جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي

الميدان: حقوق علوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الأعمال

من اعداد الطالب : بن دادة زهية / بوطبة جهاد

بعنوان

فعالية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية

وفق التشريع الجزائري و الاتفاقيات الدولية

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الأستاذ	الرتبة	المؤسسة الجامعية	الصفة
د/ قادري لطفي محمد الصالح	أستاذ محاضر– أ –	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
د/ قدة حبيبة	أستاذ محاضر – أ –	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا
د/ مبعوح أحلام	أستاذ محاضر – أ –	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2021 – 2022

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي

الميدان: حقوق علوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الأعمال

من اعداد الطالب : بن دادة زهية / بوطبة جهاد

بعنوان

فعالية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية

وفق التشريع الجزائري و الاتفاقيات الدولية

نوقشت وأجيزت علنا بتاريخ: ...../ ...../2022

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الأستاذ	الرتبة	المؤسسة الجامعية	الصفة
د/ قادري لطفي محمد الصالح	أستاذ محاضر– أ –	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
د/ قدة حبيبة	أستاذ محاضر – أ –	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا
د/ مبعوح أحلام	أستاذ محاضر – أ –	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2021 – 2022

الشكر والتقدير

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا في إتمام هذا البحث العلمي، والذي أنار دربنا علما، والذي ألهمنا الصحة والعافية والعزيمة.

فالحمد الله حمدا كثيرا

نتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذة المشرفة **"القدة حبيبة"** على كل ما قدمته لنا من توجيهات ومعلومات قيمة ساهمت في إثراء موضوع، دراستنا في جوانبها المختلفة.

كما نتقدم بالشكر عامة إلى كل من مد لنا يد المساعدة وزودنا بالمعلومات اللازمة لإتمام إنجاز بحثنا.

إهداء

۞ أهدي ثمرة جهدي وعملي إلى من كانت ولا تزال تملأ الكون لي نورا وضياء، نبع الحب والحنان إلى من أوصى بها الرسول الحبيب ثلاثا ... .."أمي الحبيبة"

﴿ جعلها من سيدات أهل الجنة ﴾

۞ إلى من أحمل اسمه بكل فخر ، الذي لم يبخل عني بأي شيء إلى من سعى لأجل راحتي ونجاحي ...."أبي الفاضل"

﴿ أطال الله في عمره ﴾

۞ إلى من قضيت معهم أجمل حياتي وعشت معهم أحلى الذكريات فكانوا أسعد الناس بنجاحي..... "اخوتي"

﴿ حفظهم الله ورعاهم ﴾

بن دادة

إهداء

أهدي هذا العمل إلى :

من لم يبخل علي يوما بحبه و حنانه و نصائحه السديدة

إلى مثلي الأعلى في الحياة و قدوتي"أبي"العزيز أطال الله عمره.

يعجز اللسان عن وصفها: الحنان ميزتها، التضحية خلصتها، الحب

زادها و"الأم " اسمها إليها يعود الفضل في كل ما وصلت إليه فاطمة بوعزة

إلى من يقاسمني نسيم الحياة و مرها والذي شجعني ولم يفقد يوما

صبره و أمله على إنجاز هذا البحث أخي وأختي

قائمة بأهم المختصرات

التسمية	الاختصار
قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري	ق إ م إ ج
متوفر على الموقع	م ع م
الصفحة	ص

مقدمة

إن العالم يشهد تطورات لا مثيل لها في مختلف المجالات وخاصة المجالات الاقتصادية وأبرزها تطور التجارة الدولية التي عرفت رواجا كبيرا وتطورا رهيبا أدى الى ارتفاع معدلات التبادل التجاري بين الدول وتحرير التجارة الخارجية ويظهر جليا في مجال الاستثمار فقد تجاوزت الشركات في الدول الكبرى حدودها الإقليمية وسيطرة النظام الرأسمالي سيطرة لا حدود لها ولرغبة الدول النامية في تطوير اقتصادها وجذب الاستثمار إليها اتخذت آليات الانفتاح على العالم الخارجي 1 وذلك بإبرام العقود فيما بينها وهذا ما تمخض عنه ظهور النزاعات بين الأطراف المتعاقدة وبدأت مشكلة التقاضي تطفو على الساحة الدولية ومحاولة إيجاد سبل لحلها ,فعلاج هذه الظاهرة أصبح يشكل أحد أهم عوامل جذب الاستثمارات وذلك لعدم رغبة الطرف الأجنبي حل المنازعات من طرف القضاء الوطني لذلك أصبح بالضرورة إيجاد سبل كفيلة لحل هذه النزاعات ولعل أهمها التحكيم فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط إتباع التحكيم عند حدوث نزاع أو خلاف ,فالتحكيم التجاري هو إحدى وسائل تسوية النزاعات ,فهو عبارة عن اتفاق يتم بموجبه الالتجاء الى التحكيم بواسطة أشخاص لا ينتمون الى القضاء العادي مهمة الفصل في النزاع كما يقصد به إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين يتم اختيارهم وفقا لإرادة الأطراف فيتم بموجبه تحديد مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق 2 .

لقد انتشر التحكيم انتشارا واسعا فعقدت الاتفاقيات الدولية والثنائية والإقليمية لتنظيمه ونشأت هيئات خاصة تضع له الشروط والقواعد , ومن المتعارف عليه أن كافة العقود الدولية التي تبرمها الدول مع الطرف الأجنبي أصبح شرط التحكيم فيها أمرا هاما وأساسيا فلا بد أن تتضمن هذه العقود هذا الشرط والذي يستند على ضوابط لإبرامه مما يوفر العدالة الإجرائية والموضوعية لنزاعات التجارة الدولية وبالتالي ضمان الفعالية له وذلك بتنفيذ هذه العقود .

---

1 – د/ نادية اسماعيل محمد الجبلي – **شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني** –دراسة مقارنة – مجلة القانونية العدد9 2015 ص 1

2 – أ م د مظفر ناصر حسين – القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية – مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية العدد 7 ص 1. متوفر على http://www.iasj.net/journal/197/issues

لقد أصبح الالتجاء الى التحكيم وسيلة فعالة وسريعة لفض النزاعات لذلك بادرت الدول النامية الى الانضمام الى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم ,كاتفاقية نيويورك 1985 الخاصة بالأحكام الأجنبية وتنفيذها , اتفاقية واشنطن لحل منازعات الاستثمار وقانون الاونسترال الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة , كما عملت معظم الدول على تعديل التشريعات الوطنية وإقرار التحكيم كوسيلة لفض النزاعات.

فرغم تعاظم شأن التحكيم الدولي إلا انه قد يلحق الضرر بسيادة الدول وخاصة الدول النامية من الناحية الاقتصادية لان الواقع العملي أثبت بان شرط التحكيم الوارد في العقود وخاصة في مجال الاستثمار ما هو إلا هروب من قواعد التشريع الداخلي كما أن للشرط التحكيمي آثار سلبية متمثلة في إلحاق الضرر بسيادة الدول و سلب الاختصاص من القضاء الوطني فانعقاد شرط التحكيم بكامل إجراءاته يصبح صحيح وفعال وبالتالي إقصاء الدولة من النظر في النزاع بالإضافة الى الحد من الحماية اللازمة على النشاط البيئي وذلك لفرض المستثمر الأجنبي لشروطه فقد وجدت الدولة نفسها عاجزة عن حماية مواطنيها الذين تضرروا من جراء التلوث البيئي فهي بين خيارين إما أن تسمح للمستثمر الأجنبي بالاستمرار في استثماره وبالتالي تحمل الأضرار البيئية أو وقف تنفيذ العقد وهذا ما ينجر عنه تبعات ترهق كاهل الدولة وخاصة دفع قيمة الشرط الجزائي والتي عادة ما يكون باهظ الثمن ومكلف جدا وتعتبر الدول النامية الدول الأكثر خسارة لقضايا التحكيم فنجد على سبيل المثال دولة مصر معدل خسارة القضايا لدى التحكيم الدولي بنسبة 60 % وهذا ما يؤثر على خزينة هذه الدول وحدوث عجز في ميزانياتها ومن ثم التأثير على الجانب الاقتصادي ككل وهذا راجع الى فقدان معظم هذه الدول للثقة في قوانينها من جهة و فرض الطرف الأجنبي لشروطه وذلك حماية لمصالحه على اعتبار أن معظم مراكز التحكيم التجاري الدولي متواجدة بدولة الطرف الأجنبي .

التعريف بالموضوع : إن موضوع شرط التحكيم مهم للغاية لأنه يعتبر من الركائز الجوهرية لعقود التجارة الدولية ولما لها من أهمية في العلاقات الدولية فتطرقنا الى فاعلية الشرط التحكيمي بالنسبة لعقود التجارة الدولية فأبرزنا الدور المهم الذي يلعبه على مستوى

التحكيم الدولي وخاصة في علاقة الدولة والطرف الاجنبي وتبيان مضمون هذه الفعالية وفيما تكمن وإظهار ما للشرط التحكيمي من اثار سلبية وما يعترضه من إشكالات وخاصة للدولة المضيفة للاستثمار.

أهمية الموضوع : يستمد هذا البحث أهميته من كونه يتناول موضوع في غاية الأهمية ويتمثل في فعالية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية وذلك لان شرط التحكيم جزء مهم في العقود التجارية والاستثمارية المحلية والدولية والتي ازدادت قيمتها دوليا كما يعتبر شرط التحكيم من القضايا المهمة والذي حضي باهتمام كبير من جانب الفقه كما تربع على القضايا القضائية التي شغلت أذهان الباحثين .

أهداف الموضوع : يهدف هذا الموضوع الى التركيز على فعالية شرط التحكيم في عقد التجارة الدولية وتبيان الأثر الايجابي له وفيما يتمثل كما يهدف الى توضيح الأثر السلبي لشرط التحكيم على الدولة المضيفة وكيف للمستثمر الأجنبي أن يفرض شروطه.

أسباب اختيار الموضوع:

أسباب ذاتية : من بين أهم الأسباب التي دعتنا الى اختيار هذا الموضوع هو الميول لمثل هذه المواضيع المتعلقة بالقانون الدولي .

أسباب موضوعية : يعد شرط التحكيم التجاري الدولي وسيلة مهمة لفض نزاعات عقود التجارة الدولية من خلال الفعالية التي يتميز بها خاصة في الآونة الأخيرة .

الإشكالية : لا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية إلا وينطوي على شرط التحكيم هذا الأخير الذي يحض باهتمام كبير وخاصة في الوقت الراهن من طرف الفقهاء والمتخصصين في مجال التحكيم الدولي هذا ما يدفعنا الى التساؤل حول ما مدى فعالية شرط التحكيم في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية ؟ هذه الإشكالية تقودنا الى تساؤلات وتتمثل في :

فيما تكمن فعالية الشرط التحكيمي في عقود التجارة الدولية ؟

ما هي الآثار المترتبة على شرط التحكيم ؟ وفيما تتمثل الآثار السلبية للشرط التحكيمي للدولة المضيفة للاستثمار؟

المنهج المتبع : من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا إتباع المنهج الوصفي التحليلي وذلك لمعالجة فعالية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية وكذا التركيز على مجال عقد الاستثمار كما تم الاستعانة بالمنهج المقارن لدراسة مواقف بعض التشريعات وأهمها التشريع الجزائري وبعض الاتفاقيات الدولية وكذا دراسة المشاكل التي يثيرها شرط التحكيم في التجارة الدولية .

حدود الدراسة : ترتكز حدود دراستنا لهذا البحث في فعالية الشرط التحكيمي بالنسبة للدول و الطرف الأجنبي وما يرتب عن هذا الشرط من أثار سلبية بالنسبة للدولة المضيفة وخاصة في الوقت الراهن الذي تهيمن فيه الدول المتقدمة على مجال التجارة الدولية .

الدراسة السابقة : هناك بعض الدراسات التي تناولت موضوع شرط التحكيم في التجارة الدولية وسنأخذ مثال :

دراسة الطالبة : طبيب عربية بعنوان شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي لسنة 2013 جامعة قاصدي مرباح ورقلة والتي تهدف الى الإجابة على الإشكالية التالية :هل يعتبر شرط التحكيم اتفاقا يرتب التزامات متبادلة أم انه عبارة عن مجرد ضمان إجرائي تلجا إليه الأطراف المتعاقدة لحل النزاع عن طريق التحكيم ؟

نتفق مع هذه الدراسة في المبحث الثاني من الفصل الأول الذي تطرقت فيه الى مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي ونختلف معها في المبحث الأول الذي تطرقت فيه لمفهوم شرط التحكيم وكذلك الفصل الثاني الذي تطرقت فيه الى الآثار الايجابية للشرط التحكيمي

أما ما سنضيفه نحن في هذه الدراسة موضوع الحال هو التركيز على الأثر السلبي لشرط التحكيم التجاري الدولي فقد أفردنا له فصل كامل وذلك للتطرق وتبيان الحالات أو المجالات التي يؤثر فيها شرط التحكيم تأثيرا سلبيا على الدولة المضيفة لأن معظم المذكرات والأبحاث

التي وجدناها تركز على ايجابيات شرط التحكيم بدون التطرق بشيء من التفصيل الى الاثار السلبية التي تنجر عنه .

