189.

أ-2)- مبررات الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص: يجد مبدأ الاختصاص بالاختصاص مبررات الأخذ به من خلال ما يلي[1]:

1) أ-يساعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص على سد طريق الغش والتحايل أمام الطرف سيء النية الذي يرغب في تعويق سير عملية التحكيم، برفع النزاع أمام قضاء الدولة للفصل في مسألة الاختصاص.
2) ب-يعمل مبدأ الاختصاص على الاقتصاد في الوقت والإجراءات فلا خلاف في أن عدم الاعتراف بذلك المبدأ،يعني العودة الى قضاء الدولة للبث في مسألة اختصاص هيئة التحكيم،وما يصحبها من طول في الإجراءات ومحاولة بعض الخصوم في التسويف والتأخير الإجرائي بغية تعطيل الفصل في النزاع ،فظلا عن تراكم القضايا والبطء الملحوظ في انجازها امام قضاء الدولة وكل هذا يمكن تجنبه بالاعتراف لهيئة التحكيم بالبث في مسألة اختصاصها.
3) أن مقتضيات الثقة الكاملة التي أولاها الأطراف لقضاء التحكيم بموجب الاتفاق الذي أبرموه، لا تستتبع فقط الثقة في الحكم الموضوعي الذي يحسم النزاع، بل كذلك الثقة في منح هيئة التحكيم سلطة البث في مسألة اختصاصها.
4) أن فكرة الأثر المانع لاتفاق التحكيم تدعم مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث أن ذلك الأثر يحجب قضاء الدولة ويمنعه من نظر أية منازعة تدخل في إطار اتفاق التحكيم، ومنها المنازعة في اختصاص هيئة التحكيم.

ب- مصادر مبدأ الاختصاص بالاختصاص: يستمد مبدأ الاختصاص بالاختصاص أساسه في العديد من المصادر القانونية ،سواء كانت هذه المصادر معاهدات واتفاقيات دولية تتعلق بالتحكيم،أو أنظمة القانونية وطنية معاصرة للعديد من الدول وفي هذا الصدد سنعالج أولا موقف المعاهدات الدولية من هذا المبدأ ثم موقف بعض التشريعات الوطنية.

ب -1) موقف المعاهدات الدولية: تنص العديد من المعاهدات الدولية على مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومن بين هذه المعاهدات ،ما جاءت بها معاهدة جنيف لعام 1961 التي تعرضت لمبدأ الاختصاص بالاختصاص وسلطة المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه بشكل واضح في نص المادة 5/ف3 على ذلك بقولها"لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص،أن يتخلى عن نظر المنازعة وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود صحة اتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد

---

[1]-هات محي الذين اليوسفي، **المرجع سابق**، ص57،نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة،**التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية**، ص 300 وما بعدها.

الذي يعد هذا الاتفاق جزءا منه، ذلك دون الإخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي".

وهذا على عكس اتفاقية نيويورك1958المتعلقة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي لم تتطرق لمسألة اختصاص المحكم لاختصاصه وأغفلت هذه المسالة كون مبعثها الأساسي هي كيفية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[1].

كما تبنت معاهدة واشنطن 1965الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مسالة اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، مماثلة بذلك ما جاءت بها اتفاقية جنيف لعام 1961اذ نصت في مادتها 41على ان "المحكمة هي التي تحدد اختصاصها"[2].

وكذا نصت المادة 24من اتفاقية عمان لعام 1987بقولها" يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلى الهيئة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائيا"[3]

ولم تتخلف كذلك لوائح هيئات ومراكز التحكيم عن تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص ،اذ أكدت لائحة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس في مادتها 6/ف4 على أنه "إذا لم يكن ثمة اتفاق على خلاف ذلك فان الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يرتب عليهما عدم اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم حتى في حالة انعدام العقد نفسه أو بطلانه، مختصا لتحديد حقوق الأطراف والفصل في ادعاءاتها وطلباتها"،كما نصت لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة(قانون النموذجي)1985 مؤكدة هذا المبدأ في نص المادة16 اذ نصت على أنه "يجوز لهيئة التحكيم البث في مسألة اختصاصها، بما في ذلك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته"[4]

وكذا نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة والصانعة دبي لعام 1994،حيث جاء في نص المادة5 على إن " تختص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها،وقريب من هذا النص لائحة إجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري هيئة التحكيم بالفصل الموضوع المتعلق باختصاصها"،كما إن هيئة التحكيم في إطار مركز القاهرة الإقليمي لتحكيم التجاري الدولي ،فقد أكدت على سلطة المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه وطبقته عام 2003[5].

[1]– حفيظة السيد حداد، **المرجع سابق**، ص128.

[2]–**نفس المرجع**،ص129.

[3]–أنظر لنموذج **اتفاقية العربية عمان للتحكيم التجاري** مادة 24.

[4]–هات محي الذين اليوسفي، **المرجع سابق**، ص59–60.

[5]–ايسر داؤد سليمان، **المرجع سابق**، ص223–224.

والملاحظ مبدأ الاختصاص بالاختصاص أصبح من المبادئ الأساسية للنظام العام لجميع الدول من خلال قبوله في العديد من الاتفاقيات والمعهدات واللوائح القانونية.وبهذا سنتطرق لموقف بعض التشريعات الوطنية بداية بالتشريعات المقارنة إلى موقف المشرع الجزائري.

ب-2) موقف التشريعات الوطنية: تعترف معظم التشريعات الحديثة المعنية بتنظيم اتفاق التحكيم بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ،فنجد المشرع المصري في نص المادة 22/ف1 من قانون التحكيم المصري رقم 28 لسنة 1994 على أنه" تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم، أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع" .

كما حسم المشرع الفرنسي الخلاف عندما أقر صراحة بمبدأ الاختصاص بالاختصاص،حيث نصت المادة 1466 في قانون المرافعات الفرنسي لعام 1980 بشأن اتفاق التحكيم الداخلي على انه"اذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس نطاق سلطته القضائية فان المحكم هو وحده الذي يفصل في صحة ونطاق هذه السلطة"،أما على الصعيد التحكيم الدولي لم يتضمن القانون الفرنسي نصا مماثلا للنص المذكور 1466 إلا ان الرأي الراجح يقر أن المحكم يملك سلطة الفصل في كافة النزاعات المتعلقة باختصاصه، كما أن القضاء كان حريصا على هذا المبدأ، وذلك من خلال أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر 1999/01/05 والتي جاء فيه يترتب على مبدأ صحة شرط التحكيم الدولي... وأن المحكم يقضي في شأن مدى اختصاصه وأن قضاء الدولة غير مختص بالفصل بصفة أساسية في شأن صحة شرط التحكيم[1].

ومن التشريعات التي نصت كذلك على مبدأ الاختصاص بالاختصاص نص المادة 30/ف1 من قانون التحكيم الانجليزي لعام 1996 بقولها" مالم يتفق الأطراف على غير ذلك ،يكون لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها الموضوعي المتعلق 1-بوجود اتفاق تحكيمي صحيح،2-بالتشكيل الصحيح للمحكمة،3-بأن المسائل الخاضعة للتحكيم تتفق مع اتفاق التحكيم"[2].

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص وهذا مأكده من خلال نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية" تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع" .

ويبرر هذا المبدأ كونه أثر يرتب عدم تدخل القضاء للفصل في النزاع حتى إذا وجدت شبهة بطلان شرط التحكيم، بهدف إرساء إختصاص هيئة التحكيم فاعليته وتحقيق وحجب تدخل القضاء في هذه المرحلة .و القول بغير ذلك يعيد الاختصاص لقضاء الدولة قبل البدء في إجراءات التحكيم وهو ما يقلل

---

[1]-م.م رشا محمد موسى، **المرجع سابق**، ص188.

[2]-**نفس المرجع**، ص59.

من فاعليته (التحكيم) وخرق مبدأ سلطان الإرادة، ويضعفه من بدايته، بل قد يخلق علاقات قانونية متفاوته ومهددة.

ثانيا: تحديد المحكم القانون الواجب التطبيق على التحكيم : الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء قانون موضوع النزاع او قواعد الإجراءات ،يكون للأطراف لكن يمكن أن تغيب إرادة الأطراف أو تكون ناقصة غير كافية للإلمام بجميع قواعد التحكيم أو موضوع التحكيم، أو لا يمكن لمحكمة التحكيم تطبيقها، نظرا لمخالفتها للقواعد الآمرة أو نظرا لغش من قبل الأطراف لإبعاد القانون الذي يجب أن يختص به المحكم، الأمر الذي تتدخل على أثره المحكمة التحكيمية في استبعاد إرادة الأطراف وتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم.

1- غياب إرادة الأطراف : يبرز دورا المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم، سواء قانون موضوع النزاع أو قانون الإجراءات التحكيمية عند غياب الإرادة الصريحة أو ضمنية للطرفي العلاقة الاستثمارية .

بالنسبة لقواعد التحكيم فقد نصت مختلف التشريعات على منح حرية وواسعة لهيئة التحكيم في مسألة تحديد القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع عند عدم وجود اتفاق بين الأطراف، وفكها من ارتباط أي قانون إجرائي وطني معين كقواعد مقر التحكيم أو قواعدها الاحتياطية اذ نجد المشرع الجزائري نص في المادة 1043/فقرة2 أنه " إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة ومباشرة أو بالإسناد إلى قانون أو نظام تحكيم".

وهو ما انتهجته من قانون النموذجي للتحكيم في المادة 19 منه أين سمح لهيئة التحكيم السير في إجراءات التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة في حالة غياب اتفاق بين الأطراف حول تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق من قبل المحكم"

وهو نفس الأمر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أن المحكم له ان يختار القانون المناسب الذي يحكم موضوع النزاع في حالة غياب إرادة الأطراف في تحديده، كما أنه لا يرتبط بقانون دولة معينة على خلاف القاضي الوطني الذي يكون مقيد القواعد القانونية لقانون اختصاصه أي قانون الدولة التي يستمد السلطة منها ويصدر الأحكام باسمها، فالمحكم لا ستمد صلاحيته وسلطانه من هذه الدولة أو أخرى[1].

لكن أمام الحرية الواسعة التي يتمتع بها المحكم بشأن تحديد قانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يوقعه في تعارض مع النظام العام في الدولة التي يراد تنفيذ الحكم التحكيمي فيها، فيثار مشكل حول تنفيذ حكم التحكيم .

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي، **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2006، ص 6، مستخلص من قرار رقم 1763 لسنة 1970 لمحكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

الأمر الذي يخضع فيه المحكم اختيار نظم قانونية أكثر ملائمة لطبيعة المنازعة، وهنا تظهر العديد من الآراء والاتجاهات الفقهية والقانونية [1]:

- يذهب الرأي الأول إلى البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال إعمال قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولة الجنسية المشتركة أو الوطن المشترك لأطراف النزاع، إلا أن هذا الرأي وجه له نقد لأنه من المحتمل أن يكون طرفي النزاع من جنسيتين مختلفين، كما أن عقود الاستثمار الدولية بداهة تحتوي على طرف أجنبي عن الدولة المستضيفة .
- ذهب رأي أخر انه يستطيع المحكم إن يلجأ إلى حكم قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو الدولة التي يقيم فيها إقامة دائمة، على أساس أن المحكم سيكون أكثر الماما بمثل هذه القواعد، إلا أنه كذلك وجه له نقد على اعتبار انه يمكن أن هذا القانون ليس له أي صلة بموضوع النزاع ويكون بمثابة التطبيق الجزافي لقواعد قانونية ربما لم تخطر على بال الأطراف.
- وذهب أخر لتطبيق قانون القاضي، ويعاب على هذا الرأي أنه يهدر أساس الحكمة من قيام نظام التحكيم وهي استبعاد القضاء وقانونه.
- وظهر رأي ينادي بتطبيق المحكم لقواعد التنازع في الدولة التي يجري فيها التحكيم على أساس قبول الأطراف الضمني لقواعد تنازع لقانون هذا البلد، إلا أن هذا الرأي انتقد لأن الطبيعة المعارضة لمكان التحكيم تجعل من الصعوبة تطبيقه.
- وهناك من يميل لتطبيق قواعد التنازع في بلد تنفيذ المحكم على أساس اعتبارات عملية تنفيد الحكم، وقد انتقد هذا الرأي لأنه قد يحصل أن يتصل التنفيذ بأكثر من دولة.
- أما الرأي الأخير فذهب لتخويل المحكم صلاحية البحث عن قواعد الإسناد التي يراها ملائمة دون التقيد بقواعد التنازع في قانون ما أو من خلال ربط النزاع بقواعد الإسناد والتي تعتبر الأكثر اتصالا به، فيقع على عاتق المحكم اختيار القانون الأنسب موضوعيا لحكم موضوع النزاع.

وهذا الأخير يعد معيار شخصي وليس موضوعي يسند لمطلق تقدير المحكم ولما يراه أنه القانون الأنسب للنزاع، وهو ما اعتمدته أغلب التشريعات والاتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم، اذ نجد المشرع الجزائري أخذ بهذا المعيار في نص المادة 1050 من ق إ م إ انه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وغياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، وكذا المشرع المصري في نص المادة 2/39 من قانون التحكيم " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع"

[1]– داود سلمان داود العزاوي، **صلاحيات المحكم**، رسالة للاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، في القانون الخاص، قسم القانون القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2015، ص 103 وما بعدها.

كما تنص اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات عقود الاستثمار لسنة 1965 في مادتها 42 على انه في حالة عدم اتفاق الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون هذه الدولة وكذلك مبادئ القانون الدولي" وهو ما نص عليه كذلك القانون النموذجي في مادته 28 الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي لسنة 1985[1].

2- **استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف:** إن المحكم في منازعات عقود الاستثمار الدولية أو غيرها يتعين عليه التقيد بإرادة الأطراف سواء في القواعد الإجرائية أو القانون موضوع النزاع، لكن إذا لم يحدد الأطراف ذلك أو إذا كانت غير كافية وذلك لاستحالة تطبيقها، يتوجب على هيئة التحكيم تحديدها واستكمال نقصها وكذا استبعاد كل قاعدة تتعارض أو تصطدم مع النظام العام في دولة التنفيذ أو الدولة التي اختارها الطرفان مقر لها بالنسبة لإجراءات التحكيم، بمعنى سواء كانت هذه القواعد المعارضة إجرائية أو موضوعية .

كما قد يتعمد الأطراف في بعض الأحيان تغيير ضابط الإسناد رغبة في اختيار قانون معين تحايلا وتهربا من أحكام القانون الواجب التطبيق، الأصل في هذه الحالة أيضا إذا تحقق هذا الأمر فإن للمحكم سلطة استبعاده وتطبيق القانون الذي تحايل على سلطانه ويسلك طريق القاضي الوطني بوقوفه أمام هذا الغش حتى وإن كان اختيار أطراف المنازعة ينصب على هيئة دائمة للتحكيم التجاري الدولي للفصل في منازعته، ومثال ذلك رفض محكمة التحكيم في العراق تطبيق القانون الانجليزي الذي اختاره الأطراف في المنازعة بين باكستان وتشيكوسلوفاكيا ومصدرها عقد نموذجي لتنفيذ أحد المشاريع بدعوى عدم وجود أي علاقة بين هذا القانون والنزاع المطروح[2].

ثالثا: سلطة المحكم في مجال الإثبات: سبق وان اشرنا أن للمحكم أن يختار إجراءات التحكيم التي يراها مناسبة في حال عدم اتفاق الأطراف أو نقصها، ويذهب الراجح من الفقه ان قواعد الإثبات تعتبر قواعد إجرائية تتعلق بالخصومة وعليه كان للمحكم سلطة اتخاذ إجراءات الإثبات التي تتناسب خصومة التحكيم كما له أن يرفض اتخاذ بعض إجراءات الإثبات إذا قرر أن إجراءات الإثبات الذي يطلبها الخصم لن تغير شيئا في اقتناعه[3].

وعلى الرغم أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات كالمشرع المصري والفرنسي قد أجازوا للمحكم أن يتخذ إجراءات الإثبات المناسبة التي تكفل له أن يصدر حكم فاصل في الموضوع مثله مثل القاضي الوطني، فله ان يأمر بالاطلاع على المستندات أو طلب إنابة قضائية او استدعاء الشهود او تفحص الأدلة وتعين خبير ،لكن باعتبار أن المحكم فرد عادي لا يمتلك سلطة الجبر التي يتمتع بها القضاء،

---

[1]- داود سلمان داود العزاوي، **المرجع سابق**، ص 105.

[2]- فوزي محمد سامي، **المرجع سابق**، ص 106 وما بعدها.

[3]- علي سالم إبراهيم، **المرجع سابق**، ص 254.

الأمر الذي لا يتعدى فيها المُحَكم طلب الأمر بالتنفيذ والحضور والتقديم، لذلك فقد أعطية له مكنة طلب ذلك من القضاء لسد هذا العجز، أو بعد ترخيصه لأحد الأطراف بطلب ذلك [1]، وهو ما وضحناه في الباب الأول في الدور المساعد للقضاء .

رابعا : سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والمستعجلة: صحيح أن العديد من الأنظمة القانونية أجازت لهيئة التحكيم اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بموضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، ذلك بعد توفر شروطها – الاستعجال –عدم المساس بأصل الحق– الاتفاق الطرفين– تشكيل هيئة التحكيم .

إلا أن بعض القوانين منحت سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية او في جزء من هذه الطلبات لهيئة التحكيم اتخاذ هذه القرارات من تلقاء نفسها، حتى في حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم على تخويلها سلطة اتخاذ هذه الإجراءات.

وتبريرهم في إسناد الولاية للمحكم والمبادرة من تلقاء نفسه في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية، أن هذه الولاية مبنية على أساس مبدأ سلطان الإرادة، فضمنيا طالما اتفق طرفي التحكيم و فضلوا اللجوء إلى قضاء التحكيم على قضاء الدولة، فإن المحكم يملك سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية ذات الصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وهو ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية بأنه " لا يجوز للدائن بعد تشكيل هيئة التحكيم أن يلجأ إلى القضاء طلبا لنفقة وقتية وإنما تملك هيئة التحكيم وحدها الفصل في هذا الطلب" [2].

فمنطقيا هي الأقدر في تقدير ملائمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات مادام لها الحق في سلطة الفصل في الدعوى الموضوعية ومادامت الدعوى المستعجلة هي دعوى وسيلية لحماية الدعوى الموضوعية [3]، فمن باب أولى يكون لها الأمر باتخاذ إجراءات تتعلق بهذا الموضوع، ولو لم تقرر إرادة المحتكمين هذه السلطة للمحكم صراحة، فليس هناك خطورة في أن يصدر المحكم أحكاما مستعجلة من خلال مبدأ المواجهة بين الخصوم، بل يسمح بتوحيد جهة النظر في النزاع وهو ما يحقق الاقتصاد في النفقات وتوفير الجهد،إعمالا لمبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع ومن ثم محكم الأصل هو محكم الفرع [4].

---

[1]– يرجع إلى نص المادة 1047من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجيز للمحكم البحث على أدلة الإثبات، وفي مقابلها كل من نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري، و المادة 1461 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، كما يرجع إلى نص المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجيز لهيئة التحكيم أن تطلب بنفسها أو بموجب ترخيص لأحد الأطراف بموجب عريضة تدخل القاضي للمساعدة في تقديم الأدلة .

[2]– الحر يوسف حسني، **صلاحية اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في الأعمال التحكمية**، رسالة لاستكمال متطلبات الماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2015، ص 49

[3]– علي سالم إبراهيم، **المرجع سابق**، ص 260

[4]– الحر يوسف الحسني، **المرجع سابق**، ص49.

هذا مع الوضع في الاعتبار أن هناك ضابطا مؤداه رقابة قضاء الدولة لهذا الحكم ثم المساعدة التي تجعل من هذا الحكم سندا تنفيذيا عن طريق منحه الصيغة التنفيذية[1]. لذا قيل بنسبية هذا الإجراء لدى المحكم والباحث يسير في هذا الاتجاه لأنه لا يمكن إلزام إلا من كان طرف في اتفاق التحكيم دون أن تمتد سلطته لتشمل من لم يكن طرف في اتفاق التحكيم، على فرض أن المحكم يلزم الأطراف بها من خلال الأخذ في الحسبان أي تقاعس من قبل الأطراف في الحكم النهائي، يضاف إلى ذلك أن سلطته مؤقتة وعليه أن يراعي المهلة الممنوحة له من قبل الأطراف للفصل في الخصومة على عكس القاضي الذي يملك سلطة أمرية إضافة إلى سلطته المطلقة والدائمة في إصدار هذه القرارات حتى الأشخاص خارج الخصومة [2].

المطلب الثاني: تأثير تنامي التحكيم المؤسساتي على إرادة الأطراف

يعد التحكيم نظام قضائي مرن ينفر من القواعد الجامدة المكرسة في القضاء الوطني أين يسمح للأطراف في تشكيله وتنظيمه وفق إرادتهم الحرة وعلى نحو ما يرغبون في إتباعه ووفق المناسب لهم في إطار القانون المنظم .

والملاحظ أن للأطراف حرية أكبر في التحكيم الحر عنه في التحكيم المؤسسي [3]، هذا الأخير الذي يعتبر الأكثر شيوعا في مجال منازعات العقود الدولية كعقود الاستثمار[4]، كون الاهتداء إليها يكسب الأطراف طمأنينة من خلال لوائحها التي تسد جميع العقبات والمشكلات التي من الممكن أن تعترض الخصومة التحكيمية من خلال ما يحتاط لها.

وأمام ذيوع وانتشار مراكز وهيئات التحكيم، فانه لم يعد لإرادة الخصوم دورا حاسما في صياغة القواعد الإجرائية التي تنظم وتحكم إجراءات سير المنازعة،بل نرى انتكاسها وتقلصها لضرورة الإذعان للإجراءات المقررة في فحوى لوائح تلك المراكز أو الهيئات التحكيمية [5].

مع الإشارة أن اختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، لا يمنع الأطراف من اختيار قواعد قانونية أو قانون معين لينطبق على الإجراءات عند بدء العملية التحكيمية، لكن عند حالة السكوت فان قواعد الإجراءات الخاصة بقواعد التحكيم لتلك المؤسسة هي التي تطبق إلزاما[1].

---

[1]- علي سالم إبراهيم، **المرجع سابق**، ص 260

[2]- الحر يوسف الحسني، **المرجع سابق**، ص50

[3]- التحكيم المؤسسي هو التحكيم الذي يجري تحت رعاية إحدى المؤسسات والمراكز التحكيمية الدائمة وطبقا للائحة التحكيم النافدة لديها والتي تغني الأطراف الدخول في تفاصيل التحكيم وذالك بوضع بوضع قواعد تحدد كيفية اختيار المحكمين والإجراءات ومدى سلطتهم عند النظر في النزاع والفصل فيه . راجع بشار محمد الأسعد، العلاقات الدولية الخاصة، **المرجع سابق**، ص 361.

[4]- لزهر بن سعيد، **المرجع سابق**، ص 32.

[5]-الصالح إيلاف خليل إبراهيم، **القانون الواجب التطبيق على التحكيم: دراسة مقارنة**، رسالة لاستكمال متطلبات الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2014، ص92.

بمعنى ترتبط الأطراف و هيئة التحكيم بالشروط الإذعانية للمركز أو المؤسسة التحكيمة ،عند عدم وجود اتفاق مسبق للأطراف على قانون معين أو قواعد مختارة، وكون هيئات التحكيم ومراكز التحكيم تتنوع من إقليمية إلى محلية إلى دولية وهي عديدة، سنختار بعض منها، حتى نتطرق للشروط الإذعانية الاستثنائية التي يلتزم الأطراف بها ويمكن تقسيمها الى قسمين، شروط عند إدارة التحكيم تحت مظلة التحكيم المؤسسي (الفرع الأول) و وشروط عند تنفيذ حكم التحكيم

الفرع الأول: ضوابط إدارة التحكيم تحت مظلة التحكيم المؤسسي

تقتضي دراستنا للشروط الإذعانية للعملية التحكيم المؤسسي، مناقشة الضوابط التي تفرضها بعض المراكز حتى تقبل إدارة شؤون المنازعة المعروضة عليها، قبل التطرق إلى إجراءات التحكيم وفق لقواعدها ولوائحها التنظيمية، وان كانت تختلف من مؤسسة إلى أخرى.

أولا: شروط انعقاد الاختصاص للمؤسسة التحكيمية: تعد مسألة اختصاص المؤسسة التحكيمية من أهم العناصر الأساسية التي يجب أن يلتزم الأطراف بها، والسبب في ذلك أن مؤسسات التحكيم جاءت لسد الثغرات التي ثبثت على التحكيم الحر وإزالة كل العقبات التي من الممكن ان يصادفها الأطراف، ففرض شروط أولية لانعقاد الاختصاص يعتبر إلجام أولي لدور الإرادة، وإلزامها بلوائحها وللتعرف على بعض المؤسسات التي تشترط لانعقاد اختصاصها شروط، سنتطرق للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

1- شروط اختصاص المركز الدولي للتسوية منازعات الاستثمار: بمقتضى نص المادة 25 من الاتفاقية الخاصة بفض منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة وبين مواطني إحدى الدول المتعاقدة الأخرى يشترط لانعقاد اختصاص محكمة المركز ثلاثة شروط، أذ يتعين أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة أو أحد هيئاتها وأن يكون الطرف الأخر مواطن (مستثمر) من دولة أخرى متعاقدة كما يجب أن يصدر الرضا بالتقدم إلى تحكيم المركز من الطرفين وأخيرا يجب أن تكون المنازعة قانونية ومتعلقة بالاستثمار.

أ- **الشرط الأول: أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة أو هيئاتها التي تحددها وأن يكون الطرف الأخر مواطن من دولة أخرى متعاقدة:** يقتضي هذا الشرط أن تكون الدولة الطرف في النزاع طرف في اتفاقية واشنطن، أما الدول غير الأطراف فلا يجوز لها ان تصبح طرفا في إجراءات التحكيم تحت إشراف المركز، ولقد نشب الخلاف فيما إذا كان يجوز للدول المتعاقدة استعمال التسهيلات التي يقدمها المركز بصفة وقتية أو عارضة، ولقد استقر العمل على إمكانية منح هذه الدول الغير المتعاقدة هذه الرخصة دون منحها الحق في الوقوف كطرف في تحكيم المركز[2].

---

[1]-رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، عدد 2 لسنة 2009، ورقلة، ص 45

[2]- محمدين جلال وفاء البدري، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار: القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة، **مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية**، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، عدد02 لسنة 1999، ص 293.

وتعد الدولة متعاقدة في حكم الاتفاقية طبقا لنص المادة 68 بمرور 30 يوما من تاريخ ايداع وثيقة التصديق أو القبول إذا لم تكن انضمت الى الاتفاقية، ولو أن البعض اقترح أن يكون التاريخ المقرر لاعتبار الدولة طرفا في اتفاقية التحكيم هو وقت ملئ طلب التحكيم لدى السكرتير العام للمركز[1].

أما بالنسبة للهيئات العامة، الاتفاقية لم تبين لنا هذه الهيئات، إلا أنها تفيد مؤسسات الدولة التي تتمتع بالشخصية المعنوية والقانونية كالبلدية او الولاية أي الحكومية أو غير الحكومية كالشركات .وضرورة موافقة الدولة والسماح لها بذلك إذا قضت بعدم ضرورة حصول على موافقتها.

أما بالنسبة للطرف الأخر للنزاع يجب أن يكون مواطن من إحدى الدول الأخرى المتعاقدة ويقصد به [2]:

–أي شخص طبيعي يحمل جنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على تقديم طلب عرض النزاع على المركز سواء كان بطلب التوفيق او التحكيم.

– كل شخص اعتباري يحمل جنسية أخرى غير جنسية الدولة الأخرى الطرف في النزاع في تاريخ موافقة الطرفين على طلب التوفيق أو التحكيم المقدم إلى المركز .

ب- **الشرط الثاني: الموافقة الكتابية التي تبين رضا الأطراف:** يجب أن تكون موافقة من قبل الأطراف على أين يقوم المركز بتسوية منازعاتهم، لأنها تبنى على أساس اختياري وذلك وبناءا على طلب مكتوب يقدم إلى المركز .

بمعنى انه لا يكفي لاختصاص المركز لنظر النزاع أن تكون كلتا الدولتين طرفا في اتفاقية المركز بل نصت المادة 25 من الاتفاقية بشكل واضح على أن "يوافق طرفا النزاع كتابة على تقديم طلب لفض النزاع إلى المركز" .

لكن أثارت هذه المادة جدلا فقهيا واسعا، كون هيئات التحكيم التابعة للمركز توسعت في مد اختصاصها بنظر منازعات الاستثمار، التي لا يوجد بشأنها اتفاق مباشر بين الطرفين واستندت هذه الهيئات مد اختصاصها بالنظر النزاع الاستثماري على اتفاقية دولية مبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي أو إلى رضا الدولة بتحكيم الأكسيد المصرح به بشكل عام في قانونها الوطني للاستثمار[3].

وذهب رأي أخر من الفقه إلى التوسع في معنى الموافقة الكتابية لطرفي النزاع وأجاز اللجوء للمركز لفض النزاع الاستثماري دون الحاجة لموافقة كتابية لكل حالة على حدة ويرى أنصار هذا الرأي انه يكفي أن ترد هذه الموافقة مقدما إما في عقد الاستثمار الأجنبي ذاته أو اتفاقية دولية

---

[1]– هند محمد مصطفى مصطفى، **المرجع سابق**، ص 328.

[2]– شيرازاد حميد هروري، **المرجع السابق**، ص213.

[3]– عطار نسيمة، العدول عن المفهوم التقليدي في إحالة النزاع أمام المركز الدولي، **مجلة الندوة للدراسات القانونية**، العدد10 لسنة 2017،ص 106 وما بعدها.

للاستثمار الأجنبي أو في تشريع وطني للاستثمار في الدولة المضيفة يشير إلى اختصاص المركز بنظر المنازعات التي تنشا بين المستثمرين الأجانب والدولة[1].

وهو الذي نراه يتناقض مع نص الاتفاقية وأيضا مع المبادئ الأساسية في التحكيم الدولي لأنه أمر يؤدي إلى خلق موقف غير متوازن بين الأطراف.

ت- **الشرط الثالث: أن تكون المنازعة قانونية وناشئة بطريقة مباشرة عن الاستثمار:** بالرجوع إلى نص المادة السابق نجد أن المركز حدد اختصاصه الموضوعي في عنصرين أساسين :

ت -1)- ضرورة ان يكون النزاع قانوني: يعد وجود نزاع قانوني بين الطرفين أساس لقيام التسوية القضائية في مركز واشنطن، بمعنى أن المركز لا ينظر إلا في المنازعات القانونية، وهو ما يدل بمفهوم المخالفة استبعاد المنازعات السياسية أو الأخلاقية البحتة من نطاق اختصاص المركز.

إذ يجب أن تكون المنازعة متصلة أو متعلقة بحق أو التزام قانوني عندما تتعلق بتطبيق بنود اتفاق الاستثمار بين أطرافه أو بتفسيره أو الاعتداء على حق ما تقرره اتفاقية استثمار ثنائية بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر[2].

والملاحظ أن الاتفاقية لم تحدد لنا مفهوم مصطلح النزاع القانوني، ولو أن الطبيعة القانونية للنزاع أمر ليس من الصعب تحقيقه أذ أن معظم المنازعات ذات الطابع الاقتصادي تتعلق بمطالبات بحقوق والتزامات قانونية للأطراف وكذلك لم تقابل هيئات التحكيم التابعة للأكسيد مشاكل أو صعوبات في مجال العمل تتعلق بتحقق هذا المتطلب[3].

ت-2)- ان يكون النزاع القانوني ناشئا بشكل مباشر عن الاستثمار: بداية يتضح من خلال تسمية "مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار" أن الاستثمار جوهر نظام تحكيم المركز، وإن كان الأصل في اختصاص هذا المركز يتمثل في النظر في النزاعات القانونية فقط اشترط واضعو اتفاقية المركز أن ينشأ النزاع مباشرة عن الاستثمار كمعيار موضوعي أخر.

وتجدر الإشارة أن الاتفاقية لم تضع تعريفا محددا لما يمكن اعتباره استثمار، وقد أثار هذا الأمر جدلا كبيرا أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية الأكسيد، أين عرفته المسودة الأولى للاستثمار بأنه " أي مساهمة بالمال أو أصول أخرى ذات قيمة اقتصادية لمدة غير محددة، وإذا وجب تحديد هذه المدة فيجب أن لا تقل عن خمس سنوات" الأمر الذي لقي معارضة شديدة من قبل ممثلي

---

[1]- هند محمد مصطفى مصطفى، **المرجع السابق**، ص 329-330.

[2]- محمدين جلال وفاء البدري، **المرجع سابق**، ص 44.

[3]- هند محمد مصطفى مصطفى، **المرجع سابق**، ص 355.

الدول على أن هذا التعريف غير دقيق وغامض نوعا ما خاصة بمفهوم المساهمة وتحديده بوقت زمني [1].

كما قدمت أمانة المركز تعريف أخر للاستثمار على أنه كل مشروع ينطوي على اكتساب حقوق ملكية أو حقوق عقدية لتأسيس أو إدارة مشروع صناعي أو تجاري أو زراعي أو مالي أو خدماتي أو تقديم مساهمات أو يكون التزامات مالية غير الالتزامات الناشئة عن التسهيلات البنكية أو الائتمانية [2].

وهناك فوج أخر حدد اختصاص المركز بحد مالي لا يقل عن مئة ألف دولار(100.000) وهو ما لقي معارضة على اعتبار أن الأساس المرجعي في قبول اختصاص المركز يكمن في قيمة الاستثمار الكلية وليس قيمة الدعوى [3].

لتأخذ هيئات التحكيم بالمفهوم الواسع للاستثمار وأنه كل نشاط ذو طبيعة اقتصادية، بعد عدم الاتفاق على تعريف محدد، ويرى البعض أن هذا الإغفال راجع لسببين السبب الأول هو التوسع به وترك الحرية للأطراف لتحديد نوعية منازعاتهم وما إذا كانت تنطوي على استثمار أو لا، ذلك أن التعريف الاستثمار في القوانين الوطنية غالبا ما تختلف من دولة إلى أخرى وهو ما أكدته نص المادة 25/فقرة 4 بمنح رخصة لكل دولة متعاقدة تقديم بعض أصناف المنازعات الاستثمارية الى المركز أو استبعاد طوائف أخرى من نطاق اختصاصه عند تصديقها على الاتفاقية او قبولها أو إقرارها[4]، والسبب الثاني أنه يحقق الفائدة للاتفاقية في مد اختصاصها لكل منازعة تتعلق بنشاط اقتصادي .

كما تجدر الإشارة أن كلمة مباشرة ترتبط بالنزاع وليس الاستثمار، بمعنى أن الاختصاص ينعقد للاستثمار المباشر والغير المباشر، وهو ما أشارت إليه هيئة تحكيم المركز في قضية جمعت بين شركة fedax ضد فنزويلا [5].

ثانيا: إجراءات التحكيم المؤسساتية المفروضة على الأطراف : نظرا للنجاح الذي عرفته مراكز التحكيم وما تتميز به من ضمان السير الحسن للعملية التحكيمية، متجاوزة كل العراقيل التي من الممكن ان

---

[1] -Mortenson, Julin davis , the meaning of « investment" ICSID travaux and the domain of international investment law; Harvard international law journal, vol 51 number 1 ;(winter 2010), p286 AVAILAVLE at/ http://harvardilj.org/ articled/257-318.pdf.last visited on: 08/03/2019 at :22:14

[2] - **Ibid**,p 288

[3]– **Ibid** ,p 289

[4]– مارست بعض الدول هذه الرخصة فلقد أعلنت المملكة العربية السعودية إخراج واستبعاد منازعات البترول من نطاق اختصاص المركز، كما قامت كل من جاميكا وغانا باستبعاد المنازعات المتعلقة بالموارد المعدنية والموارد الطبيعية، كما اخطر الكيان الصهيوني المركز بان المنازعات التي تخضع لاختصاص المركز هي فقط تلك التي تتعلق بالاستثمارات الموافق عليها في ظل قانونيها الخاص بتشجيع استثمار رؤوس الأموال. يراجع أكثر محمدين جلال وفاء البدري، مرجع سابق،ص 47.

[5]- fedax v. venzuela (**ICSID Case no ARB /96/3**) ; D **decision on jurisdiction**, june 11, 1997,37 ILM 1278, 1382.

يخلفها الأطراف في تنظيم إجراءات التحكيم، أصبحت حرية الأطراف مقيدة بالشروط الإذعانية التي تتضمنها لوائحها الداخلية من قواعد إجرائية مستقرة وثابتة يسهل الرجوع إليها لإدارة عملية التحكيم والتي وجب الالتزام بها ابتداء من اتجاه إرادة الأطراف للاتفاق على اللجوء إلى مركز تحكيمي معين ليتولى بعد ذلك هذا الأخير كافة الإجراءات التي تسير عليها عملية التحكيم، نذكر منها تشكيل هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق .

1- **تشكيل هيئة التحكيم:** في حالة اتفاق أطراف النزاع على إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة، فانه ليس من الضروري الاتفاق مسبقا على كيفية اختيار هيئة التحكيم ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسات التحكيمية هي التي ستعالج الأمر وفقا لوائحها الداخيلة، لما تشتمل عليه من قوائم بأسماء محكمين متخصصين وعلى درجة عالية من الثقة والنزاهة، وتختلف هذه المؤسسات بشأن تشكيل هيئة التحكيم، فبعد قبول طلب التحكيم من قبل المؤسسة التحكيمية الدائمة واحتواء طلب الأطراف على شروط اختصاص المؤسسة، تتلاشى إرادة الأطراف ويبرز دور المركز أو الهيئة أو المؤسسة التحكيمية الدائمة بمهمة تشكيل هيئة التحكيم، فمنها من تعطي الأطراف المتنازعة سلطة اختيار المحكمين بشرط أن يتم الانتقاء من ضمن القوائم التي تعدها ومنها من يباشر سلطة واسعة في اختيار المحكمين في تقليص دور الأطراف المتنازعة، أين يقتصر دورهم على اقتراح أسماء تختار المؤسسة أو المركز من بينها، ومنها ما يقتصر دوره على اختيار المحكم الثالث تاركا لكل طرف من أطراف النزاع اختيار محكمة من ضمن القوائم التي أعدتها المؤسسة التحكيمية[1].

وفي هذا السياق سنعطي نماذج للتعرف على كيفية تشكيل هيئة التحكيم في بعض مؤسسات التحكيم الدائمة، بداية بالمركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار،ثم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وأخيرا غرفة التجارة الدولية بباريس.

أ-**تعيين محكمة التحكيم وفقا للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI)** :يعتبر هذا المركز الهيئة الوحيدة المتخصصة في تسوية المنازعات التي تنشب بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب من أفراد وهيئات خاصة، ولا يمنع أن يلجأ الأطراف إلى التحكيم تحت مظلة أخرى[2].

ويعود إنشاء هيئة التحكيم في هذا المركز إلى اتفاق الأطراف فلهم أن يعينوا محكم واحد أو أكثر شريطة أن يكون عدد المحكمين وتري، لكن يعين المحكمون من القوائم التي شكلها المركز ويتم إعداد القائمة وفقا لما نصت عليه المادة 13 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على الشكل التالي:

1- تقوم كل دولة من الدول المتعاقدة بتعيين أربعة أشخاص يمكن أن يكونوا من مواطنيها أو من غير مواطنيها.

1- جارد محمد، **المرجع سابق**، ص 149-150.

2- سامي محمد عبد العال، دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات عقود الاستثمار، بحث مقدم الى **مؤتمر جامعة طنطا** في الفترة من 30/29 أفريل 2015، ص 22.

2- يمكن لرئيس مجلس الإدارة أي المدير العام للبنك الدولي أن يقوم بتعيين عشرة أشخاص مختلفي الجنسية في القائمة .

ويشترط أن يكون الأعضاء المعينون في الهيئة التحكيمية من الأشخاص ذوي الأخلاق العالية والمسلم بمقدرتهم في ميدان القانون أو التجارة أو الصناعة أو المال وتتوفر فيهم صفة الاستقلالية والحيادية في وضع القرار [1].

عند عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكمين، تفرض اتفاقية المركز أن يكون عدد المحكمين ثلاثة يختار كل طرف محكم على أن يختار المحكم الثالث بتوافق بين الأطراف، و هذا الأخير الذي يتولى بدوره رئاسة هيئة التحكيم[2]، وإذا لم تتشكل محكمة التحكيم خلال 90 يوما التالية للأخطار بتسجيل الطلب لذا السكرتير العام طبقا لنص المادة 09 أو خلال أي مدة أخرى اتفق عليها الأطراف، يقوم رئيس المجلس الإداري للمركز بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد لكن بشرط أن لا يكونوا يحملون نفس جنسية الدول المتعاقدة أو احد رعايا الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع[3].

والملاحظ أن الاتفاقية لم تشر لأي لزوم لتدخل القضاء الوطني عند عدم الاتفاق على عدم تعيين المحكمين باتفاق الأطراف الخصوم.

ب- تعيين محكمة التحكيم وفقا للمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة: يخضع التحكيم الذي تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمي من حيث تشكل الهيئة للقواعد المطبقة لديه، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، حيث منحت الحرية في اختيار جهة أخرى لتعيين هيئة التحكيم من خارج القائمة المعدة لديه[4].

وتجدر الإشارة أن القواعد المطبقة لحسم النزاع عن طريق التحكيم طبقا لقواعد التحكيم المعمول بها أمام مركز القاهرة هي نفسها القواعد المنصوص عليها في قواعد اليونيسترال للتحكيم حسب أخر تعديل لها طبقا لما نصت عليه المادة الأولى من قواعد تحكيم مركز القاهرة [5].

لقد وضعت قواعد التحكيم الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي تحت الفصل الثاني موضوع تشكيل هيئة التحكيم اذ بينت في نص المادة 07 عدد المحكمين اذ تركت للأطراف حرية اختيار محكم أو أكثر يرونه مناسبا، سواء من القائمة المعدة من طرف المركز أو من خارج القائمة .

فإذا لم يتفق الأطراف مسبقا على عدد المحكمين ولم يتفقوا خلال 30 يوم من تاريخ تسلم المدعي عليه الإخطار بالتحكيم بتعين محكم، عيّن ثلاثة محكمين بصيغة الوجوب أي أنه وجب أن تتشكل هيئة

1- ينظر :المادة 14 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965

2- ينظر : المادة 37 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

3 - ينظر : المادة 38 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

4 - لزهر بن سعيد، **المرجع سابق**، ص117 وما بعدها.

5- ينظر : المادة 01 من **قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي** المؤسس في 1979 المنقح بأخر تعديل للقواعد اليونسترال 2010 والذي تم سريانه اعتبارا من 01 مارس 2011ص 10.

التحكيم من ثلاثة محكمين، مع الأخذ بإمكانية انه إذا اقترح أحد الأطراف تعيين محكم وحيد في غضون المدة المنصوص عليها في فقرة الأولى من المادة 07 ولم يرد أي طرف أخر على ذلك الاقتراح ولم يعين الطرف المعني أو الأطراف المعينون محكما ثانيا جاز لسلطة التعين بناءا على طلب أحد الأطراف أن تعين محكم وحيدا بمقتضى الإجراء المنصوص في الفقرة الثانية من المادة 08.

كذلك تضمنت قواعد مركز القاهرة مسألة تعيين هيئة التحكيم في المواد 8-9-10 اذ بينت الفروض التالية لتعيين المحكم :

الفرض الأول: إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم وحيد وانقضت مدة 30 يوم من تاريخ تسلم جميع الأطراف الآخرين إخطارا بتعيين محكم وحيد دون أن يتوصلوا إلى اتفاق بهذا الشأن، تولت سلطة التعيين تعيين ذلك المحكم بناء على طلب أحد الأطراف على وجه السرعة وتتبع سلطة التعيين سلطتها التقديرية وتعتمد في هذا التعيين السبل التالية:

- يرسل المركز إلى كل واحد من الأطراف نسخا متطابقة من قائمة تتضمن ثلاث أسماء على الأقل.
- يقوم الأطراف في غضون 15 يوما من تاريخ تسلم الطلب ان يعيدها الى السلطة بعد شطب الاسم أو أسماء المعترض عليهم وترقيمها حسب الأفضلية له.
- عند انقضاء المدة تعين سلطة التعيين المحكم الوحيد من بين الأسماء التي وافق عليها الأطراف من القوائم حسب الأفضلية المقدرة منهم.
- إذا تعذر التعيين لأي سبب من الأسباب التعيين المحكم بإتباع هذه الإجراءات جاز للمركز أن يمارس سلطته التقديرية في تعيينه[1].

الفرض الثاني: اذا أتفق الأطراف على تعيين ثلاث محكمين فيعين كل طرف محكما واحدا، ثم يختار المحكمان المعينان على هذا النحو المحكم الثالث الذي يتولى بدوره رئاسة الهيئة التحكيمية، فإذا أبلغ طرف الطرف الأخر بتعيين المحكم، ثم لم يقم الطرف الأخر خلال 30 يوما من تاريخ تسلمه البلاغ بتبليغ الطرف الأول بالمحكم الذي عينه جاز للطرف الأول أن يطلب من سلطة التعيين تعيين المحكم الثاني، كما يؤول الاختصاص إلى سلطة التعيين في حالة انقضاء 30 يوما ولم يتفق المحكمان اللذان يعينهما الأطراف من اختيار المحكم الرئيس[2].

الفرض الثالث: إذا اتفق الأطراف على تعين هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، لكن تعددت أطرافهم، اذ يوجد أطراف مدّعون وأطراف مدعى عليهم في هذه الحالة يعين كل الأطرف مجتمعين من نفس التوجه سواء كانوا مدعى عليهم أو مدعون بتعين محكم ما لم يتفقوا على وسيلة أخرى للتعيين على أن يعين المحكمان المختاران محكم ثالث. أما إذا اتفق الأطراف على عدد من المحكمين غير واحد أو ثلاثة يتمم

---

[1]- ينظر: المادة 09 من **قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي** وكذا المادة 09 من **قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حسب أخر تنقيح سنة 2010.**

[2]- ينظر: المادة 10 من **قواعد مركز القاهرة الإقليمي**، وكذا المادة 10 من **قواعد يونيسترال**

التعيين وفق ما اتفق عليه الأطراف، وفي حالة عدم التمكن من تشكيل الهيئة التحكيمية في جميع الأحوال المذكورة يتولى المركز تعيين المحكمين بناءا على طلب أحد الأطراف ويجوز له إلغاء أي تعيين سابق ويعيد التعيين من جديد أو أن يعين أحد منهم ليكون رئيسا للهيئة التحكيمية[1].

ث- غرفة التجارة الدولية بباريس: ترافق غرفة التجارة الدولية مسألة تشكيل هيئة التحكيم بالرجوع لنص المادة 12 من نظام الغرفة النافدة لسنة 2017، نجد أنها تحصر تشكيل محكمة التحكيم وفقا لنظام التحكيم التابع للغرفة من محكم فرد أو ثلاث محكمين في هذه الحالة نكون أمام فرضين:

-فرضية المحكم المنفرد: إذا اتفق الأطراف على تسوية المنازعة بواسطة محكم منفرد فيجوز لهم الاتفاق على تسميته بهدف تثبيته من قبل محكمة التحكيم، على شرط أن يكون من القائمة التي أعدتها مسبقا غرفة التجارة الدولية في جميع الأحوال، فإذا لم يتفقوا على تسمية هذا المحكم المنفرد خلال ثلاثين يوم من تاريخ تسلم الطرف الأخر طلب الذي تقدم به المدعي أو خلال المهلة الإضافية التي قد تمنحها الأمانة العامة له، في هذه الحالة تقوم محكمة تحكيم الغرفة بتعين المحكم المنفرد.

-فرضية ثلاثة محكمين: إذا اتفق الأطراف على تعيين ثلاث محكمين، قام كل طرف بتعين محكم مستقل عنه ويعرض على الهيئة لتثبيته، فإذا امتنع أحد الأطراف عن تعين محكمه قامت محكمة التحكيم بتعيينه وتتولى الهيئة التحكيمية تعيين المحكم الثالث الذي تعهد إليه رئاسة محكمة التحكيم مالم يكن الأطراف قد خولوا المحكمين المعينين اختيار المحكم الثالث خلال مهلة محددة[2].

كما تجدر الإشارة أنه إذا تعدد الأطراف بين مدعي ومدعى عليه، وإذا كانت المنازعة معروضة على ثلاثة محكمين، يختار المدعون مجتمعين محكما ويختار المدعى عليهم مجتمعين محكما، وكذا إذا انظم إلى الدعوى طرف إضافي عليه أن يشترك مع المدعي أو المدعي عليه في اختيار محكم لتثبيته من قبل محكمة التحكيم[3].

وفي حالة عدم التسمية بالاشتراك وفق الحالتين الأخيرتين، وفي حالة عدم قدرة جميع الأطراف على الاتفاق على طريقة تشكيل هيئة التحكيم، يجوز لمحكمة التحكيم تعيين جميع أعضاء هيئة التحكيم وتعيين أحدهم لتولي رئاسة هيئة التحكيم وفي هذه الحالة تكون للمحكمة الحرية الكاملة في اختيار أي شخص تراه مناسبا كمحكم تطبيقا لنص المادة 13 متى رأت ذلك ملائما[4].

3- **القانون الواجب التطبيق على الموضوع** : من المقرر في مؤسسات التحكيم غالبا ان تخضع هيئة التحكيم فيها بالإجراءات التي يتفق عليها الأطراف فإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن كان للمحكم

1- ينظر: المادة 11 من **قواعد مركز القاهرة**، وكذا المادة 11 من **قواعد اليونسترال**.

2- يراجع المادة 12 الفقرة الرابعة من نظام **غرفة التجارة الدولية بباريس** المنقحة 2017.

3-يراجع نفس المادة 12 الفقرة السادسة والسابعة من نظام **غرفة التجارة الدولية** .

4-يراجع نفس المادة 12 الفقرة الثامنة من نظام **غرفة التجارة الدولية**.

اختيار الإجراءات المنصوص عليها في أنظمة ولوائح مؤسسات التحكيم الدائمة، التي هي كذلك تعد إلزام على الأطراف.

ولقد بينت مختلف الهيئات والمراكز التحكيمية قواعد التحكيم سواء الإجرائية أو الموضوعية كلها تخضع لاتفاق الأطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق فان المحكم يرجع للقواعد التي تضمنتها لوائح المركز، فالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الموضوع النزاع اختلفت مؤسسات التحكيم حوله تحديده وسنبين هذا فيما يلي:

أ- **بالنسبة لمركز واشنطن لتسوية منازعات عقود الاستثمار:** تعطي اتفاقية المركز الأطراف سلطة تحديد القواعد القانونية التي تطبق عند قيام المحكمة بالفصل في النزاع فتنص المادة 1/42 من الاتفاقية على أن " المحكمة تفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف... "إذ يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي ينطبق على التحكيم وأن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد كقواعد العدالة والإنصاف أو الأعراف دولية[1]، أو نظام قانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة.أما في حالة الغياب فان المادة 1/42 من الاتفاقية تلزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملا قواعده الخاصة بتنازع القوانين وقواعد القانون الدولي، وعليه في هذه الحالة يمتنع تطبيق أي قانون وطني أخر إلا من خلال قواعد تنازع القوانين في الدولة المضيفة للاستثمار ويرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار في هذه الأحوال، إلى أن القيام باستثمار في بلد معين يشمل ضمنيا الرضاء بتطبيق قوانين هذا البلد المتعلقة بالجوانب المختلفة لعقد الاستثمار[2].

ب- **بالنسبة لغرفة التجارة الدولية** :نصت لوائح الغرفة في مادتها 21للأطراف الحرية في الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع المنازعة.

أما في حالة غياب مثل هذا الاتفاق تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي تعتبرها ملائمة .

كما تأخذ هيئة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين إن وجد كما تأخذ بعين الاعتبار أي أعراف تجارية ذات الصلة .

كما تتمتع هيئة التحكيم بصلاحيات التحكيم بالصلح أو تقرر وفقا لقواعد العدل والإنصاف ويكون ذلك فقط في حالة الاتفاق من قبل الأطرف على منحها هكذا صلاحية.

ت- **بالنسبة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي:** تسمح قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، بتطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه

1- محمدين جلال وفاء البدري، **المرجع سابق**، ص 332.

2- **المرجع نفسه**، ص 335.

الطرفان، فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق في الدعوى [1].

ولا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والأنصاف أو كحكم غير مقيد بأحكام القانون إلا إذا كان الطرفان قد أجازا ذلك صراحة وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم[2].

وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفق ما اتفق عليه الأطراف في العقد أو بمراعاة الأعراف التجارية السارية في المعاملة.

الفرع الثاني: حكم التحكيم المؤسسي الصادر لتسوية منازعات عقود الاستثمار

يتبين مما سبق أن مراكز التحكيم تهدف من خلال لوائحها وتنظيماتها إلى تقوية استقلاليتها لمنح فاعلية أكثر لأحكام التحكيم الصادرة عنها، وذلك بالإمكانية المخولة لها من قبل الأطراف التي تستطيع من خلالها ضبط وتقييد إرادة الأطراف وتخفيف تدخل القضاء المساعد بقواعد وإجراءات ولو أنها تميل بهذا للنمط القضائي، إلا أنها توفر ضمانات أكثر من التي موجودة في القضاء الوطني للأطراف كمنظم ومؤطر لعملية التحكيم.

بل تقوم بعض هذه المراكز بتجنب تدخل القضاء كمراقب، من خلال ممارسة رقابة أولية على مشروع القرار التحكيم حتى لا يعترض هذا الأخير للبطلان من القضاء (أولا) وتحقيق فاعلية للقرار التحكيمي من خلال منح الأحكام الصادرة عنها قوة تنفيذية ملزمة – نفاذ مباشر– (ثانيا) تفاديا لتعقيدات القضائية في منح الصيغة التنفيذية وخلاف الجهة المختصة به.

أولا:استقلالية التحكيم المؤسسي من رقابة قضاء الدولة : ازدادت في السنوات الأخيرة تقوية استقلالية التحكيم عن القضاء، هذا الأخير الذي يعتبر تدخله مرغوب في البحث عن الحلول والوسائل الخاصة لتقديم الدعم للتحكيم، إلا انه سيرا على النهج الجديد في التشريعات المنظمة للتحكيم خاصة الدولي أصبحت مراكز التحكيم تقوم بتحسين أنظمتها ولوائحها بشكل دوري حتى تتلائم مع النقائص والعيوب التي قد تظهر في التحكيم والهدف إبعاد الممارسة التحكيمية عن الدور المساعد للقضاء.

ليس هذا فقط بل من مظاهر تجليات إعطاء للتحكيم استقلالية عن القضاء منح لمحكمة التحكيم الحق في مباشرة رقابة أولية على مسألة الاختصاص سيما في التحكيمات المركبة[3].

---

[1]–ينظر: للمادة 33 من **قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي** يونيو 2007.

[2]–ينظر: الفقرة الثانية من نفس المادة من الاتفاقية.

[3]–زكرياء عزاوي، علاقة القضاء بالتحكيم: بين القوضأة والاستقلالية، دراسة مقارنة بين القانون المغربي والفرنسي مع تطبيقات قضائية، **المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي**، المغرب، العدد 3و4 لسنة 2017، ص 24.

تنص بعض القواعد التحكيم الدولية على قيام المحكمين في التحكيم المؤسسي بإعداد مسودة مشروع قرار يعرض على الجهة معينة داخل محكمة التحكيم وذلك لمراجعة القرار التحكيمي وإبداء بعض الملاحظات التي تراها مناسبة وبعد موافقتها عليها يصدر القرار التحكيمي وإبداء بعض الملاحظات التي يراها مناسبة وبعد موافقتها عليها يصدر القرار التحكمي من قبل المحكمين، أين يجوز بعد معاينتها إدخال تعديلات عليها تراها مناسبة من حيث الشكل وتوجيه انتباه المحكم لبعض النقاط الموضوعية المتعلقة بالقضية لضمان إمكانية تنفيذ الحكم المنهي للخصومة التحكيمية، وتفادي الطعن فيه وهو الأمر الذي يضمن كذلك صدور قرارات تحكيمية غامضة أو مبهمة أو متضمنة لأخطاء حسابية أو مادية أو مطبعية أو معيبة بخلوها من الفصل في بعض الطلبات الموضوعية مما قد يحتاج معه تفسير القرار التحكيمي أو تصحيحه أو تكملته قبل إصداره[1].

وبعد صدور الحكم التحكيم لا يكمن للأطراف استئنافه أو التقاعس عن تنفيذه، أما عن مسألة ان هذا الأجراء يقوم بتحصين الأحكام المعيبة التي من الممكن أن تصدرها هيئة التحكيم فأن بعض مراكز التحكيم سمحت بإمكانية الطعن أمام المركز، ومثل هذا مركز واشنطن منح إمكانية الطعن في الأحكام أو مراجعتها بأخطار السكرتير العام للمركز ولكن أتاحت اتفاقية المركز ذلك في ثلاث أسباب نوردها فيما يلي[2]:

1- طلب مراجعة الحكم ويكون هذا الطلب كتابيا ويتعين إخطار السكرتير العام للمركز به، ويجوز المراجعة إذا تم اكتشاف وقائع جديدة من شانها التأثير على تغيير الحكم على أنه يشترط أن تكون هذه الوقائع غير معلومة لكل من المحكمة والطرف الطالب ويجب أن يقدم طلب المراجعة خلال تسعين يوما من تاريخ اكتشاف الواقعة، وفي كل الأحوال خلال ثلاث سنوات من يوم صدور الحكم[3].
2- يمكن لأي أحد من الأطراف أن يطلب إلى المحكمة تفسير معنى أو مضمون الحكم أو نطاقه ويجب أن يكون هذا الطلب كتابيا ويتم إيداعه لدى السكرتير العام للمركز، ويكون الفصل في الطلب بمعرفة المحكمة التي أصدرت الحكم إن أمكن ذلك[4].
3- يجوز لأي من الطرفين أن يطلب إبطال الحكم وذلك عن طريق تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام للمركز وبناء على احد الأسباب المحددة في الاتفاقية ويجب تحرير طلب الإبطال في خلال

---

[1]- جارد محمد، **المرجع سابق**، ص 158.

[2]- محمدين جلال وفاء البدري، المرجع السابق، ص 334

[3]- ينظر المادة 51 من **اتفاقية مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار.**

[4]- ينظر المادة 50 من **نفس الاتفاقية**

مئة وعشرون يوما من صدور الحكم أما في حالة الغش فيكون تقديم الطلب خلال مئة وعشرون يوما من تاريخ اكتشافه[1].

ثانيا: نفاذ مباشر لحكم التحكيم : تسعى بعض مراكز التحكيم الى تغييب الرقابة القضائية على عمل مراكز التحكيم، من خلال إلزام أطراف النزاع بتنفيذ القرار التحكيمي الصادر عنها والفاصل في موضوع النزاع.

الأصل ان التنفيذ يكون رضائيا، لكن أمام حالات تقاعس الطرف الذي صدر ضده الحكم عن تنفيذه ربحا للوقت أو إضرار بالطرف الأخر، وأمام مشكلات التنفيذ الجبري ومنح الصيغة التنفيذية فهي تسعى لتجنب تعقيدات اللجوء الطرف الأخر الى القضاء، أين تنص في لوائحها على ضرورة تنفيذ المباشر للحكم الصادر عنها مباشرة من قبل الأطراف وكأنه صادر من الجهات القضائية للدولة وبالتالي سنعالج أهم هذه المراكز، وكذا الجزاء في مخالفة أحد الأطراف وعدم الامتثال إلى قرار النفاذ المباشر.

1- **أشهر المراكز التي تفرض التنفيذ المباشر:** بالرجوع إلى نص المادة 54/ف1من اتفاقية مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار 1965 نجد أنها تنص على آلية جديدة مقارنة بما جاءت به الاتفاقيات الدولية في مجال تنفيذ أحكام التحكيم وهي النفاذ المباشر للأحكام وتقرر على أنه " تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكما نهائيا من محاكمها الفيدرالية وان تلتزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر من محاكم إحدى الدول الفدرالية" بمعنى ذلك أن الأحكام الصادرة بناءا على هذه الاتفاقية تتميز بميزة النفاذ المباشر والذي يقصد به أن الحكم يعتبر نافدا في أقاليم الدول المتعاقدة بشكل مباشر دون الحاجة لان تخضع لرقابة داخلية لقضاء تلك الدول أو إعطائها أمرا بالتنفيذ من القضاء الوطني لتلك الدول فهي بمثابة أحكام قضائية نهائية غير قابلة لاستئناف أو لأي طعن صادرة من محاكم الدول المطلوب التنفيذ فيها طبقا لنص المادة 35 من نفس الاتفاقية [2]، وتضيف المادة 49 من الاتفاقية أن الحكم التحكيم الصادر عن مركز واشنطن يعتبر حكما ملزما بالنسبة للطرفين وذلك من تاريخ إصداره اي منذ إرسال صورة رسمية عنه من قبل السكرتير العام للمركز لكل من طرفي النزاع[3].

وهو الأمر الذي أخذت به كذلك الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية في مادتها 28/فقرة 1 على إنشاء محكمة الاستثمار العربية مؤقتة إلى غاية إنشاء محكمة العدل العربية، وضرورة لجوء الأطراف إلى هذه المحكمة أين تختص هذه الأخيرة بحل المنازعات الناشئة بين المستثمر العربي لدولة متعاقدة والدولة المضيفة المتعاقدة، وتكون أحكامها قابلة للنفاذ المباشر (قوة النفاذ) كما لو

---

[1]- ينظر المادة 53 من **نفس الاتفاقية**

[2]- جمال عمران الورفلي، **المرجع السابق**، ص194.

[3]- لما أحمد كوجان، **المرجع السابق**، ص 152.

كانت حكما نهائيا صادرا من جهة قضائية مختصة، ويلتزم الأطراف بالامتثال له وتنفيذه طوعيا بمجرد صدوره ما لم تحدد الهيئة مهلة للتنفيذ أو لتنفيذ جزء منه[1].

وكذا بالنسبة لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس التي تنص في مادتها 36 النافدة سنة 2014، على أنه يكون حكم التحكيم ملزما للأطراف ويتعهد بإحالتهم المنازعة إلى التحكيم بموجب القواعد بتنفيذ أي حكم تحكيمي دون تأخير ويعتبر قد تنازلوا عن أي شكل من أشكال الطعن إلى الحد الذي يكون فيه هذا التنازل صحيحا.

2- **جزاء عدم الامتثال للتنفيذ المباشر:** هناك هيئات تحكيمية واتحادات مهنية التي ترعى عملية التحكيم كغرفة التحكيم البحري وغرفة التجارة في ستراسبورغ والتحكيم البولوني تفرض جزاءات على كل من صدر حكم التحكيم ضده وتقاعس على تنفيذه أو تهرب من التزامه ويمكن أن نشير إلى هذه الجزاءات التي تنقسم بدورها إلى :

أ- جزاءات معنوية كالتشهير والإعلام باسم التاجر أو المستثمر أو المؤسسة التجارية، أو الدولة الممتنعة عن التنفيذ ووضعها في لائحة المتمردين والسماح لكل من يريد الإطلاع على القائمة لمعرفتهم.

ب- جزاءات مادية: كمنعه من اللجوء إلى التحكيم في إطار تلك الغرفة أو المركز أو تعليق عضويتهم وحرمانهم من امتيازات التي تقدمها المؤسسة ،وكذلك حرمانهم من الأماكن الاقتصادية الحيوية التي تشرف عليها كالبورصة أو السوق ...الخ[2] .

وأمام هذه الجزاءات يجبر الطرف المحكوم ضده على تنفيذ الحكم طوعيا حتى لا يدخل في مشاكل قد تؤثر على نشاطه التجاري أو الاقتصادي مستقبلا ،والتي يمكن أن تمس بسمعته وعزوف المستثمرين عن التعامل معه،وكذا إثقال كاهله بجزاءات هو في غنى عنها، كما أن رفض التنفيذ طوعا يدفع الطرف الأخر إلى اللجوء إلى القضاء العادي لدولة التنفيذ لغرض الحصول على حقه وهذا من شأنه إفشاء الأسرار وضياع المزيد من الوقت والجهد والنفقات[3].

---

[1]- ينظر: المادة 02/فقرة 8 من **الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية** .

[2]- إبراهيم اسماعيل، علي خضر الجنابي، **المرجع السابق**، ص 160-161

[3]- **نفس المرجع**، ص 161.

المبحث الثاني:

إشكالات استمرارية إسناد الاختصاص للتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار

بالرغم من الحرية التي يمنحها المشرع للأطراف في اختيار القواعد المناسبة لحكم إجراءات التحكيم، واحترام توقعاتهم في اختيارية التحكيم على القضاء الوطني لفض منازعات عقودهم الاستثمارية إلا أن الواقع العملي كثيرا ما يثبت أن صياغة الخصوم لشرط التحكيم وكافة إجراءاته قد لا تكون مصاغة بالمعنى المطلوب لسد جميع الثغرات التي تتطلبها خصومة التحكيم ،الأمر الذي قد يؤدي لتعطيل عملية التحكيم وفقدان فاعليته نتيجة لعوائق إرادية مردها الى اتفاق الأطراف بقصد او غير قصد أو بالإرادة المنفردة نتيجة لتقاعس أحدا أطرافها وقد تكون غير إرادية خارجة عن إرادتهم الأمر الذي يعطل سيرها ويجعلها تتم بصورة غير سليمة لو تم الاستمرار فيها مما يحتم في نهاية المطاف إلى إبطال الحكم التحكيمي.

لكن تجدر الإشارة أنه جرى حديثا للخروج من العديد من هذه الثغرات قيام الأطراف بالاتفاق على الأسس العامة مع ترك باقي الإجراءات للمراكز التحكيمية لاستكمال ما ينقصها وهو ما عبرنا عنه باستقلالية التحكيم عن أي مساعدة او رقابة خارجية .

ولمعرفة كل هذا سيتم إبداء المشاكل والصعوبات التي تعتري عملية استمرار إسناد الاختصاص التحكيمي في فض منازعات عقود الاستثمار حتى يتم تجنبها والتبصر لها وفق مايلي:

المطلب الأول: العوائق الإرادية لاستمرارية إسناد الاختصاص للتحكيم

المطلب الثاني: العوائق الغير الإرادية لاستمرارية إسناد الاختصاص لهيئة التحكيم.

المطلب الأول: العوائق الإرادية لاستمرارية إسناد الاختصاص للتحكيم

قد يعترض تتابع إجراءات الخصومة التحكيمية بعض العوائق التي تحيل دون الوصول الى حكم فاصل في موضوع النزاع، وبالتالي تعطل استمرارية اختصاص الهيئة التحكيمية وسيرها في موضوع النزاع ومرد ذلك إما إرادة الطرفان المشتركة (الفرع الأول) لضعف في صياغة اتفاق التحكيم وعدم الدراية او لعمل إجرائي تنظيمي و إما ترجع للإرادة المنفردة لأحدهما تعمدا للتقاعس والإطالة (الفرع الثاني) مما ينتج عنه سبيل البحث عن درأ هذه الصعوبات او انتهاء الفصل فيها لتوفر أسباب بطلانها وعدم فاعلية التحكيم.

الفرع الأول: عوائق ترجع لأسباب مشتركة لكلا الطرفين

تعد الشروط التحكيمية هي الحجر الأساسي لعملية التحكيم فكلما زادت الكفاءة والمهارة اللتان كتب بهما شرط التحكيم، كلما زادت ضمانة حسن سير إجراءات التحكيم وعلى عكس من ذلك كلما كان عدم الاهتمام بحسن الصياغة كلما ارتفع حد مخاطر تفعيل شرط التحكيم وكان سببا في إثارة العديد من

المشاكل الإجرائية التي تجعل سير التحكيم شاقا على طرفيه[1]، أو يؤدي إلى انقطاع إسناد الاختصاص للتحكيم (أولا)، وهذا الأخير قد يحدث كذلك نتيجة لاتفاق الطرفين على تنظيم إجراءات التحكيم عندما تتجه إرادتهما لوقف سير الخصومة التحكيمية إلى إشعار لاحق أو لزوال السبب الأجنبي ثم مباشرتها بعد مدة متفق عليها، كما يمكن أن يؤدي إنفاق الأطراف على عزل المحكم إجراء تنظيمي يعتبر مانعا يحول دون الاستمرارية الاختصاص التحكيمي (ثانيا).