الصعوبات : لقد واجهتنا بعض الصعوبات ولعل أهمها ندرة المراجع التي تتطرق الى شرط التحكيم بشكل مستقل وتبيان الآثار السلبية التي تترتب عنه بالإضافة الى تغيير الموضوع وبالتالي ضيق الوقت من أجل البحث الجيد والإطلاع على أكبر قدر من المراجع والبحوث التي تم نشرها بخصوص هذا الموضوع .

الخطـة :

لقد قمنا بتقسيم بحثنا هذا الى فصلين فتطرقنا في الأول الى التكريس التشريعي لشرط التحكيم في التجارة الدولية وذلك من خلال تبيان فاعليته في المبحث الاول والمتمثلة في القوة الالزامية لشرط التحكيم كمطلب أول ومبدأ استقلاليته كمطلب ثاني لنتناول في المبحث الثاني الدور الوظيفي لشرط التحكيم وإبراز مبررات اللجوء اليه في منازعات عقود الاستثمار كمطلب أول ومبدأ الاختصاص بالاختصاص كمطلب ثاني لنتطرق في الفصل الثاني الى الأثر السلبي لشرط التحكيم التجاري الدولي لنبين أثر شرط التحكيم على الدولة المضيفة للاستثمار والمتمثل في الاثر السلبي على سيادة الدولة وسلب اختصاصها القضائي كمطلب أول .وتقييد شرط التحكيم لدور الدولة في حماية بيئتها كمطلب ثاني لنتناول في المبحث الثاني معوقات الشرط التحكيمي من حيث عدم قدرة الدولة المضيفة للاستثمار عن التأثير في التحكيم لفرض المستثمر الاجنبي لشروطه وذلك لوجود أغلب مراكز التحكيم في دولة المستثمر الأجنبي لنختم ببطلان شرط التحكيم وانقضائه كمطلب ثان .

الفـــصل الأول

التكريس التشريعي لشرط التحكيم لتجارة الدولية.

تمهيـد:

ينشأ التحكيم التجاري الدولي بناء على شرط التحكيم ، وهذا الآخر عرف في ظل الفكر القانوني القديم، حيث حالت عدة صعوبات قانونية دون قيامه بما هو مطلوب ، وساعدت الظروف الاقتصادية في فرضه ووجوده وسير طريقه نحو الاعتراف ، لذا أصبح اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في عصرنا أمرا على وجه السرعة ، من أجل تلبية متطلبات الأعمال الحديثة ، والتي لم تعد المحاكم قادرة على معالجتها وحدها .

الاتفاق على التحكيم هو المرحلة الأول من عملية التحكيم ، وأهمها حيث يعتبر اتفاق التحكيم بداية عملية التحكيم ، حيث عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ق ، إ ، م ، إ ، ج التي نصت على :" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " .

كما تنص المادة المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن اتفاق التحكيم " هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق. وعلى ذلك قسمنا هذا الفصل الى مبحثين أساسيين بحيث المبحث الأول الطبيعة الإلزامية لشرط التحكيم والمبحث الثاني الدور الوظيفي لشرط التحكيم

المبحث الأول: الطبيعة الإلزامية لشرط التحكيم.

يعد أسلوب التحكيم من أهم الأساليب في المعاملات التجارية التي يلجأ إليها المتنازعون لحل نزاعاتهم بعيدا عن القضاء ويتم بآليات معينة منها شرط التحكيم الذي يدرج في صورة عقد مرتبط بالعقد الأصلي، يلتزم بموجبه الأطراف عرض النزاعات التي تثار بشأن الحقوق الثابتة في العقد الأصلي على التحكيم.

ويعتبر شرط التحكيم من العقود الملزمة للجانبين، منشئا لكل منها التزامات متقابلة، وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فهو بمثابة القانون بالنسبة لأطرافه. وعليه سنتناول في هذا المبحث على التكريس التشريعي لشرط تحكيم التجاري الدولي.

المطلب الأول: القوة الإلزامية لشرط التحكيم

سنتكلم في هذا المطلب عن القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم من خلال بيان المقصود بالقوة الإلزامية والنتائج المترتبة على مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم

الفرع الأول: مفهوم مبدأ القوة الإلزامية لشرط التحكيم.

- المقصود بالقوة الإلزامية لشرط التحكيم.

يعتبر اتفاق التحكيم من العقود الملزمة للجانبين فيكون من الطبيعي كذلك أن يكون ملزما لأطرافه مرتبا في ذمة كل منها التزامات متقابلة، بمعنى انه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل المتعاقدين[3] وينشئ حقوقا لكل منهما في الوقت نفسه. وبالتالي يصبح هذا الاتفاق بمثابة القانون بالنسبة لأطرافه، فلا يمكن لأي طرف من أطرافه نقض أو تعديل العقد لأن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتين[4] لا تحله إرادة واحدة

[3] عبد الباسط محمد عبد الواسع ، **النظام القانوني للاتفاق التحكيم** ، المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندرية ط 2 ،2008 ، ص 173

2 محمد بواط ، **التحكيم في حل النزاعات الدولية** ،مذكرة لنيل شهادة الماجستار ن تخصص قانون عام ،جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف اجزائر ،2008 ، ص 61 ،62

– و يقصد بإلزامية اتفاق تحكيم انه يصبح شريعة المتعاقدين ، بمعنى انه بالنسبة لأطرافه يشبه للقانون ، من حيث تنفيذ ما جاء فيه ، ففور انتهاء من توقيع اتفاق التحكيم ودخوله حيز نفاذ يصبح قانون الاطراف وقانون محكم.

– وهذا يلاحظ انه اذا ما تحدد مضمون اتفاق التحكيم ، فلا يمكن تعديله بالزيادة عليه و الانقاص منه ، ومع ذلك فالقوة الملزمة ، لا تتعارض مع هاتين الإرادتين

والالتزام بحالة النزاعات الواردة في اتفاق التحكيم هو تطبيق عادي لقاعدة القوة الملزمة للعقود والاتفاقيات او المعاهدات.

الفرع الثاني: نطاق القوة الملزمة لشرط التحكيم .

نتناولها من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع كما يلي:

أولا: نطاق القوة الملزمة من حيث الأشخاص: تفيد المبادئ العامة في نظرية

العقد أن العقد لا يفيد غير أطرافه، ولا يرتب التزامات وحقوق إلا في مواجهتهم، دون نقلها الى الغير، حيث أن أثر اتفاق التحكيم لا يمتد إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، بيد أنه إذا كان اتفاق التحكيم لإبطال أثره بوجه عام إلا أطرافه، إلا أنه من المقبول انتقال هذا الأثر إلى غير هؤلاء، فهو ينتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، او الغير الذي لا يكون طرفا في اتفاق أو خلفا لأحد أطرافه.

ثانيا: نطاق القوة الملزمة من حيث الموضوع.

الأصل أن اتفاق التحكيم في القانون الداخلي يفصل تفصيلا ضيقا ضمن الحدود التي تحقق الغرض منه، لأنه طريق استثنائي لبعض المنازعات يؤدي إلى حرمان أطرافه من قاضيهم الطبيعي، وبالتالي إذا أشارت اتفاقية التحكيم إلى النزاعات الخاصة لتفسير عقد معين فلا تمتد سلطات هيئة التحكيم إلى منازعات المتصلة لتنفيذه إذ لا يفترض امتداد اتفاق التحكيم إلى مسائل لم يقصدها المحتكمون، غير أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي يبدوا الأمر

على خلاف ذلك فالحرص على زيادة فاعلية اتفاق التحكيم قد دعي إلى الخروج عن تلك المبادئ فقد أصبح من مقبول اعتماد تفسير موسع منطقي وفعال لاتفاق التحكيم[5].

الفرع الثالث: نتائج المترتبة على مبدأ القوة الالزامية لاتفاق تحكيم.

يترتب على مبدأ القوة الالزامية عدة نتائج نذكر من بينها

اولا: عدم جواز التغيير في نزاع محل التحكيم :

مفاد ذلك ان المنازعة المعروضة على التحكيم هي نفسها متفق عليها في اتفاق التحكيم، ومنه لا يجوز لأي طرف من أطراف هذا الاتفاق ان يعرض على المحكم او المحكمين يختلف عن ذلك النزاع المتفق عليه، ولو كان متفرعا عن النزاع الاصلي اعمالا لمبدأ القوة الالزامية لاتفاق التحكيم ومبدأ التفسير الضيق للاتفاق وعليه لا يجوز لهيئة التحكيم مد ولايتها الى المسائل المتفرعة عن النزاع الخاضع لولايتها[6] .

اذ يتعين عليها ان تقف في حدود اختصاصها، فلا تقضي بما لم يطلبه الخصوم وإلا كان قرارها باطلا. فهيئة التحكيم تملك سلطة فقط في النزاع المتفق عليه، فلا تتعرض لنزاع آخر ولو كان مرتبطا بالنزاع المطروح إلا إذا وافق أطراف على ذلك، اذ لا يصدق على التحكيم ان على التحكيم ان قاضي الاصل هو قاضي الفرع[7].

ثانيا: عدم جواز عزل المحكمين او أحدهم إلا بتراضي الخصوم.

فتعيين المحكمين او المحكم او تحديد الجهة التي يوكل اليها بالتعيين يعد ركنا من اركان الاتفاق على التحكيم ويترتب على ذلك لزوما انه لا يجوز لاحد أطراف الاتفاق عزل المحكم او المحكمين، او تغيير الهيئة التي تم الاتفاق عليها. اذ يجب ان يلتزم الاطراف الاتفاق على التحكيم يعرض النزاع المتفق عليه على المحكم او المحكمين الذين تم اختيارهم بموجب الاتفاق.

---

[5] تغريد شعبان موسى ابو شربي ،الآثار القانونية لشرط التحكيم بالنسبة للمتعاقدين ، مجلة قانونية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية ،بدون عدد ، ص 4579.

[6] عبد الباسط محمد عبد الواسع ، مرجع سابق ، ص

[7] محمد بواط ،مرجع سابق ، ص 63

ثالثا: عدم جواز رد المحكم الا الاسباب لاحقة على تعيينه.

تنص المادة 1016 من ق إ م إ الجزائري على: " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

-1عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف

-2عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

-3عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أو لم يسمع الأطراف لتسوية

إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل هذا الأمر غير قابل للطعن[8].

نرى ان المشرع الجزائري ذكر الحالات التي يجوز فيها رد المحكم على سبيل الحصر، وفي فقرة الأخيرة من مادة نص على عدم القابلية للطعن في مضمون هذا الأمر.

فلا يجوز رد المحكم الا الاسباب تحدث او بأي حال من احوال لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه او اشترك في تعيينه ما عدا للأسباب التي تتبين بعد التعيين وفي كل الاحوال يجب على الشخص حيث يفاتح بقصد احتمال تعيينه محكما ان يصرح لمن ولاه الثقة، بكل الظروف التي من شأنها ان تثير شكا حول حياده واستقلاله ويجدر الاشارة انه لا يجوز رد المحكم الا الاسباب لاحقة على تعيينه ويشترط عدم علم الأطراف بها من قبل[9].

المطلب الثاني: مبدأ استقلالية شرط تحكيم.

[8] المادة 1016 من قانون 08-09 ، المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية.

[9] محمد بواط ،مرجع سابق ، ص 63

بعد مبدأ استقلال تحكيم عن العقد الأصلي من أجل المبادئ الثابتة حاليا سواء في إطار القضاء وهو مصدر له أو في مجال تشريع والقوانين الداخلية للدول والاتفاقيات الدولية ولوائح تحكيم وكذلك الاجتهاد التحكيمية، إن استقلال المطلق لهذه الاتفاقية خاصة تبريرها بأن اتفاق التحكيم يعتبر عقدا قائما بذاته ومتصلا ماديا فقط بالعقد الأصلي.

وتتطلب دراسة هذه الاتفاقية بيان مفهومها في الفرع 1 ومبررات الاستقلال في الفرع 2.

الفرع الأول : تعريف مبدأ استقلال شرط التحكيم

اختلفت الاتجاهات في تحديد المفهوم الدقيق لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فهناك من أخذ بمفهوم الاستقلال المادي لشرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه وهناك من أخذ باستقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد، وهذا ما سأعمل على بيانه في الآتي.

أولا: الاستقلال المادي تجاه العقد.

لقد قيلت بهذا الصدد تعريفات مختلفة سنحاول الوقوف على أهمها :

عرف الدكتور منير عبد المجيد مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي كما يأتي: "**إن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته أو بطلانه، أو فسخه، لا يؤثر على شرط التحكيم، سواء كان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي، أم كان مستقلا عنه في صورة اتفاق تحكيم، وأساس هذا النظر أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعاً مختلفاً عن موضوع العقد الأصلي، لأن اتفاق التحكيم تصرف قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأصلي**[10]."

في حين عرفته الدكتورة ناريمان عبد القادر بالآتي:" إذا كان الشرط باطلاً، فإن هذا يجب ألا يؤثر في العقد الذي يتضمنه، وإذا كان العقد نفسه باطلاً أو فسخ فهذا لا يؤثر على شرط التحكيم، وهذا ما يعبر عنه باستقلالية أو ذاتية شرط التحكيم"، فشرط التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة عن العقد تجدر الإشارة هنا إلى ان استقلال

[10] زهيرة كيسي ، **مبدأ استقلالية صدق التحكيم التجاري عن العقد** ، مجلة الاجتهاد الدراسات القانونية والاقتصادية ، عدد 08 جامعة تمنراست ،الجزائر 2015 ، ص 51 ، 52

اتفاق تحكيم، هو استقلال اتفاق المبرم على شكل شرط التحكيم والمدرج ضمن بنود العقد وبالتالي فإن بطلان العقد أو فسخه لأي سبب كان لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج ضمن بنود هذا العقد، وأن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد، وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الغاية المرجوة من التحكيم كوسيلة بديلة للمتعاقدين لحل نزاعاتهم.

ثانيا: الاستقلال عن قانون العقد (الاستقلال القانوني).

ويقصد منه خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي، فاستقلالية شرط التحكيم تؤدي إلى قبول عدم خضوع شرط التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد الي تحكم العقد الأصلي وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية سنة 1973 في قضية **Hecht** إلى أن:" **الشرط التحكيم استقلال قانوني كامل في مواجهة العقد الأصلي وأي قانون وطي واجب التطبيق**" ومما لا شك في أن الاعتراف بهذا الأثر لمبدأ استقلال شرط التحكيم شأنه أن يحقق الفاعلية في محال استقلال شرط التحكيم، ومن ثم فإن الاقتصار على فكرة الاستقلال المادي دون الاستقلال القانوني لشرط التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي بنا إلى القول أنه إذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه وكان القانون الواجب التطبيق عليه يحظر شرط التحكيم أو يجعله باطلا لسبب أو لآخر فإن هذا الاستقلال لن يحول دون أن يقع شرط التحكيم باطلا من كما يرى الأستاذ **غول دمان** أن استقلالية شرط التحكيم تشكل قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي[11] مستقلة عن أحكام القانون الواجب تطبيقه على العقد الأصلي، ولا يستبعد اعتبارها واحدة من القواعد العرفية الدولية الي كرستها المحاكم الفرنسية، آخذة بالحسبان حاجات التجارة الدولية، ومن ثم يترتب على استقلالية شرط التحكيم، في التحكيم التجاري الدولي، خضوع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي فإذا كان قانون العقد يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا مثلاً، أو لاختلاف صفة الأطراف، أو لطبيعة الالتزامات التعاقدية الوارد بشأنها، أو يمنعه في بعض العقود إلى غير ذلك، فإن ذلك لا أثر له على صحة الشرط المذكور إذ إن النظام القانوني الذي يحكم العقد الأصلي يختلف عن

[11] زهيرة كيسي ، مرجع سابق ، ص 53 ، 54

النظام القانوني الذي يحكم اتفاق التحكيم. وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن شرط التحكيم مستقل كذلك عن كافة القوانين الوطنية ويقصد بذلك استقلالية شرط التحكيم عن كل قانون يؤدي إلى بطلانه، وتسري عليه قواعد قانونية مستمدة من مبادئ وعادات التجارة الدولية الأمر الذي يدعونا إلى استنتاج مدى الحرية الي يحققها هذا المبدأ من خلال السماح للأطراف المتعاقدة اختيار القانون الواجب تطبيقه على اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ استقلالية شرط التحكيم.

أخذ بها القانون المدني الجزائري في نص المادة 104 والتي جاء فيها: " **إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله** " مؤدى هذه النظرية تفترض ان العقد ليس باطلا بالكامل وإنما جزءا منه، فيبطل الجزء الباطل ويبقى الجزء صحيح وقياسا على اتفاق التحكيم فإنه في حالة بطلان العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، فإن العقد يبطل لوحده ويبقى شرط التحكيم صحيحا في حالة توفر شروطه كاتفاق مستقل. والعكس صحيح في حين أنه لا يمكننا تطبيق نظرية تحول العقد لأن هذه النظرية تفترض أن يكون العقد باطلا برمته لكي يتحول إلى عقد آخر، أما إذا كان في جزء منه باطلا وفي الجزء الآخر صحيح وكان هذا التصرف قابلا للانقسام فإنه ينتقص العقد ولا يتحول.

الفرع الثالث: مبررات استقلال شرط التحكيم

تعددت المبررات الفقهية الأخذ بمبدأ استقلالية إنفاق التحكيم، ويقصد بها الاستقلالية القانونية وليس المادية وعليه يمكن أن نجد مبررا لاستقلال شرط تحكيم وذلك بالرجوع إلى نظرية انتقاص العقد والتي تقضي بأنه إذا كان العقد باطلا في أحد أجزائه فيمكن إعمال الأجزاء الأخرى[12].

فكما سبق يحظى مبدأ استقلال شرط تحكيم عن العقد الأصلي عدة مبررات سنتناول أهم هذه المبررات.

[12] عبد الباسط محمد عبد الواسع الصراسي، **النظام القانوني لإيقاف التحكيم**، مرجع السابق ص89.

أولا: احترام إرادة الأطراف

عندما يقوم الأطراف بإبرام عقد معين، ويتم الاتفاق فيما بينهم على إحالة النزاعات المتعلقة حول تنفيذ أو تفسير هذا العقد إلى التحكيم ويأتي هذا الاتفاق في صورة شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي والذي يتم الاتفاق على إحلال النزاعات التي قد تنشأ حول تنفيذ أو تفسير العقد المبرم بينهما عن طريق التحكيم، بمعنى أن الطرفين قصدوا بذلك عرض كافة المنازعات التي قد تنشأ حول هذا العقد بطريقة واسعة ليشمل أيضا النظر في صحة أو بطلان العقد الأصلي.[13]

ثانيا: عدم التمييز بين شرط التحكيم ومشارطته

يؤدي عدم السماح باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى التفرقة بين إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وابرامه في صورة مشارطة التحكيم، لأن محكم في حالة إبرام مشارطة التحكيم سيتمكن من إصدار حكم نهائي حول بطلان أو صحة العقد الأصلي

بعكس الحال في حالة شرط التحكيم حيث سيتعرض فصل المحكم إلى متابعة قضائية لاحقة قد تلغي حكمه[14].

ثالثا: اختلاف كلا من موضوع العقد الأصلي وشرط التحكيم المدرج فيه

أحد مبررات استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو الفرق بين كل موضوع من موضوع من شرط التحكيم والعقد الأصلي. قد يتعلق العقد الأصلي ببيع أو شراء أو توريد أو أي عمل آخر من الأعمال طالما هذا العقد لا يخل بنظام العام أو الآداب العامة. أما شرط

[13] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، **مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة الأزهر غزة ص 35.

[14] عائشة مقراني ، **مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة أحمد بوقرة بومرداس الجزائر ، ص 42

التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثور حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي في المستقبل.

وبالتالي يكون موضوع العقد الأصلي مختلفا عن موضوع شرط التحكيم، على الرغم من أن الأخير مدرج في بنود العقد الأصلي. [15]

رابعا: شرط الكتابة كحماية لاتفاق التحكيم

اشترط المشرع الجزائري الكتابة كشرط لصحة العقد، لكن مصطلح الكتابة الذي أشار إليه المشرع في الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، يختلف بعض الشيء عما أورده في الفصل الخاص بأحكام التحكيم بشكل عام، تنص المادة 1008: " **يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها** " أما المادة 1011 فتنص على: " **يحصل اتفاق التحكيم كتابيا**". تبين هذه النصوص أن المشرع الجزائري اعتبر كل اتفاق غير مكتوب يرتب البطلان[16].

خامسا: عدم تعريض إختصاص المحكم للخطر.

إذا لم يكن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي جائزا، فإن إقرار المحكم حول بطلان العقد الأصلي سيمس في نفس الوقت اختصاصه، حيث سيؤدي بطلان العقد الأصلي الذي يدرج فيه شرط التحكيم إلى بطلان شرط التحكيم، وبالتالي سيتعرض اختصاص المحكم للخطر إذا ارتبط مصر شرط التحكيم بمصير العقد الأصلى، و بالتالي فإن حكم المحكم نفسه حول بطلان أو

صحة العقد الأصلي سيعتبر فصلا في صحة اختصاصه، وسيخضع حكمه للرقابة القضائية اللاحقة، وهذا ما يستلزم من القاضي رقابة حول موضوع النزاع لمعرفة ما إذا كان المحكم قد

---

[15] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مرجع سابق، ص 36

[16] عيساوي محمد ، **فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي الجزائر** ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2012 ، ص 25

فصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي بطريقة سليمة، و بذلك فإن القاضي سيتدخل في موضوع النزاع، وهذا التدخل في الموضوع مرفوض من غالبية قوانين التحكيم.

الفرع الرابع: تكريس مبدأ استقلال التحكيم

يؤكد جانب من الفقه على أن استقلالية اتفاق التحكيم يعد مبدأ من المبادئ العامة للتحكيم الذي يشير إليه المحكمون في إطار العلاقات الدولية أي ما كان مقر انعقاد التحكيم. وأي ما كان القانون الذي يحكم المنازعة، ومما سبق سنتطرق إلى مدى تكريس استقلال التحكيم؟[17]

اولا: موقف التشريعات الداخلية:

1: موقف القانون الجزائري

نصت المادة 458مكرر 01 في تعديل 09/93 على أنه (المقابلة للمادة 178/2 من القانون الدولي الخاص الجديد السويسري):" يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي.

تعتبر صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإما القانون الجزائري".

يذهب البعض إلى القول بأن إعطاء المشرع الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم هو بدون شك اتجاه ليبرالي، يخرج عن نطاق المادة 18 من التقنين المدني الجزائري الذي يخضع العقود الدولية لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي اختيار قانون وطني معين بالاستناد إلى منهج التنازع.

ويرى جانب آخر أن الحرية الممنوحة للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم، لا يتناقض والمادة 18 التي تكرس مبدأ عالمي يقر مبدأ سلطان الإرادة، بل بالعكس هو تطبيق مباشر لأحكام هذه المادة، حيث يذهب هذ الرأي لتبرير موقفه، أن مبدأ

[17] عائشة مقراني، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الاصلي، مجلة حقوق الانسان وحريات العامة العدد 06، جامعة مستغانم، 2018، ص389

سلطان الإرادة لا يقيد الأطراف باللجوء إلى قانون وطني معين، حيث أن استقلال الإرادة، تمكن الأطراف من اللجوء إلى قواعد قانونية دولية، كما هو في حال المحكم المفوض بالصلح.

بالإضافة إلى أنه لو كان هدف المشرع ربط صحة اتفاق التحكيم، لما ذهب في الاختيار الثالث إلى ايراد عبارة "القانون الجزائري" Droit Algérien "، فكان قادرا على إيراد مصطلح "تشريع"، بمعنى "lois"، ويذهب هذا الرأي دائما إلى انتقاد المشرع لأخذه بهذا الحل أي القانون الجزائري، حيث أنه وإن كان يتلاءم وحالة قيام إجراءات التحكيم في الجزائر وهو أمر نادر فإنه لن يتلاءم والحالة العكسية. وعليه كان على المشرع الجزائري أن يعطي حلا آخر يتمثل في تطبيق القانون الذي يختاره المحكم في حالة غياب التعبير الصريح للأطراف، أو إلى المبادئ العامة للقانون وممارسات التجارة الدولية، كما هو الحال في العديد من

قرارات التحكيم الدولية وفي هذه الحالة فقط كان يمكن القول إنه حافظ على مبدأ حرية الإرادة الذي يخضع له اتفاق التحكيم.

2: في القانون الفرنسي

جرى الأمر بداية في القضاء الفرنسي على التمسك بمبدأ تبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي، ورتب على ذلك حرمان المحكم من نظر المنازعات المتعلقة ببطلان العقد.

وتطور الأمر بعد ذلك فأصدر القضاء الفرنسي في السابع من مايو 1963م، حكماً يقضي باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضية عرفت باسم "GOSSET ' مفرقا في ذلك بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، فأجاز مبدأ استقلال شرط التحكيم في العلاقات الخارجية الدولية، ومانعاً ذلك في العلاقات الداخلية، وتتعلق وقائع هذه الدعوى التي صدر فيها حكم محكمة النقض الفرنسية في النزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا إعمالا لشرط لتحكيم المدرج في العقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي، وهذا الحكم الذي قضى بالتعويض للمصدر الإيطالي بسبب خطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، الأمر الذي دفع المستورد الفرنسي بعدم تنفيذ حكم التحكيم استناداً إلى أن العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم يعد باطلاً بطلان مطلقا لمخالفته للنظام العام الفرنسي، لعدم احترامه للقواعد

الآمرة المتعلقة بالاستيراد، ولما كان العقد الأصلية[18]باطلا فإن شرط التحكيم يبطل بالتبعية بناء على هذا الشرط الباطل، وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر إعمالاً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وهذا الحكم قرر مبدأ قانونياً مقتضاه أنه في مجال التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء أبرم منفصلاً عن التصرف القانوني، أو متضمناً إياه يمثل دائماً عدا أحوال استثنائية استقلالاً قانونياً متكاملاً كما يستبعد إمكانية تأثره بعدم الصحة المحتمل لهذا التصرف.