أولا: عيوب صياغة الاتفاق التحكيمي: تعتبر صياغة شرط التحكيم من المسائل الهامة التي تضمن التبادل الوظيفي السليم للجوء الأطراف إلى التحكيم دون القضاء العادي. كما تمثل الخطوط العريضة لعملية الاختيار والمفاضلة، وتشمل هذه العملية صياغة واضحة ومترادفة لكل عناصر العقد من اختصاص التحكيم وكيفية تشكيل الهيئة التحكيمية والقانون الواجب التطبيق والمؤسسة التحكيمية المعنية ومكان ولغة التحكيم[2]، إلا أن الواقع يثبت وجود الكثير من المشاكل التي تحيل السير الطبيعي للتحكيم وإجراءاته، ترجع أسبابها لعدم الاهتمام الجاد والدقة في صياغة شرط التحكيم سواء من قبل الأطراف أو المسئولين لصياغة هذه العقود، وسنجمل في هذا السياق بعض الصيغ المعيبة في اتفاق التحكيم فيمايلي:

1- الاتفاق التحكيمي المتداخل: ويقصد به أن يعمد الأطراف على إدراج شرط التحكيم في عقد الاستثمار المزمع تنفيذه تحسبا لأي منازعة تخل التوازن العقدي، لكن في نفس الوقت تمنح الاختصاص الى القاضي للفصل في النزاع فهذا بلا شك ينشأ منازعة في الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم [3].وهو ما يسمى بالاتفاق التحكيمي المركب كما قد يكون شرط التحكيم بسيطا وواضح أي واجب اللجوء إلى التحكيم فور نشأة النزاع لكن يمكن أن يلحق الاتفاق التحكيمي ويعلق على شرط أو يضاف إلى أجل وهو ما يسميه الفقهاء بالاتفاق التحكيمي الموصوف وهو ما يخلق مشكل في تحققه.

أ- **الاتفاق التحكيمي المركب** : وهو اتفاق بين طرفي عقد الاستثمار يحتوي على شروط تحكيمية تحيل إلى شرط التحكيم وفي نفس الوقت تمنح الاختصاص القضائي للدولة فالمتدبر لهذا الاتفاق للوهلة الأولى يظن أن هذا الاتفاق فاقد لأي اثر تحكيمي. ولكن المحاكم القضائية تبنت موقف مغاير لذلك فقد اعتبرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 1972/09/25 أن هذا الشرط التحكيمي ليس باطلا بل أن الشركة التي وقعت هذا العقد احتفظت بحق الخيار بين القضاء الوطني والتحكيم وهي اذا ما لجأت إلى التحكيم فإنها تكون قد مارست خيارها بينما اعتبرت محكمة استئناف باريس أن شرط التحكيم الذي

---

[1]- هبة أحمد سالم، **المرجع السابق**، ص 181-182.

[2]- بوحسين محمد رضا،الموجز في اتفاق التحكيم ومشاكله العملية، **ندوة عقود الاستثمار الدولية(BOT) ومنازعاته**، المنظمة العربية للتنمية الإدارية الأردن، سنة 2008،ص18.

[3] - Sadjo ousmanou ,**op.cit**. P3-4

يفتح باب استئناف الحكم التحكيمي أمام القضاء هو باطل بالنظر للطبيعة الإلزامية لتنظيم طرق المراجعة للحكم التحكيمي في القانون الفرنسي[1].

وتفسير محكمة استئناف باريس كون هذا الشرط صحيح رغم انه يحيل الاختصاص الى القضاء كما يحيله للتحكيم هو " أنه يجب أن يفسر على أساس نية الطرفين التي لو لم تنشأ إحالة النزاع على التحكيم لما كانت قد أضافت الشرط التحكيمي الى العقد كونها أدرجت الشرط التحكيمي فإنها عبرت بشكل واضح عن إرادتها في إحالة النزاع الذي ينشأ عن العقد على التحكيم، وكذلك كان موقف المحكمة العليا الانجليزية التي اعتبرت أن الإشارة إلى المحاكم القضائية ليست سوى فرض لإزالة العراقيل التي يمكن أن تعترض سير التحكيم وفي نفس الاتجاه سارت عليه المحاكم الأمريكية[2].

كما يرى الدكتور أحمد مخلوف انه حتى تلتزم المحكمة الوطنية بالإحالة إلى المحكمة التحكيمية في هذا الاتفاق يجب التفرقة بين ثلاثة فروض :

أ-1:أن يرد شرط التحكيم وشرط الاختصاص على سبيل التخيير: وفي هذه الحالة لو لجأ أحد الطرفين إلى المحكمة الوطنية استنادا للاتفاق السابق، سيوقف الاتفاق التحكمي، بمعنى انه يوجد خيارين لدى كل خصم واستعمال أحدهما أولا يعني زوال الخيار الأخر كأن لم يكن، وعلى هذا الأساس إذا حظر الخصم الأخر ودفع بالتحكيم وطالب المحكمة بالدفع بعدم الاختصاص وإحالة النزاع الى التحكيم لوجود شرط التحكيم، هنا لن تقوم هذه المحكمة بهذه الإحالة كون أن اتفاق التحكيم في هذه الحالة اتفاق تخييري، اذ يحق للمدعي أن يلجأ عند حدوث نزاع إما إلى قضاء الدولة أو إلى قضاء التحكيم وعندئذ لا يستطيع المدعي عليه أن يعارض أو أن يتمسك بتطبيق الشرط الأخر[3].والعكس صحيح معنى ذلك انه لو ذهب الخصم المعني إلى التحكيم يسقط حق الأخر في الذهاب الى القضاء الوطني ويتعين على المحكمة التي رفع إليها النزاع بعد اللجوء إلى المحكمة التحكيمية أن تحكم بعدم القبول وأن تحيل الخصوم الى المحكمة التحكيمية .

كما تجدر الإشارة أنه قد يتفق الطرفين اللجوء إلى القضاء الوطني لكن بعد ذلك يبرمون اتفاقا لاحقا يفيد إلغاء الاتفاق الأول واللجوء إلى التحكيم، ففي هذه الحالة يفترض انه يلتزم الطرفان عدم اللجوء الى المحاكم الوطنية تنفيذا لالتزامهم السالف الذكر، فإذا ما خالف أحدهم ورفع دعوى أمام المحكمة الوطنية أن يتمسك الخصم بالدفع بوجود اتفاق تحكيمي الذي ألغى الاتفاق السابق في العقد،

1- عبد الحميد الأحدب، المشكلات العملية في التحكيم التجاري الدولي ووسائل علاجها، **مقال منشور على الموقع المجموعة الاستشارية لدكتور بن بكر الطيار وشركائه،** https://altayar.info/ar تاريخ الاطلاع 2017/08/01 على الساعة 01:50،ص01.

2- عبد الحميد الأحدب، المشكلات العملية في التحكيم التجاري الدولي ووسائل علاجها، **المرجع السابق**،، ص01

3- أحمد مخلوف، **المرجع السابق**، ص 171.

ويجب على المحكمة في هذا الفرض ان تدفع بعدم قبول الدعوى وإحالة الخصوم إلى التحكيم، معنى ذلك أنه لا مجال لأطرافه التخيير في هذه الحالة بل يتم تطبيق شرط التحكيم وحده[1] .

أ-2:أن يرد شرط التحكيم وشرط الاختصاص القضائي على سبيل التتابع: في هذا الفرض يتفق الطرفان على إعطاء الأولوية لقضاء التحكيم ذلك أن شرط التحكيم من الشروط الخاصة والخاص يقيد العام، لكن إذا تعذر ذلك يتم اللجوء إلى المحاكم القضائية للدولة، لكن يبقى شرط التحكيم مجالا رحبا وواسع في التطبيق من شرط الاختصاص القضائي لاعتباره القضاء الأمثل لمنازعات عقود الاستثمار فترجيح شرط التحكيم على الاختصاص القضائي تقتضيه طبيعة المنازعات الخاصة بعقود الاستثمار بما يحقق الفاعلية المرجوة من قضاء التحكيم[2].

وبالتالي إذا لجأ أحد الخصوم إلى القضاء الوطني وتمسك الطرف الأخر بالاتفاق التحكيمي فمن واجب هذه المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى وأن تحيل الخصوم إلى المحكمة التحكيمية المعينة يعني على فرض اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم أولا ثم إلى القضاء الدولة احتياطا [3]، فإذا لم يتم تسوية النزاع عن طريق التحكيم فسيتم اللجوء إلى القضاء الوطني الذي اختاره الطرفين وقد قررت حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم 4996لسنة 1980، التي تضمن فيها عقد وكالة تجارية شرط للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس بعد شرط الاختصاص للمحاكم الإيطالية ،أي انه ينفي أي تنازع في الاختصاص بين القضائيين مادام قد تم تشكيل هيئة التحكيم فقد انعقد لهما الاختصاص بنظر النزاع وينأى القضاء الايطالي الذي تكون له الصفة الاحتياطية عن الاختصاص به[4].

ومن المتصور أن يكون هذا الشرط يقصد به أن يتم النزاع عن طريق التحكيم على أن يتم رفع دعوى البطلان على الحكم التحكيمي المرتقب أو استئنافه وذلك أمام محاكم دولة معينة .بشرط أن يرفع دعوى البطلان على الحكم المعني لأحد الأسباب التي يقررها القانون أما إذا تم رفع دعوى البطلان لسبب أخر غير المنصوص عليه في قانون الدولة فمن حق المحكمة أن ترفض هذا الطعن، ولو تم رفعه بعد الآجال القانونية المعينة ولو اتفق الأطراف على تمديد ميعاد الطعن لأنه من النظام العام ولا يجوز تمديده بمعنى إذا ورد شرط الاختصاص القضائي بهدف إعماله كمرحلة ثانية في التقاضي، أي الانتقال بحكم التحكيم إلى مرحلة الاستئناف مباشرة حتى ولو لم تتوافر إحدى الحالات مما لا يجوز للأطراف

---

[1]- أحمد مخلوف، **المرجع السابق**، ص 172

[2]- خالد محمد القاضي، إشكاليات العلاقة بين التحكيم والقضاء، **مقال منشور في الموقع الاكتروني** www.ahram.org.eg تاريخ الاطلاع 01-08-2017 على الساعة 22:55

[3]- تظهر الطبيعة الاحتياطية لاختصاص القاضي من خلال النص المحدد لاختصاصه فلا يسمح له بالتدخل الا في حالة غياب الاتفاق على منح سلطة التعيين إلى جهة اخرى، للتوضيح أكثر راجع زرقون نورالدين، الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي،

مجلة دفاتر السياسة والقانون جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد12 جانفي 2015،، ص68.

[4]- أحمد مخلوف، **المرجع السابق**، ص 172

الاتفاق على مخالفتها، ونجد ذلك واضحا في الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف باريس في 27 أكتوبر 1994 حيث قررت في الدعوى المطروحة عليها أن حكم التحكيم قد أصبح نهائيا ولا يجوز استئنافه حتى وان اتفق الأطراف على ذلك لعدم توفر الحالات المنصوص عليها في القانون الفرنسي الوارد على سبيل الحصر بشأن الطعن في أحكام التحكيم[1].

أ-3:أن يرد شرط التحكيم وشرط الاختصاص القضائي على سبيل التضاد: في هذه الحالة يتفق الأطراف الفرقاء ان يتم حسم كافة المنازعات الناتجة عن العقد المبرم بينهم عن طريق التحكيم وفي نفس العقد يرد شرط أخر بموجبه يتفق الطرفان على تسوية جميع المنازعات المعنية عن طريق المحكمة قضائية تابعة لدولة معينة، والملاحظ أن الشرطين متناقضين ومتعارضين ولا يمكن إعمالهما معا، فهنا ينتفي أسلوب التخيير كما ينتفي أسلوب التتابع كما هو الحال في الفرضين السابقين فكيف يتم تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاع؟ [2].

يتجه جانب من الفقه، أنه إذا كان شرط الاختصاص لاحق لشرط التحكيم فإننا نعتد بالأخير، بمعنى أن الشرط الأخير يلغي الشرط الأول، وهو نفس الأمر إذا كان شرط التحكيم لاحق لشرط الاختصاص القضائي فإنه يعتد بشرط التحكيم حيث انه يلغي شرط الاختصاص القضائي، لكن انتقد هذا على اعتبار أن هذا الحل يمكن الاعتداد بها حال وجود الشرطين المتقدمين في عقدين مختلقين كأن يكون العقد الأصلي فيه بند تحكمي وعقد لاحق بند اختصاص قضائي، لكن يصعب الأخذ به حال وجود الشرطين المتقدمين في عقد واحد على سبيل التتابع ومن هذا المنطلق وجب البحث عن معيار أخر للترجيح بين هذين الشرطين المتعارضين[3].

نجد العديد من أحكام القضاء الفرنسي تقضي في هذه الحالة بترجيح التحكيم على القضاء الوطني بمعنى إعطاء الأولوية لقضاء التحكيم، ذلك أن التحكيم من الشروط الخاصة التي تقيد الشروط العامة وهذا ما أيده القضاء الفرنسي في الكثير من الأحكام التي منح فيها الأسبقية لقضاء التحكيم على الاختصاص القضائي الوطني نذكر منها الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف باريس في 29 -11- 1991 حيث ورد هذا الحكم في نزاع يتعلق بمجموعة عقدية ورد في احد عقودها وهو العقد الأساسي شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس وفي العقد الأخر وهو العقد التنفيذي شرط اختصاص القضائي لمحكمة باريس التجارية وقد أدى ذلك عند حدوث نزاع لان يعلن كل قضاء اختصاصه بالفصل في النزاع ثم أصدرت حكما تمهيديا في 30 مارس 1990 يقضي باختصاصها بالفصل في النزاع وعلى اثر ذلك طعن كل طرف في الحكم الصادر من القضاء الأخر الأمر الذي تجمع لدى المحكمة الاستئنافية طعنان

---

[1]- أحمد مخلوف، **المرجع السابق،**، ص 173.

[2]- هشام خالد، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام الدولة وقضاء التحكيم في نطاق المنازعات التجارية الدولية، **المرجع السابق**، ص 331.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 331.

أحدهما يرمي إلى إبطال الحكم التحكيمي والأخر إلى بطلان حكم المحكمة التجارية تأسيسا على نفس السبب وهو عدم الاختصاص وكان على محكمة استئناف باريس أن تحسم هذه المسالة فأصدرت الحكم التالي" لما كان العقدان المؤرخان في 1974و1976 يشكلان مجموعة عقدية واحدة وان العقد الثنائي جاء تنفيذا للعقد الأول الذي اتجهت فيه ارادة الأطراف الى تسوية المنازعات التي تتشئ بينهم عن طريق التحكيم ...،ولما كان شرط التحكيم مجالا اكثر اتساعا من شرط الاختصاص القضائي فان هيئة التحكيم ينعقد لها الاختصاص وحدها بنظر النزاع أما شرط الاختصاص القضائي الذي يعين محاكم باريس فلا يمكن تفسيره إلا على أنه شرط اختصاص احتياطي لاتفاق التحكيم يعمل به في حالة عدم إمكانية انعقاد محكمة التحكيم" [1]. والملاحظ أن محكمة استئناف باريس أعطت الأولوية للتحكيم لأنه مجال أكثر اتساعا وامتيازا من القضاء الوطني، وبالتالي في حالة تنازع الاختصاص للفصل في النزاع أن يراعى مبدأ إعلاء الاختصاص التحكيمي على الاختصاص القضائي، فلو لجأ أحد الأطراف الى عرض نزاعه على القضاء الوطني وتمسك الطرف الأخر بالاتفاق التحكيمي وجب على قاضي المحكم إحالة النزاع إلى التحكيم تطبيقا للمبدأ أولوية التحكيم على القضاء الوطني في حالة تعارض الاختصاصين في نفس العقد.

ب- **الاتفاق التحكيمي الموصوف:** من الإشكالات العملية التي قد تواجه استمرارية العلاقة الاختيارية بين القضاء والتحكيم هو اتفاق الأطراف تضمين عقدهم شرط لتحقق التبادل فإذا تحقق هذا الشرط وجب الالتزام كأن يشترط الأطراف اللجوء الى التحكيم بعد وجوب استنفاد الوسائل القضائية الودية أو وجوب إجراء مفاوضات لإعمال اللجوء التحكيم للفصل في النزاع، أو أن يكون مضاف إلى أجل وسنبين ذلك من خلال ما يلي:

ب-1:الاتفاق التحكيمي المعلق على شرط: نشير في البداية أن مصطلح الشرط يستعمل في الدلالة على عدة معان فهو يستخدم للتعبير عن الأحكام التي يتفق عليها أطراف العقد لتنظيم العلاقة التعاقدية كالشرط الجزائي، أو لكيفية الالتزام والفصل كشرط التحكيم ومكان تسديد الثمن فهذه الأخيرة هي بنود للعقد وليس أوصاف للالتزام كما سيجري بيانه في هذا الموضع[2].

إذا يقصد بالشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله، فاذا كان وجود الالتزام متوقفا على الشرط يكون الشرط واقفا، أما إذا ترتب على تحقق الشرط زوال الالتزام المعلق عليه كان هذا الشرط فاسخا[3]، ولا شك أن القانون الذي يحكم الاتفاق التحكيمي هو الذي يحكم

---

[1]-.أحمد مخلوف، **المرجع السابق**، ص 174-175.

[2]- محمد حسين أحمد منصور، **النظرية العامة للالتزام**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع،مصر،دون طبعة،سنة 2005،ص 287.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 286.

جميع الأوصاف التي قد أن تلحق بالاتفاق المعني[1]، الذي من شأنه أن يعدل أثار الالتزام الأساسي وفي هذا الشأن نميز بين:

- **الشرط الواقف:** هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام فان تخلف لم يخرج الالتزام الى الوجود، والغني عن البيان أن هناك عدة خصائص يجب توفرها حتى يكون الشرط الواقف صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية فيجب أن يتعلق بأمر مستقبل وان يكون غير محقق الوقوع وان يكون الأمر ممكنا ومشروعا[2] .

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بأنه إذا كان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم معلقا على شرط واقف و اتضح عند نشأة النزاع أن هذا الشرط قد سبق له أن تحقق في الواقع قبل إبرام الاتفاق التحكيمي المعني، فان الاتفاق التحكيمي يعد منجزا بما يفيد أنه حال لجوء أحد الخصمين إلى المحكمة وتمسك الخصم الأخر بالاتفاق المعني هنا تلتزم المحكمة الوطنية بإحالة الخصوم إلى المحكمة حيث ان شرط التحكيم قد تحقق فعلا من قبل. فإذا كان محل الشرط الواقف واقعة محققة الوقوع ونشأ النزاع بين الخصوم هنا يكون الاتفاق التحكيمي مضاف لأجل وليس معلق على شرط وسنعالج هذه الحالة عند الوصول الى الاتفاق التحكيمي المودع لأجل، وإذا كان الأمر محل الشرط الواقف مستحيلا هنا سوف يكون الاتفاق التحكيمي غير موجود وبيان ذلك أنه اذا كان الشرط المستحيل واقفا فالالتزام لن يوجد على وجه الإطلاق لامتناع تحقق الواقعة التي علق عليها وجوده، وبالتالي إذا لجأ أحد الخصوم إلى المحكمة الوطنية ودفع الأخر بالتحكيم ستمتنع المحكمة عن إحالة الخصوم إلى التحكيم، نظرا لعدم وجود اتفاق تحكيمي لتقوم بالفصل في النزاع المعروض عليها، كما أنه إذا كان محل الشرط غير مشروع فالاتفاق التحكيمي يكون غير موجود وتتصدى المحكمة الوطنية في النزاع دون إحالته إلى المحكمة التحكيمية[3].

- **الشرط الفاسخ:** يكون الشرط فاسخا اذا علق عليه فسخ العقد وزوال الحق فالالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال وينفذ ولكن زواله هو الذي يعلق على الشرط، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن واذا تخلف يصبح الالتزام باتا ويشترط فيه نفس الشروط التي ذكرناها على الشرط الواقف من ان يتعلق بأمر مستقبل وممكن وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة .

اذا كان محل الشرط الفاسخ واقعة معينة وثبت أن هذه الواقعة كانت قد تحققت فعلا قبل ابرام الاتفاق المعني فلا ينشأ الالتزام أصلا إذا علق زواله على تحققها معنى انه إذا نشأ النزاع المعني ولجأ أحد الخصوم إلى المحكمة الوطنية فدفع الخصم الأخر بالاتفاق التحكيمي ففي هذه الحالة ستمتنع المحكمة

---

[1]- هشام خالد، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام الدولة وقضاء التحكيم في نطاق المنازعات التجارية الدولية، **المرجع السابق**، ص 334

[2]- محسن حسين أحمد منصور، **المرجع السابق**، ص 289 وما بعدها.

[3]- هشام خالد، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام الدولة وقضاء التحكيم في نطاق المنازعات التجارية الدولية، **المرجع السابق**، ص 335.

بالإحالة لأن الاتفاق التحكيمي لم ينشأ اصلا لتحقق الواقعة الموجبة لزواله قبل نشأته، أما إذا كان الشرط الفاسخ غير ممكن أو كان غير مشروع هنا يكون الشرط الفاسخ باطلا ويكون الالتزام صحيحا بشرط ألا يكون هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام، وعليه إذا كان اتفاق التحكيم معلقا على شرط فاسخ ونشأ النزاع بين الخصوم وقام أحدهما باللجوء الى المحكمة ودفع الأخر بالتحكيم هنا سوف تقوم المحكمة بإحالة الخصوم الى المحكمة التحكيمية، وذلك على أساس صحة اتفاق التحكيم مع زوال الشرط الفاسخ شريطة ألا يكون هذا الشرط هو الدافع الى إبرام الاتفاق التحكيمي، وإذا كان الشرط الفاسخ محقق الوقوع صار الأخير أجلا لا شرطا [1].

ب-2: الاتفاق التحكيمي المضاف إلى أجل: يقصد بالأجل هو أمر مستقل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام وانقضائه وكما هو معلوم أن هذا الأجل إما أن يكون واقفا ويترتب عليه إجراء نفاذ الالتزام وأما أن يكون فاسخا فيؤدي إلى انقضاء الالتزام، والأجل الفاسخ لا يعتبر وصف للالتزام بالمعنى الدقيق لأنه لا يعدل من أثار الالتزام، وما يميز الأجل عن الشرط هو أن الأجل أمر محقق الوقوع ولذلك الحق المؤجل موجود كاملا وان كان مؤجل النفاذ[2]، ولقد عالجه المشرع الجزائري في المواد من 209 الى 212 من القانون المدني.

- **الأجل الواقف:** هو الذي ترتب على وقوعه نفاذ الالتزام، ونفاذه يتوقف عند حلول موعده المحدد ويكون الأجل الواقف صحيحا منتجا لأثاره متى كان أمرا مستقبلا ومحقق الوقوع[3]،فإذا حدث نزاع بين أطراف عقد الاستثمار، فانه لا يمكن للخصوم الاتجاه إلى المحكمة التحكيمية حتى يتحقق الأجل المحدد والوارد في الاتفاق التحكيمي المعني، فاذا ما ذهب أحد الى المحكمة الوطنية ودفع الخصم الأخر بوجود اتفاق التحكيم هنا لن تستطيع المحكمة المتقدمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى وإحالتها على التحكيم في الفرض الذي لم يتحقق فيه الأجل بل سوف تتصدى للفصل في النزاع المرفوع اليها، ويرى البعض انه يجب على المحكمة ان توقف الدعوى المرفوعة أمامها حتى يتحقق الأجل المعني وعلى اثر ذلك تقوم بإحالة الخصوم الى المحكمة التحكيمية المعنية، ولكن يصعب الأخذ بهذا الرأي خاصة لو فرضنا أن هذا الأجل طويل وعلى هذا النحو يتعين على المحكمة أن تتصدى لحسم النزاع، لكن التساؤل الذي يطرح في هذا المقام هل يمكن للمحكمة الوطنية أن تتوقف في الفصل في النزاع بعدما أخذت شوطا كبيرا فيه في حالة تحقق الأجل المعني بين الطرفين؟ يرى جانب من الفقه انه من الوجوب وقف إجراءات الدعوى والحكم بعدم قبولها نظرا لتحقق الأجل احتراما للاتفاق التحكيمي بعدما تحقق مناط أعماله،أما إذا تحقق

---

[1]- هشام خالد، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام الدولة وقضاء التحكيم في نطاق المنازعات التجارية الدولية، **المرجع السابق**، ص 335-336.

[2]- سعيد سعد محمد عبد السلام، **الوجيز في أحكام الالتزام المدني**، دون ناشر، سنة2005 كتاب منشور على موقع www.askzad.com يوم 2017/09/06، الاطلاع ويوم 2017/08/25ص 201 وما بعدها.

[3]- محمد حسين أحمد منصور، **المرجع السابق**، ص 307.

الأجل قبل نشأة النزاع وقبل لجوء الخصم المعني إلى المحكمة وتمسك أحد الخصوم بسابقة الاتفاق التحكيمي ففي هذه الحالة وجب على القاضي الوطني بعدم قبول الدعوى وإحالتها للتحكيم[1].

يجوز النزول عن الأجل من جانب الطرف الذي تقرر لمصلحته، فلو قام أحد الخصوم برفع الدعوى إلى القضاء الوطني ودفع الخصم الأخر بالتحكيم هنا لن تستطيع المحكمة إحالة الخصوم إلى المحكمة التحكيمية لان الأجل لم يحل، ولكن في فرض أنه قام المدعي صاحب المصلحة بالتنازل عن الأجل يحق للقاضي الوطني أين يحكم بعدم قبول الدعوى وإحالتهم للمحكمة التحكيمية وهو نفس الفرض في حالة اتفاق الخصمين معا على التنازل عن الأجل ذلك في لحظة نشوء النزاع بينهم، فاذا كان أحد الأطراف رفع دعواه إلى القضاء وتمسك الطرف الأخر بالتحكيم فانه سوف يلتزم القاضي بإحالة الأطراف إلى التحكيم كون الاتفاق التحكيمي صار محققا بعد الاتفاق على إلغاء الأجل [2]، ولقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة 211 من قانون المدني حالات يسقط على إثرها حق المدين في الأجل إذا أشهر إفلاسه أو أعسر في هذا الفرض إذا وقع نزاع وقام أحد الخصوم برفع الأمر للقضاء الوطني ودفع الأخر بوجود اتفاق تحكيمي فان القاضي يقضي بعدم قبول الدعوى وإحالتها إلى التحكيم نظرا لسقوط الأجل قانونيا بسبب إفلاس المدين أو إعساره.

- **الأجل الفاسخ:** هو الذي يترتب على وقوعه انقضاء الالتزام المقترن به انتهاء تنفيذه، وهذا الفرض لا يتصور وجوده إلا في الالتزامات المستمرة أو دورية التنفيذ كعقود الاستثمار ،عقد توريد...الخ حيث يحدد الأجل مدة بقاء الالتزام وهو الطريق الطبيعي الذي يترتب على وقوعه انقضاء الالتزام الزمني وتجدر الإشارة أن الأجل الفاسخ قد يقع في بعض العقود التي لا يعتبر الزمن عنصرا جوهرا فيها بل عنصر عارضا[3] .

وبالتالي إذا أضاف الخصوم اتفاقهم بالتحكيم إلى أجل فاسخ وقام أحدهم برفع الأمر إلى القضاء بعد تحقق النزاع وقبل تحقق مثل هذا الأجل هنا سوف تلتزم المحكمة الوطنية بإحالتهما إلى المحكمة التحكيمية إعمالا للاتفاق التحكيمي القائم بين الطرفين، أما إذا تحقق الأجل الفاسخ من قبل اللجوء إلى القضاء الوطني هنا سوف ينقضي الاتفاق التحكيمي بتحقق الأجل الفاسخ فإذا تمسك أحد الأطراف بالاتفاق التحكيمي فان القاضي يرفض إحالة القضية إلى المحكمة التحكيمية لزوال الاتفاق التحكيمي وبالتالي الفصل في النزاع المعروض أمامها[4].

---

[1]- هشام خالد، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام الدولة وقضاء التحكيم في نطاق المنازعات التجارية الدولية، **المرجع السابق**، ص 336-337.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 338.

[3]-محمد حسين أحمد منصور، **المرجع السابق**، ص 309.

[4]- هشام خالد، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام الدولة وقضاء التحكيم في نطاق المنازعات التجارية الدولية، **المرجع السابق**، ص 338.

2- **الاتفاق التحكيمي الأبيض:** يعتبر اتفاق التحكيم الأبيض clause d'arbitrage blanche نوعا من اتفاقات التحكيم البسيطة التي لا تحتوي إلا على مبدأ اللجوء الى التحكيم فقط دون أي تحديدات خاصة بالمنازعات التي يمكن أن تستوي مستقبلا عن طريقه، كالمنازعات الناشئة عن تفسير العقد أو تنفيذه أو أي أمر أخر يتصل بإخلال أحد الطرفين بالتزاماته، كما يخلو من تحديد الجهة التي ستتولى النهوض بعملية التحكيم، هل هي مركز تحكيم دائم أم هيئة تحكيم عارضة، كما يخلو من بيان عدد المحكمين وكيفية تعين كل طرف لمحكمه إذا تقاعس أحد الأطراف على تعيين ذلك..الخ[1].

والجدير بالذكر ان العديد من التشريعات تلزم الأطراف أن يحددوا في شرط التحكيم عدد المحكمين وتحديد كيفيات تعيينهم تحت طائلة البطلان ومثال ذلك نص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثانية" .. يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم" وبالتالي الاتفاق التحكيمي الأبيض عديم الأثر في القانون الداخلي للتشريع الجزائري.

بيد انه يمكن على الأقل في معاملات التجارة الدولية أن يعطي أثرا لهذا الاتفاق وذلك بتفسيره على أن أطرافه قد قصدوا تحكيما عارضا، وسوف يتفق الأطراف عند نشوب النزاع على كيفية تشكيل المحكمة التحكيمية[2].

بل ذهبت بعض الاتفاقيات الدولية كالاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961 لأبعد من هذا ووضعت قاعدة في تفعيل هذا الشرط عندما نصت الفقرة السادسة من مادتها الرابعة على أنه " اذا لم يتضمن اتفاق التحكيم أية أشارة إلى طريقة أو نوع التحكيم، يكون للمدعي رخصة اللجوء إلى رئيس غرفة التجارة المختصة في بلد المدعى عليه، أو إلى اللجنة الخاصة المشار إليها في الفقرة 4 من ذات المادة وذلك من أجل تعيين المحكمين وتحديد مكان التحكيم، كما يكون للغرفة واللجنة المشار إليهما إحالة الأطراف إلى المؤسسة تحكيم منتظمة أو جعل التحكيم عارضا.

3- **الاتفاق التحكيمي المعتل او المريض:** يقصد بالاتفاق التحكيم المعتل أو المريض conventions d'arbitrage pathologique هو ذلك الاتفاقي الذي لا يتفق مضمونه مع حقيقة ألفاظه وعباراته المستخدمة في الصياغة وما يرغب فيه الأطراف اذ نجدها إما متناقضة أو غامضة أو ناقصة وهذا الاعتلال لا يكون فقط في غموض واختلاط الألفاظ ولكن كذلك في عدم التحديد الدقيق للهيئة التحكيمية وتشكيلها أو اسم المركز التحكيمي أو قانون الواجب التطبيق أو حتى مبدأ اللجوء الى التحكيم[3].

---

[1]- سلامة أحمد عبد الكريم، فن وأصول صياغة اتفاق التحكيم:شرط التحكيم، ومشارطته، **الورشة التكوينية حول فن التحكيم ومهارات المحكم**، المنضمة العربية للتنمية الإدارية- المغرب،سنة 2010،ص19.

[2]-سلامة أحمد عبد الكريم، فن وأصول صياغة اتفاق التحكيم:شرط التحكيم، ومشارطته، **المرجع السابق**، ص 19.

[3]- H. Scalbert et L. Merville**, les clauses compromissoires pathologiques** ;Rev arabe 1988,p 117.

ونذكر مثلا تشكيل هيئة التحكيم اذ تنص أغلب القواعد والنصوص المنضمة للتحكيم على وترية تشكيل هيئة التحكيم وفي غالب الحالات تتكون هيئة التحكيم من ثلاثة اذ يختار كل طرف محكم على أن يتم تعين رئيس الهيئة من طرف المحكمين المختاران، وفي حالة تقاعس الطرفين أو عدم التوصل إلى اتفاق بخصوص المحكمين المعيين تتولى سلطة التعين المحددة ذلك سواء كان القضاء أو هيئة مستقلة لكن ماذا لو تم الاتفاق على تعين محكمين اثنين، هل يعتبر هذا الشرط باطلا ويؤول إلى تعطيل عملية التحكيم أم هناك حل؟ وكذلك ماذا لو كان عدد الأطراف ثلاثة واختار كل طرف محكم من سيكون رئيس الهيئة التحكيمية؟

بالنسبة للفرض الأول أن البطلان لا يتناسب كحل كون أن إرادة الأطراف صريحة وواضحة في اختيار التحكيم، وبالتالي هناك إمكانية إنقاذ عملية التحكيم وذلك بزيادة محكم وفق إرادة ضمنية للطرفين إما باتفاق المحكمين المعيّنين أو بقرار من المحكمة الوطنية كمساند، وهو نفس الحل بالنسبة لتقاعس أحد الطرفين في تعيين محكمه أما بالنسبة للفرض الثاني حتى يتمكن الأطراف من ضبط صياغة الشروط التحكيمة للمنازعات التي تثار بين أطراف متعاقدة متعددة فيمكنهم إما الاتفاق على قواعد إجرائية تتضمن تنظيم تشكيل هيئة التحكيم مثلا كالقواعد السارية في مركز القاهرة دون تفصيل الموضوع أن الهيئة تتكون من ثلاثة محكمين، محكم يعينه الطرف المحتكم وإن تعددت أطرافه والمحتكم ضده محكم وإن تعددت كذلك أطرافه وعلى المحكمين المعنيين تعيين رئيس هيئة التحكيم[1].

كما قد يتم الإشارة للمركز التحكيمي أو قانون موضوعي غير موجود أساسا كأن يشير الشرط أن أي خلاف بين الطرفين ينشأ من العقد وبسببه يحال للتحكيم وفق قواعد مركز التحكيم البريطاني والقانون البريطاني أو مركز التحكيم الدولي في دبي، أو المركز الدولي في الجزائر ويبدو الغموض هنا في أنه لا يوجد مركز للتحكيم في المملكة المتحدة (بريطانيا) أو دبي أو الجزائر كما لا يوجد قانون يسمى القانون البريطاني باعتبار انه لا يوجد قانون موحد في بريطانيا فهناك القانون الانجليزي والقانون الاسكتلندي والمحاكم الاسكتلندية تعتبر القانون الانجليزي قانون أجنبي وكذلك الأمر بالنسبة للمحاكم الانجليزية وعليه فان مثل هذا الشرط يجعل من التحكيم غير ممكن لانعدام مركز التحكيم والقانون الواجب التطبيق فيعود إلى الأصل العام باختصاص القضاء الوطني[2].