ومما قالته المحكمة لتبرير هذه الاستقلالية" أن اتفاق التحكيم وإن تم إدراجه في العقد فإنه يرد على موضوع غير موضوع العقد فإذا كان العقد بيعاً مثلاً وأدرج فيه شرط التحكيم، فإن العقد يتناول مسائل البيع من تعيين الثمن، وزمان تسليم المبيع، والمطابقة وآثار التخلف عن تنفيذ الالتزام وغيرها من الأمور المتصلة بالعقد الأصلي، (عقد البيع) بينما يرد اتفاق التحكيم على إجراء يتبع عند قيام النزاع بشأن البيع، فالعقد والإجراء وإن سكناً وثيقة واحدة فإنهما منفصلان لا يتأثر أحدهما بالآخر ولا يؤثر فيه شرط التحكيم".[19]

4: في القانون المصري

لم يتضمن قانون التحكيم الجديد رقم 27/94 أي نص يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم، وذلك على الرغم من أن هذه المسألة يمكن أن تثور –طبقا لهذا القانون–أمام هيئة التحكيم أو القاضي الوطني. إلا أن جانب من الفقه" في مصر يذهب إلى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مكان التحكيم كما حدده الأطراف أو كما يحدده نظام التحكيم الذي أحال إليه الأطراف. وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على الأخذ بهذا الحل قبل صدور قانون التحكيم الحالي، ففي حكم صدر في 26/04/1982 قضت بأنه:" يرجع في تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الإنجليزي باعتباره قانون البلد الذي أتفق على إجراء التحكيم فيه..." وقد أخذت المحكمة بنفس القواعد في حكم صدر في

[18] اسامة أحمد حسين ابو القصمان، المذكرة السابقة ص 53.

2 عائشة مقراني، مرجع سابق، ص 112.

13/07/1983 حيث قضت بأنه: "يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه". وقد اتجهت محكمة النقض المصرية في العديد من الأحكام إلى انتهاج هذا الحل. ويمكن التوصل إلى نفس الحل بالرجوع إلى نصوص التحكيم المصري ذاتها حيث نصت المادة 01 من هذا القانون إلى أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية ...." فهذا يشير إلى حرص المشرع على الأخذ بالحلول التي أقرتها الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها مصر ومن بينها اتفاقية نيويورك لعام 1958، والتي كما سبق وأن أشرنا تأخذ في المقام الأول بمبدأ سلطان الإرادة، في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وثانيا بقانون الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم وهو قانون الدولة مكان التحكيم غالبا. [20]

ثانيا: في الاتفاقيات الدولية

اختلفت الاتفاقيات الدولية في طريقة النص على مبدأ الاستقلالية شرط التحكيم فمنها من نص عليه بصورة ضمنية ومنها من عالجته بصورة صريحة:

1 :الاتفاقيات الدولية التي تناولت مبدأ استقلالية شرط تحكيم بصورة ضمنية:

اتفاقية نيويورك المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية الموقعة 10 جوان 1958 والاتفاقية الأوربية للتحكم تجاري دولي الموقعة في جنيف بتاريخ 21 افريل 1961 واتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة باستثمارات الموقعة ب 14 /10 /1966، لم تنص صراحة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم.[21]

لم تتعرض اتفاقية نيويورك لعام 1958 مباشرة لمبدأ الاستقلالية اتفاق التحكيم، إلا أنها أعطته قوة لم تكن له من قبل، وبالرغم من أنها لم تشر له بطريقة مباشرة إلا أنه يستخلص من هذا

1 عائشة مقراني، مرجع سابق ص111.

النص وفق GAILLARD أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر غير قانون العقد الأصلي.

كما لم تتضمن أيضا معاهدة جينيف نصا صريحا وبالرغم من ذلك ذهب البعض إلى أن المادة الثالثة والتي تنص على أن المحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم يكون شرط تحكيم جزءا منه. وبالتالي تكرس هذا المبدأ بشكل ضمني فقط.[22]

أما معاهدة واشنطن فنصت الفقرة 1 من المادة 41 من اتفاقية على أنه هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها".

لم يأتي نص بما يفيد باستقلالية شرط تحكيم، حيث تحدث فقط عن مبدأ اختصاص هيئة التحكيم وان الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم لا يقوم على مبدأ استقلالية شرط تحكيم عن العقد الأصلي[23].

2-الاتفاقيات الدولية التي تناولت مبدأ استقلالية شرط التحكيم بصورة صريحة :

نصت المادة 16 في فقرتها اولى للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي على ما يلي : ينظر الى شرط تحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون ببطلان شرط التحكيم) يتضح من هذا النص ان المصطلح الذي ورد يتمثل في شرط التحكيم ولم يستعمل المصطلح العام الذي يدل على اتفاق التحكيم الذي يشمل كل من شرط تحكيم ومشارطة تحكيم ، وهذا ما يؤكد دقة حصر لمبدأ استقلالية وشرط تحكيم فقط ، ومنه يمكن القول ان نفاذ شرط تحكيم غير مرتبط بمصير العقد الأصلي ، كما جاء في نفس السياق الفقرة الثانية من المادة الرابعة من تصرف الموحد لـ :1999/03/11 في اطار مواءمة قوانين الاعمال في افريقيا وصحة اتفاق التحكيم لا تتأثر ببطلان العقد الأصلي[24].

[22] علالي عبد الرحمان مرجع سابق ص 389، ص 390

[23] اسامة أحمد حسين أبو القمصان، مرجع سابق ص 66

[24] زهيرة كيسي ، مرجع سابق ، ص 57 ، ص 58

المبحث الثاني :الدور الوظيفي لشرط التحكيم

يلعب تحكيم دورا مهما في حل النزاعات التي قد تنشأ عن عقود الاستثمار، مما جعل المتعاملين في إطار العلاقات الدولية يفضلون التحكيم على قضاء دولة، ويرجع ايضا لعدة اسباب بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار[25].

المطلب الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية

وتعود أسباب اللجوء للتحكيم إلى عدة اعتبارات مختلفة دفعت الأطراف المعنية إلى تفضيله على قضاء دولة لمزايا التحكيم ومن أهمها مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار (فرع أول).

كما يتعلق بعضها بمخاوف المستثمرين وبعضها الآخر يتعلق بكون تحكيم ضمانة إجرائية لكونه إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي.

الفرع1 : مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار.

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة خاصة ناتجة عن طبيعة أطراف هذه العقود، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة. وتتشابك العلاقات الناشئة عنه ويتطلب خبرات، فإن تحكيم بما يتضح به من مزايا يمثل القضاء الطبيعي لفض منازعات هذه العقود وتتمثل هذه المزايا في:

[25] خالد كمال عكاشة ، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار** ، دار الثقافة 2 ، ص 165

أولا: السرعة في الإجراءات

تكمن بساطة اجراءات التحكيم في كون أنها تحدد من قبل الأطراف المتنازعة بهدف ربح الوقت، ويكون ذلك عن طريق اختصار للإجراءات المعروفة أمام الجهات القضائية التي تمتاز بطول مدتها وطول أجال الفصل في النزاع إلى الحد الذي يضر بمصالح المستثمر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى اختصار لدرجات التقاضي، حيث تصدر هيئة التحكيم حكم بات، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار حكم التحكيم ومن بين أسباب عدم لجوء أطراف عقد الاستثمار إلى القضاء الوطني في حالة قيام نزاع بينهما، هو طول اجراءات التقاضي، عكس التحكيم الذي يمتاز بسرعة اجراءاته.[26]

بحيث يمتاز من خلال إجراءاته المتمثلة في سماع الأطراف وتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف على موضوع النزاع وصولا إلى إصدار حكم التحكيم، بمدته القصيرة التي تعتبر أقصر بكثير من تلك المتعلقة بالقضاء الوطني، بحيث تمتد العملية التحكيمية، التي تختتم بصدور الحكم النهائي فيها، من 03 أشهر إلى 06 أشهر، وقد حددها المشرع الجزائري بـ 4 أشهر في نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي: " **يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ اخطار محكمة التحكيم**"، مع العلم أن المنازعة أمام الهيئة التحكيمية لا توقف عملية تنفيذ العقد، أما في حالة عرض النزاع أمام القضاء الوطني فإنه في غالب القضايا المتعلقة بمجال الاستثمار قد يؤدي إلى طول مدة الفصل فيها، وفي انتظار صدور حكم القضاء يبقى تنفيذ العقد محمدا مما يؤدي إلى تجميد الاستثمارات وحركة رؤوس الأموال29، وميزة عقود الاستثمار أن المستثمر لا يقبل عرض نزاعاته مع الدولة المضيفة على قضائها، كما أن متطلبات التجارة الدولية تقتضي السرعة، وبالتالي فإن النزاع الذي يثار في عقود الاستثمار يتطلب الاستعجال أية لسرعة في

2 حرير أحمد، **مبررات اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات في عقود الاستثمار**، مجلة العلوم الاقتصادية و الاجتماعية، العدد01، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، سنة 2022 ،ص 1642.

الفصل في نزاعه، لأنه في حالة عرضه على القضاء الوطني فقد يمتد الفصل فيه إلى مدة زمنية طويلة وبالتالي ستضر الأطراف خاصة المستثمر.[27]

ثانيا :السرية في التحكيم

إن اختيار الأطراف التحكيم كوسيلة لفض النزاع لما يتميز به من سرية فتكون جلسات التحكيم غير علنية ، وعدم نشر الاحكام تعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم ، حيث تظل الاسرار المرتبطة العقد و المقترحات السرية فالأطراف في عقود الاستثمار ترغب في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من مساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية.

ثالثا : حرية الأطراف في ظل التحكيم

فمرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم ، لأنه ينفر من القوالب الجامدة، حيث لتلك الأطراف أولا اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا إما أن يكون التحكيم خاصا أو تحكيما مؤسسيا ، كما يفسح التحكيم المجال المحكمون على اتفاق التحكيم أمام إرادة الأطراف اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون امام اتفاق التحكيم وموضوع منازعة محل تحكيم [28] .

رابعا : التحكيم قضاء متخصص

فهو يكفل المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار التي يتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي. حيث يكون المحكمون في الأغلب الأعم على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم، فضلاً عن تمتعهم غالباً بالخبرة لعلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها، وما يمتازون به من الإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين

1 حرير أحمد، مرجع سابق، ص 1642 .

[28] خالد كمال عكاشة ، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار** ، مرجع سابق ص 169

الأطراف. ومما لا شك فيه أن وجود قضاء متخصص من شأنه أن يحقق عدالة تحقق رغبات الأطراف. ولعله مما يساعد على ذلك أن الأطراف عموماً هم الذين يختارون المحكمين، وهم بالتأكيد سيعمدون إلى اختيار أنسب المحكمين الذين تحتاجهم خصوصية القضية محل النزاع.[29]

الفرع 2 : تمسك المستثمر الاجنبي بشرط التحكيم.

بما أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة \ات السيادة من ناحية والمستثمر الاجنبي الخاص من ناحية أخرى ، لذلك المستثمر المتعاقد يحرص على ادراج شرط تحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند النظر للمنازعات في المحاكم ويدرجه ايضا تخوفا من عدم نزاهته وعدالة محاكم الدولة المضيفة . القضاء الوطني للدولة المتعاقدة وما يتمتع به مزايا من استقلاليته وحيادته [30] عن دولة نفسها في نهاية قضاء غير محايد .

ومما تقدم نجد المستثمرون الاجانب حرصين على ان يتم ادراج شرط التحكيم في عقودهم مع الدولة المضيفة حتى على حساب عدم اتمام العقد .

الفرع 3 : التحكيم ضمانة اجرائية لتشجيع الاستثمار

إن المستثمر يسعى إلى استثمار أمواله في الدولة من خلال بحثه عن الضمانات التي تعطيه أكبر قدر من الأمان والاطمئنان، ومن بين هذه الضمانات هي التحكيم، وبالتالي فإن المستثمر يشترط على الدولة المضيفة على أنه في حالة قيام نزاع في المستقبل فإنه يعرض على هيئة تحكيمية،[31] كما أن الدولة تهدف إلى جلب رؤوس الأموال الأجنبية عن طريق التشجيع على الاستثمار سواء كان مباشر أو غير مباشر، عن طريق تقديمها للعديد من الضمانات، والتي

1 بشار محمد الاسعد مرجع سابق ص20 .

[30] بشار محمد الأسعد ، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية** ، الطبعة اولى ، بيروت ،لبنان ،2009،لمرجع السابق ، ص 21

3 سلامي ميلود، **التحكيم التجاري كضمان إجرائي لتسوية المنازعات الاستثمار**، مجلة أستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد الخامس، جامعة باتنة، الجزائر 2017 ، ص 148.