ولقد تناولت قضية العقد المبرم في قضية بين أطراف من ألمانيا مدرج فيه شرط التحكيم كان نصه كالتالي " في حالة عدم التسوية الودية تفض كل المنازعات المحتملة طبقا للائحة غرفة التجارة الدولية في زيوريخ، وعلى إثر خلاف نشب بين الطرفين حول تنفيذ العقد لجأ أحدهما إلى غرفة التجارة في زيوريخ إعمالا لشرط التحكيم المذكور، غير أن الغرفة قضت بعدم اختصاصها وحالتها إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، وسببت أنها كانت مختصة بحل المنازعات التجارية إلا أنها تقتصر على المنازعات التجارية

[1]- هبة أحمد سالم، **المرجع السابق**، ص198.

[2]- بوحسين محمد رضا، **المرجع السابق**، ص92.

الوطنية دون الدولية، وقررت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس أن الشرط كان غير منضبط في صياغته كون أن الأطراف لم يوضحوا أنهم كانوا يقصدون اختصاص غرفة التجارة الدولية بباريس مع اختيار مدينة زيوريخ كمقر لانعقاد جلسات التحكيم فقط وعلى الغالب هذا كان قصدهم[1].

وذات الأمر قد وجدت عدة إشكالات في تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيمات المختلفة أما بسبب النص على أكثر من قانون أو عدم تحديد أي قانون أو الإشارة إلى مستند ملحق أو شرط عام للعمل بموجب العقد، كما أثيرت عدة نزاعات أعاقت استمرار الاختصاص بالتحكيم خاصة في العقود الخاصة أين يتفق الأطراف على اختيار قانون معين واجب التطبيق بحالته التي كانت عليه عند التوقيع دون الاعتداد بتعديلات لاحقة لهذا القانون أو إلغائه وهو ما يسمى بشروط الثبات التشريعي[2]، لذا يجب على الأطراف والمختصين في إبرام العقود التطرق لجميع الشروط التحكيمية بوضع لا يثير شك أو غموض أو تفسير.

كما تجدر الإشارة أنه إذا لم يخضع أطراف النزاع للتحكيم المؤسسي فان اختيارهم لتحديد مكان التحكيم يعتبر من الأساسيات لما لها من أثر حاسم لعدد من الأمور الهامة التي يمكن أن تكون عائقا يحول دون الاستمرار الاختصاص التحكيمي عند الخضوع إلى إجراءات الطعن على إجراءات التحكيم لقانون دولة مكان التحكيم، وكذا تحديد دولة القضاء الوطني عند تدخله لإعادة سير فاعلية التحكيم، وهذا الالتزام كذلك مفروض على الأطراف في تحديد لغة الجلسات وتجنب اعتماد أكثر من لغة وهو ما ينعكس على اختيار المحكمين الذين يجيدون هذه اللغة وبخبرتهم وإلمامهم بالمسائل القانونية الوطنية والأجنبية وحتى لا يؤدي إلى تعطيل الإجراءات عند إخضاع كل وثيقة للترجمة لأكثر من لغة [3].

كما قد نحصي العديد من الاتفاقات التحكيمية المعتلة، المعيبة في صياغتها، كالاتفاق التحكيمي الغير القاطع في مبدأ اللجوء للتحكيم، كأن يدرج الأطراف في العقد بند ينص ان أي نزاع أيا كانت طبيعته ينشأ أو يتعلق بهذا الاتفاق بأية كيفية أو تكوينه أو تنفيذه **ربما** يلجأ فيه الى التحكيم " فمثل هذا الشرط لا يجزم في اتجاه إرادة الأطراف نحو إبرام اتفاق تحكيمي ملزم لهم بل هو أقرب للوعد بالتحكيم، يستلزم فيها بعد وقوع النزاع إبرام مشارطة تحكيم يتحدد فيها تفصيل موضوع النزاع والمسائل التي ستعرض على التحكيم، وهو ما يشكل إشكال في عدم إلزام أحد الطرفين إذا وقع نزاع ولجأ الطرف الأخر الى اتخاذ إجراءات التحكيم لأن اللفظ لا يدل على الإلزام بل مخيّر[4] .

ثانيا: العمل الإجرائي للأطراف الموقف للتحكيم وفي هذا الفرض هناك العديد من الإجراءات التنظيمية التي يقوم بهذا الأطراف تؤدي إلى وقف اختصاص التحكيم ونوردها في ما يلي :

---

[1]- سلامة أحمد عبد الكريم، فن وأصول صياغة اتفاق التحكيم، **المرجع السابق**، ص21.

[2]- بوحسين محمد رضا، **المرجع السابق**، ص95.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 96 وما بعدها.

[4]- سلامة عبد الكريم، فن وأصول صياغة اتفاق التحكيم، **المرجع السابق**، ص 18.

1- الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم: انطلاقا من مميزات قضاء التحكيم الذي يجيز للأطرف أن تكون لهم الإرادة الكاملة لتنظيم إجراءاته وتحرره من القواعد القانونية المعقدة الموجودة في القضاء الوطني مع المحافظة على المبادئ الأساسية لتقاضي .فانه يمكن أن يتفق الأطراف على وقف سير إجراءات الخصومة التحكيمة في أي حالة تكون عليها حتى اذا كان ذلك بعد إقفال باب المرافعة وكانت الدعوى مهيأة للحكم فيها أو أنها حجزت للتحكيم [1]، على أن يكون هذا الوقف رهنا باتفاق جميع الأطراف،فلا يملك أحدهما طلب الوقف إذا اعترض الطرف الأخر على ذلك كما أن لهيئة التحكيم استئناف السير في الإجراءات حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها إذا طلب منها ذلك أحد الأطراف أو كليهما [2].

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الموضوع بتاتا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عكس الوقف التعليقي الذي اشترط لإقراره إجازة هيئة التحكيم عن طريق إحالة محكمة التحكيم الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة [3]، في حين نص المشرع المصري صراحة في المادة 128 من قانون المرافعات المصري انه يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على وقف الخصومة لأي مدة دون التقيّد بحد أقصى على أنه إذا كان الأطراف قد اختاروا قانونا إجرائيا معينا أو نظام مركز للتحكيم تخضع له إجراءات التحكيم وكان هذا القانون أو هذا النظام يحدد حدا أقصى للوقف الاتفاقي فانه يجب عليهم التقيد بما ينص عليه[4] .

ومتى أوقفت الخصومة التحكيمية فإن جميع الإجراءات التي تتم خلال مدة الوقف تعتبر باطلة وعديمة الأثر، الفقه متفق حول هذه النقطة لكن اختلف حول ميعاد إصدار الحكم، فإذا كان على تلك الهيئة أن تصدر الحكم المنهي للخصومة في ظرف 04 أشهر من تاريخ بدأ إجراءات التحكيم[5]، فانه على الأطراف أن تعمل على استطالة الموعد وعلى هذا ذهب البعض إلى القول بأن الوقف الاتفاقي للخصومة التحكيمية لا يوقف سريان ميعاد الحكم إلا إذا اتفق الطرفان على تعديل الميعاد ذلك أن الأصل في تحديد ميعاد إصدار الحكم هو إرادة الأطراف [6].

[1]- أحمد السيد الصاوي، **التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994وأنظمة التحكيم الدولية**، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر،مصر دون طبعة،سنة 2002،ص 165.

[2]- ليلى علي سعيد الخفاف، **وقف الخصومة في أصول المحاكمات المدنية الأردني دراسة مقارنة بين التشريعات الأردنية والعراقية والمصرية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة عمان العربية للدراسات العليا كلية الدراسات القانونية والسياسية العليا قسم القانون الخاص، المملكة الأردنية الهاشمية،سنة2010، ص 123.

[3]- بوالصلصال نور الذين، **المرجع السابق**، ص 311.

[4]- لزهر بن سعيد، **المرجع السابق**، ص303.

[5]-ينظر: المادة 1018 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والادراية، **المرجع السابق**

[6]- محمود مختار أحمد البريري، **المرجع السابق**، ص 120.

في حين ذهب جانب من الفقه إلى القول أن الوقف الاتفاقي يوقف الميعاد المقرر اتفاقا وقانونا لإصدار حكم التحكيم، ويضيف إلى أنه بانقضاء الوقف الاتفاقي يستكمل ميعاد التحكيم سريانه بالاعتداد بالمدة السابقة على الوقف ويكون من الجائز تعجيل الخصومة أمام التحكيم [1].

وتجدر الإشارة أن الوقف الاتفاقي لا يؤثر على اختصاص هيئة التحكيم في الفصل في النزاع المعروض عليها، وإنما يبقى قائما ويستأنف دوره في الفصل في النزاع بمجرد انقضاء مدة الوقف، بمعنى أن وقف الخصومة التحكيمية يؤثر على سيرها لا على قيامها فهي رغم الوقف تعتبر موجودة وقائمة أمام الهيئة التحكيمية فتبقى الخصومة منتجة لأثارها ويبقى صحيحا كل ما تم من إجراءات قبل وقفها، ولكن تبقى راكدة إلى غاية انتهاء مدتها أو اتفاق على إنهائها[2].

كما أن عدم طلب الأطراف استمرارية الدعوى والسير في إجراءاتها بعد انتهاء مدة الوقف لا يعتبر أن الأطراف تركوا دعواهم طالما لم يتفقوا على غير ذلك وفي هذه الحالة يجب على هيئة التحكيم أن تخطر الأطراف من تلقاء نفسها بانقضاء مدة الوقف حتى يبادروا لاستئناف سير الخصومة التحكيمية [3].

والاستئناف قد يتم بأي وسيلة أو إجراء يكون الخصوم قد اتفقوا عليه وفي حالة عدم وجود اتفاق بخصوص وسيلة تعجيل فلا يوجد ما يمنع من الرجوع إلى أحكام التعجيل المعمول بها في القانون الذي يحكم إجراءات الخصومة القضائية مادام أن الأحكام الخاصة بالتحكيم لم تتطرق إلى ذلك ولكن مع تطويعها لتتماشى وخصومة التحكيم[4].

2- عزل المحكم الاتفاقي: يقصد بالعزل أن يسحب الخصوم من المحكم أو المحكمين مهمة الفصل في النزاع الذي تحدد في اتفاقية التحكيم بحيث لا يواصل المحكم المهمة المسندة إليه إلى نهايتها [5]، ولقد أجاز المشرع الجزائري عزل المحكم ورتب على ذلك إنهاء الاتفاق التحكيمي وبالتالي انقضاء الاختصاص التحكيمي، لكن يجب أن يستند عزل المحكم لتراضي واتفاق جميع الخصوم (مادة 1041 و1018 من قانون إجراءات المدنية والإدارية) ذلك كون أن المحكم المعين باتفاق الطرفين مباشرة في اتفاق التحكيم

– بندا كان أم عقدا– أو بطريق غير مباشر وبالتالي فمن المنطقي أن يكون العزل بنفس كيفية التعيين أي باتفاق جميع الأطراف وفقا لقاعدة من يملك العزل يملك التعيين. وحتى لو كان المحكم معينا من جانب طرف واحد استقل بتعيينه أو كان معيينا بواسطة القضاء وليس الأطراف فان عزله كذلك يجب أن تتم بتراضي جميع الأطراف.

1- عاشور مبروك،**النظام الإجرائي لخصومة التحكيم(دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة)**، مكتبة الجلاء،الطبعة الثانية،سنة 1998ص، 337

2-ليلى علي سعيد الخفاف، **المرجع السابق**، ص 124.

3-لزهر بن سعيد، **المرجع السابق**، ص 304.

4-عاشور مبروك، **المرجع السابق**، ص 339.

5- أحمد خليل، **المرجع السابق**، ص 64

وإذا كان العزل جائزا باتفاق الخصوم عليه فان أي عزل لا يكون إلا بعد تعيين المحكمين وقبولهم مهمتهم وبالتالي لا يكون محلا للعزل إلا بعد قبول المحكم للتحكيم، كما يجب أن يتم العزل قبل صدور حكم المحكم ومن تم يجوز العزل في أية حال تكون عليه خصومة التحكيم، ويجب أن يتم العزل خلال الأجل المنصوص عليه في المادة 1018 من ق إ م إ) " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو تاريخ إخطار محكمة التحكيم غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم تمديده وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة[1] .

وتجدر الإشارة كذلك إذا كان العزل اتفاقيا بجميع الأطراف فانه لا يعتبر معزولا المحكم الذي قام أحد الأطراف بمفرده بعزله، كما لا يجوز للقضاء قبول دعوى العزل المرفوعة من أحد الأطراف .

والعزل قد يمس محكم واحد حتى ولو كان المحكم واحدا، كما يمكن أن يلحق بأكثر من حكم بل بجميع الهيئة التحكيمية، وعزل المحكم قد يكون صريحا إذا تم بالاتفاق كتابة أو شفاهة بشكل صريح يتخلى الخصوم جميعا بمقتضاه عن حسم النزاع عن طريق التحكيم وإسناد الأمر لقضاء الدولة، كما قد يكون العزل ضمنيا إذا لجأ أحد الخصوم إلى قضاء الدولة رغم وجود التحكيم وحضر الخصم الأخر ولم يدفع بسبق الاتفاق على التحكيم أو إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم أخر لنظر ذات النزاع أو إذا امتنعوا عن حضور الجلسات قبل أن تصبح القضية جاهزة لإصدار القرار فيها أما مجرد التأخير في إسناد المهمة الى المحكم فانه لا يستفاد منه عزله[2].

تجدر الإشارة أنه من الطبيعي أن تنتهي الخصومة في التحكيم، وبالتالي انتهاء اتفاق التحكيم اذا ترتب على عزل المحكم لكن بشرط أن يكون فيها المحكم المعزول معينا باسمه في اتفاق التحكيم اذ يصبح الاتفاق في هذه الحالة غير مشتمل على تعيين المحكم المشار إليه من قبل الأطراف، وبالتالي ساقطا سواء كان بند تحكيمي أو عقد كون أن فكرة تعيين المحكمين بأسمائهم يعني أن شخصية المحكمين كانت هي الدافع والسبب لالتزام الأطراف في اتفاق التحكيم، وبالتالي عزل أحد المحكمين كاف لوضع نهاية لاتفاق التحكيم كونه قائم على الاعتبار الشخصي، لكن لا مانع أن تظل الخصومة التحكيمية قائمة رغم عزل المحكم وذلك إذا تم إنشاء اتفاق خاص بين الخصوم على بقاء الاختصاص التحكيمي، في حين لا يؤدي انتهاء هذا الاتفاق ولا يؤدي إلى إنقضاء الاختصاص التحكيمي في الحالة التي لا يكون فيها المحكم المعزول معينا باسمه في اتفاق التحكيم وإنما تعيينه في وقت لاحق وفقا للطريقة التي بينها هذا الاتفاق، فيتعين على الأطراف تعيين محكم أخر أو أكثر بدلا عن الذي تم عزله

---

[1]– بوالصلصال نورالدين، **المرجع السابق**، ص 314.

[2]– أحمد خليل، **المرجع السابق**، ص 64.

وفق لنفس الطريقة التي يتضمنها الاتفاق التحكيمي[1]، بمعنى أن الخصومة التحكيمية واقفة إلى غاية استئنافها من جديد بعد تعين محكم جديد.

الفرع الثاني: عوائق تعود للإرادة المنفردة لأحد الأطراف

قد تعترض خصومة التحكيم بعض العوارض التي تحول دون استمرارية إسناد الاختصاص للهيئة التحكيمة في نظر النزاع المعروض أمامها والتي يمكن تنشأ نتيجة اتفاق الخصوم عليها إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة عن غير قصد كما بينا أعلاه لعيب في الصياغة أو لتنظيم إجراءات التحكيم، لكن هناك عوارض ترجع بصفة خاصة للإرادة المنفردة لأحد الأطراف أين تحدث في فرضين أما لعدم توصل الأطراف إلى اتفاق بشأن مسألة من المسائل الإجرائية للتحكيم كإنهاء مهمة المحكم أو رده (أولا) و إما تعمدا للتقاعس وتعطيل إجراءات التحكيم مما يلحق ضررا بمصلحة طرف لحساب طرف أخر كعدم تعين محكم أو دفع الدولة بحصانتها (ثانيا) .

وتجدر الإشارة أن هذه العوارض الناتجة عن الإرادة المنفردة دائما ما تتطلب إجراء مكمل يتمثل في تحريكها بواسطة القضاء الوطني الذي يقوم باستكمال تحققها عن طريق الأمر بشأنها [2].

أولا: عدم توصل الأطراف إلى اتفاق حول مسائل التحكيم : يعتبر اتفاق التحكيم من الوسائل المساعدة على التوصل إلى تسوية ودية بين الطرفين، يتم فيها صياغته بالشكل الذي يكون ملائما لمصالحهم وبالتالي يكون مرشح للبقاء والاستمرار للحصول على حل مرضي، لكن قد يختلف الأطراف عند السير في إجراءات التحكيم بحثا على تسوية ولا يتفقون على بعض المسائل التي أصبح وجودها ملموسا كأحد المشكلات التي تعترض سير نظام التحكيم سنأتي على بيانها في ما يلي :

1- **رد المحكم** : يقصد برد المحكم أن يعبر أحد أطراف خصومة التحكيم عن عدم رغبته في اشتراك محكم معين في الهيئة التحكيمية لتوافر سبب من الأسباب التي حددها القانون[3]، وبالتالي فالقانون يجيز من حيث المبدأ رد المحكم فهو وسيلة تكفل حياد وانتقاء هيئة تحكيم حتى تكون خالية من أي شبهة تبين عدم نزاهتها أو انحيازها لطرف دون الأخر .

اذ تعد من أهم الضمانات المخولة للخصوم التي حرصت مختلف التشريعات على تنظيمها في مواجهة شخص المحكم كما تعتبر حالة رد المحكم من الحالات التي يمكن لأحد أطراف خصومة التحكيم سلب اختصاص هيئة التحكيم بإرادته المنفردة ولقدتم تفصيل هذا العنصر في الباب الأول لدور القضاء المساعد.

2- **إنهاء مهمة المحكم** : يقصد بإنهاء مهمة المحكم هو اتجاه أحد أطراف النزاع إلى المحكمة المختصة ويطلب إنهاء عمل المحكم المستمد عمله من اتفاق التحكيم ،على أن تقوم المحكمة المختصة

---

[1]- أحمد خليل، **المرجع السابق**، ص 66 وما بعدها.

[2]- بوالصلصال نور الدين، **المرجع السابق**، ص 315.

[3]- أحمد خليل، **المرجع السابق**، ص 71.

بعد ذلك الرد على المحكم أما بالقبول أو الرفض وفقا لسلطتها التقديرية واستنادا على دفوعه ومبرراته لذلك، ويجب الإشارة أن إنهاء مهمة المحكم لا يتطلب اتفاق كافة الأطراف، كالعزل وإنما يتعذر فيه إجماع الأطراف على العزل فإذا توفرت الأسباب الجدية لذلك يتحتم على الطرف الذي نظر في إقصائه اللجوء الى المحكمة المختصة لإنهاء مهمته، كما ان هذا الأخير لا يقصد به الرد فإنهاء المحكم لا يرجع لسبب يتعلق باستقلاليته وحياده ولا لأي سبب من الأسباب التي أشارت إليهم المادة 1016 من ق إ م إ وإنما يرجع إلى أسباب أخرى سنبينها وفق ما يلي[1]:

- عدم قدرة المحكم على الاستمرار في القيام بالتزاماته بشكل يخدم مصلحة الأطراف، او عدم مباشرتها أصلا او انقطاعه عن أدائها لأسباب صحية أو اجتماعية أو وجود مانع قانوني أو فعلي يمنعه من عمله وهذا ما أشارت إليه المادة 1024 من ق إ م إ "ينتهي التحكيم إذا... رفض المحكم القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له ما لم يوجد شرط مخالف..."
- عدم اتفاق الأطراف على عزل المحكم رغم توفر موجبات ذلك
- أن يترتب على عدم قيام المحكم بمهمته تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم بشكل يضر مصالح الأطراف مع خضوع مدى التأخير للمحكمة المختصة.
- أن يرفض المحكم التنحي وترك مكانه اختياريا إذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز التنحي أو الترك رغم توافر أسباب لذلك مما يعتبر تعسفا غير مفهوم من جانبه .

وعليه إذا توفرت هذه الأسباب الجادة أو غيرها يجوز للطرف الذي يعارض بقاء المحكم في هيئة التحكيم بطلب إنهاء مهمته من طرف المحكمة المختصة.وهذا ما يستشف من نص المادة 1041 من ق إ م إ التي وضح فيها المشرع أنه في حالة صعوبة التعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم بالتعجيل اللجوء إلى القضاء عن طريق رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج وأختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر .

وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة 20 من قانون المرافعات المصر رقم 27 " اذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي الى تأخير لا مبرر له في اجراءات التحكيم ولم يتنح ولم يتفق الطرفان على عزله جاز للمحكمة المشار اليها في المادة 09 من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناءا على طلب أي من الطرفين".

والملاحظ أن النص المصري جاء أكثر وضوحا وتفصيلا لمفهوم إنهاء مهمة المحكم من المشرع الجزائري الذي لم يشر إلى ذلك بدقة.

[1]- بوالصلصال نور الدين، **المرجع السابق**، ص 315-316.

كما عالجت المادة 13/فقرة4 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المنقح في عام 2010على حالة عدم اتفاق الطرفين على عزل المحكم فنصت على أنه " إذا لم يوافق جميع الأطراف على الاعتراض أو لم بتنح المحكم المعترض عليه في غضون 15 يوما من تاريخ الإشعار بالاعتراض جاز لطرف المعترض أن يواصل إجراءات الاعتراض على تلك الحالة وفي غضون 30 يوما من تاريخ الإشعار بالاعتراض أن يلتمس التعيين البث في الاعتراض .

عند الحكم بإنهاء مهمة المحكم من طرف المحكمة المختصة تستأنف الإجراءات باستبدال هذا المحكم بالشروط والمتفق عليها من قبل الأطراف وفي حالة عدم الاتفاق يمكن الفصل فيها عن طريق المحكمة المختصة المشار إليها في نص المادة 1041 وكذا المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والادراية.

ثانيا: التقاعس عن أداء الالتزام : في هذا الفرض يكون للأطراف نية مبيتة لإعاقة السير الحسن لإجراءات التحكيم عن طريق عدم الالتزام بالتزامهم رغم قدرتهم ومثال ذلك:

1- عدم تعين المحكم أو القيام ببعض إجراءات التحكيم: قد يعمد أحد الأطراف إلى سلك طريق سلبي عند قيام إجراءات التحكيم قصد عرقلة سيرها ومنع صدور الحكم التحكيمي، وإلحاق الضرر بالطرف الأخر لعلمه أن الحكم سيكون ضده بلا شك، فيقوم بالامتناع عن المشاركة في إجراءات التحكيم كالتقاعس في تعيين المحكمين أو الامتناع عن تقديم الدفوع أو حضور جلسات التحكيم .

ما يعد بمثابة تراجع ضمني على اتفاق التحكيم، بهدف تأجيله أو البحث عن طرق جديدة للتسوية وبالتالي حفاظا على مصداقية التحكيم وأهم مميزاتها في السرعة والمرونة في الفصل في النزاع فقد نصت التشريعات الوطنية والدولية و أقرت حلول لمواجهة هذه المشاكل، أنه في حالة اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه[1]، وهو ما عالجه كذلك المشرع المصري في المادة 2/17 أنه في حالة تقاعس أحد أطراف عن التعين تسند مهمة التحكيم لمحكمة استئناف القاهرة .

وتجدر الإشارة كذلك أن الامتناع عن تعيين المحكمين أو عدم تقديم الدفوع بالامتناع عن حضور الجلسات قد يكون لسبب آخر غير تأخير الفصل في النزاع ، فقد يعمد الأطراف عدم تشكيل المحكم لهدف القيام ببعض التصرفات الاحتيالية ومنها مثلا إخفاء الأدلة أو تهريب الأموال ونقل ملكيتها وذلك قصد إبعادها من اتخاذ إجراءات التحفظية عليها[2].

---

[1]- يراجع كل من: المادة 1009 وكذا المادة 1041 من **قانون الإجراءات المدنية والادراية.**

[2]- حسيني يمينة، **تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، فرق القانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2011، ص 56.

أما بخصوص عدم تقديم الدفوع أو الحضور للجلسات فإن المشرع وفر حماية للأطراف، فقد قرر احترام مبدأ الوجاهية بين الأطراف والذي مفاده تمكين كل طرف من إبداء دفوعهم لصون حقوقهم[1]، اذ وجب على الهيئة التحكيمية أن تمكن كل طرف بعرض دعواه ودفاعه ومصالحه ليس هذا فقط بل إخطارهم بكل إجراء من الإجراءات كتشكيل المذكرة أو تقرير الخبرة أو شهادة تقرير وإتاحة الفرصة الكاملة لكل منها، وإلا صدر التحكيم معيبا وجديرا برفض الاعتراف به وتنفيذه، ولا يكفي هذا بل لا بد أن تحترم حتى المدة التي تمنح لكل طرف، فإذا عمد أحد الأطراف إلى الغياب عن الحضور قصد التمسك بهذا السبب ليكسبه حقا في طلب إلغاء الحكم وإبطاله وبذلك ينقص من فاعلية نظام التحكيم فقد نصت المادة 45/ فقرة 2 من اتفاقية واشنطن أنه سمحت للطرف الثاني أن يطلب من المحكمة الاكتفاء بما تم الحصول عليه من أدلة ووثائق، وإصدار حكمها في النزاع وذلك في حالة غياب أحد الأطراف وامتناعه عن تقديم دفوعه على أن يقوم المحكم بإخطار هذا المتغيب أو الممتنع بالطلب الذي تلقته من طرف الطرف الثاني، وأن تمنح له مهلة لتدبر الأمر قبل إصدار حكمها ما لم يتضح للمحكمة عدم توفر نية الحضور إلى المحكمة والسير في الخصومة .

ولقد تطرقت كذلك المادة 30 من القانون النموذجي المنقح في سنة 2010 على أنه إذا قصر المدعي دون إبداء عذر مقبول في تقديم بيان دعواه خلال المدة المحددة في هذه القواعد، أو التي تحددها هيئة التحكيم، أصدرت الهيئة أمرا بإنهاء إجراءات التحكيم ما لم تكن هناك مسائل متبقية قد يلزم الفصل فيها ورأت الهيئة أن المناسب فعل ذلك، كذلك إذا قصر المدعي عليه دون إبداء عذر مقبول في تقديم الرد على إشعار التحكيم أو بيان دفاعه خلال المدة المحددة في هذه القواعد أو التي تحددها هيئة التحكيم أصدرت الهيئة أمرا باستمرار إجراءات التحكيم دون أن تعتبر هذا التقصير في حد ذاته قبولا لمزاعم المدعي وتسري أحكام هذه الفقرة الفرعية أيضا على تقصير المدعي في تقديم دفاعه ردا على دعوى مضادة أو دعوى مقامة لغرض الدفع بالمقاصة .

وعليه إذا قصّر أحد الأطراف بعد إبلاغه حسب الأصول في حضور جلسة الاستماع دون إبداء عذر مقبول أو عدم تقديمه أصلا جاز للهيئة أن تواصل إجراءات التحكيم، وهو نفس الأمر إذا دعت فيه الهيئة أحد الأطراف في تقديم مستندات أو أدلة تفيد الفصل في موضوع النزاع وقصر أو تماطل في تقديمها خلال المدة المحددة جاز للهيئة التحكيمية أن تصدر التحكيم بناء على الأدلة الموجودة أمامها.

أ- **الدفع بالحصانة كمعوق لإجراءات التحكيم:** قد تبرز عقبات أمام التحكيم كطريق لحل النزاعات تكون مصدرها كون أحد الفرقاء أو إحدى وكالاتها متمتع تقليديا بحصانات معينة، كالحصانة القضائية أو التنفيذية، فيدفع بها رغبة منه إلى التملص من اللجوء إلى التحكيم أو تنفيذ حكم أو قرار هيئة التحكيم وفي

[1]- بكلي نور الدين، **المرجع السابق**، ص 133.

هذا السياق سنوضح الدفع بالحصانة القضائية كمعوق للإجراءات التحكيم، ثم الدفع بالحصانة من التنفيذ كمعوق لإجراءات التحكيم.

أ-1: **الدفع بالحصانة القضائية** : لقد أثار اتفاق التحكيم المدرج في عقود الاستثمار العديد من الآراء حول المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة التعاقدية وظهرت مشكلة حصانة الدولة القضائية أمام هيئات التحكيم والمحاكم القضائية الأجنبية، إلا انه تم التصدي لهذا الإشكال في العديد من الاتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 1/25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية واشنطن لعام 1965 أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز اتفاقا لا يمكن العدول عليه بالإرادة المنفردة من الطرفين، وهو ما عبرت عنه كذلك في المادة 26 أن رضا الأطراف وقبول الأطراف المتعاقدة للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة وفقا للإطار العام للاتفاقية بمثابة تنازل عن اللجوء لأي طريق أخر خلاف التحكيم، ويترتب ذلك أن كافة الدول الموقعة على الاتفاقية أنه لا يجوز لها الدفع بحصانتها القضائية أمام المركز في المنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية الاستثمارية، وكذلك نصت المادة 12 /ف1 من الاتفاقية الأوربية لحصانات الدول الأجنبية لسنة 1972 على أنه (لو أن دولة متعاقدة قبلت كتابة أن تخضع للتحكيم للمنازعات التي تنشأ من قبل أو التي يمكن أن تنشأ في المسائل المدنية والتجارية فلا يجوز لها التمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة دولة أخرى متعاقدة يجري على إقليمها التحكيم وفقا لقانونها [1].

ومن أمثلة عن أهم أحكام التحكيم بشأن قضايا الحصانة القضائية، الحكم التمهيدي الصادر بشان دعوى رقم 2321 سنة 1974، الذي قرر فيه المحكم أن فكرة الحصانة القضائية للدولة لا يتم العمل بها الا أمام المحاكم القضائية الأجنبية اما المحكم لا يمثل دولا ولا ينتمي لأجهزتها القضائية ويستمد سلطته من اتفاق الأطراف المتعاقدة، وهو ما يعني عدم وجود محل للدفع بالحصانة فيما يخص إجراءات التحكيم، وكذلك حكم التحكيم لقضية liamco الصادر ضد الحكومة الليبية بتاريخ 12 افريل 1977 حيث رفضت الحكومة الليبية قبول التحكيم لتعارضها مع سيادتها إلا أن المحكم محمصاني رفض الدفع وأكد على أن الدولة يمكنها التنازل عن حقوقها السيادية من خلال الاتفاق على التحكيم وهو مايعني أن الدولة المبرمة لعقود الاستثمار (عقد البترول) عند قبولها لاتفاق التحكيم لا يمكن لها التنصل من الشرط عند نشوء النزاع ويذكر أيضا في هذا المقام الحكم التمهيدي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بشأن دعوى رقم 3879 الصادرة بتاريخ 1984 حيث قامت الحكومات المصرية والسعودية و الإمارات العربية المتحدة وقطر بتاريخ 19 افريل 1975 بإبرام اتفاقية بهدف إنشاء الهيئة العربية للتصنيع لتطوير صناعة السلاح في الدول الأربعة الأعضاء فيها، وتم إبرام عقد مع شركة " ويست لاند" البريطانية لإنشاء شركة مختلطة التصنيع وبيع الطائرات الهيلكوبتر من نوع lynx في الفترة الممتدة من 27 فيفري 1978

[1]- السعيد خويلدي، سمية صخري، **المرجع السابق**، ص 342-343.

وبتاريخ 14 ماي 1979 صدرت قرارات القمة العربية المنعقدة ببغداد العراقية وقررت الدول الثلاث إنهاء الاتفاقية في 1 جويلية 1979 وتصفية أعمال الشركة وإلغاء كافة العقود المبرمة نتيجة توقيع مصر اتفاقية سلام مع (الكيان) إسرائيل، فلجأت الشركة البريطانية للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس وامتنعت الدول الثلاثة على المشاركة في إجراءات التحكيم وتم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا للحصانة القضائية لمصر واختارت هيئة التحكيم جنيف بسويسرا مقرا للتحكيم وأصدرت حكمها التمهيدي باختصاصها لتسوية النزاعات وأكدت على أن اتفاق التحكيم يعد تنازلا من الدولة عن حصانتها القضائية. وفي دعوى تحكيم تكساسو سنة 1977 ضد الحكومة الليبية أين ذهب المحكم الى عدم وجود اتفاق بين الأطراف المتعاقدة حول القانون الإجرائي الواجب التطبيق فانه يتعين عليه وجود اتفاق بين الأطراف المتعاقدة حول القانون الإجرائي الواجب التطبيق، حيث أن الدولة ذات السيادة والطرف في إجراءات التحكيم، يعتبر الدفع بحصانتها القضائية وعدم الخضوع لقضاء أجنبي يتعارض مع ما تمارسه السلطات القضائية في دولة مقر التحكيم لحقها في الرقابة عليه والتدخل في إجراءاته[1].

ولقد أثارت مسألة الحصانة القضائية خلافا فقهيا حول أثرها على اتفاق التحكيم إلى ثلاث اتجاهات[2] :

الاتجاه الأول: يرى أن الدولة أو احد أجهزتها التابعة لها عند الاتفاق على التحكيم تتنازل عن سيادتها فيما يخص موضوع الاتفاق، فشرط التحكيم يعد بمثابة تنازل ضمني من الدولة عن حصانتها القضائية وهذا راجع لقدرة الدولة رفضها للتحكيم لتمتعها بالسيادة حتى عند الإبرام، فقبولها اختصاص هيئات التحكيم بسوية منازعاتها فلا حصانة لها بموجب إرادتها الحرة، كما أن نظام التحكيم نظام خاص لا ينتمي لسلطة أي دولة أجنبية، حيث أن التحكيم يوفر ضمانات للطرفين معا، كما أن الحصانة تتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات.

الاتجاه الثاني: يرى أن وجود الدولة أمام هيئات التحكيم يمس بسيادتها وحصانتها القضائية على أساس أن سيادة الدولة القضائية تعني عدم خضوعها لقضاء أي دولة أجنبية وبالتبعية لا يمكن خضوع الدولة أمام أشخاص عاديين كالهيئة التحكيمية.

الاتجاه الثالث: يميز هذا الاتجاه بين الأعمال الخاصة بالسيادة المتعلقة بالقانون العام، والأعمال المتعلقة بالأنشطة الخاصة التجارية والاقتصادية التي تمارسها الدولة إذ أن اللجوء للتحكيم لا يمس بحصانة الدولة القضائية حيث تهدف الدولة من خلالها إلى إدارة مرافق اقتصادية من خلال ابرام عقود استثمارية مع أشخاص أو حكومات أجنبية وتتمتع الدول بالحصانة عندما تقوم بتسيير المرافق العامة واعتنق هذا الاتجاه كل من المشرع الفرنسي والمصري.

---

[1]- السعيد خويلدي، سمية صخري، **المرجع السابق**، ص 343.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 344.

في رأينا أن اتفاق التحكيم لا يعتبر تنازل عن الحصانة القضائية، بل يرتب هذا الاتفاق سقوط حق الدولة في الدفع بالحصانة القضائية، وعليه لا يجوز للدولة أن تتمسك بالدفع بالحصانة القضائية في المسائل القابلة للتحكيم المنصوص عليها في القانون، ولها الحق في التمسك بالدفع بالحصانة في غير مسائل التحكيم والتي تمس بالنظام العام، كما أن الاتفاق على التحكيم لا يمنع من الالتجاء إلى القضاء لأنه حق دستوري ويخضع لإرادة الأطراف وبالتالي لا يجوز التحجج بالدفع بالحصانة القضائية للدولة أما قضاء دولة أجنبية أخرى، كما يمكن الفصل في المسائل المستعجلة ولا تعتبر تعارض مع حصانة الدولة القضائية، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

أ-2:**الحصانة من التنفيذ:** ويقصد بها الحصانة التي تفترض من حيث الأصل وجود حكم قطعي واجب التنفيذ فيتمسك أحد الأطراف بها أمام القضاء، إلا أنه أحيانا يمكن تصور التمسك بهذه الحصانة قبل صدور الحكم النهائي وذلك في الحالات التي يلتمس فيها إصدار القرارات المتعلقة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية [1].

ولقد اختلف الفقه كذلك حول معالجة هذا الموضوع إلى اتجاهين[2] :

الاتجاه الأول : لا يرى أي تغيير على ما هو متبع في حالة الحصانة القضائية من تنازل في نطاق التحكيم فلابد أن يكون واضحا لا لبس فيه وخاصا، على الرغم من أن البعض من هذا التيار سعى للقول بأنه نظرا لمصدر التحكيم التعاقدي يخضع للأحكام التعاقدية حيث أن من يلتزم بموجب العقد واجب التنفيذ سواء كان الطرف دولة أو متعاقد أخر، لكن انتقد هذا الأخير في وضع القياس مابين التحكيم والعقد، ومع ذلك فقد كانت هناك محاولات جادة للتضييق من نطاق الدفع بالحصانة، فكما أوضح الفقيه الفرنسي أوبتي في تعليق له على قرار الشهير في قضية Benvenutti–Bonfant الصادر عن محكمة باريس بتاريخ 13 كانون الأول 1980، فان ضمان العلاقات الاقتصادية وحسن النوايا في العلاقات الاقتصادية والتجانس ترجح الكفة إلى التنازل عن الحصانة وفي رأيه من غير المعقول من دولة وافقت على إجراءا التحكيم أن ترفض تنفيذ حكم التحكيم إذا صدر في مواجهتها، ويؤكد ذلك ما توصلت اليه محكمة باريس في قضية Eurodif–Sofidif أين قررت محكمة استئناف باريس أن اشتراط التحكيم لا يتضمن بحد ذاته تنازلا عن الحصانة من التنفيذ الذي يتوجب أن يستنتج من تصرفات واضحة تفصح على نية التنازل، وهو ما يوضح استقلالية الحصانة القضائية عن الحصانة من التنفيذ .لكن هذا الخيار يثير مشاكل حول تفسير العبارات بين ما يعد تنازل أو لا.

الاتجاه الثاني : فقد عالج موضوع الحصانة من التنفيذ من زاوية أثار الحكم التحكيمي فكما هو معلوم أن الحكم التحكيم لا يحتوي على قوة تنفيذية كالحكم القضائي، إلا بعد عرضه على القاضي الوطني وإتباع

---

[1]- حزبون جورج، معوقات التحكيم ودور الرقابة القضائية التالية على انتهاء إجراءاته، **مجلة دراسات العلوم الإنسانية**، الاردن، المجلد 21 العدد 2، سنة 1994،ص 251.

[2]- **نفس المرجع**، ص 251 وما بعدها.

إجراءات طلب مهره بالصيغة التنفيذية فلقد حاول هذا الاتجاه إلى وضع معايير لتقريب وتضيق المسافة بين الحصانة القضائية والحصانة من التنفيذ حتى لا يسمح لإعاقة تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات ومحاكم التحكيم، فقد وضع ضابط في نص المادة 31 ف3 من اتفاقية فيينا لعام 1961، انه يمكن اتخاذ الإجراءات التنفيذية على المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية والعقارية والتركات والنزاعات التجارية والمهنية، كما وضع القضاء الفرنسي معيارا أخر يبني على تقسيم الأموال إلى عامة وخاصة إذ يجوز اللجوء الى الحصانة في الحالة الأولى فقط فتخصيص الأموال المملوكة للدولة للنفع العام يحصنها من اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها أما في حالة عدم وضوح التخصيص فيغلب عنصر النفع العام ويقبل الدفع بالحصانة من التنفيذ.

وعليه من وجهة نظرنا أن هذا الاتجاه الأخير أفضل اذ تبنته العديد من التشريعات الوطنية اليوم كما هو الحال عند المشرع الجزائري الذي حدد ضوابط لتنفيذ حكم التحكيم وهو ضابط السياسة العامة في عدم تعارضها مع نص المادة 1006 من (ق إ م إ)وكذا سلامة الإجراءات التحكيمية.

المطلب الثاني: العوائق الغير الإرادية لاستمرارية اختصاص هيئة التحكيم

قد يعيق استمرار اختصاص هيئة التحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار، عوائق تعود لأساب خارجة عن ارادة الأطراف تحول دون صدور حكم فاصل في الموضوع، يكون سببها إما هيئة التحكيم لأسباب مرتبطة بشخصه أو لإجراءاته المعيبة(الفرع الأول) أو الانتهاء المبتسر لاختصاص التحكيم كانتهاء المدة دون صدور قرار أو عدم جدوى الاستمرار فيها او سقوط الخصومة (الفرع الثاني)

الفرع الأول:عراقيل مردها لهيئة التحكيم

يمكن أن نحصي في هذا السياق نوعين من العراقيل التي تعيق الاستمرار في اختصاص نظام التحكيم عراقيل ترتبط بالهيئة التحكيمية إما لعيب ارتبط بصفة المحكم، أو نتيجة لقراراته المعيبة أو التنظيمية لإجراءات التحكيم.

أولا: انقضاء سلطة المحكم في الفصل في النزاع الراجع لسبب مرتبط بصفته: ويقصد بذلك كل واقعة قانونية طبيعية تصيب شخص المحكم قبل أو بعد قبوله للنظر في خصومة التحكيم كوفاته أو قيام مانع له، أو عدم أهليته [1].

1- وفاة المحكم : تعتبر وفاة المحكم من أساب انقضاء خصومة التحكيم، وأحد أهم المشاكل التي تؤدي إلى عرقلة حسن سير اجراءات التحكيم، اذ يؤدي وفاة المحكم إلى استحالة استمراره في مهمته استحالة مطلقة، وبالتالي إنعدام أثر اتفاقية التحكيم، ولكن لامانع في هذا الفرض أن تضل خصومة التحكيم قائمة رغم وفاة المحكم وذلك إذا نص اتفاق خاص بين الخصوم على بقاء الاتفاق التحكيمي قائما وبالتالي بقاء الاختصاص التحكيمي والسند القانوني هو ما نصت عليه المادة 1024/ف1 من قانون

[1]- بوالصلصال نو الدين، **المرجع السابق**، ص 223 ومابعدها.

الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري "ينتهي التحكيم بوفاة أحد المحكمين....ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله شخصيا أومن قبل المحكم أو المحكمين الباقين وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 في أن يتم قضاء هذه المهمة " وهو ما أخد به كذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 1464/ف من ق إ م الفرنسي على أن التحكيم ينتهي إذا لم يوجد شرط مخالف بوفاة أحد المحكمين، على خلاف المشرع المصري الذي لم يتطرق إلى واقعة وفاة المحكم كسبب لانقضاء لاختصاص التحكيمي لكن تندرج ضمن عبارة "أو بأي سبب أخر" في المادة 21 من قانون التحكيم المصري .

ويستوي أن تحدث الوفاة بعد قبول المحكم أو المحكمون مهمتهم، فالوفاة التي تحدث قبل هذا القبول لا تنهي سلطة المحكمة أو الخصومة لأن كل منهما لم يبدأ بعد ولكن تشكل الوفاة حينئذ سببا لإعادة تشكيل المحكمة التحكيمية [1]، غير أنه يمكن للأطراف الاتفاق على استبدال المحكم المتوفي، والاستمرار أو إعادة الإجراءات بتشكيلها الجديد حتى يحقق التحكيم النتائج المتوقعة منه، وإذا اعترضت صعوبة عملية الاستبدال المحكم المتوفي فان رئيس المحكمة والواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه يقع عليه تعيين محكم بديل عن المحكم المتوفي.

2- قيام مانع للمحكم: يقصد بالمانع هنا هو كل عائق واقعي أو قانوني يضع المحكم في استحالة من القضاء في النزاع المعروض عليه، وقد يكمن هذا العائق في مرض المحكم أو عجزه الصحي أو في بعده عن مكان التحكيم أو أيضا في فقدانه الأهلية أثناء سير المحاكمة التحكيمية وقد يكمن المانع أيضا في حدوث ظرف في شخص المحكم يجعل الجمع متعذرا لديه بين وظيفة المحكم ووظيفة أخرى ألت إليه كما لو عين في وظيفة تمنع عليه أن يكون محكما ولا سيما محكما لقاء أجر، أو حرما المحكم من الحقوق المدنية والحجر عليه عند ارتكابه بعض الجرائم أو عند شهر إفلاسه ما يجعله غير مؤهل لإصدار حكم في النزاع محل التحكيم[2].

اذ وردت هذه العوارض ضمن نص المادة 1024 من(ق إ م إ)، كما أشار إليها المشرع الفرنسي في نص المادة 1464 من ق إ م الفرنسي الجديد التي اعتبرت هذه العوارض مؤدية لانقضاء خصومة التحكيم ما لم يوجد اتفاقية مغايرة بين الطرفين، وعلى نفس النحو سارت المادة 21 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 انه " إذا انتهت مهمة المحكم بالحكم برده أو عزله أو تنحيته أو بأي سبب أخر، وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته".

وفي القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي نصت المادة 03/12 بالصيغة المنقحة لعام 2010 انه " في حال عدم قيام المحكم بمهامه أو في حال وجود مانع قانوني أو واقعي يحول دون أدائه تلك المهام تسري الإجراءات المتعلقة بالاعتراض على المحكم المنصوص عليها في المادة 13".

[1]- ينظر: المادة 1015 من قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **المرجع السابق.**

[2]- أحمد خليل، **المرجع السابق**، ص86.

وتجدر الإشارة إلى أنه متى وجد اتفاق بين الأطراف على استمرار الاختصاص التحكيمي على الرغم من توافر سبب من الأسباب المنهية للتحكيم المرتبطة بالمحكم، فان تلك الأسباب تصبح عوارض لاختصاص محكمة التحكيم، تسترجعه بمجرد تعيين المحكم البديل، فإذا اعترضت تشكيل محكمة التحكيم في مثل هذه الحالة بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم المحكمون كما نصت عليه المادة 1009 ق إ م إ التي سبق ذكرها[1].

ثانيا:عراقيل قرارات المحكم عند سير إجراءات التحكيم: قد تؤدي بعض تصرفات المحكم إلى إعاقة السير الحسن لإجراءات التحكيم لأسباب ترجع عدم التزامه بمهامه والتي يمكن أن تؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي، أو نتيجة لإجراءات تنظيمية كالوقف في المسائل التي تخرج عن ولايتها. وهذا ما سوف نتطرق إليها تباعا :

1- **خروج المحكم عن التزاماته** : عند قبول المحكم بمهمة التحكيم فانه يجب عليه أي يلتزم بعدة التزامات كل خروج عنها تعد بمثابة خطأ يعرقل صدور حكم تحكيمي صحيح ويوجب فيه مسؤوليته ومن بين هذه الأخطاء:

أ- **الامتناع عن القيام بمهمته:** عندما يقبل المحكم القيام بمهمة التحكيم، فانه يجب عليه الاستمرار في عمله حتى نهايته، بإصدار حكم في النزاع المعروض على هيئة التحكيم، فليس للمحكم أن يعتزل التحكيم طالما بدأت إجراءاته وهذا الالتزام يقع على عاتق المحكم حتى ولو لم تنص التشريعات عليه لأن أساسه هو العقد الذي يبرم بين المحكم والطرف التحكيمي الذي قام باختياره[2]، باعتبار أن المشرع الجزائري اعتبر تشكيل محكمة التحكيم غير صحيحة، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون مهمة التحكيم طبقا لنص المادة 1015 ق إ م إ /فقرة 01،ونرجح أن طريقة القبول صراحة وكتابة .

وتجدر الإشارة أن امتناع المحكم عن القيام بمهمته بعد قبوله يعد إخلالا بالالتزام يسأل عنه ويتوجب التعويض نتيجة للأضرار التي تلحق طرفي التحكيم نظرا لضياع الوقت اللازم للجوء إلى القضاء الى تعيين محكم يحل محله [3]، وهذا استثناء ليس على تعذره استكمال مهمته بغير سبب، أما اذا كانت هناك أسباب تبرر اعتزاله للتحكيم فلا مسؤولية على المحكم، كأن يكون على علم أنه يتوفر فيه سبب من أسباب الرد بعد تعيينه كأن يصبح صهرا لأحد الأطراف أو ارتبط معه بعلاقة اقتصادية، فيرفض المحكم القيام بمهمته خوفا من تحيزه للطرف الذي تربطه به علاقة بعد أن يخبر الأطراف ،أما إذا وافقوا على الاستمرار في القيام بمهمته فلا يجوز ذلك وهذا طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1015 المذكورة [4].

---

[1]- بوالصلصال نور الدين، **المرجع السابق،** ص 325.

[2]- رضوان فايز نعيم، **المرجع السابق،** ص 34.

[3]- **نفس المرجع،** ص35.

[4]- بوالصلصال نور الدين، **المرجع السابق،** ص 324.

ب- تجاوز المحكم حدود سلطته : بادئ ذي البدء يجب التذكير أن مهمة المحكم تتحدد من قبل الأطراف في اتفاقية التحكيم التي تعين نوع التحكيم وبالتالي سلطة المحكم في الفصل في النزاع والقواعد والأصول التي يتبعها في المحاكمة كما يتعين موضوع النزاع أي أن الأمور التي يجب على هيئة التحكيم الفصل فيها[1].

لذا يجب على الهيئة التحكيمية أن تلتزم باحترام حدود المهمة المسندة لها في اتفاق التحكيم، وأن تجاوز حدود هذه السلطة الممنوحة لها يمكن ان يعرض حكمها للبطلان كليا أو جزيا، وبالتالي رفض تنفيذه والاعتراف به، وهو ما يؤدي إلى عرقلة السير الحسن لإجراءات التحكيم وصدور حكم سليم يضع حلا للنزاع [2]، ويعتبر هذا السبب من الأسباب العامة التي تتسع لكثير من حالات البطلان حتى تلك التي ورد النص عليها كسبب خاص[3]، ولو أنه يعبر على هذه الصورة بالعديد من التعابير المختلفة كخروج القرار التحكيمي عن حدود الاتفاق التحكيمي، أو تجاوز المحكم لحدود مهمته .

وتجدر الإشارة أن هذا الفرض الذي يعبر عنه بتجاوز المحكم حدود المهمة المخولة له القيام بها قد يأخذ عدة صور، كأن تفصل المحكمة في مسألة لم يشتملها اتفاق التحكيم أو تغفل الفصل في إحدى المسائل الواردة فيه كما يشمل هذا السبب أيضا عدم مراعاة المحكمة للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أو كالفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف وهي مخولة للفصل فيه وفقا لقواعد قانونية اختارها الأطراف [4].

ولقد تطرقت مختلف التشريعات الوطنية لهذا السبب، كسبب من أسباب بطلان حكم التحكيم فالبرجوع لنص المادة 1056 من ق إ م أ الجزائري نجد أنها عددت في الفرع رقم03، أنه إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليه لا يجوز استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف به وتنفيذه، وهو ما اخذ به كل المشرع المصري في نص المادة 512/ف1 من قانون المرافعات المصري وما نصت عليه كذلك نص المادة 1460 فقرة 01 من القانون اجراءت المدنية الفرنسي.

ونظرا للطابع الاستثنائي للطعن بالبطلان يرى البعض أن هذا التجاوز لحدود الصلاحيات المعطاة للمحكم يجب أن يكون تجاوزا ظاهرا واضحا حتى يمكن إبطال حكم التحكيم القائم بناءا على هذا التجاوز الزائد[5].

زد على ذلك هناك من يرى أن تجاوز هيئة التحكيم حدود اتفاق التحكيم أو فصلها في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم كسبب للبطلان تتوقف على تمسك صاحب المصلحة فيه اذا لم يتعلق الأمر

---

[1]-محمد عبد العزيز العنزي، **المرجع السابق**، ص135

[2]- قبايلي الطيب، **المرجع السابق**، ص406

[3]-خليل بوصنوبرة، **المرجع السابق**، ص198.

[4]- ذمغة عبد اللطيف حسين قاسم، **تجاوز المحكم لسلطاته وأثاره القانونية(دراسة مقارنة بين القانون اليمني والقانون الأردني)**،رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، سنة 2012،ص 158-159.

[5]- حفيظة السيد الحداد، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية**، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، دون طبعة، سنة1997، ص 271.

بالنظام العام أما إذا تعلقت المخالفة بمسألة تتعلق بالنظام العام كما إذا فصلت هيئة التحكيم في ما لايجوز فيه التحكيم ولم يكن ما فصلت فيه مطلوب، كما إذا فصلت بمناسبة التحكيم عن تعويض ناشئ عن جريمة المسؤولية الجنائية للجاني فان حكمها يقع باطلا .بمعنى أن البطلان المؤسس على تجاوز المحكم المهم المسندة إليه لأن المسألة تعزى إلى مخالفة إرادة الأطراف التي تم الاتفاق عليها في وثيقة التحكيم وليس مرجعها إلى مخالفة نص قانوني أمر، ومن ثم يجوز لهم إجازة مثل هذا التجاوز[1].

والجدير بالملاحظة أن معاهدة واشنطن على خلاف الأنظمة القانونية الوطنية والدولية لم تجعل من عدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع المعروض عليها سببا من أسباب إلغاء حكم التحكيم الصادر في إطار المركز الدولي، وتبعا لهذا لا يمكن للجنة خاصة مشكلة فحص طلب بطلان التحكيم أن تبطله بسبب عدم اختصاص المحكمة إذ أن هذا السبب لم تتضمنه الاتفاقية في نص المادة 52 كسبب قائم لبطلانه، وان كانت أن تقرر ذلك بشرط أن يكون عيب عدم الاختصاص واضحا[2]، بالمعنى الذي أشارت إليه حفيظة السيد الحداد سابقا.

ت- تجاهل قواعد إجرائية أساسية: يجب على المحكم أن يتعامل مع طرفي النزاع على انه قاض فالمحكم ليس وكيل عمن اختاره وأنه بمجرد توقيع عقد التحكيم ومستند قبول المهمة فهو ينفصل عمن اختاره، لذلك يلتزم منذ البداية باحترام المبادئ الأساسية للتقاضي فهي مبادئ متعلقة بالنظام العام سواء كان التحكيم حرا أو مؤسسي، وأي تجاهل لها بلا شك سيعرضه إلى الطعن ومن تم البطلان.

لذلك على المحكم أن ينظر إلى طرفي النزاع على قدم المساواة ولا يميل لأحدهما مهملا الأخر ويجب عليه أن يهيئ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه، يعني حق المدعي في الدفاع عن دعواه وحق المدعى عليه في الرد على الدعوى المرفوعة ضده ولاحترام حق الدفاع لابد من إعلان الخصم إعلانا صحيحا وفقا للقواعد و الإجراءات الذي يفرضها القانون الواجب التطبيق وضرورة إخطار الخصم وتكليفيه بالحضور و ضرورة عقد مرافعة شفوية إن طلب ذلك أحد الخصوم، السماح لكل طرف بتقديم طلبات جديدة أو المقابلة مادامت في حدود اتفاق التحكيم، وإتاحة الفرصة للأطراف لمناقشة الشهود والأدلة ونتائج الخبراء المنتدبين ،أو أن يكون المدعي هو أول من يتكلم والمدعى عليه هو أخرهم، كما يجب عليه أن يكفل للأطراف الحقوق المتعلقة بالضمانات الأساسية للتقاضي كحق الدفاع ،حق الإثبات حق المرافعة وحق كل طرف بالعلم بالإجراءات، وحقه في الحضور لكافة الجلسات أو من ينوب عنه الحق في دفاع الشخص، الحق في الاستعانة بمحام...الخ[3].

وقد صرحت كذلك مختلف التشريعات على التزام هيئة التحكيم بمراعاة مبدأ الوجاهة بين الخصوم والهدف من هذا المبدأ هو إتاحة الفرصة لكل الخصوم لإعداد الردود والدفوع على ما تم اطلاعهم عليه

---

[1]- ممدوح عبد العزيز العنزي، **المرجع السابق**، ص144.

[2]- ممدوح عبد العزيز العنزي، **المرجع السابق**، ص148.

[3]- لزهر بن سعيد، **المرجع السابق**، ص195 ومابعدها

من وثائق ومستندات، واجتناب عنصر مفاجئة الأطراف بتصرفات وأعمال مباغتة، فهو يعتبر مثابة أحد تطبيقات احترام حق الخصوم في الدفاع، على اعتبار أنه هدفه الحقيقي هو احترام حق الدفاع وبالتالي مبدأ الوجاهة هو صورة من صور حق الدفاع [1].

ث- تسبيب حكم التحكيم أو تناقض في الأسباب: الواقع أن التسبيب يشكل بشكل أو أخر ضمانة للثقة بأسلوب التحكيم كوسيلة بديلة عن قضاء الدولة والرقابة على عملية التحكيم والقائمين بها والطريقة التي توصلوا بها إلى النتائج في حسم النزاع[2]، فهي تضمن أداء المحكم لمهمته وتساعد الأطراف في التحقق من حسن استيعاب المحكم للوقائع المعروضة عليه وأوجه الدفاع من قبل الخصوم، وهو بذلك يدفع المحكم إلى عدم التسرع والتفكير العميق قبل إصدار الحكم [3]، إذ تعد بمثابة أداة رقابية على ممارسة المحكمين لمهمتهم من طرف الأطراف.

اختلفت التشريعات الوطنية والاتفاقيات حول الزاميتها، ولو أن معظمها تقر بوجوبها فقد فرض المشرع الجزائري أن يكون التحكيم مسببا بالنسبة للتحكيم الداخلي، طبقا لنص المادة 1027 من ق إ م إ ج، لكن التساؤل هل فرض نفس الحكم على التحكيم الدولي؟ الجواب أنه لا يوجد نص صريح يشترط التسبيب لكن بالرجوع إلى حالات البطلان نلاحظ انه جعله ضمن أساب بطلان الحكم التحكيمي الدولي من خلال نص المادة 1056 من ق إ م إ، " إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب" معنى ذلك أن المشرع لا يوجب التسبيب للحكم الصادر في الخارج ومن تم فهو وغير قابل لإعادة النظر[4]. كما اعتبر ان تناقض في الأسباب يجعل الحكم خاليا وباطلا[5]. وهو نفس توجه المشرع الفرنسي فقد أوجبه في نص المادة 1471/ فقرة 02 من ق إ م الفرنسي في التحكيم الداخلي إلا أنه لم يوجبه في التحكيم الدولي طبقا لنص المادة 1502، كما أخذت به نص المادة 25 من غرفة التجارة الدولية بباريس، وكذلك اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في نص المادة 48 .

أما المشرع المصري فقد أخذ بنفس موقف قواعد اليونسترال في المادة 34/ف3 أنه على هيئة التحكيم أن تبين الأسباب التي استندت إليها ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا على عدم بيان الأسباب".والملاحظ في هذه الحالة إجازة الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من تسبيب الحكم .

1- ضمغة عبد اللطيف حسين قاسم، **المرجع السابق**، ص 80.

2- ممدوح عبد العزيز العنزي، **المرجع السابق**، ص156.

3- ضمغة عبد اللطيف حسين قاسم، **المرجع السابق**، ص81

4- بلقاضي محمد الطاهر، تسبيب حكم التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن، **مجلة التواصل جامعة باجي مختار** بعنابة. الجزائر، العدد 28 جوان 2011،ص 11-12.

5- يكون تناقض الأسباب في حالة تفسير المستندات مختلفة أو لدفوع اوقوانين، ولقد عبرت عنه المحكم القض المصرية أن " تناقض الأسباب المعطل للحكم هو ان تكون تلك الأسباب متداهمة لا شيء فيها بأن يمكن أن تعتبر قوامها لمنطوق الحكم. راجع بالقاضي محمد الطاهر، مرجع سابق،ص 11.

والملاحظ انه رغم جوهرية هذا الالتزام الذي يقع على المحكم فانه يجوز للمحكم إصدار حكمه بدون ذكر الأسباب في حالتين[1]:

- إذا اتفق الأطراف على عدم ذكر الأسباب
- إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر الأسباب .

والملاحظ أن وجوب تسبيب حكم المحكم يعتبر من النظام العام الداخلي ذلك أن عدم التسبيب يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم الداخلي إلاّ أن ذلك لا يمثل إخلال بقواعد النظام العام الداخلي اذا كان التحكيم دولي لاعتبار عدم تسبيب حكم التحكيم مخلا بقواعد النظام العام الدولي، إلا إذا كان عدم تسبيب المحكم لحكمه يخفي انتهاكا واضحا لحقوق الدفاع أو تطبيق قاعدة جوهرية مخالفة للنظام العام.

2- الاجراءات التنظيمية للمحكم (الوقف): سبق أن بينا الوقف الاتفاقي الذي يتفق فيه جميع الخصوم على وقف إجراءات التحكيم لمدة معينة يتم تحديدها، هناك طريقة أخرى يتم وقف إجراءات خصومة التحكيم لكن يخضع لسلطة الهيئة التحكيمية، فهي التي تقرره إذا كانت هناك ضرورة ودون حاجة اتفاق الأطراف، ولقد أورد المشرع المصري حالات الوقف بقرار[2]من هيئة التحكيم في المادة 46 التي تنص على أنه إذا اعترضت خلال إجراءات التحكيم مسائل تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي أخر جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسالة أوفي تزوير الورقة أو الفصل الجنائي الأخر ليس لزاما للفصل في موضوع النزاع وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم"

وقد أخذ كذلك المشرع الجزائري بهذه الحالات حيث اقر في نص المادة 1021/ف2" اذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو اذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة"

من خلال هاتين المادتين يمكن أن يستخلص 03 حالات التي بتحققها تأمر هيئة التحكيم بوقف إجراءات التحكيم[3]:

أ- أن تعرض خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم: ويقصد بها تلك المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها طبقا لنص المادة 1006 من ق إ م إ، كمسائل الأحوال الشخصية أن تتعلق بمسألة مالية نشأت عن الطلاق وثار نزاع حول ثبوث أو عدم ثبوث الطلاق وصفته أو لكونها متعلقة بالنظام العام كالجنسية مثلا، كما يمكن أن نحصي المسائل التي أتفق عليها الأطراف على الفصل فيها عن طريق القضاء الاستعجالي الوطني كالمسائل الأولية والتحفظية المستعجلة .

---

[1]- ضمغة عبد اللطيف حسين قاسم، **المرجع السابق**، ص 90.

[2]- ناصر محمد شرمان، **المرجع السابق**، ص 433.

[3]- **المرجع نفسه**، ص 434 وما بعدها.

ب- **اتخاذ أي إجراءات جنائية بشأن واقعة خاضعة للتحكيم:** تأمر هيئة التحكيم بوقف إجراءات التحكيم في حالة قيام أحد الأطراف بالطعن بالتزوير في ورقة قدمت للهيئة أو اتخاذ إجراءات جنائية عن هذا التزوير، حيث أنه لا ولاية لهيئة التحكيم في المسائل الجنائية التي تختص بها النيابة العامة وقضاء الدولة ويلزم وقف الإجراءات لحين البث في هذه المسائل من الجهة المختصة بذلك ولا يكفي لوقف سير الإجراءات بناء على قرار هيئة التحكيم مجرد ادعاء أحد الأطراف بذلك أمامها، فلا بد أن تكون هناك إجراءات جنائية اتخذت بالفعل بهذا الشأن حتى تفوت على طرفي التحكيم تضييع الوقت والمماطلة وتحقيقا لغاية وهدف التحكيم في تحقيق السرعة.

ت- **أن يكون الفصل في النزاع المعروض على هيئة التحكيم متوقفا على الفحص في هذه المسائل:** معنى ذلك أن الأمر متروك للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم إذا ما كانت المسألة المثارة أو المستند المطعون في صحته أو الدعوى الجنائية المرفوعة بشأن وقائع محل التحكيم أو غيرها من المجالات السابقة سوف يتوقف عليها النزاع فيصار عند ذلك إلى وقف سير الإجراءات لحين البث بما ادعى به .

لا بد من التأكيد أنه إذا أمرت هيئة التحكيم بوقف الخصومة لحين الفصل في المسألة الأولية والعارضة، فإن خصومة التحكيم تظل موقوفة إلى حين صدور حكم نهائي في هذه المسألة، فبصدوره تستأنف هيئة التحكيم السير في الإجراءات، كما يتوقف سريان الموعد المحدد لإصدار الحكم وذلك خلافا للوقف الاتفاقي من قبل أطراف التحكيم.

الفرع الثاني: الانتهاء المبتسر لاختصاص التحكيم

الغني عن البيان أنه تنتهي خصومة التحكيم بصدور حكم في موضوعها ينهي الخصومة وبذلك تحوز على حجية الشيء المقضي فيه طبقا لنص المادة 1030 من ق إ م إ، وهذا القرار صادر من هيئة التحكيم قد يكون حكما منهيا للخصومة كلها أو جزئي أي لا ينهي كل الخصومة وقد يكون حكما مستعجلا طبقا لنص المادة 1035 من ق إ م إ، وقد يكون صادرا من هيئة التحكيم تطبق القانون الموضوعي أو قد تكون مفوضة بالصلح أي تطبيق قواعد العدالة والإنصاف إذا اتفق الأطراف على ذلك طبقا لنص المادة 1050ق إ م إ) .

لكن تجد الإشارة أنه قد ينتهي الاختصاص التحكيمي حتى ولو لم يصدر حكم طبيعي موضوعي في النزاع المعروض على الهيئة التحكيمة لسبب موضوعي أو إجرائي[1]، تطرقت إليها مختلف التشريعات والاتفاقات الدولية، إذ نص المشرع الجزائري على بعض منها في نص المادة 1024 سنتطرق إلى ثلاث حالات الأخرى على اعتبار تطرقنا لحالة الأولى في ما سبق وذلك بتقسيمه إلى ثلاثة نقاط(أولا) إنهاء المدة المقررة للتحكيم، (ثانيا) فقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه، (ثالثا) وفاة أحد أطراف العقد.

[1]- عاشور مبروك، **المرجع سابق**، ص 370.

أولا: انتهاء المدة المقررة للتحكيم: على خلاف محاكم الدولة التي كأصل عام لا تتقيد بمهل محددة لإصدار الحكم فان نظام المحكم يجب أن يتقيد بمهلة، إذ يلقي الطابع التعاقدي لأصل التحكيم بظلاله على هذه المسألة، فمحكمة التحكيم تنشأ باتفاق الأطراف لحسم منازعة معينة ومن ثمة فهي ليست محكمة دائمة مثل محاكم الدولة لذلك يكون التأقيت عنصرا لازما لها حتى يمتد اختصاصها إلى مالا نهاية مما يشل محاكم الدولة وينتقص من سيادتها[1].

اذ من المفترض أن يتفق الأطراف على مدة التحكيم، لكن لم يرتب المشرع عدم ذكرها أي إبطال فلا مانع أن يتم الاتفاق في وقت لاحق على مدة التحكيم ويكون هذا الاتفاق مكملا لاتفاق التحكيم و يقترح أن يكون كتابي حتى يمكن الاحتجاج به، والملاحظ في نص المادة 1018 أن المشرع أوجد حلولا إحتياطية أخرى في حالة عدم اتفاق الأطراف على مهلة محددة للتحكيم فقد أقر القانون مدة لذلك بقوله ".. على المحكمين إتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر، وهو ما تناوله كذلك المشرع المصري في المادة 45/ف 01 " يتعين أن يصدر الحكم خلال الأجل القانوني وهو 12 عشر شهرا .

وسواء كانت المهلة الاتفاقية او قانونية فإنها تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم معناه انه إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد فان المهلة تبدأ من تاريخ إخطارهم بقبوله المهمة، أما إذا كانت مشكلة من ثلاثة أو أكثر فإنها تبدأ من قبولهم جميعا، ولا يثار مشكلة بهذا الخصوص كون المشرع أقر الكتابة للقبول.

وتجدر الإشارة أن مهلة التحكيم الاتفاقي أو القانوني ليس من المدة الجامدة والثابتة وإنما هي مرنة يجوز مدها [2]، وهذا ما نص عليه المادة 1018/الفقرة الثانية بقولها " غير انه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف ريس المحكمة المختصة" ويستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري سوى في هذا الفرض بين المهلة في الاتفاقية و القانونية في كيفية مدها فكلاهما يقبل المد بثلاث حالات ولقد سبق التطرق لها في الباب الأول :

الحالة الأولى: المد الاتفاقي وقد يكون الاتفاق على التمديد صريح وقد يستفاد ضمنيا من حضور الطرفين أمام هيئة التحكيم والمناقشة في الخصومة محل النزاع بعد الميعاد، لكن يجب أن يكون المد مؤكدا فلا يستفاد من مجرد السكوت ويقوم الخصوم بمد الأجل بأنفسهم أو بتفويض وكلاءهم للقيام بذلك[3].

الحالة الثانية: التمديد وفقا لنظام التحكيم نلاحظ ان المشرع وفر إمكانية تقديم طلب من الهيئة التحكيمية إلى القضاء لمد مدة التحكيم إذا رأت ضرورة لذلك.

---

[1]–أحمد خليل، **المرجع السابق**، ص 79.

[2]– **المرجع نفسه**، ص82

[3]–لزهر بن السعيد، **المرجع السابق**، ص 216.

الحالة الثالثة:التمديد القضائي وتكون هذه الحالة عند عدم اتفاق الخصوم على التمديد، وهذا لايعني انه يجب استنفاد محاولة الاتفاق أولا كشرط لتدخل القضاء، بل يمكن اتجاه الأطراف مباشرة الى القضاء لطلب التمديد، على أن يتم تقديمه قبل انقضاء المهلة الأصلية للتحكيم.