يعتبر التحكيم من بينها، والذي يعتبر في هذه الحالة كضمانة للتشجيع على الاستثمار. أما في حالة غياب هذه الضمانة فقد تؤدي إلى عدم تحمس المستثمرين إلى الاستثمار في الدولة نظرا لعدم قناعتهم

بمختلف الضمانات الممنوحة في غياب ضمانة اللجوء إلى التحكيم. وبالتالي فما على الدول خاصة الدول النامية سوى القبول بالتحكيم كضمانة للمستثمرين خاصة الذين يحملون جنسية أجنبية، حتى تشجع على جلب رؤوس الأموال الأجنبية التي هي في حاجة إليها. وفي الجزائر، فإن ما جاء به التشريع في هذا الشأن منصوص عليه في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، ويظهر ذلك جليا في المادة 24 .

التي تنص على أنه في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.[32]

المطلب الثاني :مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يلزم الاتفاق التحكيم الاطراف بان تعهد بالمنازعة الناشئة بينهم والمتفق على حلها بواسطة التحكيم الى المحكم ، كما أن اتفاق التحكيم يعد الأساس أو المصدر الذي تستمد منه محكمة التحكيم اختصاصها بالفصل في منازعته. [33]

الفرع الأول :مفهوم مبدأ الاختصاص

ويقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه ونظرا للمنازعات المتعلقة به فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا ، ووفقا لهذا المبدأ فقضاء التحكيم يتقرر له الاختصاص بصرف النظر عن حكم اتفاق التحكيم فسواء ورد الاتفاق صحيحا أم باطلا أم منعدما ، فقضاء التحكيم هي التي تجمع من اجلها دائما وفي جميع أحوال للبت في قضية اختصاصه ، وعندما تحقق محكمة التحكيم هذا الاختصاص يمكن للمحكم حينئذ البحث بحرية وبشكل كامل عن حقيقة اختصاصه ، ثم إذ تبين له أن الاتفاقية

1 أحمد حرير، **مبررات اللجوء إلى التحكيم و تسوية المنازعات، عقود الاستثمار**، مجالات العلوم الاقتصادية و الاجتماعية، العدد الأول ، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2020، ص 1641.

[33] حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم الاسكندرية ، دار مفكر جامعي ، ص 110

صحيحة فانه يعلن اختصاصه بنظر النزاع الموضوعي وإذا تبين له العكس فانه يقضى بعدم الاختصاص.

الفرع 2:أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص :

يرى البعض أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص مرتبط بمبدأ استقلال شرط التحكيم ونتيجة غير مباشرة له ، وفي حقيقة أن هذا المبدأ مستقل في ذاته وبمعنى آخر فان مبدأ الاستقلال ياتي في مرحلة حقه يكون فيها مبدأ الاختصاص قد تقرر .[34]

لكن نجد تجاه آخر من الفقه يرى أن مبدأ الاختصاص يجد أساسه في نطاق التحكيم الدولي، في القاعدة العرفية للتحكيم في المنازعات التجارية الدولية قبل أن يصبح قاعدة قانونية يتم تطبيقها في التحكيم داخلي ، وكذلك دمج القانون في القانون مختلف الاتفاقيات الدولية وصلاحيات التحكيم بدعم هذا التحليل أن مبدأ اختصاص بالاختصاص يكون واجب الاعمال بغض النظر عن وجود أو صحة العقد الأصلي ، وعن وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته ، بل وبعض النظر عن ضرورة الرجوع إلى قانون دولة معينة يقره او يعترف به.، كذلك فإن القانون الفيس الفرنسي كرس مبدأ الاختصاص بالفصل في مسألة الاختصاص بالنسبة للتحكيم الداخلي في مادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد والى تنص على أنه « إذا أنكر أحد الأطراف على المحكم سلطة في الفصل في صحة وحدود ولايته الفصل في المنازعة أو نازع في نطاق هذه السلطة فإن المحكم يختص بالفصل في صحة وحدود ولايته.[35]

الفرع 3: وظيفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

تتمثل وظيفة مبدأ الاختصاص في مواجهة كل الدفوع المثارة بمناسبة التحكيم، أياً كان السبب المثير لهذه الدفاعات، فيختص المحكم بها دون الاضطرار إلى وقف إجراءات التحكيم،

[34]علالي عبد الرحمان الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم ، مجلة صوت القانون ، العدد 2 ، جامعة مولاي الطاهر سعيدة ، 2020 ، ص 208.

2 نفس مرجع السابق،ص 208.

أو عرض هذه الدفوع على قضاء الدولة ليفصل فيها، ومتى تحقق المحكم من هذا الاختصاص فإن والمحكم يستطيع البحث في اختصاصه بصلاحية كاملة، فله أن يعلن اختصاصه عند ظروف معينة، منها عند تحقق صحة اتفاق التحكيم، وله أن يعلن عدم اختصاصه عند ظروف أخرى، منها على سبيل المثال عدم مشروعية اتفاق التحكيم، وهذا بعيداً عن الاختصاص الأصيل المتعلق بالفصل في النزاع الناتج عن العقد، لأن هذا الاختصاص لا يحصل عليه المحكم إلا بناء على اتفاق صحيح.[36]

هذا المعنى حينما نصت المادة6/3 على إلزام محاكم الدول المتعاقدة بوقف الفصل في الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم حتى تصدر الأخيرة قرارها في هذا الشأن.

الفرع الرابع :مصادر مبدأ الاختصاص بالاختصاص وطنية عالمية دولية

أولا: موقف التشريعات الوطنية

تبنت معظم التشريعات الوطنية لمبدأ الاختصاص بالاختصاص إلا أن أنه اختلفت أساليب التعبير عن تبني المبدأ

1- التشريع الجزائري :

نجد إقرارا صريحا من المشرع الجزائري في نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث نص على :" **تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ، و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع . تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولى إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع .**"

3 أسامة أحمد أبو القمصان ،مرجع سابق، ص114.

فمن الواضح أن المشرع قد تبنى المبدأ و لكن على غير إطلاقه ، بحيث أنه اشترط لكي تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنظر النزاع ،عدم قيام أي طرف من أطراف التحكيم بإبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن اختصاصها في نظر النزاع.

2- التشريع الفرنسي :

نص المشرع الفرنسي على مبدأ في المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الجديد ، على أنه إذا نازع أحد الطرفين في اختصاص المحكم من حيث المبدأ أو المدى ، يتوجب على هذا الأخير أن يبت في المسألة، يتبين من خلال نص المادة السابقة أن المحكمين لهم فحص حدود و لايتهم ، و كذلك لهم فحص مشروعية ولايتهم ، بمعنى التحقق من اتفاق التحكيم من حيث صحته و بطلانه. وأن المحكمين عندما ينازع أحد الأطراف في اختصاصهم، فإنهم ليسوا ملزمين بوقف إجراءات التحكيم، بل عليهم الاستمرار في نظر الدعوى، وذلك بعد أن يفصل المحكمون حول صحة اختصاصهم، وذلك إذا تم الإدعاء بعدم وجود اتفاق على التحكيم، أو عدم صحته أو تجاوز المحكم لحدود سلطاته بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع .[37]

3 – مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون الإنجليزي :

تنص المادة (30) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1966، بقولها:

" **1- ما لم يكن هناك اتفاق مخالف من الأطراف، يمكن للمحكمة التحكيمية النظر في صلاحيتها. وهذا يعني أن تقرر:**

أ- إذا كان العقد التحكيمي صالحاً.

ب – إذا تم تشكيل المحكمة بصورة قانونية.

[37] أسامة أحمد أبو القمصان، مرجع سابق، ص 116.

جـ - إذا كان النزاع المعروض عليها يدخل في إطار العقد التحكيمي.

2- أي قرار يصدر عملاً بالفقرة السابقة يمكن أن يكون موضوع مراجعة استئناف أو مراجعة إعادة النظر في إطار الإجراءات التحكيمية".

وجاء في نص المادة (31) من نفس القانون على أن:

"1- الدفع بعدم صلاحية المحكمة التحكيمية يجب أن يثار من قبل الطرف الذي يدلي به في أول مذكرة يقدمها في أساس المنازعة التي يدلي الدفع بخصوصها، وأن تعيين محكم من قبل طرف أو مشاركته في تعيين المحكم لا يحرم هذا الطرف من حقه في الإدلاء بالدفع بعدم الصلاحية.

2 - أي دفع بعدم صلاحية المحكمة التحكيمية المدلي بها خلال الإجراءات يجب أن يثار في أسرع وقت ممكن بعد أن يكون النزاع الذي يدلي بخصوصه الدفع قد ظهر.

3- يمكن للمحكمة التحكيمية أن تعتبر دفعاً بعدم الصلاحية مقبولا حتى ولو أدلى به بعد مرور المهل المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين إذا ما اعتبرت أن تجاوز المهل مبرر.

4- إذا ما أدلى بعدم الصلاحية بصورة قانونية، وإذا كانت المحكمة التحكيمية صالحة للنظر به يمكنها:

أ- إما إصدار حكم تحكيمي يتعلق بالدفع المثار.

ب- ضم الدفع إلى الأساس بانتظار الحكم التحكيمي الذي يصدر.

وفي جميع الأحوال تتقيد المحكمة التحكيمية بالأحكام التي نص عليها الأطراف في هذا الشأن"

يتبين من النصين السابقين أن المشرع الانجليزي اخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك بإقراره لهيئة التحكيم النظر في صلاحيتها، وذلك إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف من الأطراف

على عكس ذلك، ولكي تنظر الهيئة في صلاحيتها لابد من أن تتحقق من وجود عقد تحكيمي صحيح، وانه قد تم تشكيل الهيئة التحكيمية بصورة سليمة، وان يشمل اتفاق التحكيم موضوع النزاع. وأن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم يجب أن يبديه الطرف في أسرع وقت بعد أن يكون النزاع الذي يدلي بخصوصه الدفع قد ظهر، ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر إذا ما كان مبرر لذلك، وفي حالة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم فلهذه الأخيرة أن تقوم بالفصل في الدفع المثار، أو أن تقوم بضم هذا الدفع إلى الموضوع، وان اتفاق الطرفين على أي من الخيارين هناك يكون ملزما لهيئة التحكيم.[38]

5-مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون المصري:

نصت المادة الثانية والعشرين من قانون التحكيم المصري على مبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث جاء في المادة المذكورة

أ- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع

ب- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز تقديم دفاع المدعى عليه

المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة (30) من هذا القانون ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل إثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول. 3- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو تضمها إلى الموضوع لتفصل

[38] أسامة أحمد أبو القمصان، مرجع سابق، ص 117.

فيهما معاً، وإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (53) من هذا القانون".

يتبين من خلال النص السابق أن المشرع المصري أعطى الحق لهيئة التحكيم أن تقول كلمتها في شأن ما يبدى أمامها من دفوع تتعلق بعدم اختصاصها، أو التي يكون مبناها انتفاء اللجوء إلى التحكيم، أو سقوط التحكيم، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع بأكمله، وذلك لأن هذه الدفوع من صميم اختصاص هيئة التحكيم والمشرع حدد ميعاداً لإمكان إبداء الدفوع خلالها، وهو ذات الميعاد المحدد لتقديم دفاع المدعي عليه، وهذه المدة هي التي اتفق الأطراف عليها، وفي حالة عدم الاتفاق على هذه المدة فتكون المدة التي حددتها هيئة التحكيم ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم، أو الاشتراك في تعيينه، سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعد شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل إثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ومع ذلك فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول حسب ظروف موضوع التحكيم.[39]

ويحدد المشرع ميعاداً للفصل في الدفع بعدم الاختصاص فيشترط أن تفصل هيئة التحكيم فيه قبل البدء في الفصل في الموضوع، وهو أمر منطقي لأنه من الجائز أن يترتب عليه عدم السير في إجراءات التحكيم الذي يحكم ببطلانه ولكن المشرع عاد وأجاز لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص جنباً إلى جنب مع الفصل في الموضوع لتفصل فيهما معاً، وهنا يكون التقدير للمحكم فهو يستطيع أن يفصل في الدفع الخاص بعدم اختصاصه أو الخاص ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه قبل أن يعرض لموضوع النزاع أو أن يضمهما معاً، ويؤجل الحكم فيهما إلى صدور الحكم النهائي فإذا قضت هيئة التحكيم برفض الدفع بعدم

1 أسامة أحمد أبو القمصان، مرجع سابق، ص 118.

الاختصاص قبل الحكم في الموضوع، فلا يجوز التمسك به إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها.[40]

ثانيا: موقف المعاهدات الدولية من مبدأ اختصاص بالاختصاص

1- موقف اتفاقية نيويورك من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

يرى بعض الفقهاء أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولعلى هذا الإغفال من جانبها مبعثه الهدف المباشر من هذه الاتفاقية وهو الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية.