إذن فالقرار التحكيمي الذي يصدر بعد انقضاء مهلة التحكيم أي في الوقت الذي لم يعد المحكمون يملكون فيها سلطة الفصل في نزاع المعروض عليهم، وعدم وجود نية صريحة لتمديد أو خلصت فترت تمديد المهلة يعتبر حكم تحكيمي باطلا، طبق لنص المادة 1056 من ق إ م إ التي اعتبرته سببا من أسباب بطلان حكم وعدم الاعتراف به وتنفيذه.

بمعنى ذلك انه لا يعتبر قرار التحكيم ساقطا فقط بانقضاء المهلة بل الاتفاق التحكيمي ككل سواء كان ذلك في عقد التحكيم أو بند التحكيم[1]. وبالتالي يسترد كل طرف حق الالتجاء الى قضاء الدولة.

وتجدر الإشارة أن هناك فوج من الفقه يفرق بين البند التحكيمي الذي يرتبط بالعقد الأساسي على وجه عام وبين دون ذلك أي العقد التحكيمي الخاص في نزاع معين، إذ يرى أن البند التحكيمي الذي يرتبط دائما بالعقد الأساسي لا يتصور سقوطه إلا تبعا لانقضاء هذا العقد طالما أنه يرمي إلى حل النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد أو تفسيره ويمكن أن تنتج عن العقد الأساسي أثار تستمر حتى بعد إنقضائه، وبالتالي طالما أن هناك نزاعات تنشأ في صدد العقد الأساسي فإنه يعمل على حلها عن طريق التحكيم، وبالتالي إذا نشأ نزاع وتم عرضه على المحكمين وقام سبب انتهاء مدة التحكيم فان المحاكمة التحكيمية هي التي تسقط أما بند التحكيم فيضل قائما.أما عقد التحكيمي الخاص الذي يتعلق بنزاع معين وقد تحددت فيه مهلة معينة للفصل في النزاع فانه يسقط بانقضاء المهلة وتسقط معها المحاكمة التحكيمية التي اقميت على أساسه [2].

في تقديرنا نرى أن مثل هذا الحل قد يتعارض مع اهم خصائص التحكيم، كالسرعة في حسم النزاع هربا من بط إجراءات التقاضي الوطني، خاصة في فرض البند التحكيمي المرتبط بالعقد الأساسي إلى إعادة تشكيل المحاكمة التحكيمة من جديدة . زد على ذلك نتجه الى نفس التساؤل الذي طرحه الأستاذ ادوارد عيد ما هو الأساس القانوني لهذا الحل ؟ لا شك أن مجرد وجود العقد الأساسي قائما ليس مبررا كافيا للإبقاء على البند التحكيمي الساقط بانقضاء المهلة. فالمادة 1056 ق إ م إ إذا كانت تريد إخراج البند التحكيمي في مجال السقوط بانقضاء المهلة لما تركت الأمر على إطلاقه " قضاء مدة الاتفاقية"[3].

ثانيا: فقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه : قد يحدث أثناء نظر محكمة التحكيم في النزاع أن يفقد الشيء موضوع النزاع أو ينقضي الدين المتنازع فيه فيصبح الاستمرار في إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم المنهي للنزاع لا جدوى له، فعند تحقق محكمة التحكيم من فقدان الشيء

---

[1]-أحمد خليل، **المرجع السابق**، ص 88.

[2]-محمود عبد العزيز العنزي، **المرجع السابق**، ص130-131.

[3]-أحمد خليل، **المرجع السابق**، ص 88.

موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه أن تصدر قرار بإنهاء الإجراءات الذي يترتب عليه انتهاء اختصاصها تماما كما لو أصدرت الحكم الفاصل في موضوع النزاع فلا يكون لها بالتالي بعد ذلك اتخاذ أي إجراء أو استجابة لأي طلب يقدم إليها باستثناء طلب تفسير أو تصحيح[1].

ولقد نص المشرع المصري في مادة 1/48 على هذه الحالة و عبر عنها بقوله " تنتهي إجراءات التحكيم .. بصدور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات في الأحول التالية:

-إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب أخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالتها"

والملاحظ من هذه الحالة أنه لا يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر أمرا بإنهاء الإجراءات إلا إذا توفرت بعض الشروط :

كأن تتوفر على بعض الأسباب والعوامل التي تجعل الخصومة التحكمية لا فائدة من استمرارها ولا معنى لها كما لو تبين للهيئة التحكيمية صدور حكم قضائي نهائي في الموضوع أو إذا تعذر الحصول على مستندات وأدلة كاشفة عن الحقيقة في الدعوى أو تبين استحالة تنفيذ ما قد تصدره من حكم طبقا لقانون بلد التنفيذ كما لو كان موضوع النزاع من المسائل التي لا تقبل التحكيم وتصدر هيئة التحكيم هذا القرار من تلقاء نفسها بشرط عند اعتراض أحد الأطراف أو كليهما [2].

ثالثا: وفاة أحد أطراف العقد: نصت المادة1024 من ق إ م إ على أنه ينتهي التحكيم بوفاة أحد أطراف العقد دون الإشارة إلى ما كان الورثة قصر أو راشدين، عكس المادة 447 من ق ا ج القديم رقم 12/93 أن التحكيم ينتهي بقوة القانون إذا توفي أحد الأطراف وترك من بين ورثته قاصرا، أما إذا ترك راشدين فان التحكيم لا ينتهي وإنما يتوقف ميعاد التحكيم إلى حين إتمام الإجراءات اللازمة الخاصة بالتركة [3].

وتجدر الإشارة أن هذا التوجه الجديد يخالف القواعد العامة الموجودة في القانون المدني فالأصل أن العقد ينشأ ويثبت ما ورد به من حقوق والتزامات متى أبرم ولا تتأثر هذه الالتزامات والحقوق بوفاة المتعاقد وعليه يسري هذا العقد على الورثة باعتبارهم من الخلف العام سواء كانوا راشدين او قاصرين، والملاحظ كذلك أن المشرع لم يتطرق لنفس الحكم في حالة فقدان أحد الأطراف أهليته [4].

بالنسبة للشخص الاعتباري فان حكم وفاته يتمثل في زواله او انقضاءه وفق لحالات انقضاء الأشخاص المعنوية كما لو حلت الشركة أو أدمجت، أو انقضاء مدتها ...الخ

1- بوالصلصال نور الدين، **المرجع السابق**، ص 326.

2- سعيد بن لزهر، **المرجع السابق**، ص 360.

3- بوالصلصال نور الدين، **المرجع السابق**، ص 326.

4- **المرجع نفسه**، ص 327.

خلاصة الباب الثاني

تقوم وظيفة التحكيم بفض منازعات عقود الاستثمار بصفة عامة، كمبدأ وفق مرتكزين إقرار الدولة لهذه الوسيلة وفق سلطتها التشريعية المسلم بها ضمن مواد نصوصها القانونية أو اتفاقياتها المبرمة كضمانة إجرائية لحاجتها لرؤوس الأموال، أما الأساس الثاني فيكمن في اتجاه إرادة الأطرف الحرة في اختيار التحكيم وسلامة هذه الإرادة وفق ما رسمته لها إرادة المشرع حتى يحقق أثاره المتمثلة في إخراج النزاع من قضاء الدولة إلى التحكيم. والملاحظ أن مفهوم اتفاق التحكيم ونطاقه لم يصبح وليد الاتفاق المباشر بل أصبح يستخلص من النصوص القانونية والاتفاقات التي تبرمها الدولة، أو ما يسمى التحكيم بدون اتفاق.

كما يستمد المحكم نطاق مهمته وفق ما أمتله عليه التشريعات، فمثلا المشرع الجزائري حدد أهم هذه النزاعات في نص مادته من قانون الاستثمار24 التي تعود إلى قيام الدولة بعض الإجراءات والامتيازات والصلاحيات التي قد تلحق ضرر للمستثمر نظرا لمركزها السيادي على إقليمها، أو تلك التي يتسبب فيها المستثمر خرقا لمسؤولياته المترتبة .لكن الملاحظ أن المشرع من خلال هذا النص ذكر النزاعات الناتجة عن تصرفات إرادية لطرفي العلاقة الاستثمارية وأغفل ذكر بعض التصرفات الخارجة عن الإرادة التي من شأنها أن تكون محل خلاف، خصوصا أن عقود الاستثمار الدولية من العقود المستمرة التي تستغرق وقتا طويلا، فاحتمال تعرضها لظروف قد تعرض التوازن المالي للعقد للانهيار أو تعيبه ببعض الخلل الوارد، الأمر الذي يؤدي وقوع عدة نزاعات قد تكون خارج عن الإرادة، ومع صحة أن شرط التحكيم كافي لإدخالها في اختصاص هيئة التحكيم، لكن قد يجد صعوبة إن لم يصاحبها شروط تمنح له سلطة أوسع في حل الخلاف.

وان كانت الحرية المعترف بها للإطراف تعد صاحبة السيادة في سير إجراءات الخصومة التحكيمية ورسم سلطات المحكم للوصول إلى حكم عادل وفاصل، إلا أن هناك عوامل أثرت في بصورة سلبية على فاعلية نظام التحكيم حتم تدخل القاضي كمساعد لجبرها، لنقص قواعد الإرادة في بعض المسائل أو عدم وضوحها أو عدم مشروعيتها.

الأمر الذي فرض تطور جديد على الساحة في منح المحكم استقلالية واسعة في فض المنازعات بصفة عامة دون مراعاة إرادة الأطراف، يعزز ذاتية التحكيم ويؤمن الرقابة الذاتية ويبعد الرقابة الخارجية من خلال ما يوفره من أدوات وإجراءات تغني عن تدخل القضاء حتى المساعد أو تجعله محصورا جدا من خلال اللجوء إلى التحكيم المؤسساتي الذي تتولاه هيئة أو هيئات منظمة دوليا أو وطنيا أو إقليميا

وفق علاقة إذعانية في بسط قواعدها وإجراءاتها الشكلية والموضوعية المعدة سلفا للأطراف، أين تحتوي على جميع الحلول للمشاكل التي يمكن أن تصادف الخصومة التحكيمية على هيئة النمط القضائي المطبق في المحاكم القضائية.

إلا أنه يجب أن نقر ان التحكيم المؤسسي اتجاه خطير لأنه اغلب المؤسسات التحكيم الدولية عموما والمتعلقة بالاستثمار خصوصا دائما ما نجد أن الطرف الأجنبي يحتكر عضويتها ويهيمن على القرار فيها، بل أصبحت مؤسسات تنافسية ربحية، وبالتالي نجد أن الطرف الأجنبي الخصم والحكم، الأمر الذي يهدد فيها المصالح خاصة الدول النامية المضيفة ولا يبرأ من عديد من الشبهات التي كنا نعيبها في القضاء الوطني .

لنصل إلى أن التحكيم ليس كاملا في الخروج بتسوية وحكم فاصل في المنازعات واستمرارية العلاقة الاستثمارية بين طرفيها، كونه قد يصادفه العديد من المشاكل والعقبات، على مدار إجراءاته التي قد تحيد به إلى الوصول إلى الغاية المنشودة، ولعل أهمها حالة عدم النضوج للكثير من الدول المضيفة في استيعاب توجهات التحكيم الحديثة، أو قلة خبرة مفاوضيها أو المكلفين بصياغة العقود خصوصا، بالإضافة إلى المشاكل العملية التي يتسبب فيها المستثمر أو حتى الهيئة التحكيمية، ناهيك على انه أصبح سلعة تتنافس عليها الدول .

الخاتمة

بعد تناولنا لهذه الدراسة المتعلقة بفض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم وقفنا على فاعلية التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لتنظيم مسألة الاختصاص القضائي لكل من القضاء والتحكيم، في تبنيه قاعدة اللا إقصاء التي خلق بها توازن بين عوامل قوى وضعف كل منهما –القضاء والتحكيم– وفق نهج متسلسل بداية بتقرير الاختصاص أصالة للقضاء الوطني كمبدأ أولي يكرس سيادة الدولة على إقليمها وكذا سلطة من سلطاتها، لكن هذه المبدأ له استثناء مرتكزه الأول إرادة الأطراف في اختيار التحكيم، التي تكاد جل الدول العالم على اختلاف أنظمتها القانونية والاقتصادية أن تعترف به كأفضل الوسائل البديلة التي يحتكم فيها الأفراد والمؤسسات والهيئات والدول منازعاتهم بل ويفضلونها على القضاء الوطني نظرا لنجاحاته ومميزاته في إزالة مواطن الخلاف والتوفيق بين الخصوم خاصة ان هذا الأخير –القضاء– سجل العديد من العيوب والنقائص بسب نظرة الشك وعدم الحياد التي ينشدها المستثمر منه وتخوفه من تأثر القاضي بالتيارات السائدة في دولته، وكذا ميله إلى تطبيق قانونه على المنازعات المعروضة عليه وحماية الطرف الوطني فيها، إضافة إلى البطء المسجل في إجراءات الفصل في النزاع نظرا لتعدد درجات التقاضي وعدم كفاية القاضي الوطني في إلمامه بالمسائل التقنية المعقدة التي تتميز بها منازعات المشروعات الاستثمارية، ومرتكزه الثاني التزام نسبي لقانون الدولة وإرادة مشرعها.

وان كان هذا المدلول يقضي بتميز نظام التحكيم على النظام القضائي بصفة عامة، في تقديمه عدالة موضوعية أي عدالة ناجزه سريعة متخصصة، تراعي مقتضيات السرية، يعمل فيها المحكم لصالح الخصوم أكثر مما يعمل لحرفية النص القانوني، فان هذا لا يعني وجود تعارض او تصادم و تنافس بين هذين النظامين فالمتتبع للعلاقة بين كل من نظام التحكيم والقضاء سيقف على حقيقة تناظرهما في نفس الرؤية للنهوض بالوظيفة القضائية والوصول إلى نفس الهدف والأثر، بل تجاورهما و تلاقيهما وتعاونهما في العديد من المسائل، التي تبين تكاملهما في إرساء قواعد العدالة مع التسليم ان كل منهما إجراء وهيكل مستقل بذاته .

ويمكن أن نصف العلاقة بين القضاء والتحكيم، بأنها معادلة تجمع بين إشارتين سالبتين(–) حتى نصل إلى إشارة موجبة (+) لابد من جمعهما، فكل من القضاء والتحكيم يتساوى فيها كل طرف في نقص يعتريه يكمله الأخر، فللوصول الى مفهوم العدالة لابد من اكتمالهما وهو ما خلصنا له.

فلقد ثبت للتحكيم دوره الوظيفي القائم على المبادئ القضائية ومبررات أدائه في فض منازعات عقود الاستثمار، الضامن للعدالة الموضوعية التي انتهت بقبول المحتكمين له والتزاحم عليه وتفضيله عن القضاء الذي أثبت قصوره فيما يوفره التحكيم، لكن هذا الأخير كذلك– التحكيم– أثبت قصوره في عدم امتلاكه للقوة الجبرية المحتكرة من طرف القضاء بالإضافة إلى وقوعه في إشكالات عند اختلال الارادة او عدم اكتمالها.

فيظهر دور القضاء الوظيفي في ضمان توقعات الطرفين وتأطير عملية التحكيم، من خلال توثيق علوية مبدأ الإرادة، و الدفع بالأطراف إلى التحكيم وامتناعه عن النظر النزاع، وفق أسس تشريعية، هذا من جهة ومن جهة أخرى قد يتعدى فيها القضاء هذا الدور إلى دور ايجابي في حدود ما يسمح به القانون إلى رفع عوارض التحكيم في جميع مراحل الدعوى التحكيمية إلى تنفيذ الحكم التحكيمي وكذا الرقابة على أحكام المحكمين.

ولقد توصلنا في نهاية البحث إلى بعض النتائج والتوصيات نوردها كما يلي :

1- القضاء والتحكيم يجمعهما هدف واحد وهو تحقيق العدالة، إلا أن العلاقة بين القضاء و منازعات الاستثمار مرتبطة بظهور سيادة الدولة، أما علاقة التحكيم بمنازعات الاستثمار علاقة كونية وجدت في إطار إستراتجية تنمية اقتصادية (ضمان إجرائي لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية)، فالتحكيم أصبح يشكل مظهر من مظاهر العصر الحديث نظرا لازدياد اللجوء إليه كنظام أنجع لحسم المنازعات الاستثمارية لما يتسم به من مزايا أهمها ضمان للأطراف الاستقلالية التامة والحياد والحرية يوفر الجهد والوقت، بالإضافة إلى عوامل عديدة تتناسب مع نوعية منازعات عقود الاستثمار الدولية التي لا تتوفر في القضاء عادة.

2- على الرغم من وجود وسائل قضائية اتفاقية أخرى، ونقصد بها القضاء الدولي والقضاء الداخلي للدولة المستثمر او لدولة أجنبية محايدة عن طرفي عقد الاستثمار إلا انها اثبت عجزها والدليل على ذلك ندرة القضايا الموجهة إليها مقارنة بالتحكيم الذي يعتبر أفضل الوسائل المتاحة والأكثر ميزة فيما يتعلق بتسوية منازعات الاستثمار والتي يفضلها المستثمرون لحل نزاعاتهم بعيدا عن الإجراءات المطولة في الوسائل القضائية الأخرى لحل النزاع.

3- غياب عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد استثمار دولي لا في تشريعات الوطنية ولا في الاتفاقات الدولية، مع اختلاف الفقه لتكييفه القانوني نظرا لخصوصية واشتماله على عناصر من القانون خاص وعناصر من القانون العام .

4- مصطلح عقود الاستثمار الدولية تنصرف الى العقود التي تبرمها الدولة مع شخص خاص أجنبي في مجال الاستثمار، بمعنى أنه يمثل أحد عقود الدولة بمعناه الواسع ويشكل مرادف لمصطلح عقود التنمية الإقتصادية، أي انه يتحدد حسب نوعية أطراف العقد، لكن عقود الاستثمار الدولية وان كانت تمثل الموضوع الأصيل لعقود الدولة، إلا أن عقود الدولة لا تقتصر على الاستثمار فقط.

5- على الرغم من أن المشرع الجزائري حدد الاختصاص الإقليمي لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية، إلا أن مسالة الإختصاص النوعي بين القضاء العادي او الإداري أو محاكم الأقطاب لم تحدد بالشكل اللازم حتى نقر بمبدأ التخصص القضائي بشان منازعات عقود الاستثمار الدولي.

6- في حالة وجود مانع قانوني يحول دون تفعيل اتفاق التحكيم فانه يترتب انتفاء الأثر السلبي الذي يرتبه اتفاق التحكيم على اختصاص قضاء الدولة بالمنع القضائي وبالتالي عودة الاختصاص لقضاء الدولة .

7- التحكيم بذاته لا يستغني على قضاء الدولة بل يعطي له المجال بالتدخل لمواجهة العوائق والصعوبات التي تواجه العملية التحكيمية وهنا تتجلى العلاقة التكاملية في أداء دور القاضي المساعد في مظهريه الإجرائي الشكلي بداية بالدفع بعدم اختصاص او من مرحلة تشكيل هيئة التحكيم عند ما يثور الخلاف بين طرفي اتفاق التحكيم حول تشكيل هيئة التحكيم أو أثناء الخصومة التحكيمية في مظهره الإجرائي الخاص بالموضوع من خلال الأمر باتخاذ التدابير المؤقة والإجراءات التحفظية وكذا تقديم يد العون في توفير عناصر الإثبات والمسائل الأولية التي لا تملك إزاءها هيئة التحكيم سلطة الإجبار الخصوم على تقديمها، وكذا الدور الرقابي الذي يمارسه القضاء على التحكيم في صوره العديدة على رأسها دعوى بطلان حكم التحكيم.

8- يعد اتفاق التحكيم نقطة الارتكاز التي تضفي الشرعية على تحول الاختصاص بفض منازعات عقود الاستثمار من القضاء كطريق عادي إلى التحكيم لكن تعتبر مسألة التراضي على الاتفاق للجوء الى التحكيم (حر او مؤسسي) من القضايا التي غيرت وجه الأخذ بالتحكيم أين توسع مفهومه ونطاقه ولم يصبح وليد الاتفاق المباشر أو الخاص بين الأطراف المتنازعة وإنما أصبح يستخلص من النصوص القانونية الداخلية للدول المضيفة والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف أين أصبح التحكيم يجد أساسه في الإرادة المنفردة للطرف الأجنبي في عرض دعواه أمام محكمة التحكيم مستمد من نصوص القانون والاتفاقيات الدولية وهو ما يسمى بالتحكيم دون اتفاق.

9- نجاح التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار يرتبط أساسا بمدى تحقيقه التوازن المالي والعقدي للعلاقة الاستثمارية، عندما تعترضها مخاطر إرادية سواء يكون سببها خرق راجع للمستثمر أو لإجراء اتخذته الدولة المضيفة ضد المستثمر أو غير إرادية كالقوة القاهرة والظروف الطارئة لكن في الحقيقة الاعتماد على التحكيم فقط كضمانة تكفل تسوية منازعات الاستثمار يعد ضمان ناقص وغير كفيل للوصول إلى هذا المبتغى بل لابد من وجود دعائم أخرى تدعم التحكيم كشرط الثبات التشريعي وشرط التفاوض حتى توفر حماية لحقوق المتعاقدين وتكفل استمرارية العقد الاستثماري، وهو الأمر الذي يستلزم العلم به من قبل القائمين على صياغة بنود عقد الاستثماري.

10- ذيوع وانتشار مراكز وهيئات التحكيم، وتنامي الإعتماد عليها، أثر بشكل مباشر على إرادة الخصوم عند صياغة القواعد الإجرائية التي تنظم وتحكم إجراءات سير المنازعة، عند غياب اتفاق مسبق لأي قاعدة إجرائية، أين نرى انتكاسها وتقلصها لضرورة الإذعان للإجراءات المقررة في فحوى لوائح تلك المراكز او الهيئات التحكيمية، وهوما منح المحكم استقلالية واسعة في فض

المنازعات بصفة عامة دون مراعاة إرادة الأطراف، عزز ذاتية التحكيم وأقر الرقابة الذاتية دون الرقابة الخارجية تغني عن تدخل القضاء حتى المساعد أو تجعله محصورا جدا.

11- اختيار ومفاضلة التحكيم على القضاء لم تمنع من بروز العديد من الإشكالات القانونية أثناء سير بإجراءاته الأمر الذي دائما يؤدي إلى عرقلة استمرارية إسناد الاختصاص التحكيمي لفض منازعات عقود الاستثمار أو تحقيق فاعليته بشكل سليم وهي إشكالات عملية كثيرة قد تكون إرادية نتيجة لخطأ أو عدم دراية ا لأطراف المتخاصمة بها أو إجرائية لتنظيم عملية التحكيم وقد تكون غير إرادية لأسباب أجنبية لكن في اعتقادنا أن أهم إشكال هو ضعف الكوادر المتخصصة التي تهتم بصياغة بند التحكيم وبنود الاتفاق على إجراءاته بل تعد هذه الأخيرة السبب الأول والمباشر في خسارة الجزائر وغيرها من دول عالم نامي العديد من القضايا التحكيمية والتي تقدر بملايير الدولارات.نتيجة عدم التركيز على أهمية إبرام العقود وصياغة شرط التحكيم وإجراءاته واستباقية التنبؤ بأي نزاع.

12- تخلل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري العديد من مواطن النقص والغموض التي تعالج مسالة التحكيم في جميع إجراءاته التي يقوم عليها خلافا لمشرع الفرنسي والمصري الذين وفقا إلى حد كبير في الإحاطة بأهم الإجراءات التحكيمية بما يتلاءم مع ما هو موجود في الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم المتخصصة.

التوصيات:

حرصنا من خلال هذه الدراسة أن نقدم للمهتمين، بحثا يبين مواطن طبيعة العلاقة بين القضاء والتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية ومدى فاعلية التوازن الذي وضعه التشريع بين إقرار المفاضلة والاختيار بين القضاء والتحكيم للأطراف، مع تتمة تامين توقعات الأطراف للوصول إلى عدالة موضوعية وإجرائية لحلحلة النزاعات الاستثمارية، وكذا مدى مواكبته لما هو موجود على الساحة الدولية وإكمالا لهذا البحث الأكاديمي نورد في ما يأتي مجموعة من التوصيات المستنبطة من البحث كمايلي:

1- في خصوص المعالجة التشريعية لقانون الاستثمار في ما يخص الضمانات القضائية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية:

- إعادة صياغة المادة 24 من قانون الاستثمار أولا توسيع نطاقها لتشمل مدلول المنازعات اللاإرادية كالقوة القاهرة والظروف الطارئة وثانيا الفصل بين المصالحة والتحكيم بحرف يفيد التخيير" أو" حتى لا توضع في كفة واحد لأن كل منها نظام و وسيلة لها إجراءاتها الخاصة بها.
- ضبط مبدأ الثبات التشريعي وعدم وضع تطبيقه على إطلاقه بل ربطه بسياسة إستراتجية كزيادة الاستثمار في مناطق خاصة كضمان لاستقطاب رءوس الأموال فيها ودرأ بعض الإشكالات فيها كالبطالة أو الاستغلال الموارد الموجودة بها .

- التركيز على شرط التفاوض والإشارة له ضمن قانون الاستثمار وجعله مبدأ من مبادئ الاستثمار حتى تكون صياغة البنود مدققة أكثر من مرة .
- دمج عقود الاستثمار الدولية ضمن الاختصاص النوعي للمحاكم الأقطاب، المنصوص عليها ضمن نص المادة 32 من (ق إ م إ)، نظرا لخصوصية هذه العقود وأهميتها للاقتصاد الوطني، وبها يتم الإسراع في إخراج التنظيم القانوني لهذه المحاكم التي لم يرى النور بعد، بميزات التخصص وسرعة الفصل في النزاع .
- ندعو المشرع الجزائري إلى وضع قانون خاص بالتحكيم وفصله عن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يكون ضمن توجهات الحديثة الموجودة في الاتفاقات الدولية ومراكز التحكيم الدولية وإفراد باب خاص بالعقود الاستثمارية الدولية والعقود الإدارية الدولية لما تشتمل عليه من مميزات خاصة.وهي دعوة كذلك لمراجعة العديد من النصوص المتعلقة بالتحكيم التي رأينا في مضامينها نقص وغموض وإثارة تأويلات نورد منها في هذا السياق:
- استعمال لفظ "اتفاق التحكيم" للتعبير عن شرط التحكيم ومشارطة التحكيم في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي (نص المادة 1041) في حين اكتفى بصورة مشارطة التحكيم في التحكيم الداخلي (مادة 1011) وهذا يمكن ان يثير تأويلات خاطئة حول صور اتفاق التحكيم بين التحكيم الدولي والداخلي.
- إغفال بعض المسائل والمفاهيم مثل مفهوم الإحالة كصورة من صور اتفاق التحكيم، وكذا مسألة الميعاد المتعلق بتقديم طلبات التعيين وكذا قابلية الأمر الصادر بتعيين المحكم للطعن فيه، وكذا إغفال وضع شرح لإجراءات رد المحكم وأُثار البث في بنظر الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي والاكتفاء بالحديث على عن أثار رفع هذه الدعوى....الخ
- تناقض المادة 1042 ق إ م إ مع نص المادة 1041 ق إ م د كان الأفضل الاكتفاء بنص المادة 1042 وإلا كيف يمكن التوفيق بين تحديد الاختصاص لرئيس المحكمة إذا كان التحكيم يجري في الجزائر والاختصاص لرئيس محكم الجزائر اذا كان التحكيم يجري في الخارج واختيار الأطراف قواعد الإجراءات الجزائرية وفي نفس الوقت منح الاختصاص الى المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ؟.

2- **في شأن متطلبات فض منازعات عقود الاستثمار** : على اعتبار أن الواقع الحالي يفرض ميل كبير لآلية التحكيم لابد:

- تفعيل دور مراكز التحكيم الموجودة في المنطقة العربية (مثل محكمة الاستثمار العربية) وجعلها من ضمن الوسائل المختصة المتاحة لتسوية منازعات عقود الاستثمار وذلك عن طريق حث أعضائها على إمكانية التحاكم فيها ضمن نطاق واسع يشمل حتى الأطراف الغير

منظمة فيه يكفي وجود طرف واحد وعدم حصرها للدول العربية فقط حتى تلقى فعالية وتفعيل يجنب اللجوء إلى مراكز الموجودة في الدول المتقدمة والقوية.

- تفعيل دور القضاء الوطني في مجال الاستثمار من خلال تطوير منظومة القضاء الوطني بهيكلة قضاء متخصص يضمن قضاة مؤهلين مع صقله بجميع المزايا التي يتميز بها التحكيم من اختيار القضاة للسرعة لتبسيط الإجراءات والمواعيد تكون صياغة جديدة لسياسة فض المنازعات وانطلاقة جديدة لهيمنة القضاء الوطني وبسط سلطته على إقليمه .
- تدعيم الجزائر بمركز تحكيمي يعمل على توحيد آليات فض النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية والاقتصادية وتنفيذ أحكامها مدعمة بأكبر المحكمين الدوليين واقتراحات المختصصين في هذا الشأن.
- البحث على إيجاد آلية تنسيق وتعاون بين المراكز الدولية للتحكيم في العالم بخصوص نشر الأحكام والتسويات المتعلقة بالاستثمار حتى تساهم في تسهيل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار وكذا تبصير المتعاقدين من النزاعات المحتمل وقوع فيها ووضع الاحتياطات اللازمة لذلك ولتكن في شكل منصة دولية الكترونية على شرط تشفير الأسماء ان دعت الضرورة لذلك حتى لا تلحق أضرار بالأطراف .

3- **في خصوص أولوية الاهتمام في صياغة العقود الاستثمار:** يجب التوصية في هذا المجال :

- أولوية الاهتمام لمرحلة ماقبل إبرام العقود والاتفاق على بنودها وهي مرحلة التفاوض واحتواء الكادر الوطني أشخاص مؤهلين ومختصين بفن التفاوض ودارسين للقانون للوقوف عند ثغرات العقد وتدريبهم للتعامل مع بند التحكيم كآلية التسوية البديلة عن القضاء .
- ضرورة التدقيق الجيد لجميع بنود العقد وخاصة صياغة شرط التحكيم ووضع الاحتمالات الاستباقية للنزاعات الممكنة الوقوع والعمل على ترجمتها للغة العربية كشرط أساسي حتى لا ينحرف مفهومه وقصده الطبيعي في صياغته والتأكيد على ضرورة احترام الالتزامات المتفق عليها
- التوصية بتشجيع الجامعة الجزائرية على إعداد الدراسات والبحوث القانونية والفنية في المسائل المتعلقة بالتحكيم وإقامة الدورات التدريبية والملتقيات الوطنية والدولية وبرامج التوعية والتحسيس حتى تتصدى للمشكلات الحقيقية للتحكيم وحماية الخزينة من صرف أموال طائلة بسبب خسائر الكثير لقضايا التحكيم.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

1-النصوص القانونية:

أ- الاتفاقات الدولية:

1. **اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و ورعايا الدول الأخرى** في18 مارس 1965صادت عليها الجزائر بموجب **المرسوم الرئاسي رقم 95/346** المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج.ج عدد 66.
2. **اتفاقية مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك** بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 **والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الاجنبية وتنفيذها** صادقت عليها الجزائر بتحفظ **المرسوم رئاسي رقم 233/88** مؤرخ في 05 نوفمبر لعام 1988 ج ر عدد 48.
3. **اتفاقية عمان العربية التي اقرها مجلس وزراء عدل العرب في دورته الخامسة بقرار رقم 80/د5** المؤرخ في 1407/08/16 الموافق لـ 1987/04/14
4. **الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية**، صادقت عليها الجزائر بموجب **المرسوم الرئاسي رقم 306/95** مؤرخ في 07 أكتوبر 1995 ج .ر.ج.ج عدد 59.
5. **اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي**، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 يوليو سنة 1990. المشار اليها في **المرسوم الرئاسي رقم 90-420** المؤرخ في 22 ديسمير سنة 1990 ج ر عدد 06.
6. **الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة إيطاليا الموقع بالجزائر** بتاريخ 18 ماي 1991والمصادق عليها بموجب **المرسوم الرئاسي رقم 91- 346** المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1991 ج ر عدد 46
7. الاتفاق **بين حكومة الجزائر وحكومة فرنسا حول التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما والموقعة في الجزائر** في 13 فيفري1993 المصادق عليها بموجب:**المرسوم الرئاسي رقم 94-01** المؤرخ في 02 جانفي 1994 ج ر عدد02.

ب- الدستور:

1. **دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية** لعام 1996ج.ر.ج.د.ش عدد 76المؤرخة في 1996/12/08والمعدل **بالقانون رقم 01/16** المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق ل06 مارس سنة 2016 ج.ر عدد 14لسنة 2016.

ت- القانون العضوي:

1. القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو سنة 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج. ر، عدد 51 .

ث- القانون العادي:

1. **قانون رقم 09/08** المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق لـ 25 فبراير 2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية**، جريدة الرسمية عدد 21
2. **قانون رقم 09/16** المؤرخ في 03 /أوت/ 2016 **يتعلق بترقية الاستثمار**، ج.ر.ج.ج عدد 46 الصادرة بتاريخ 2015/07/19.
3. **قانون رقم10/05** مؤرخ في 20 يونيو المعدل والمتمم **للأمر رقم 75-58** المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 **والمتضمن القانون المدني.ج** ر عدد44.
4. **قانون رقم 84-11**المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم .
5. **قانون رقم 02/98** المؤرخ في30 ماي1998، والمتعلق بالمحاكم الإدارية ،ج. ر عدد 37

ج- الأوامر:

1. **أمر رقم 01-03** مؤرخ في 20 أوت 2001 **يتعلق بتطوير الاستثمار** ج.ر ج.ج، العدد 47 الصادر بتاريخ 2001/08/22 المعدل والمتمم بموجب **الأمر06/08** المؤرخ في 2006/07/15 ج.رج.ج عدد47الصادرة بتاريخ 2006/07/19.
2. **أمر رقم 75-58** المؤرخ في 26 سبتمبر لسنة 1975 **المتضمن قانون المدني** المعدل والمتمم ج.ر.ج عدد101 الصادر بتاريخ 1975/12/19.
3. **أمر رقم 284/66** المؤرخ في 1966/09/15 **يتضمن قانون الاستثمارات**، ج.ر.ج، عدد 64 الصادر بتاريخ 1966/09/17.

ح-المراسيم التشريعية والتنفيذية:

1. **المرسوم التشريعي 93-12** المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، **يتعلق بترقية الاستثمار**، ج.ر.ج.ج عدد 64 لسنة1993 (ملغى)
2. **المرسوم التشريعي رقم 09/93** مؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم **الامر 154/66** المؤرخ في 08 يونيو1966 **المتضمن قانون الاجراءات المدنية** ج.رج. عدد 27 الصادرة بتاريخ 27 ابريل 1993.(ملغى)

3. **المرسوم التنفيذي رقم 98/356** المؤرخ في 14 نوفمبر 1998 **المتضمن كيفيات تطبيق القانون رقم 02/98** والذي أنشا **محكمة إدارية تنصب عند توفر الظروف الضرورية لسيرها**.ج.ر عدد58.