ونرى أنه يمكن الاستناد إلى نص المادة (3\2) من الاتفاقية المذكورة للاستناد إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث جاء في النص المذكور "على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق.[41]

وطبقاً لنص المادة السابقة فإن المحكمة يقع عليها التزام بإحالة النزاع إلى هيئة التحكيم، إذا ما رفع الأمر إليها، ودفع أحد الأطراف بوجود اتفاق على التحكيم، وهذا يعني أن هيئة التحكيم هي المختصة بنظر النزاع، وهي بالطبع لن تنظر في موضوع النزاع إلا بعد التأكد من صحة اتفاق التحكيم، وبمفهوم المخالفة لهذه المادة فإن المحكمة لن تحيل الخصوم إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً ولا أثر له.

2- موقف اتفاقية واشنطن من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

نصت المادة (41) من اتفاقية واشنطن بقولها:

---

2 أسامة أحمد أبو القمصان، مرجع سابق، ص 119.

حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة، مرجع سابق، ص 128 [41].

"**1 – المحكمة هي التي تحدد اختصاصها.**

2– أي اعتراض من جانب أحد طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من اختصاص المركز، أو لأسباب أخرى، لا يقع في اختصاص المحكمة وتقرر المحكمة إن كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع".

يتبين من نص المادة السابقة أن اتفاقية واشنطن خولت محكمة التحكيم أن تنظر في اختصاصها من تلقاء نفسها، حتى ولو لم يطلب أحد الأطراف ذلك، وبذلك يكون للمحكمة أن تفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها. وبينت الفقرة الثانية بأن أي اعتراض من جانب أحد الأطراف بأن النزاع لا يدخل ضمن محكمة التحكيم التابعة للمركز، أو لأي أسباب أخرى تم إثارتها من قبل الأطراف، فإن محكمة التحكيم تبقى مختصة بنظر هذه الاعتراضات. [42]

المطلب الثالث: التزام الأطراف بإحالة النزاعات للتحكيم

ان اتفاق التحكيم يلزم الأطراف بأن تحيل نزاعاتهم المحددة في هذا الاتفاق إلى التحكيم كما أنه يشكل أساس اختصاص المحكمة التحكيمية وسوف نتناول هاتين المسألتين تباعا.

الفرع الأول: مبدأ التزام الأطراف بإسناد النزاعات موضوع اتفاق التحكيم على المحكمين.

يعتبر التزام الأطراف بإحالة النزاعات المتعلقة بموضوع اتفاق التحكيم على المحكمين الالتزام الأساسي لهذا العقد، ويأتي تأكيدا وتكريسا لمبدأ القوة الملزمة للعقود أو أن العقد شريعة المتعاقدين Pacta sunt servanda، وهي من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود. [43]

يقر الفقه الفرنسي بأنه لا تثير مسألة القوة الملزمة لاتفق التحكيم أي صعوبة لأنها قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي، كما يمكن اعتبارها قاعدة من قواعد القانون

1 أسامة أحمد أبو القمصان، مرجع سابق، ص 136 .

[43] بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، بن يوسف بن خدة، الجزائر 2008/2007 ، ص 320.

العابر للدول Transnational متعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وهو ما يفسر أن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يلجأ إلى التفكير بمنطق القانون الواجب التطبيق لكي يؤكد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ونتيجة لذلك فإن أي قانون أجنبي لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم لن تكون له أي فرصة للتطبيق وفقا للنظام القانوني الفرنسي، حتى ولو كان قانون هذه الدولة ممكن التطبيق بسبب علاقته بالنزاع من خلال جنسية الأطراف أو موضوع النزاع أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع. [44]

أكدت الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم على الالتزام الذي ينشأ في ذمة الأطراف شرط التحكيم ومشارطة التحكيم الواردة بين الأطراف، كما أكدت اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية لسنة 1958 في الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن : تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ". في حين لم تعالج اتفاقية جنيف لسنة 1961 بصفة مباشرة الالتزام الواقع على عاتق الأطراف بالعهدة للمحكمين بالفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم، رغم ذلك جاء التأكيد على إلزامية هذا الاتفاق من خلال تنظيمها لكيفية تعيين المحكم أو المحكمين في المادة الرابعة، التي تتضمن صراحة أن الأطراف ملزمة بإسناد النزاع الوارد بشأنها اتفاق التحكيم على المحكمين.[45]

الفرع الثاني: التنفيذ العيني للالتزام بإسناد النزاعات المحددة في اتفاق التحكيم للمحكمين.

يعتبر التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم من طبيعة التحكيم، لأن عدم التزام أحد الأطراف بإسناد مهمة التحكيم للمحكم يعطل إجراءات التحكيم، والأستاذ بأن اتفاق التحكيم الذي لا

[44] بكلي نور الدين ، نفس المرجع، ص 321.

[45] نفس المرجع سابق، ص 321.

تترتب على مخالفته إلا إلزام الطرف الممتنع عن التنفيذ بالتعويض، يعتبر اتفاقا نطاقه محدود، ويصعب تقدير الضرر الذي وقع على الطرف الآخر والناتج عن عدم التزام الممتنع وما ترتب عن ذلك من عدم قدرته على عرض النزاعات المتفق بشأنها على محكمين في التجارة الدولية، لأن جهة قضائية وطنية قد أقرت بالتمسك باختصاصها بنظر هذه المنازعة، وهو ما ينتج عنه ضرر بعدم استفادة هذا الطرف مثلا من الامتيازات التي تمنحها اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية. [46]

فالطرف الذي يتحصل على حكم ضد الطرف المتعاقد معه صادر عن الجهات القضائية الوطنية سوف يجد نفسه في موقف أقل امتيازا فيما يتعلق بتنفيذ هذا الحكم، من كون هذا القرار الذي يريد تنفيذه حكم تحكيمي صادر عن محكمة تحكيمية خاصة، إذا اتخذت هذه المحكمة من إحدى الدول الأطراف في اتفاقية نيويورك مقرا لها، مع العلم أن أغلب الدول صادقت على اتفاقية نيويورك مما يجعل هذا الحكم التحكيمي سهل التنفيذ. كما أن تقدير الضرر من أجل تعويضه يتم من خلال مقارنة صعبة بين المزايا التي تقدمها عدالة التحكيم وتلك التي تمنحها عدالة المحاكم الوطنية، ففي هذه الحالة فإنه من غير الممكن وضع تقييم مالي لعدم قيام المحكمين بالفصل في المنازعة وإسناد مهمة الفصل للمحاكم الوطنية.[47]

يتم التنفيذ العيني الجبري لاتفاق التحكيم باستخدام وسائل وآليات تهدف إلى قهر مقاومة الطرف الذي بعد أن قبل الاتفاق على التحكيم، لا يود المشاركة فيه، ففي هذه الحالة نظام التحكيم يواجه هذا المشكل باتخاذه الإجراءات لمواجهة هذا الامتناع من أحد الأطراف كامتناعه من تعيين محكم أو امتناعه من تعيين رئيس هيئة التحكيم ولا يقدم دفاعه أو المستندات الضرورية، تواجه أغلب التشريعات الداخلية هذا المشكل، بوضع حلول لتفادي الانسداد في اللجوء إلى التحكيم.[48]

1 بكلي نور الدين ، نفس المرجع سابق، ص 321.

[47] بكلي نور الدين ، نفس المرجع سابق، ص 324.

3 حفيظة حداد، مرجع سابق، ص 117.

وقد وضع القانون لجزائري، الذي نص في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري وتقابلها المادة 458 مكرر02 التي تقر بأنه في غياب تعيين المحكم من قبل أحد الأطراف أو في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يقوم بـ:

- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة الذي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم اذا كان التحكيم يجري في الجزائر.
- رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر.
- إذا وضع المشرع الجزائري ضمان لحماية اتفاق التحكيم من تهرب أحد الأطراف من التزاماته بإسناد النزاع لهيئة التحكيم المحددة في اتفاق التحكيم.

وبهذا وضع المشرع الجزائري حلولا للأشكال الذي من شأنه أن يثور بسبب امتناع أحد الأطراف من تعيين المحكم، وهذا لحسن سير التحكيم وإعطاء فعالية أكثر لاتفاق التحكيم.[49]

الفرع 3 : اختصاص المحكمة التحكيمية بالفصل في النزاعات.

إن الأثر الإيجابي الثاني لاتفاق التحكيم هو منح الاختصاص للمحاكم التحكيمية لحل النزاعات التي عينها اتفاق التحكيم، كما أن العلاقة الموجودة بين الأطراف والمحكمين بدون شك هي مصدر حقوق والتزامات هاذين الطرفين باتفاق متميز، والناتجة عن قبول المحكمين اتفاق التحكيم هو أساس اختصاص المحكمين.

أولا: مجال اختصاص المحكمة التحكيمية:

[49] بكرلي نور الدين، مرجع سابق، ص 330.

يعتبر الاتفاق المبرم بين أطراف العقد على اختيار التحكيم كوسيلة للفصل في النزاعات الناشئة بينهم هو الأساس الذي يستمد المحكم أو المحكمون سلطة الفصل في النزاعات المتفق على إحالتها للتحكيم. يخضع اتفاق التحكيم شأنه شأن أي عقد لمبدأ نسبية الآثار المترتبة على العقد من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع فكما لا يمكن للعقد أن يلزم غير أطرافه، فإن اتفاق التحكيم أيضا لا يمكن الاحتجاج به على من لم يكن طرفا فيه ولا يمكن للغير أن يتمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه وهو يمكن أن يطلق عليه مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأطراف.[50]

ثانيا: اختصاص المحكمة التحكيمية بالفصل في اختصاصها

تعترف معظم القوانين المقارنة ومنها القوانين العربية بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه عندما تكون مسألة اختصاصه محل نزاع أو قبل الفصل في النزاع، سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه، أو تجاوز المسألة محل النزاع لمجال اتفاق التحكيم سواء المجال الشخصي أو المجال الموضوعي، كما أن القوانين الداخلية لم تمنح المحكم سلطة الفصل في اختصاصه بصفة نهائية، بل منحته إياها بصفة مؤقتة، حيث يخضع الحكم الذي يتخذه المحكم في مسألة اختصاصه للرقابة القضائية اللاحقة وذلك من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم أو أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم. ومن آثار مبدأ اختصاص الاختصاص أن أي نزاع يخص موضوع وجود وصحة اتفاق التحكيم لا يمنع المحاكم التحكيمية من متابعة مهمتها للفصل في مسألة اختصاصها وفي حالة تأكيد اختصاصها تستمر الفصل في الموضوع، دون انتظار دعوى إلغاء محتملة أمام القاضي العادي، الذي تنحصر مهمته في مراقبة هذا الاختصاص في حالة نزاع يخص تنفيذ وإلغاء الحكم التحكيمي [51].

[50] نفس المرجع، ص 331.

[51] حفيظة حداد، مرجع سابق، ص134.

خلاصة الفصل:

يتضح لنا من خلال ما سبق ذكره وبوضوح كامل ان مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي. اصبح مبدأ مستقرا وثابتا في مجال التحكيم التجاري الدولي، ونشير الى ان بطلان العقد الاصلي وبطلان الشرط يمكن أن يكونا معا في حالة انعدام اهلية احد الطرفين المتعاقدين.

إن الفعالية المرجوة من اتفاق التحكيم ، ليست نقل النزاعات المطروحة من يد القضاء العادي و عرضها على التحكيم بصفة دائمة ، حتى و إن اتفق الأطراف على اللجوء إليه وإنما الغرض الأساسي هو تحقيق العدالة بصورة سريعة و بطريقة مواكبة لمقتضيات التجارة الدولية

.أدى التوجه الجديد في مجال التحكيم التجاري الدولي إلى حد الاستقلال القانوني، وهذا التطور قد شمل أيضا سلطات هيئة التحكيم، من خلال تبني معظم التشريعات الحديثة ومن بينهم المشرع الجزائري لمبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، الذي قرر إعطاء هيئة التحكيم سلطة.

الفصل الثاني

الأثر السلبي لشرط التحكيم التجاري

تمهيد

إن للتحكيم التجاري مزايا عديدة أبرزها في مجال المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار لان التحكيم التجاري يعطي للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق ،كما يعتبر من أهم الضمانات لاستقطاب الاستثمار الأجنبي إن انتشار التحكيم أدى الى عقد الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية بشأنه ، هذا ما أكسبه استقلالية تدريجيا كنظام دعمته معظم الأنظمة القانونية .[1]

إلا أن ذلك لا ينف وجود به إشكالات وعدة صعاب فرغم تعاظم شأن التحكيم الدولي إلا أن له سلبيات أبرزها إلحاق الضرر بسيادة الدول النامية وخاصة من الناحية الاقتصادية ففي هذا الفصل سنتناول إشكالات التحكيم التجاري وفقا لمبحثين الأول سنتطرق الى اثر التحكيم المرتبط بعقود الدولة المضيفة للاستثمار وذلك من خلال مطلبين الأثر السلبي لشرط التحكيم على سيادة الدولة وسلب اختصاصها والمطلب الثاني لدور التحكيم التجاري في التأثير على حماية المجال البيئي كما سنتناول في المبحث الثاني معوقات وإشكالات شرط التحكيم بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار والمتمثلة في فرض المستثمر لشروطه لوجود أغلب مراكز التحكيم في دولة الطرف الأجنبي وهذا ما يخدم مصالحه لننهي بحثنا ببطلان وانقضاء شرط التحكيم التجاري .