ح- القرارات:

1. قرار من **المحكمة العليا** في القضية ملف **رقم 509000** صادر بتاريخ 2009/09/16، حول منع إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم الأجنبي متعارض مع حكم أجنبي، منشور في **مجلة المحكمة العليا**،العدد الأول سنة 2010.
2. **قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 1803(د17)** المؤرخ في 14 ديسمبر 1962 والمعنون السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية.

خ- النصوص القانونية الأجنبية:

1. **دستور جمهورية مصر العربية** الصادر 18 يناير عام 2014،عدد3(أ).
2. **قانون الاستثمار** المصري **رقم 17** المؤرخ في 12 مارس 2015، ج.ر عدد11.
3. **قانون رقم 120** المؤرخ في 22 مايو 2008 **المتعلق بإنشاء المحاكم الاقتصادية**، ج.ر المصرية عدد21.
4. **قانون تشجيع الاستثمار التونسي عدد120**لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 99.
5. **قانون التونسي عدد 42** لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 **بتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي، عدد33.**
6. **قانون التحكيم الأردني** رقم 31 لسنة 2001 المؤرخ في 2001/07/16، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4496.
7. **النظام الأساسي المعدل لمحكمة الاستثمار العربية** في 21 و 22 جانفي 2013.
8. **قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس** في طبعتها المنقحة لعام 2011.
9. **قواعد تحكيم والوساطة غرفة التجارة الدولية بباريس** المنقحة والنافدة في 01 مارس 2017 نقلا عن موقع https://icczbo.org/الرسمي لغرفة التجارة الدولية بباريس.
10. **نظام مركز التحكيم التجاري لمجلس التعاون لدول الخليج العربي** لعام 1993
11. **دليل اليونسترال القانوني بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشأت الصناعية** 1987 الذي اعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 14 أب / اغسطس 1987 منشور على الموقع الاكتروني www.uncitral.org/ .
12. **القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي** (اليونسترال) لعام 1985 المنقحة عام 2010
13. **قواعد اليونسترال للتحكيم** بصيغتها المعتمدة في عام 2013

14. **قواعد تحكيم مركز القاهرة الاقليمي** للتحكيم التجاري الدولي المؤسس في 1979 المنقح باخر تعديل للقواعد اليونسترال 2010 والذي تم سريانه اعتبارا من 01 مارس 2011.

2- الكتب:

أ- الكتب العامة:

1. **أبو العلا على ابو العلا النمر** «**تكوين هيئات التحكيم**»، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2000.
2. **أحمد ابراهيم** «**التحكيم الدولي الخاص**»، دار النهضة، طبعة التانية، مصر 1997.
3. **أحمد ابراهيم عبد التواب** «**اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به**»، دار الجامعة الجديدة جامعةلقاهرة، مصر، دون طبعة، سنة2009
4. **أحمد أبو الوفا** «**التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري**»، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الخامسة، سنة 1987.
5. **أحمد السيد الصاوي** « **التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994وأنظمة التحكيم الدولية**»، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر دون طبعة، سنة 2002.
6. **أحمد خليل** « **قواعد التحكيم**»، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون طبعة سنة 2003.
7. **أحمد رشاد محمود سلام** « **البنيان الفني لحكم التحكيم**»، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة، سنة 2010.
8. **أحمد سمير محمد ياسين الصوفي** « **دور القوة القاهرة في القوانين الاجرائية**»، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر، مصر والامارات، دون طبعة، سنة2016.
9. **أحمد صدقي محمود** « **اتفاق التحكيم دار النهضة العربية**»، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2004.
10. **أحمد عبد الكريم سلامة** « **نظري العقد الدولي الطليق**»، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط سنة 1989.
11. **أحمد عبد الكريم سلامة** «**نظرية العقد الدولي بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية**» دار النهظة العربية، القاهرة، دون طبعة، سنة1988.
12. **أحمد هنري** « **تنفيذ أحكام المحكمين**»، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، الطبعة الأولى سنة 2003.

13. **أحمد مخلوف** « **إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**» القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، سنة 2001.

14. **أشرف عبد العليم الرفاعي** « **اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية**»، دا الفكر الجامعي، الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2003.

15. **جعفر مشيمش** « **التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية**»، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2009.

16. **جمال عمران الورفلي** «**تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية**»، دار النهضة، مصر دون طبعة سنة 2009.

17. **حفيظةالسيدالحداد** «**العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية**»، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، دون طبعة، سنة2001.

18. **حفيظة السيد الحداد** «**الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**»منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت الطبعة الأولى، سنة2004.

19. **حفيظة السيد الحداد** «**الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية**»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة سنة1997.

20. **خالد عبد العظيم أبو غابة** «**التحكيم وأثره في فض المنازعات**»، دار الفكر الجامعي، مصر الطبعة الأولى، سنة 2011.

21. **سميحة القليوبي** «**مدى جدوى تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشان تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا**»، دار النهضة العربية القاهرة 2002.

22. **سراج حسين أبو زيد** « **التحكيم في عقود البترول**»، دار النهضة العربية، مصر، طبعة الأولى، سنة 2000.

23. **سلمان عبد المجيد** « **النظرية العامة للقواعد الدولية الأمرة في النظام القانوني الدولي**»، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، دون سنة نشر.

24. **شفيق محسن** « **التحكيم التجاري الدولي دراسة في قانون التجارية الدولية**»، دار النهضة العربية الاسكندرية، دون طبعة و سنة نشر..

25. **عاشور مبروك** « **النظام الاجرائي لخصومة التحكيم(دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة)**» ، مكتبة الجلاء، الطبعة الثانية، سنة1998..

26. عبد الباسط محمد عبد الواسع « **النظام القانوني لاتفاق التحكيم(دراسة تحليلية مقارنة)** » ، دار الجامعة الجديدة، مصر ، دون طبعة، سنة 2013.

27. عبد الرزاق احمد السنهوري «**الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الاول**»، دار الجامعات للطباعة والنشر، القاهرة، طبعة الأولى، سنة 1952

28. عبد الرزاق السنهوري « **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)** » ، مجلد الأول العقد، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية،1981.

29. عكاشة محمد عبد العال « **الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة** »، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، دون طبعة، سنة 1994.

30. عكاشة محمد عبد العال « **القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية،الاختصاص القضائي الدولي،تنفيذ الأحكام الأجنبية)** » ، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، مصر 1996.

31. علاء محي الذين، مصطفى أبو حامد « **التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية** »، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2012.

32. عليوش قربوع كمال « **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر** »، بوساحة للطبع والنشر والتوزيع، سوق أهراس، الجزائر، الطبعة الرابعة، سنة 2017.

33. فتحي والي « **قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق** »، منشأة المعارف الاسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2007.

34. فتحي والي «**الوسيط في قانون القضاء المدني**»، دار النهضة العربية، قاهرة دون طبعة، سنة 1987.

35. فؤاد محمد محمد ابو طالب « **التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام : دراسة مقارنة** »، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى، سنة2010.

36. لزهر بن سعيد « **التحكيم التجاري الدولي** »، دار الهومة، الجزائر، دون طبعة، سنة 2012.

37. محمد سناري «**الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود**»، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة وسنة نشر

38. محمد طه سيد أحمد عاشور « **اتفاق التحكيم وإجراءات الخصومة التحكيمية** »، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، سنة2017.

39. **محمد كولا** « **تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**»، منشورات بغدادي، الجزائر،دون طبعة، سنة 2008.

40. **حمد وليد عودة الهميشري** «**عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية**» دار الثقافة، عمان، طبعة الاولى،سنة 2009.

41. **محمود مختار البريري** « **التحكيم التجاري الدولي**»، دار النهضة العربية، الاسكندرية الطبعة الرابعة، سنة 2012.

42. **محمود مصطفى يونس** « **المرجع في قانون التحكيم المصري والمقارن**»، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 2016.

43. **محمودي مسعود** « **أساليب وتقنيات ابرام العقود الدولية**»، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الثانية، سنة 2015 .

44. **محي الذين اسماعيل علم الذين** « **منصة التحكيم**»، الجزء الثالث، بدون نشر، بدون سنة نشر.

45. **محي الدين إسماعيل علم الذين** «**أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي من ل1984 – 2000**»،دون دار نشر، طبعة أولى، سنة 2000.

46. **مختار أحمد بريري** « **التحكيم التجاري الدولي**»، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة، سنة 1995.

47. **ممدوح عبد العزيز العنزي** « **بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي(الأسباب والنتائج)** »منشورات الحلبي، لبنان، طبعة الأولى، سنة 2006.

48. **مناني فراح** « **التحكيم طريق بديل لحل المنازعات**»، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، دون طبعة، سنة 2010

49. **منير عبد المجيد** « **الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي**»، منشأة المعارف الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2000.

50. **مصفى الجمال وعكاشة عبد العال** «**التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**»، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة الأولى، سنة 1998.

51. **ناصر محمد شرمان** « **المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي**»، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2015.

52. نبيل اسماعيل عمر «**قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية**»دارالمطبوعات الجامعية، مصر، 1995.

53. نسيم يخلف «**الوافي في طرق التنفيذ**»، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة أولى، سنة 2014.

54. هشام خالد «**جدوى اللجوء الى التحكيم التجاري مزاياه وامراضه**»، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون طبعة، سنة 2007

55. هشام علي صادق «**القانون الدولي الخاص**»، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2005.

ب- الكتب المتخصصة

1. أبو علاء النمر « **ميعاد التحكيم**»، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة، سنة 1999.

2. أبو علاء علي أبو العلا النمر « **النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم**» دار النشر الالكتروني، مصر، دون طبعة وسنة نشر.

3. أشرف عبد العليم الرفاعي « **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة**»، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2006.

4. أشرف عبد العليم الرفاعي « عقود الدولة في القانون الدولي» منشورات زين الحلبية، بيروت، 2011

5. أمال يدر « **الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي**»، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة الأولى،سنة 2012.

6. أيسر عصام داود سليمان « **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**»، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة الأولى، سنة 2014.

7. بشار محمد الأسعد، « **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون طبعة، سنة 2006.

8. بشار محمد الأسعد « **الفعالية الدولة للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية** »منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2009.

9. الحسين السالمي « **التحكيم وقضاء الدولة دراسة علمية تأصيلة مقارنة**»، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،لبنان، طبعة الأولى، سنة 2008.

10. **حفيظة السيد الحداد** « **مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذالإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم**»، دار الفكر الجامعي، مصر الاسكندرية دون طبعة، سنة 1996.

11. **خالد كمال عكاشة** « **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**»، دار الثقافة الأردن، الطبعة الاولى، سنة 2014

12. **شيرازاد حميد هروري** « **منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم**»، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2018.

13. **عامر أحمد الجارحي** «**اتجاه هيئات التحكيم لإعمال قواعد التجارة الدولية على منازعات العقود الادارية ذات الصفة الدولية " عقود الدولة"**»، الكتاب الثاني المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2018.

14. **عامر أحمد الجارحي** «**الإطار القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الادارية ذات الصفة الدولية، عقود الدولة**»، الكتاب الاول، المركز القومي للدراسات القانونية، الاسكندرية، سنة 2018.

15. **عامر فتحي البطانية** « **دو القاضي في التحكيم التجاري الدولي**»، دار الثقافة للنشروالتوزيع عمان، الطبعة الاولى، سنة 2009.

16. **عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء** « **تنفيذ أحكام المحكمين الاجنبية في منازعات عقود الاستثمار(دراسة مقارنة)**» ، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، سنة 2014.

17. **عصام الدين القصبي** « **خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**»، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1993

18. **فهيمة أحمد علي القماري** « **الوسيط في سلطة القضاء إزاء خصومة التحكيم(الرقابة السابقة على حكم التحكيم) دراسة مقارنة**»، دار الكتب والدراسات العربية الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2017.

19. **سراج حسين محمد أبو زيد** «**التحكيم في عقود البترول**»، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى سنة 2000

20. **لفزايري أمال** « **دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم**»، منشأة المعارف الاسكندرية، دون طبعة، سنة 1993.

21. **لما أحمد كوجان** « **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي**»منشورات زين الحقوقية، لبنان دون طبعة، سنة 2008

22. محمود السيد عمر التحيوي « الرضا لا يفترض وانما لابد من وجود الدليل عليه»، دار المطبوعات الجامعية،مصر، دون طبعة، سنة 2002.

23. ناصر شحاتة صالح « العلاقة بين القضاء والتحكيم حدود سلطة القضاء اتجاه التحكيم (الدور المعاون والدور الرقابي)» ، شركة ناس للطباعة القاهرة، طبعة الأولى، سنة 2012.

24. هات محي الذين اليوسفي، « الأثرالمانع لاتفاق التحكيم ومدى تاثيره الاختصاص القضائي»دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة الأولى ،سنة 2014.

25. هبة هزاع « توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي»، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2016.

26. هشام خالد « الدفع بالاحالة، لقيام ذات النزاع امام قضاء الدولةوقضاء التحكيم في نطاق المنازعات التجارية الدولية»،منشأة المعارف الإسكندرية مصر، طبعة الأولى سنة2008.

27. هشام خالد « تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية»، منشأة المعارف، الإسكندرية، المجلد رقم01، دون طبعة، سنة 2008.

28. هشام خالد « عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثار بشأنه»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2007.

29. هشام علي صادق «الحماية الدولية للمال الأجنبي»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية دون طبعة، سنة 2002.

30. طه أحمد على قاسم « تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية»، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2008.

3-الموسوعات:

1. الأحدب عبد الحميد « موسوعة التحكيم في البدان العربية(الجزائر، الامارات العربية المتحدة، السودان")»الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، دون طبعة، سنة 2008.

2. خالد محمد القاضي « موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة»، دار الشروق،القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2002.

3. عبد الحميد الأحدب « **موسوعة التحكيم**»، التحكيم الدولي الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الثالثة، بيروت، لبنان، سنة 2008.

4. أحمد رائد علي أحمد « **موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية**»، الجزء الثاني، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر،الطبعة الأولى، سنة 2017.

4-الرسائل العلمية :

أ- رسائل دكتوراه:

1. أحمد المصطفى محمد صالح الصادق « **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة)**» بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة شندي السودان، سنة 2012.

2. باسود عبد المالك «**حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي**»رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015.

3. بلحسان هواري « **تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية (دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**» ، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، سنة 2017

4. بوالصلصال نورالدين « **الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم**»، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2011.

5. جارد محمد « **الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)**» ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2018.

6. حسايني لامية « **مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري**» أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، سنة 2017.

7. حسيني يمينة « **تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية**

منازعات الاستثمار (فرق القانون التعاون الدولي)»، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2011.

8. زروق نوال « **الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي**»، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف02، سنة 2015.

9. الطيب زروتي « **النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن**»، رسالة لنيل درجة شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، الجزء الثاني، معهد القانون والعلوم الادارية، جامعة الجزائر،سنة 1991.

10. عطار نسيمة «**النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**»، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر قايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2018.

11. العيساوي صفاء تقي عبد النور « **القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية: دراسة مقارنة**»، رسالة لنيل رسالة الدكتوراه جامعة الموصل كلية القانون، العراق،سنة 2005.

12. عيساوي محمد « **فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)** »، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري– تيزي وزو.

13. غسان علي علي « **الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها**»، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 2004..

14. الفوزان فوزان بن علي « **دور القضاء في التحكيم وفق النظام السعودي**»، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة القصيم كلية الشريعة والدراسات الاسلامية،السعودية،سنة 2016..

15. قبايلي الطيب « **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**»، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري بتزي وزو، سنة 2012.

16. قصوري رفيقة « **النظام القانوني للأستثمار في الدول النامية**»، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الاعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، سنة 2011.

17. ليلى علي سعيد الخفاف « **وقف الخصومة في أصول المحاكمات المدنية الأردني دراسة مقارنة بين التشريعات الأردنية والعراقية والمصرية**»، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة عمان العربية للدراسات العليا كلية الدراسات القانونية والسياسية العليا قسم القانون الخاص، المملكة الأردنية الهاشمية،سنة2010

18. معاشو عمار « **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية(في عقود المفتاح والانتاج في اليد)**» ، رسالة دكتوراه معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، سنة 1998.

19. المولى معاذ علي فضل « **العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين ودور كل منهما في تسوية المنازعات الدولية بالتركيز على قضيتي دارفور وأبيي**» رسالة لاستكمال متطلبات درجة الدكتوراه كلية القانون، جامعة النيلين الخرطوم، السودان، سنة 2013.

20. هند محمد مصطفى مصطفى « **وسائل تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي**»، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق قسم القانون التجاري، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2015.

21. ولد الشيخ شريفة «**تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي**»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2015.

ب- رسائل ماجستير:

1. إبراهيمي جلال الدين بومحراث فارس «**التحكيم في المنازعات التجارية الدولية وتطبيقاته في الجزائر**»، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر سنة2004.

2. أبو شربي تغريد شعبان « **الأثار القانونية لطلب رد المحكم دراسة مقارنة**»، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق، الاردن، سنة 2014.

3. بقة حسان « **الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي**» مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون عام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، سنة 2012.

4. بلقواس سناء « **الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية**»، بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستير في العلوم القانونية تخصص قانون إداري، ادارة عامة، جامعة حاج الاخضر، باتنة.

5. بوصنويرة خليل « **القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري**»، رسالة لنيل شهادة ماجستير قانون عام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2008.

6. تركي بن عبد الله أل حامد « **بطلان حكم التحكيم(دراسة مقارنة بين دول التعاون الخليجي)** » دراسة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، الرياض، سنة 2010.

7. ثامر اسماعيل حسين «**النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا: دراسة مقارنة**»، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أل البيت، الأردن، سنة2015

8. جمال عمران أغنية « **تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية (دراسة مقارنة)**» ، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، الأردن، سنة 2004

9. حدادن الطاهر « **دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي**»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، سنة 2012.

10. الحر يوسف حسني « **صلاحية اتخاذ التدابير الوقتية والتحفضبة في الأعمال التحكمية**»، رسالة لاستكمال متطلبات الماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الاردن، سنة 2015.

11. حسان كليبي « **دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي**»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية، جامعة احمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بومرداس، سنة 2013.

12. حسين فريدة « **التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادر في المجال**

الاستثماري بالجزائر»، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون، فرع التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2000.

13. **حمزة ابراهيم سكران الجرايدة** «**المحكم المفوض بالصلح في الخصومة التحكيمية**»، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أل البيت كلية القانون، العراق، سنة 2018.

14. **حنين امين رمزي** « **دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية**»، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة بيرزيت كلية الحقوق والادارة العامة، فلسطين، سنة 2015.

15. **حوت فيروز** « **الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري في ضوء القانون الجزائري والاتفاقات الدولية**»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج بويرة، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، سنة 2016.

16. **رضية محمد حسن الرعيني** « **إشكالات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في مجال الاستثمارفي اليمن وبعد الدول العربية والأجنبية، دراسة قانونية ومقارنة**»، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قسم قانون المرافعات جامعة القاهرة ،مصر، سنة 2014.

17. **داود سلمان داود العزاوي** « **صلاحيات المحكم**»، رسالة للاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، في القانون الخاص، قسم القانون القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الاردن سنة 2015.

18. **ذمغة عبد اللطيف حسين قاسم** « **تجاوز المحكم لسلطاته واثاره القانونية(دراسة مقارنة بين القانون اليمني والقانون الأردني)**» ، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة اليرموك، الاردن، سنة 2012.

19. **الشمري ثامر ياسين** «**الطبيعة القانونية لعقود استثمار النفط**»، رسالة لنيل درجة الماجستير كلية الحقوق، جامعة الاسراء الخاصة، الأردن سنة 2015.

20. **الصالح ايلاف خليل ابراهيم** « **القانون الواجب التطبيق على التحكيم: دراسة مقارنة**»، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الأردن، سنة 2014.

21. الصالح إيلاف خليل إبراهيم « **القانون الواجب التطبيق على التحكيم: دراسة مقارنة**»، رسالة لاستكمال متطلبات الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، سنة 2014.
22. عبد الحميد نصر أحمد الحميري « **الاستثمار الأجنبي(الحوافز والحماية القانونية) دراسة مقارنة**»رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2008..
23. عبد النور احمد « **إشكالات تنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة**»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2010.
24. عبد الوهاب عجيري « **شرط التحكيم التجاري الدولي حسب التشريع الجزائري**»، مذكر لنيل شهادة الماجستيرفي القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 02، سنة 2014.
25. العليمي خالد سعد راشد «**أثر نظرية الظروف الطارئة في التوازن المالي للعقد الاداري (دراسة مقارنة مصر/ كويت /أردن)**» ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، الاردن، سنة 2008.
26. عمارة بالغيث « **تنفيذ الأحكام الأجنبية**»، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة عنابة، 1989.
27. قطاف حفيظ « **مجال تدخل القاضي في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 09/08**» رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، سنة 2015.
28. المحاميد مروان محمد سلامة « **رقابة القضاء على ميعاد التحكيم**»، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق، الأردن، سنة 2018.
29. محمد حسين محمد الأحمد « **بطلان حكم التحكيم ونطاق رقابة محكمة التميز عليه (دراسة مقارنة)**» ، رسالة ماجستير في الدراسات القانونية، جامعة أل البيت، الأردن، سنة 2012.
30. مفتاح خلف الله المهدي «**طرق فض منازعات الاستثمار الأجنبي في الدول الأقل نمو(دراسة مقارنة)**» ، رسالة لاستكمال درجة الماجستير، كلية

الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الأسلامية، السودان، سنة 2015..

31. منى بوختالة « **التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار**»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة01، سنة 2014.

32. نزليوي صليحة «**النظام القانوني لضمان الاستثمار الأجنبي**»، لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون اعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2006.

33. نويوة هدى «**التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري**»، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في المؤسسات الادارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2012

34. هبة محمد محمود الديب «**أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية(دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني**»، رسالة ماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق، جامعة الأزهر غزة، سنة 2012.

35. وائل صلاح الدين محمد الأمين «عقود الاستثمار الدولة ومنازعاتها»، بحث تكميلي لنيل درجة ماجستير في القانون،كلية الحقوق، جامعة الخرطوم، السودان، سنة 2006.

5-المقالات:

1. إبراهيم إسماعيل «علي خضر الجنابي، النظام القانوني لتنفيذ احكام التحكيم الدولي»، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، عدد الثاني، السنة السابعة 2015.

2. ابراهيم محمد القعود «الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية»، **مجلة العلوم القانونية والشرعية**، كلية القانون جامعة الزاوية، العدد السابع 2015.

3. أبو زيد محمد «المفاوضات في الاطار التعاقدي صورها وأحكامها»، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، كلية الحقوق جامعة عين شمس مصر، المجلد 47، العدد01 سنة2005.

4. أحلام نواري «تراجع السيادة الوطنية في ظل التحولات الدولية»، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 4

جانفي 2011.

5. **أمحمد سعد الدين** « دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق»، **المجلةالأكادمية للباحث القانوني**، عدد 5، سنة 2014.

6. **أحمد عبد الكريم سلامة** « المسائل الأولية في نظرية التنازع الدولي بين القوانين»، **المجلة المصرية للقانون الدولي(الجمعية المصرية للقانون الدولي)**، مصر، العدد 47، سنة 1992.

7. **احمد عبد الكريم سلامة** «شروط الثبات في عقود الاستثمار و التجارة الدولية»، **مجلة البحوث العلمية والاقتصادية**، العدد الخامس، جامعة النصورة، مصر 1989..

8. **إناس هاشم رشيد /وعود كاتب الأنباري** « التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة»، **مجلة رسالة الحقوق**، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة السابعة، العدد الأول سنة 2015.

9. **أودوني عزيز** «الرقابة القضائية على عملية التحكيم»، **مجلة القانون والأعمال**- مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة الحسن الأول سطات- المغرب، العدد 28، سنة 2018.

10. **أوزان زهير** « نطاق الرقابة على الحكم التحكيمي من خلال طرق الطعن»، **مجلة القانون والأعمال**، مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، المغرب،العدد15،سنة 2017.

11. **بكلي نور الدين** «تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرق الطعن فيها في القانون الجزائري»، **مجلة المحكمة العليا**، العدد الثاني سنة 2013.

12. **بكلي نوردين** «تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرق الطعن فيها في القانون التجاري»،**المجلة المغربية للوساطة والتحكيم**، مركز الوساطة والتحكيم، المغرب، العدد 05 سنة 2011.

13. **بلقاضي محمد الطاهر** «تسبيب حكم التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن»، **مجلة التواصل**، جامعة باجي مختار بعنابة. الجزائر، العدد 28 جوان 2011.

14. **البنان حسن محمد علي حسن،** «أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة) »،**مجلة الرافدين للحقوق**، كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق، سنة 2013.

15. **تراري مصطفى** « ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم الدولي في التجارة الدولية عموما وفي مجال الاستثمار بوجه خاص»، **المجلة المغربية للوساطة والتحكيم المركز الدولي للوساطة والتحكيم المغرب،** العدد04، سنة 2009.

16. **تركي علي عبد الحميد** « التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض يالصلح: دراسة تحليلية مقارنة في القانون الفرنسي والمصري»، **مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والأقتصادية**، جامعة حلوان مصر، عدد 72، سنة 2012.

17. **جاسم أسير باقر** «النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض دراسة في عقود التجارة الدولية»، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،** كلية القانون، جامعة بابل العراق، المجلد 3 العدد 1، سنة 2011.

18. **جبار سماح** «حسن النية في التفاوض على العقود»، **مجلة دراسات القانونية** الجزائر لغواط، عدد 48 سنة2016.

19. **الجم محمد مهدي** «نظرية الظروف الطارئة»، **المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن** ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، المغرب،سنة 1991.

20. **جميلة بلعيد** «التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي»، **مجلة مصر المعاصرة**، مصر، المجلد 104، عدد 505، سنة 2012.

21. **الحبيب خليفة اجبودة** «القوة القاهرة بين القانون اليبي وعقود فيديك»،**مجلة الجامعة، كلية القانون جامعة طرابلس،** عدد16 المجلد ثاني افريل، سنة 2014.

22. **حتاملة سليم سلامة** «دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري دراسة في القانون الاردني»، **مجلة الحقوق الكويت**، المجلد 39 العدد 03، سنة 2015.

23. **حزبون جورج** «معوقات التحكيم ودور الرقابة القضائية التالية على انتهاء

اجراءاته»، **مجلة دراسات العلوم الانسانية**، الاردن، المجلد 21 العدد 2، سنة 1994.

24. **حسين مصطفى فتحي** «النظام القانوني لاتفاق التحكيم»، **مجلة التحكيم العربي**، العدد08 أغسطس 2005

25. **حسين نوارة** «واقع وافاق الشراكة مع الاتحاد الأروبي»، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، العدد02 لسنة 2007.

26. **حسين محمد مصطفى سيد** «النظام القانوني للتنازل عن الحصانة التنفيذية للدولة»، **مجلة الشرق الأوسط (مركز بحووث الشرق الأوسط بجامعة عين شمس)**، مصر، عدد41، سنة 2017.

27. **حمزة حداد** «دور التحكيم في تسوية المنازعات»، مقال منشور في **مجلة التحكيم لمركز التوفيق والتحكيم اليمني**، العدد 05 أفريل سنة 2000.

28. **خالد عبد الحميد** «دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم»، **مجلة معهد القضاء (معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية)**، الكويت سنة 2006.

29. **الخصاونة علاء الدين عبد الله** «الجوانب القانونية للالتزام باعادة التفاوض ومراجعة العقود دراسة في القانون الفرنسي والاردني ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الاروبي للعقود»، **مجلة الحقوق**، الكويت مجلد 38 العدد 1، السنة 2014.

30. **الخفاجي عزيز كاظم** «اعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا»، **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية**، العراق، مجلد 08 عدد 23 حزيران 2015.

31. **رضوان فايز نعيم** «تشكيل هئية التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات ولوائح التحكيم في مراكز التحكيم التجاري الدولي»، **مجلة الأمن والقانون أكادمية الشرطة دبي، الامارات**، المجلد 19 عدد2، سنة 2011.

32. **رقية عواشرية** «التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية»، **مجالة دفاتر السياسة والقانون**، عدد 2 لسنة 2009.

33. **رياض رقية** «دور التحكيم في جذب الاستثمارات الأجنبية»، مجلة المال

والتجارة، مصر عدد370 فبراير، سنة 2000

34. زايد أحمد سليمان حسين «الاستعانة بالخبرة في قضايا التحكيم الداخلي الاتفاقي»، دراسة تحليلية نقدية للمادة 34 من قانون التحكيم الاردني، **المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية**، الاردن المجلد 8، العدد1، سنة 2016

35. زكرياء عزاوي «علاقة القضاءبالتحكيم: بين القوضأة والاستقلالية»، دراسة مقارنة بين القانون المغربي والفرنسي مع تطبيقات قضائية، **المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي**، المغرب، العدد 3و4 لسنة 2017.

36. زرقون نورالدين «الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي»، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد12 جانفي 2015

37. السائح عمران علي «أهمية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، **مجلة جامعة الزيتونة**، ليبيا، عدد 02، سنة 2012

38. سمية صخري، السعيد خويلدي « شروط ابرام اتفاق التحكيم البترولي وأثاره على الحصانة السيادية(مع الاشارة الى قانون المحروقات الجزائري دراسة مقارنة)» ، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، العدد الخامس عشر جوان 2016.

39. سعيد عزيزة هارون محمد «سيادة الدول»، **مجلة العدل العراق**، مجلد 20 عدد 52، لسنة 2018

40. سلامة أحمد عبد الكريم «الحصانة القضائية في قانون الاجراءات القضائية الدولية»، **مجلة الدراسات الدبلوماسية**، السعودية، عدد 10، سنة 1993

41. سليماني عبد الرحيم «شرط اعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية»، **مجلة القانون المغربي**، دارالسلامة للطبع والنشر المغرب، العدد16 سنة 2010.

42. السوفاني عبد الله خالد علي «الرقابة القضائية على هيئة التحكيم»، **مجلة المنارة للبحوث والدراسات**، الاردن، مجلد 20 عدد3 لسنة 2014.

43. سيد أحمد محمود «مدى سلطة المحكم في اتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية» **مجلة الحقوق**،جامعة الكويت، العدد الثالث، 2001.

44. السيد حسام رضا «التحكيم المبتور هيئة واتفاقا»، **مجلة العلوم القانونية**

والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة عين شمس،- مصر المجلد 58 عدد 02، سنة 2016.

45. صالح أحمد المصطفى محمد «الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار»، **مجلة العدل**، السودان المجلد رقم 17 عدد 44، سنة 2015.

46. صادق هبة بدر احمد «إطلالة على المحاكم الاقتصادية ومنازعات الاستثمار: ملاحظات انتقادية للقانون رقم 120 لسنة 2008 بانشاء المحاكم»، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، جامعة عين شمس، مجلد 59 عدد01،سنة 2017.

47. صادق هشام علي «طبيعة الدفع بالحصانة»، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية** كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، مجلد 11، عدد 01 سنة 1969

48. صالح عرباوي نبيل «الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم في القانون الجزائري» **مجلة القانون والأعمال**، مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، المغرب،العدد 32، سنة 2018.

49. الصالحي كامران «طلب بطلان حكم المحكمين ومدى دور المحكم في حترام الإرادة المشتركة لأطراف التعاقد في منازعات عقود B.O.T في ضوء القانون الإمراتي وأنظمة التحكيم الدولية»، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية الإقتصادية**، مصر، عدد 1، سنة 2011.

50. الصده عد المنعم «التعبير عن الإرادة»، **مجلة الأمن والقانون**، أكادمية الشرطة دبي- الامارات، مجلد 5 عدد 01، سنة 1997.

51. الطبطبائي عادل طالب «مدى انقضاء العقود الادارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت دراسة مقارنة»، **مجلة الحقوق** مجلد رقم 16 عدد4 الكويت،سنة 1992.

52. عالية يونس الدباغ، وسن مقداد «عقد الاستثمار»، **مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية**،العراق المجلد16، العدد2شباط 2009.

53. عجابي صبرينة «ضوابط الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية: دراسة مقارنة بين الجزائر والمغرب»،**مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية** المجلد 7، العدد1 سنة 2018

54. عامر زعير محسيسن «كمال جواد كاظم، حيدر عرس عفن، الحق في اللجوء إلى

القضاء الاداري»، **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية** العراق، العدد27، سنة 2016.

55. **عبد الحمد الأحدب** «التحكيم في اتفاقيات الاستثمار العربية»، **مجلة التحكيم العربية**، عدد السابع عشر ديسمبر 2011.

56. **عبد الحميد الأحدب** «مفهوم النظام العام في التحكيم»، **المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم**، العدد 2 المغرب سنة 2003.

57. **عبد الحميد دانية ماجد** «سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الاثبات»، **مجلة الحقوق كلية القانون الجامعة المستنصرية**، العراق مجلد 04 عدد14 سنة 2011.

58. **عبد الرحمان فاطمة فتح الرحمن علي** «التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات الناشئة عن قضايا الاستثمار»، **مجلة العدل**، وزارة العدل السودان، المجلد 13عدد 33، سنة 2011.

59. **عبد العزيز خنفوسي** «القواعد الإجرائية التي تحكم مسالة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وطرق الطعن»، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة ورقلة عدد الثاني عشر، 2015.

60. **عبد القادر ورسمه غالب** «المميزات العامة للتحكيم التجاري»، **مجلة التحكيم والقانون الخليجي** العدد 26 مارس، 2015

61. **عبد المطلب ممدوح عبد الحميد** «تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه»، **مجلة الأمن والقانون أكاديمية الشرطة**، مجلد رقم11 عدد 01، دبي الامارات، سنة 2003.

62. **عبد المطلب ممدوح عبد الحميد** «تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه»، **مجلة الأمن والقانون أكاديمية الشرطة**، مجلد رقم11 عدد 01، دبي الإمارات، سنة 2003.