1 – د/ مظفر ناصر حسين – **القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية** – مرجع سابق

المبحث الأول : أثر شرط التحكيم المرتبط بعقود الدولة المضيفة للاستثمار

للتحكيم دور مهم في التطور الاقتصادي للدولة وذلك بتشجيع الاستثمار ومحاولة مواكبة التطورات الحاصلة في المجال التجاري ،إلا أن ذلك لا يستثني من وجود أضرار على الدولة المضيفة له فلجوء هذه الأخيرة الى التحكيم يحد من سيادتها كما يسلب لها الاختصاص القضائي بالإضافة الى انتقاص دورها في حماية البيئة جراء تقيدها بشرط التحكيم[1] .

المطلب الأول :الأثر السلبي لشرط التحكيم على سيادة الدولة

يظهر الأثر السلبي لشرط التحكيم عند لجوء الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة عند النزاع الى التحكيم مع الطرف الأجنبي الذي يتعارض مع سلطة الدولة وسيادتها بالإضافة الى سلب الاختصاص القضائي للدولة وسنتناول ذلك كالأتي :

الفرع الأول : تعارض شرط التحكيم مع سيادة الدولة

إن السيادة هي سلطة عليا مطلقة تتمتع بها الدولة وهي سيادة وطنية تتمثل في السلطة التشريعية على إقليمها البري والبحري والجوي وخارجية تتمثل في عدم خضوعها لأي دولة أجنبية ، من هذا المنطلق يرى بعض الفقهاء بان لجوء الدولة الى فض المنازعات عن طريق التحكيم مع الطرف الأجنبي هو مساس بسيادة الدولة فقد اعتمد أنصار هذا الاتجاه على جملة من المعطيات تتلخص في النقاط التالية :

- أن لأي دولة دستور خاص بها يشتمل على جميع السلطات التي تم استثناؤها والتي يتم التصرف وفقها وبما فيها السلطة القضائية .
- يرى كذلك أنصار هذا الاتجاه الى أن أحكام التحكيم وخاصة تجاه دول العالم الثالث لا تتسم بالموضوعية والحيادية حيث تتجسد في الواقع الكثير من المنازعات التي لجأت فيها الدولة الى التحكيم قد تعرضت للظلم

[1] - همام فتوح – **بحث قانوني حول اثر اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي في عقود الدولة** –قسم القانون –كلية الحقوق –حلب 2018 متوفر على http://www.droitetentreprise.com

- كما أن لجوء الدولة للتحكيم وتساويها مع الطرف الأجنبي الخاص يعد مساسا بسيادتها [1]

- أما فيما يخص الثروات الطبيعية فان الدولة لها سيادتها الكاملة عليها إلا أن الطرف الأجنبي وفي هذا المجال دائما ما يصر على شرط التحكيم في المعاملات المتعلقة بدول العالم الثالث خاصة .

- كما قد يمس التحكيم ببعض الاعتبارات السيادية كاتخاذ إجراءات تحت تأثير الضغوطات السياسية ومثال ذلك النزاع الذي نشا بين شركة نيترشال ودولة قطر في مسالة التنقيب عن البترول في منطقة متنازع حولها مع دولة البحرين ، حيث قامت دولة قطر بإيقاف التنقيب إلا أن التحكيم أفضى باستئنافه لذات الشركة . [2]

- كما انه يمكن لشرط التحكيم أن يمس بسيادة الدولة بالوصول الى مستندات سرية إزاء النزاع الحاصل مع الطرف الأجنبي حيث يمكن لهذا الأخير الوصول الى المستندات لدعم حججه في النزاع القائم .

أمثلة :

- قضية الأهرام المصرية عند ما لم تستجب هيئة التحكيم لدفوع الحكومة المصرية وصدر الحكم بإدانة الحكومة المصرية سنة 1984

- شركة ليماكو ضد الحكومة الليبية 1977/04/12 عندما رفضت السلطات الليبية إجراءات التحكيم معتبرة أنها تتعارض مع سيادة الدولة وتمسكت بحصانتها إلا انه تم رفض دفع السلطات الليبية تمسكها بالحصانة [3]

الفرع الثاني : سلب الاختصاص القضائي للدولة

---

[1] – د/ مراد محمود المواجدة – **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي –دراسة مقارنة** – دار الثقافة ط 1 الأردن 2010

2 – د/مراد محمود المواجدة – المرجع السابق ص 65

3 –د/ غسان على – عواطف صبح – **اثر شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة** مجلة جامعة تشرين للعلوم القانونية والاقتصادية المجلد43 العدد3 2021 متوفر على http://www. journal tishrineen.edu.sy

إن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم هو منع محاكم الدولة من النظر في النزاع محل التحكيم فإن الوسيلة الفنية التي منحها المشرع لصاحب المصلحة في إعمال هذا الأثر هي الدفع بالتحكيم والدفع بالتحكيم يقتضي أن يكون هنا اتفاق تحكيم موجود بالفعل و قائم وصحيح [1]

فعند انعقاد اتفاق التحكيم وفقا لإجراءاته الصحيحة يترتب عليه أثار قانونية تتمثل في إقصاء الدولة من النظر في النزاع وبذلك سلب الاختصاص من القضاء الوطني بالفصل في هذه المنازعة محل التحكيم [2]

يعد مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم سواء شرطا أو مشارطه مبدأ كرسته المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم وكذا التشريعات الوطنية وقد ذهب الاتجاه الراجح في الفقه كذلك بأنه لا يمكن للدولة الدفع بحصانتها القضائية بعد قبولها لاتفاق التحكيم مع الطرف الأجنبي الخاص .

الأساس القانوني لمبدأ عدم ولاية القاضي :

لقد استمد هذا المبدأ أساسه من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والتشريعات والقوانين الوطنية ,فمن بين الاتفاقيات الدولية نجد:

_اتفاقية جنيف 1923 هي أول من أقرت مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني ومنعه من النظر في المنازعة التي تم الاتفاق بشأنها على التحكيم وقد ألزمت الدول المنظمة لها بأن تحيل الاطراف المتنازعة الى التحكيم

1 –د/ الانصاري حسن النيداني – **الاثر النسبي لاتفاق التحكيم** –دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2011 ص 65

2 –الاستاذ على طويل –**اثار اتفاق التحكيم** –بحث ودراسة متميزة –رام الله –فلسطين 2016 متوفر على http://www.justice academy.com

_ اتفاقية نيويورك 1958 والتي نصت على إحالة الخصوم بناءا على طلب أحدهم التحكيم ما لم يتبين أنه باطل .[1]

_ الاتفاقيات الأوروبية والتي قضت بأنه في حالة عدم الالتجاء السابق للقضاء الوطني والشروع في اجراءات فعلى المحاكم التوقف عن الفصل في النزاع ومن بينها الاتفاقية الأوروبية لحصانة الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية القانون الانجليزي (حصانة الدول الأجنبية 1978) فنجد الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحصانة الدول الأجنبية 1972 نصت في المادة 1/12 على انه : "إذا وافقت دولة متعاقدة كتابة على إخضاع منازعة ما نشأت أو يمكن أن تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم فان هذه الدولة لا يمكنها أن تتمسك بالحصانة القضائية أمام قضاء دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها الوطني ".[2]

الاتجاه الأول : فقبول الدولة اللجوء الى التحكيم بالضرورة يقيد تنازلها عن الدفع بالحصانة ليس فقط في مواجهة قضاء التحكيم إنما يتعداه ليشمل القضاء الوطني عند تصديه لمسألة متعلقة بالتحكيم وذلك استنادا الى مبدأ حسن النية .

الاتجاه الثاني : يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الدولة عندما تخضع الى إجراءات التحكيم فإن ذلك لا يعني تنازلها عن حقها بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطني ،لأنه الأصل وقبول اللجوء الى التحكيم هو الاستثناء.[3]

1 _ أ. محمد قبايلي **الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري**. مجلة الحقوق والعلوم السياسية العدد8 المسيلة 2017 ص 920 متوفر على http://www.asjp.cerist.dz

2 – همام فتوح – مرجع سابق

3 – د/ غسان علي – عواطف صبح – **أثر شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة** . مرجع سابق

كما أن المشرع الجزائري قد نص على هذا المبدأ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1045 حيث نصت على : " إذا كانت الخصومة التحكمية قائمة يكون القاضي غير مختص أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من احد الأطراف "[1]

وسنحاول أن نعرج على بعض الآراء الفقهية بخصوص سلب الاختصاص القضائي

طبيعة الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم

يرى بعض الفقهاء الاعتداد بشرط التحكيم بأنه دفع بعدم الاختصاص ويرى جانب آخر بأنه دفع بعد القبول ، وإذا كانت للدفوع قواعد عامة تنطبق على الدفع أيا كانت طبيعته أي سواء كان دفعا بعدم القبول أو دفعا إجرائيا أو دفعا موضوعيا إلا أن لكل نوع من هذه الأنواع قواعد خاصة به تنطبق عليه ولذلك فان تحديد طبيعة الدفع هي مسألة في غاية الأهمية وذلك لتحديد أي من القواعد الخاصة التي ستطبق على هذا الدفع وسنتناول هذا بالتفصيل .[2]

1- **الدفع بعدم الاختصاص** :يرى معظم الفقهاء بأنه عند وجود اتفاق التحكيم وكان قد سار وفق لإجراءاته الصحيحة فعند ذلك يعتد بقضاء التحكيم , فنجد من بين التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ المشرع الفرنسي حيث نص في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه :" إذا رفع أمام المحكمة القضائية نزاعا موضوعا أمام محكمة تحكمية بموجب اتفاقية تحكمية فعليها إعلان عدم الاختصاص ..."

فقد ساير القضاء الجزائري هذا الرأي في العديد من القرارات نذكر منها قرار محكمة استئناف الجزائر رقم 119 بتاريخ 1973/07/04 عندما عرض عليها خلاف بين شركة جزائرية وشركة يوغسلافية بينهما عقد تحكيمي دولي ، فأصدرت المحكمة حكما بعد اختصاصها وفقا لوجود الشرط ألتحكمي.[3]

1 –عبد الله مسعودي – **الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ط2 دار هومه الجزائر 2010

2 – د/ الأنصاري حسن النيداني – **الأثر النسبي لاتفاق التحكيم**– مرجع سابق–66

3 – أ– محمد قبايلي – **الاثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري** – جامعة المسيلة

فالنزاع يصبح خارجا عن اختصاص القضاء لإقرار المشرع باتفاق التحكيم وذلك وفقا لمبدأ سلطان الإرادة

وقد وجه لهذا الاتجاه نقد حيث اعتبر انه إذا تم البت في القضايا من قبل المحكمة يكون وفقا للقوانين بالإضافة الى الطرف الذي قدم الدفع بعدم الاختصاص يجب أن يبين في دفعه المحكمة المختصة تحت طائلة عدم قبول الطلب .

2- **الدفع بعدم القبول** : الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو دفع بعد القبول وهذا الرأي أخذ به بعض الفقهاء كالقضاء المصري حيث يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن الالتجاء الى القضاء ومتى التجأ الطرفان الى القضاء بإرادتهم تكون الدعوى قد فقدت شرط من شرط قبولها[1] ويرى الفقه بناءا على ذلك أنه عدم القبول هنا لا يتعلق بالنظام العام بالنظر الى الأساس العقدي فهو دفع ناشئ من جراء الاتفاق على التحكيم .

قد وجهت لأصحاب هذا الرأي انتقادات ومنها صعوبة التمييز بين مختلف الدفوع بعدم القبول بالإضافة الى أن الاتفاق على التحكيم لا يمس الحق في الدعوى فهذا الأخير معترف به قانونا لأصحاب الحق الموضوعي والذي يبقى قائما بالرغم من اتفاق الأطراف على التحكيم .

3- دفع ببطلان المطالبة القضائية : ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الدفع بالتحكيم هو دفع إجرائي يتعلق ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي وان لا صلة له بموضوع الدعوى فهو دفع موجه الى إجراءات الخصومة إذن تكون باطلة المطالبة القضائية التي تقدم بعد اتفاق التحكيم لتخلف عنصر موضوعي وهو المحل [2].

انتقد كذلك هذا الاتجاه لان الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يتعين أن يكون له سبب راجع للصحيفة ذاتها بياناتها وعناصرها .

المطلب الثاني : شرط التحكيم كقيد يحد من دور الدولة بالحماية اللازمة للبيئة

1 – الأستاذ على طويل –مرجع سابق –بتصرف

2 – أ– علي طويل – مرجع سابق

إن من بين أهم الآثار السلبية كذلك لشرط التحكيم الدولي المنعقد بين الدولة والطرف الأجنبي هي بعض التنازلات للدولة بواسطة شرط التحكيم في النزاع القائم بينهما والمتمثل في القيد من دور الحماية وفقدان الرقابة على الأنشطة البيئية داخل إقليمها.وقبل أن نتطرق الى اثر شرط التحكيم على تقييد الدولة من الدور الرقابي والحماية للبيئة ارتأينا أن نعرج أولا على مفهوم المنازعة الدولية للبيئة وخصائصها .