63. **عبد المنعم زمزم** «عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية»، مطبعة الكلية الحقوق، جامعة القاهرة **مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية**، العدد29، نيسان سنة 2011

64. **العتوم،ابراهيم منصور** «أثر الظروف الطارئة على اعادة التوازن المالي للعقد الاداري(دراسة مقارنة)» ،**مجلة مؤتة للدراسات والبحوث**، العلوم

الإنسانية والاجتماعية، الاردن، سنة 2008

65. **عجابي الياس** «الطبيعة القانونية للتوقيع الألكتروني»، **مجلة الدراسات القانونية**، الجلفة عدد الأول سنة 2009

66. **العدوان وضاح سعود علي** «النظرية العامة لدعوى بطلان حكم التحكيم في القانون المدني الأردني»، **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية** – كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، العدد 56، سنة 2014

67. **سعيدة عزيزة هارون محمد** «سيادة الدول»، **مجلة العدل**، االسودان، مجلد رقم 20 عدد 52، سنة 2018

68. **العزاوي زكرياء** «النظام العام وتأثيره على تنفيذ الاحكام التحكيمية الدولية» **المجلة المغربية للوساطة والتحكيم**، المركز الدولي للوساطة والتحكيم- المغرب، العدد 05 سنة، 2011.

69. **عطار نسيمة** «العدول عن المفهوم التقليدي في احالة النزاع أمام المركز الدولي»، **مجلة الندوة للدراسات القانونية**، العدد10 لسنة 2017

70. **علي صادق القناص/عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي** «اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية»، **مجلة العلوم القانونية والشرعية**، عدد الثامن، ليبيا.

71. **عمر مشهور حديثة الجازي** «التحكيم في منازعات عقود الاستثمار»، **مجلة نقابة المحامين**، عدد 19 ايلول وتشرين الاول، سنة 2012.

72. **فودة محمد سعد ابراهيم** «الحماية الدستورية لحق التقاضي دراسة مقارنة»، **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية**، جامعة المنصورة مصر، عدد57، سنة 2015.

73. **القرالة أحمد ياسين** «التعبير الضمني عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية الأردني» ،مجلة **دراسات علوم الشريعة والقانون**، الاردن، مجلد 44 عدد 3 سنة 2017

74. **كزار عمار محسن** « نظرية الظروف الطارئة وأثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد»، **مجلة مركز دراسات الكوفة**، العراق العدد38، سنة 2015.

75. **دوفان ليديا، لعجال** « أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم، دراسة

يسمينة نقدية لأحكام قانون التحكيم الجزائري»، **مجلة دفاتر السياسة والقانون** جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 16 جانفي 2017

76. لعجال يسمينة « دور القضاء في إعمال قواعد العدالة الإجرائية في خصومة التحكيم الدولي»، **مجلة الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة لغواط العدد 15 أكتوبر سنة 2017

77. لعجال يسمينة « فاعلية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية»، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**، جامعة الشهيد حمة لخضر، واد سوف، عدد 17 جانفي 2017

78. مبارك عبد التواب « مد أجل التحكيم في قانون التحكيم المصري والقانون المقارن وأنظمة التحكيم الدولية»، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية**، جامعة الاسكندرية، مصر، المجلد الثاني العدد 02، سنة 2016.

79. محمد حسن، محمد حمزة « التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية»، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، العدد الرابع السنة السادسة.

80. محمد عامر شنجار،علي نعمان أحمد « الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة) »**مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العدد18، العراق، سنة 2016.

81. محمدين جلال وفاء البدري «التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد والإجراءات والاتجاهات الحديثة»، **مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية**، جامعة الاسكندرية كلية الحقوق، عدد02 لسنة 1999.

82. ميمون خراط «عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص: دراسة تحليلية» **مجلة العلوم القانونية**، المغرب، عدد1 سنة 2013.

83. نصار جابر جاد «التحكيم في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)» ، **مجلة البحوث الإدارية**، كلية الحقوق، جامعة القاهر،مصر، مجلد 20 عدد02، سنة 2002

84. النور عثمان «دور التحكيم في تسوية المنازعات»، **مجلة الدراسات العليا**- كلية الدراسات العليا جامعة النيلين، السودان، مجلد 4 عدد 05

سنة 2016.

85. **هبة أحمد سالم** «الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي»، **مجلة التحكيم العربي**، مصر ، العدد24، يونيوسنة2015

86. **وداد مهدي هادي الأسدي** «السيادة الوطنية والوسائل السلمية لتسوية المنازعات»، **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسة**، العراق، العدد20 سنة 2014.

87. **الياس عجابي** «النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية»، مقال من **مجلة المنتدى القانوني** العدد07 سنة 2014.

88. **ياسر باسم دنون** القوة القاهرة واثارها على احكام قانون المرافعات المدنية»، **مجلة الرافدين للحقوق**، العدد 36، المجلد رقم 10، سنة 2008.

89. **عبد الحميد الأحدب** «المشكلات العملية في التحكيم التجاري الدولي ووسائل علاجها»، مقال منشور على **الموقع المجموعة الاستشارية لدكتور بن بكر الطيار وشركائه** https://altayar.info/ar تاريخ الاطلاع 2017/08/01على الساعة 01:50.

90. **خالد محمد القاضي** «اشكاليات العلاقة بين التحكيم والقضاء»، مقال منشور في الموقع الاكتروني www.ahram.org.eg تاريخ الاطلاع 01-08-2017 على الساعة 22:55

91. **سعيد سعد محمد عبد السلام** «الوجيز في أحكام الالتزام المدني»، دون ناشر، سنة2005 كتاب منشور على موقع www.askzad.com يوم 2017/09/06، الاطلاع ويوم 2017/08/25.

6-الأبحاث:

1. **الفيلالي فؤاد** «تفويض المحكم بالصلح، وأثره على تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية منشورات مجلة القضاء المدني»، **سلسلة دراسات وابحاث**، المغرب، العدد 03 سنة 2013.
2. **حمةمرامرية** الامر بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في قانون إم إ الجزائري» **ملتقى وطني حول العلاقات الدولية الخاصة في الجزائرواقع متطور**،جامعة قاصدي مرباح ورقلة سنة 2010
3. **بوحسين محمد رضا** الموجز في اتفاق التحكيم ومشاكله العملية» ، **ندوة عقود الاستثمار الدولية(BOT) ومنازعاتها**، المنظمة العربية للتنمية الادارية الاردن، سنة 2008
4. **دريد محمود السامرائي** الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية»، **مركز دراسات الوحدة العربية**، بيروت، سنة 2006.
5. **رشا علي الذين** «سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة»،**المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق جامعة المنصور الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية**، من الفترة الممتدة من 1-2 ابريل 2009.
6. **سامي محمد عبد العال** «دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات عقود الاستثمار» **بحث مقدم الى مؤتمر** جامعة طنطا في الفترة من 30/29 أفريل 2015.
7. **سلامة أحمد عبد الكريم** «فن وأصول صياغة اتفاق التحكيم:شرط التحكيم، ومشارطته» **الورشة التكوينية حول فن التحكيم ومهارات المحكم**، المنضمة العربية للتنمية الادارية- المغرب،سنة 2010
8. **السيد عيد نايل،** «التزامات المحكم والولاية التكميلية لهيئة التحكيم وشروط حكم التحكيم»، **مداخلة ضمن مجلة دبلوم المستشار القانوني** المعتمد من الأكادمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري التابعة لجامعة الدول العربية بالاشتراك مع مركز التحكيم، مصر برنامج 2013.
9. **عبد العزيز مخيمر عبد** «اشكالية التدابير الوقتية في التحكيم التجاري الدولي (دراسة

الهادي، مقارنة مع القضاء الدولي)» ، **المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)**، جامعة الامرات العربية،كلية القانون.

10. عصام الدين القصبي «لتحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار»، **المؤتمر السنوي السادس عشر ' التحكيم التجاري الدولي**، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون سنة 2008.

11. عكاشة محمد عبد العال «الضمانات القانونية لحماية الإستثمارات الأجنبية»، **بحث مقدم إلى مؤتمر أفاق وضمانات الاستثمارات العربية- الأوروبية** الذي نظمه مركز الدراسات العربية – الأوروبي في بيروت من 13 إلى 15 فيفري 2001، **ومنشور ضمن مؤلف** بعنوان " أفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية" إعداد المركز الدراسات العربي- الأوروبي، الطبعة الأولى، سنة 2001.

12. علاء عبده التميمي «دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار»، **المؤتمر العلمي الدولي** لكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية (الثورة والقانون)، مصر، سنة 2011.

13. علاء محي الذين مصطفى أبو حامد «التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة»،**مؤتمر السنوي 21 الطاقة بين القانون والاقتصاد**، مابين 20-2013/05/21، كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة.

14. لافي محمد درادكه، «أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار: دراسة في الاتفاقيات والقواعد الدولية والعربية والتشريعات الداخلية وتطبيقاتها العملية»، **مؤتمر كلية القانون التاسع عشر "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة"** خلال فترة 25-2011/04/27.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

1- Références en fracnais :

A- Législations:

- **Décrets:**
  1. **Décret n°80-354** du 14 mai 1980 relatif **à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans code de procédure civile** ; J.O.D.R.F texte1238
  2. **decret n 2011-48** du 13 janvier 2011 portant reforme de larbitrage ;J.O.D.R.F texte 9sur 177
- **Arrêtés:**
  1. **arret reichert 2** du 26 mars1992.aff.c261/90.rec.1992.p2175,N34. Art. 1449 NCPCF ;l'exp.171
- **rapporets:**
  1. sentence finale rendu dans l'affaire 6653,j.di ;1993p1040,not: j-j.A.

B- Ouvrages:

1. **Antoine Kassis,** **"La réforme du droit de l'arbitrage international",** le Harmattan, Paris, 2008
2. **carreau (D) Julliard (p),** **"droit international économique"**, librairie de droit et de jurisprudence, paris,1990
3. **DELAUME (G)** **"l'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux"**, G.D.I 1984
4. **Dominique Vidal ;.** **"droit francais de l'arbitrage commercial international"** LGDJ ; Editeur : Gualino. 2004.
5. **Hanotiau (Bernard)** **"l'arbitrabilité et la favor arbitrandum"**, J.D.I ,n° 04,1994
6. **jean Robert** **"Larbitrage droit interne, droit interrnational privé"**, 6 ed dallz ; 1993 procedur civile, 20 eme edition paris dalloz 1981.
7. **jean Vincent et serge Guichard**
8. **JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS** **"Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international",** Leiden ; Boston, Éditeur: Brill , cop. 2008
9. **MOSTEFA Trari Tani** **" Droit Algérie de l'arbitrage commercial" international** ,Berti éditions,alger, 1 edition ,2007
10. **Rêne David** **l'arbitrage dans la commerce international** ;Ed Economisa, paris 1982

C- Articles et conferences:

1. **Ali Benchener** **"l'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droit algérien"** RDAI ; (Rev. dr. aff. Int) n°1 2012p .
2. **Ali Ben Mohamed** **Le nom de L'ALgérie de pLus en pLus cité, 20 cas litigieux**, journal de L'éco n°69 / du 1er au 15 juillet 2013.p 35-49
3. **boisséson (Matthieude)** "**interrogation et doutes sur une évolution législative**", article 09 loi du 19 out a 1986, rev. Arb. 1987

4. **Christophe seraglini** — **"l'efficacité et l'autorité renforceé des sentences arbitrales en France après le décret n48-2011 du 13 janvier 2011 "** Cahiers de l'arbitrage/Paris Journal of **"International Arbitration n 02 2011.**
5. **Emmmanuel Gaillard** — **"le nouveau droit francais de l'arbitrage interne et international"**, recueil dalloz , 20 janvier 2011
6. **Goldman (B)** — **l'arbitrage dans la commerce international prive ; "jrisclasseur, droit international"**,1989 fasc. N 35
7. **Grandjean phlippe** — **la duree de la mission des arbitres** , rev.Arb ;1995
8. **H. Scalbert et L.Merville** — " **les clauses compromissoires pathologiques** ;Rev arabe 1988
9. **Issad Mohand** — **"la nouvelle loi algérienne relative a l'arbitrage commercial international** " reve de l'arbitrage n03 2008
10. **Jean François et sellstien besson,** — **"driot compare de l'arbitrage international**, L.G.D.J 200
11. **jean francois Guillemin** — **les nouvelles attentes des entrprises en matière des règlements des conflit, revue de l'arbitrage" ;** 1996 N04
12. **Sadjo ousmanou** — **"comment pévoir le recours à l'arbitrage dans un contrat ?"** revue camerounaise de l'arbitrage n°35 oct.nov .dec ,2006. P3
13. **Thomas CLAY** — **"l'appui du juge a l'arbitrage** , cahiers de l'arbitrage,n°2/ 2011.
14. **zaalani Abdelmadjid** — **l'intervention des personnes publiques et parapubliques dans larbitrage international commercial"**, RASJIP revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques n°3,1997.

Théses:

1. **Haroun mehdi** — **"le régime des investissements en Algérie a la lumière des convention franco-algériennes"** ,ites Thèse de doctorat en Droit privé,paris ,2000.
2. **Hocine Farida** — **"l'influence de l'accueil de la sentence arbitral par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international** ",these puor le doctora en droit ,univ tizi-ouzou ,en 2012.
3. **Sahri Walid** — **"l'accueil des décisions étrangères dans les relations tunisois-françaises"**, mémoire magistère en droit prive , université el Manar, Tunis,2005.
4. **Mohamed El Mehdi Najib**. — **"L'intervention du juge dans la procédure arbitrale"**. Droit. These presentee pour obtinire le grade de docteure , Université de Bordeaux 2016

2- References in English:

A- Books:

1. **Rudolf Dolzer and Christoph schreur** **"principale of international investment law"**, Oxford University Press, Oxford, 2008 page 217.
2. **Houthoff buruma** **"international commercial arbitration an introduction"**, IN HOUSE COUNSEL PRACTICAL GUIDE; edition 2013

B- Periodicals and conferences

1. **UNCTAD/** **"EDM/MISC.232/ADD.5.COUURSE ON DISPUTE SETTLEMENT .2.6 APPLIDABLE LAW . UNITED NATIONS. NEW YOURK AND GENEVA". 2003.P 07**
2. **UNCTAD/** **"EDM/MISC.232/ADD.1.COUURSE ON DISPUTE SETTLEMENT .2.2 THE APPROPRIATE LAW . UNITED NATIONS. NEW YOURK AND GENEVA". 2003.P10**
3. **BENNARDINI (P)** **"The renegotation of the invesement contracts. I.CSID ?"** Rev FIL J vol 13 N° 2, 1998
4. **sadie Blanchard,** **"state consent , temporal jurisdiction, and the importation of continuing circumstances analysis into international investment arbitration ,Washington university global studies law rMortenson, Julin davis , the meaning of « investment" ICSID travaux and the domain of international investment law"**; Harvard international law journal, vol 51 number 1 ;(winter 2010), p286 AVAILAVLE at/ http://harvardilj.org/ articled/257-318.pdfeview ;volume 10 number 3,in 2011

A- Theses

1. **Dima Rihani** **"the legal subjective principles applied on international Jordan disputes and the private international arbitration"**, this thesis was submitted in partial fulfillment of the requirements for the master's degree international trade, faculty of graduate studies the university of Jordan, 2007

ثالثا : المواقع الإلكترونية

1. الموقع الرسمي لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية http://unctad.org/en/Pages/DITC/DisputeSettlement
2. موقع الجريدة الرسمية الجزائرية http://www.joradp.dz
3. موقع الجريدة الرسمية الفرنسية http://www.Journal- official.gouv.fr

4. الموقع الرسمي لغرفة التجارة الدولية بباريس https://icczbo.org/

5. الموقع الرسمي لغرفة التجارة والصناعة الجزائرية www.caci.dz

6. موقع المجموع الاستشارية للدكتور صالح بكر الطيار https://altayar.info/ar

7. موقع الأهرام الالكتروني www.ahram.org

8. Association française d 'arbitrage www.aFa.arbitrage.com

9. Harvard international law journal //harvardilj.org:http

الفهرس

	# الفـــــــــــهرس

	الإهــــــــداء
	الشكـــــــر والعــرفان
	قائـــــــمة المختـــــــــــصرات
7-1	مـــقـــــدمـــــــة
9	**الباب الأول: الدور الوظيفي المزدوج للقضاء بين الاختصاص الأصيل والتكميلي**
10	**الفصل الأول: الاختصاص الأصيل للقضاء لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية**
11	**المبحث الأول: أولوية انعقاد الاختصاص للقضاء: حل تشريعي مبدئي**
12	**المطلب الأوّل: مبدأ اللجوء لقضاء الدولة المضيفة : دعوة لإصلاح منظومة القضاء**
12	الفرع الأول: اللجوء للقضاء الوطني للدولة المضيفة للإستثمار
13	أولا: موقف التشريع لجزائري والمقارن من مبدأ اللجوء للقضاء الوطني
17	ثانيا: مبررات مبدأ أولوية انعقاد الاختصاص لقضاء الدولة المضيفة للإستثمار
21	ثالثا: مثالب الإعراض عن القضاء الوطني ومتطلبات إصلاحه
26	الفرع الثاني: قضاء دولة المستثمر أو دولة ثالثة كوسيلة لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية
27	أولا: الحصانة القضائية
31	ثانيا: معيار تنازل الدولة على حصانتها القضائية
32	**الفرع الثالث: القضاء الدولي كوسيلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية**
33	أولا: أجهزة القضاء الدولي
35	ثانيا: عوامل نفور أطراف عقد الاستثمار لطرح نزاعاتهم على القضاء الدولي
38	**المطلب الثاني:الإختصاص النوعي للقضاء الوطني لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية**
38	الفرع الأول: خصوصية عقود الاستثمار الدولية
39	أولا: مفهوم عقود الاستثمار الدولية

ثانيا:الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار الدولية	48
الفرع الثاني: أنماط الإختصاص النوعي للقضاء الوطني لفض منازعات عقود الإستثمار الدولية	53
أولا: الاختصاص النوعي للقضاء الوطني الجزائري في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية	53
ثانيا: الاختصاص النوعي لمنازعات عقود الاستثمار الدولية في التشريع المقارن المصري : المحاكم الاقتصادية	57
المبحث الثاني: سلب الاختصاص للتحكيم وفروض عودة الاختصاص للقضاء: حل تشاركي مشروط	58
المطلب الأول: ضرورات اعتماد التحكيم: آلية تشجيعية تمس بالسيادة	59
الفرع الأول: الاعتبارات الفنية الداعمة لمفاضلة التحكيم على القضاء	59
أولا: عامل السرعة والوقت	59
ثانيا: عامل السرعة	61
ثالثا: عامل المرونة وسهولة الإجراءات	64
رابعا: عامل التخصص والمعرفة والثقة	65
الفرع الثاني: الاعتبارات الاقتصادية المنشودة لتفضيل التحكيم على القضاء	66
أولا:خدمة مصالح المستثمر	66
ثانيا: خدمة مصالح الدولة المضيفة	67
ثالثا: قلة المصروفات	69
الفرع ثالث: الاعتبارات السياسية المؤثرة لاختيار التحكيم	70
أولا: أذكاء المودة والمحافظة على العلاقة بين الأطراف	70
ثانيا: فرض وجوده على الساحة عقود التنمية الاقتصادية(عقود الاستثمار الأجنبية)	71
المطلب الثاني: فروض عودة الاختصاص للقضاء: انتفاء الأثر المانع لاتفاق التحكيم	72
الفرع الأول: فرض تنازل الأطراف عن اللجوء الى التحكيم	72
أولا: أشكال التنازل عن التحكيم	73

ثانيا: أثر التنازل عن التحكيم	75
الفرع الثاني: فرض انتهاء أجل التحكيم	77
أولا: مفهوم أجل التحكيم	78
ثانيا: أثر انقضاء أجل التحكيم	90
الفرع الثالث: فرض وجود اتفاق تحكيمي باطل غير قابل للتطبيق (منعدم)	94
أولا: المقصود باتفاق التحكيم الباطل والغير قابل للتطبيق:	94
ثانيا: الاتجاهات الفقهية حول صلاحية القضاء بفحص مشروعية اتفاق التحكيم	95
الفصل الثاني: الاختصاص التكميلي للقضاء في فض منازعات عقود الاستثمار : تحقيق متطلبات العدالة الإجرائية	98
المبحث الأول: وظائف القضاء في إزالة عوارض التحكيم واقرار قواعد العدالة	99
المطلب الأول: الوظائف الإجرائية لتكامل القضاء مع التحكيم	99
الفرع الأول: دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم	100
أولا: ضوابط تدخل القاضي في تشكل هيئة التحكيم	100
ثانيا: إجراءات طلب تشكيل هيئة التحكيم من القضاء	105
الفرع الثاني: دور القاضي في رد المحكمين	108
أولا: مبدأ رد المحكم	108
ثانيا: أسباب رد المحكم	110
ثالثا: إجراءات طلب رد المحكم وأحكامه	111
الفرع الثالث: حالات أخرى لتدخل القاضي	114
أولا: المساعدة في تحديد أتعاب المحكمين	114
ثانيا: تفسير حكم التحكيم وتصحيحه واصدار حكم تحكيم إضافي	115
المطلب الثاني: الوظائف الموضوعية العارضة لتكامل القضاء مع التحكيم	116
الفرع الأول: سلطة القضاء في مساندة هيئة التحكيم في الحصول على أدلة الإثبات	116

أولا: الأساس القانوني لشرعية تدخل القاضي في تقديم الأدلة	117
ثانيا:صور المساعدة القضائية في توفير أدلة الإثبات لهيئة التحكيم	118
الفرع الثاني: سلطة القضاء في الفص في المسائل الأولية التي تعترض هيئة التحكيم	122
أولا: تعريف المسائل الأولية(العارضة)	122
ثانيا: شروط تدخل القاضي في المسائل الأولية	124
الفرع الثالث: سلطة القضاء في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية	124
أولا: مفهوم التدابير الوقتية والتحفظية	124
ثانيا: الاتجاهات الفقهية لاتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية	126
المبحث الثاني: سلطة القاضي الرقابية في تأمين حكم التحكيم	132
المطلب الأول: سلطة القاضي في الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي	133
الفرع الأول: مفهوم الاعتراف والتنفيذ بحكم التحكيم الدولي	134
أولا: تعريف الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي	134
ثانيا: تعريف تنفيذ حكم التحكيم الدولي	138
الفرع الثاني: ضوابط الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي	144
أولا: ضابط السياسة العامة في الدولة	144
ثانيا: ضابط السلامة الإجرائية لتنفيذ واعتراف بالحكم التحكيم الدولي	151
المطلب الثاني: محدودية القضاء في إعادة موضوع النزاع عند الطعن في حكم التحكيم	162
الفرع الأول: طرق الطعن في القرارات التحكيمة الدولية	162

أولا: الطعن بالاستئناف	163
ثانيا: الطعن بالنقض	169
ثالثا: الطعن بالبطلان	173
الفرع الثاني: ركائز قاعدة تدخل القاضي بين الشكلية والموضوعية	176
أولا: أسلوب المراجعة	176
ثانيا: اسلوب المراقبة	177
ثالثا: أسلوب المراقبة المحدود	179
خلاصة الباب الأول	180
الباب الثاني: الدور الوظيفي للتحكيم بين مراعاة التنظيم القانوني واحترام إرادة الأطراف	183
الفصل الأول : إرادة المشرع في تضمين فاعلية منح الاختصاص للهيئة التحكيمة	184
المبحث الأول: الضوابط التشريعية لإسناد الاختصاص للتحكيم	185
المطلب الأول: وجود اتفاق تحكيمي كمتطلب لتفويض العدالة لهيئة التحكيم	185
الفرع الأول : شرط التحكيم كصورة لاسناد الاختصاص لهيئة التحكيم	186
أولا:مجال شرط التحكيم	187
ثانيا: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم	188
الفرع الثاني: مشارطة التحكيم كصورة لإسناد الاختصاص لهيئة التحكيم	189
أولا: تعريف مشارطة التحكيم	189
ثانيا: التفرقة بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم	190
الفرع الثالث: الإحالة كصورة حديثة لمنح الاختصاص للتحكيم	191
أولا: تعريف شرط التحكيم بالإحالة	191
ثانيا: شروط إعمال شرط التحكيم بالإحالة:	192
المطلب الثاني: المتطلبات الموضوعية لانعقاد الاختصاص للتحكيم	193

الفرع الأول: المتطلبات الموضوعية العامة لانعقاد الاختصاص للتحكيم	193
أولا : رضاء الأطراف في إسناد الاختصاص للتحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار	193
ثانيا: أهلية أطراف عقود الاستثمار في اللجوء إلى التحكيم.	201
ثالثا: محل النزاع القابل للتحكيم في عقود الاستثمار	209
رابعا: مشروعية السبب لانعقاد الاختصاص للتحكيم	212
الفرع الثاني: المتطلبات الموضوعية الخاصة لانعقاد الاختصاص للتحكيم	213
أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	213
ثانيا: تحديد أسماء المحكمين وكيفية تعيينهم	216
المطلب الثالث: المتطلبات الشكلية لانعقاد الاختصاص للتحكيم	224
الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية من الزام الكتابة	225
أولا: موقف التشريعات الوطنية من اقتضاء شرط الكتابة في اتفاقية التحكيم	225
ثانيا :موقف المعاهدات والاتفاقيات الدولية من اقتضاء شرط الكتابة في اتفاق التحكيم	227
الفرع الثاني: مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم	228
أولا: صور الكتابة في اتفاق التحكيم	228
ثانيا: الطبيعة القانونية لشرط الكتابة في اتفاق التحكيم	230
المبحث الثاني: نطاق سريان وظيفة التحكيم الفاصلة في منازعات عقود الاستثمار	233
المطلب الأول: المنازعات الناشئة عن إرادة إطراف عقود الاستثمار	234
الفرع الأول: منازعات يعود سببها لإجراء اتخذته الدولة ضد المستثمر	234
أولا: النزاع الناشئ نتيجة تغيير تشريعي قامت به الدولة	235
ثانيا :النزاع الناشئ عن اجراء انفرادي اتخذته الدولة	241
الفرع الثاني : المنازعات التي يعود سببها المستثمر الأجنبي	246
أولا: التزامات المستثمر الأجنبي اتجاه الدولة المضيفة للاستثمار	246
ثانيا: بعض قضايا التحكيم في منازعات عقود الاستثمار التي سببها المستثمر	253
المطلب الثاني: منازعات الاستثمار الخارجة عن إرادةالأطراف	255
الفرع الأول: منازعات تعودأسبابها للقوة القاهرة	256
أولا : مفهوم القوة القاهرة	256

ثانيا: تأثير القوة القاهرة على عقد الاستثمار	259
ثالثا : سلطة المحكم في ضبط حالات القوة القاهرة لإعادة التوازن العقدي	263
الفرع الثاني: منازعات سببها الظروف الطارئة	265
أولا: مفهوم الظروف الطارئة في عقود الاستثمار	266
ثانيا: أثر الظروف الطارئة على عقد الاستثمار	269
ثالثا: سبل اعادة التوازن العقدي	271
الفصل الثاني:احترام إرادة الأطراف وتوقعاتهم المشروعة	282
المبحث الأول: فاعلية إرادة الأطراف في تأهيل الاختصاص التحكيمي	283
المطلب الأول: مظاهر إرادة الأطراف في تحديد سلطات المحكم	284
الفرع الأول: دور إرادة الأطراف في توسيع سلطة المحكم	284
أولا: التحكيم مع التفويض بالصلح	284
ثانيا: إمكانية المحكم اتخاذ إجراءات الوقتية والتحفظية	288
الفرع الثاني: تقييد سلطات المحكم التعاقدية	292
أولا: تحديد قواعد إجراءات التحكيم	292
ثانيا: التقيد بموضوع النزاع المتفق عليه	296
الفرع الثالث: سلطة المحكم في استهال المبادرة عند غياب الاتفاق	297
أولا: سلطة المحكم في تحديد اختصاصه: مبدأ الاختصاص بالاختصاص	297
ثانيا: تحديد المحكم قانون واجب التطبيق على التحكيم	303
ثالثا: سلطة المحكم في مجال الإثبات	305
رابعا : سلطة المحكم في اتخاذ إجراءات الوقتية والمستعجلة	306
المطلب الثاني: تنامي الاعتماد على التحكيم المؤسسي: ينكّس إرادة الأطراف	307
الفرع الأول: ضوابط إدارة التحكيم تحت مظلة التحكيم المؤسسي	308
أولا: شروط انعقاد الاختصاص للمؤسسة التحكيمية	308
ثانيا: إجراءات التحكيم المؤسساتية المفروضة على الأطراف	311
الفرع الثاني: حكم التحكيم المؤسسي الصادر لتسوية منازعات عقود الاستثمار	317

أولا:استقلالية التحكيم المؤسسي من رقابة قضاء الدولة	317
ثانيا: نفاذ مباشر لحكم التحكيم	319
المبحث الثاني:إشكالات استمرارية إسنادالاختصاص للتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار	321
المطلب الأول: العوائق الارادية لاستمرارية إسناد الاختصاص للتحكيم	321
الفرع الأول: عوائق ترجع لأسباب مشتركة لكلا الطرفين	321
أولا: عيوب صياغة الاتفاق التحكيمي	322
ثانيا: العمل الإجرائي للأطراف الموقف للتحكيم	332
الفرع الثاني: عوائق تعود للإرادة المنفردة لأحد الأطراف	336
أولا: عدم التوصل الأطراف الى اتفاق حول مسائل التحكيم	336
ثانيا: تقاعس عن أداء الالتزام	338
المطلب الثاني: العوائق الغير الإرادية لاستمرارية اختصاص هيئة التحكيم	343
الفرع الأول:عراقيل مردها لهيئة التحكيم	343
أولا: انقضاء سلطة المحكم في الفصل في النزاع الراجع لسبب مرتبط بصفته	343
ثانيا: عراقيل قرارات المحكم عند سير اجراءات التحكيم	345
الفرع الثاني: الانتهاء المبتسر لاختصاص التحكيم	349
أولا: انتهاء المدة المقررة للتحكيم	350
ثانيا: فقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه	351
ثالثا: وفاة أحد أطراف العقد	352
خلاصة الباب الثاني	354
الخاتمة	357
قائمة المراجع	365
الفهرس	397

الملخص : فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم

يجد كل من القضاء والتحكيم مسارهما في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية، وفق منهج تشريعي متدرج يؤول فيه الاختصاص مبدئيا للقضاء الوطني كأصل وفق قاعدة اختيارية بيد المستثمر كامتياز له وكضمانة لاستقطاب رؤوس الأموال، وكون المستثمر اليوم لا يثق في القضاء الوطني نظرا لتدهوره وعدم كفاءته لفض نزاعاته المعقدة والتقنية، ساد الاقتناع باللجوء إلى عدالة خاصة ذات أساس اتفاقي أملتها الرغبة في تنويع سبل التقاضي وطرق حسم النزاع بين أطراف عقد الاستثمار، وساندتها اعتبارات تشجيع الاستثمارات ألا وهي "التحكيم"، وعلى الرغم من استقلالية هذا الأخير وتوازيه مع القضاء في نفس الوظيفة إلا انه قد يقع في عوارض تعيق اختصاصه ،في هذا الشأن يمنح لقضاء الدولة سلطة تكميلية هامة لضمان فاعلية التحكيم في المعاونة والرقابة تتبلور فيها علاقة تكاملية بإيجاد حلول عملية وواقعية مرضية للطرفين، ولو ان مؤسسات التحكيم اليوم تسعى إلى فك هذا الارتباط مع القضاء أو أن تجعله محدودا أكثر بتقليص إرادة الأطراف بإخضاع المتعاقدين للإجراءات والشروط التي تمليها لوائحها .

الكلمات المفتاحية: عقد الاستثمار، القضاء، التحكيم، فض المنازعات، الأطراف، الإختصاص، رؤوس الأموال.

Summary: ***Resolving conflicts of international Investment Contracts Disputes Between judiciary and arbitration***

Both the Judiciary and the Arbitration Find Their Way In Dispute Resolution on International Investment Contracts, By a graduated legislative approach, it Gives competence in principle to national jurisdiction as an asset According to an optional rule in the hands of the foreign investor as a privilege and guarantee of attracting capital. And because the investor does not trust today the national judiciary for its deterioration and its inability to solve its complex and technical disputes The conviction of the use of the special justice has become a reality Based on an agreement dictated by the will to diversify the means of settlement of the disputes and the methods of settlement of the dispute between the parts in the relation of investment and to encourage the investments Namely "arbitration" In spite of the independence of the latter and parallel to the power of the State in the same work,But it may fall into the pitfallsHinder its competence, the state judiciary is given an important additional authority to ensure the effectiveness of arbitration in aid and control, in which an integrative relationship is formed to find practical and realistic solutions satisfactory to the parties es, although arbitration institutions are now seeking to break this link with the judiciary. Or to make it more limited by limiting the willingness of the parties to subject the contractors to the procedures and conditions dictated by their regulations

Keywords :investment contract, judiciary, arbitration, dispute resolution, parties, jurisdiction, capital.

Résumé : ***Résoudre les conflits des contrats d’investissement internationaux entre judiciaire et arbitrage***

Tant le judiciaire que l'arbitrage trouvent leur chemin Dans la résolution des litiges relatifs aux contrats d'investissement Internationale, Par une approche législative graduée, il Donner la compétence en principe à la juridiction nationale comme un atout Selon une règle optionnelle entre les mains de l’investisseur étranger comme privilège et garantie d’attirer des capitaux. Et parce que l'investisseur ne fait pas aujourd'hui confiance au pouvoir judiciaire national pour sa détérioration et son incapacité à résoudre ses litiges complexes et techniques La conviction de l'utilisation de la justice spéciale est devenue une réalitéFondé sur un accord dicté par la volonté de diversifier les moyens de règlement des litiges et les méthodes de règlement du litige entre les parties à la relation d'investissement Et encourager les investissements À savoir" l'arbitrage "En dépit de l'indépendance de ce dernier et parallèle au pouvoir judiciaire de l'Etat dans le même travail Mais il peut tomber un obstacles qui entravent sa compétence À cet égard, le pouvoir judiciaire de l'État se voit attribuer une autorité complémentaire importante pour garantir l'efficacité de l'arbitrage dans l'aide et le contrôle, dans lequel une relation intégrative est formée pour trouver des solutions pratiques et réalistes satisfaisantes pour les parties, bien que les institutions d'arbitrage cherchent aujourd'hui à rompre ce lien avec le pouvoir judiciaire. Ou pour le rendre plus limité en limitant la volonté des parties de soumettre les contractants aux procédures et conditions dictées par leurs réglementations

Mots-clés: contrat d'investissement, pouvoir judiciaire, arbitrage, résolution des litiges ,Les parties compétence, capitaux