الفرع الأول : المنازعة البيئية وخصائصها : إن المنازعة البيئية الدولية يصعب تحديد مفهوم دقيق وشامل لها وذلك نظرا لحداثة هذا النوع من النزاعات لذلك سنتطرق الى أراء بعض الفقهاء في هذا المجال

أولا : مفهوم المنازعة البيئية الدولية وخصائصها

من بين الفقهاء الذين قاموا بتعريف لهذا النزاع نجد الأستاذ ريتشارد بيلدر 1975 :" هو أي خلاف أو تضارب في وجهات النظر أو المصالح بين الدول المتعلقة بالتغيير الذي يكون من خلال التدخل الإنساني في نظم البيئة الطبيعية." [1]

تعرض هذا التعريف الى النقد كونه تعريف عام لا يشتمل على مفهوم النظام البيئي الحديث الذي تدور حوله معظم المشاكل.

كما عرفها الأستاذ سعيد سالم جويلي بأن المنازعة البيئية الدولية هي :" التنازع في المصالح أو الحقوق بين الدول والجماعة الدولية أو بين الأشخاص والدول وذلك فيما يتعلق بالإضرار الناجمة عن المساس بالبيئة الإنسانية سواء في السلم أو الحرب أو النزاعات المسلحة .[2]

1 –أ– رابحي قويدر – **المنازعات الدولية البيئية – المفهوم والتسوية** – مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية العدد 24 المجلد 2 غرداية ص 259 م ع م على http://search.emarefa.net

2 –حسين حياة – لغش سليمة –**دور التحكيم الدولي في حماية البيئة** – المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ص 417 2021 متوفر على http://www.asjp.cerist.dz

لقد جاء هذا التعريف أكثر شمولية لأنه اشتمل على حالتي الحرب والسلم بالإضافة الى الإشارة الى النزاع المسلح وما يتبعه من أضرار على البيئة

ما عرفها العالم كوبر cooper بأنه :"توجد المنازعة الدولية البيئية الدولية كلما كان هناك تضارب في المصالح بين دولتين أو أكثر أو الأشخاص داخل تلك الدول."[1]

ثانيا : خصائص المنازعة البيئية الدولية

أن المنازعات البيئية الدولية تتميز بعدة خصائص تميزها عن غيرها من المنازعات ,وسنذكر أهم هذه الخصائص في نقاط سنذكرها كالتالي :

1- طابع اللاحدودية لموضوع المنازعة الدولية البيئية :

إن المنازعة الدولية للبيئة توجد بها عدة أخطار تتعدى الحدود الجغرافية للدول والتي يسعى أشخاص المجتمع الدولي الى احترامها ، وخاصة الموارد الطبيعية باعتبارها وحدة تكوينية غير قابلة للتقسيم كالحدود الجغرافية فتضع الأشخاص القانون الدولي في مواجهة بعضهم أو اتفاقهم على استغلال هذا المشترك وحسن تنظيمه.[2]

2- شمولية المنازعة البيئية الدولية :

أن المنازعة في المجال البيئي قضية تمس المجتمع الدولي لان المسألة البيئية تتعدى المستوى الوطني الى الإقليمي ثم العالمي وذلك لان الأضرار البيئية تؤثر على الطبيعة الإنسانية جمعاء.3

3- دور عامل الزمن في تأزم المنازعة البيئية :

أن المنازعة البيئية على خلاف غيرها من المنازعات لان تفاقم المشاكل البيئية يكون بتماطل الدول الصناعية في تطويق المشكل من الأول ، فتعارض الجانب البيئي مع الجانب التنموي

---

1 – نفس المرجع السابق

2 – الأستاذ رابحي قويدر – مرجع سابق –ص262

3 –بن قطاط خديجة –طالبة دكتوراه – **تسوية المنازعات الدولية للبيئة –دراسة تطبيقية لدور المحكمة العدل الدولية** – مجلة القانون –غليزان المجلد 7 العدد2– 2019 م ع م http://www.scholar.google.fr

يؤدي بالدول الصناعية الى غض الطرف عن المشاكل البيئية التي يخلقها التسارع نحو التطور الصناعي ، فنتائج التلوث تظهر تدريجيا فلذلك وجب معالجتها عند اكتشافها سريعا كي لا تتفاقم الأوضاع البيئية .

4- تعارض الجانب التنموي مع الجانب البيئي في المنازعة البيئية الدولية :

أصبح التقدم في أشكال التنمية وخاصة استخدام مصادر الطاقة في مجال الصناعة وسائل النقل وحتى التسابق نحو التسلح يؤدي الى انتهاكات خطيرة للجانب البيئي ، فالتقدم أصبح مرهونا بمدى ما نستنزف من البيئة فأصبحت الدول تتسارع الى التنمية على حساب كل ما هو بيئي الذي أصبح شأنا عالميا كل هذا أدى الى نشوب النزاعات في المجال البيئي والصعوبة القانونية والقضائية في محاولة احتواء المشاكل البيئية .

5- طبيعة الضرر في المنازعة البيئية الدولية :

المسعى الذي يصبو إليه صاحب الضرر في أي منازعة هو التعويض المادي ويكتفي به كحل للمنازعة أما الضرر البيئي فهو ضرر غير قابل للجبر إلا بإعادة الوضع لما كان عليه وهو الأمر المستحيل .[1]

الفرع الثاني : شرط التحكيم كأثر سلبي على حماية البيئة

إن التحولات الاقتصادية العالمية الجدية قائمة على استنزاف الثروات وقرصنة الطبيعة وخاصة للدول النامية أو السائرة في طريق النمو ، ففي هذا السياق أصدرت المنظمة العالمية للتجارة تقرير قبل مؤتمر سياتل عن العلاقة بين التجارة والبيئة وان جذور الأزمة البيئية تكمن في تخلي أصحاب الإنتاج عن دفع القيمة اللازمة لحماية البيئة ، فالمشاكل البيئية ناجمة عن وسائل الإنتاج الملوثة والتخلص من الفضلات وبعض الأنماط للاستهلاك غير البيئي ، فأهم النقاط السلبية على البيئة سيادة قوانين منظمة التجارة العالمية على الأنظمة الوطنية التي تحمي البيئة [2]

1 – حسين حياة –لدغش سليمة – مرجع سابق –ص 418 الى 420

2 –د/ عبد الرزاق مقري –**مشكلات التنمية والبيئة والعلاقات الدولية – دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الدولي –**دار الخلدونية ط1 2008 ص 287

متمثلة في بعض التنازلات بواسطة شرط التحكيم في المنازعات بين الدولة والطرف الأجنبي تتمثل في فقدان الدولة الرقابة على النشاط البيئي وبذلك تتولى هيئة التحكيم الفصل في النزاع فالدولة هنا مخيرة بين أمرين وهما :

الأمر الأول: إما الحفاظ على البيئة فتتخلى الدولة عن العقود التي أبرمتها مع المستثمرين الأجانب من اجل المحافظة على البيئة مقابل دفع تعويض لهم ومثال ما قامت به الحكومة الكندية من منع استخدام الجازولين السام من قبل احد الشركات الأمريكية مقابل دفع تعويض للشركة .

الأمر الثاني: تلوث البيئة وانتشار الأمراض تلتزم الدولة بتعهداتها المترتبة عليها مع المستثمر الأجنبي فلا تستطيع التدخل لحماية البيئة من خلال تشريعاتها الوطنية المتعلقة بالبيئة لذلك اختارت التحكيم أمام هيئات التحكيم الدولية كوسيلة لحسم النزاع مع المستثمرين.[1]

***أمثلة عملية على النزاعات التي تتعلق بحماية البيئة:**

1- قضية الحكومة التركية ونزاعها مع شركة Euroglod هذه الأخيرة التي خلفت آثار خطيرة على البيئة في تركيا مما استدعى بالحكومة التركية الى نقض العقد مع هذه الشركة والالتجاء الى التحكيم إلا أن التحكيم ألزم الحكومة التركية بمبلغ 300 مليون دولار في حالة نقضها للعقد المبرم بينها وفي الوقت نفسه لا تستطيع الحكومة التركية أن تطبق قوانينها الوطنية الخاصة بالبيئة لأنها اختارت التحكيم لذلك استمرت ذات الشركة في انتاج الذهب والفضة باستخدام مادة السيانيد السامة مولدة بذلك بيئة مدمرة لحياة الانسان والحيوان ومخلفة أمراض قاتلة ووفيات كثيرة مكان الاستثمار[2]

2- قضية شركة Occidental مع الحكومة الإكوادورية والتي مفادها إغلاق موقع لإنتاج النفط في الأمازون من طرف الحكومة الإكوادورية ضد هذه الشركة بسبب تلوث البيئة ,فانتهت

---

1 – م.د أمير حسن جاسم –أ.م.د ذنون يونس – **انعكاسات اللجوء الى التحكيم التجاري في منازعات العقود الاستثمارية بين الشركات الأجنبية والدولة المضيفة للاستثمار**– مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية المجلد2 العدد19 ص 70 م ع م .http://www.italaw.com/cases/257

2 – أمير حسن جاسم – نفس المرجع ص 70

القضية بإصدار قرار التحكيم يقضي بدفع مبلغ 1.76 بليون دولار ليصبح المبلغ مع لإضافة الفوائد 2.4 بليون دولار مع العلم بان القانون الإكوادوري له الحق وفقا لقانونه بإلغاء هذه الرخصة .[1]

3- القضية بين ألمانيا و Vattenfall ادعى فاتينفل بموجب معاهدة ميثاق الطاقة مطالبا بتعويض قدره 14 بليون يورو وذلك بسبب اتخاذ ألمانيا لتدابير بيئية تقيد من استخدام ماء التبريد في نهر ألبا ولم يتوصل الى تسوية النزاع إلا بخفض ألمانيا لمعاييرها البيئية وهذا الذي يعود سلبا على النهر والحياة البرية به

4- قضية Metalclad ضد دولة المكسيك حيث هذه الشركة على المكسيك لرفضها السماح بإنشاء مكب للنفايات والذي من شأنه أن يؤدي الى تلوث المياه المكسيكية ,إلا أن هيئة التحكيم حكمت بالتعويض للشركة Metalclad على الخسائر التي لحقتها جراء هذا الحظر .[2]

فلكثرة القضايا في هذا المجال وتعددها وانعكاساتها على المجتمع الدولي ككل فقد أصبح هناك اهتمام بهذه المخاطر البيئية واعتبارها جزءا من المنازعات التي تنشأ من عقد الاستثمار وان على هيئات التحكيم أن تأخذها بعين الاعتبار عند تسوية المنازعات الناشئة من عقود الاستثمار.

المبحث الثاني :معوقات شرط التحكيم التجاري الدولي

1 – همام فتوح – المرجع السابق

2 – همام فتوح – نفس المرجع –

إن من بين المشاكل التي تعتري شرط التحكيم هو الأثر السلبي والمتمثل في بطلانه وذلك لانتفاء الشروط الواجبة لصحته بالإضافة الى بعض المشاكل المتعلقة بالدولة المضيفة للاستثمار والمتمثلة في فرض المستثمر الأجنبي لشروطه وذلك راجع لان اغلب مراكز التحكيم متواجدة بدولة المستثمر الأجنبي وهذا ما سنتناوله من خلال المطلبين التاليين

المطلب الأول : عجز الدولة المضيفة للاستثمار عن التأثير في التحكيم

يرى جانب من الفقهاء بأن التحكيم يعد وجه مغاير للاستعمار القديم يعطي الأفضلية والتحكم في زمام الأمور الى الدول المتقدمة عكس الدول النامية التي تعتبر الحلقة الأضعف لأنها دائما في حالة تبعية ,بالإضافة الى انه كل الاتفاقيات وهيئات التحكيم وما تتضمنه من أحكام وقواعد ما هي إلا صنع الدول المتقدمة ويتجسد ذلك من خلال دور الشركات المتعددة الجنسيات وهيمنتها على التجارة الدولية , وهذا ما سنتناوله بالتفصيل فسنتطرق في الفرع الأول الى فرض المستثمر الأجنبي لشروطه كما انه جل مراكز التحكيم في الدول المتقدمة وهذا ما نعرج عليه في الفرع الثاني .

الفرع الأول : فرض المستثمر الأجنبي لشروطه

إن الدولة النامية تسعى الى جذب الاستثمارات الأجنبية وذلك للنهوض باقتصادها ومواكبة عجلة التنمية , وعلى النقيض من ذلك فالدول المتقدمة دائما ما تعمل على حماية مصالحها بكل الوسائل ومحاولة لفرض شروطها على الدول المضيفة للاستثمار لان هذه الأخيرة ليس لها خيار أخر إلا الموافقة على هذه الشروط حتى لو كانت مجحفة أو تعسفية.

فقد ذهب جانب من الفقه الى القول بان نظام تسوية المنازعات في التجارة الدولية يفتقد الى التوازن باعتباره يخدم مصالح الدول المتقدمة أكثر من مراعاته لمصالح الدول النامية [1]

فتعد الدول النامية هي الطرف الأضعف في التحكيم ,فخسارتها في التحكيم تؤدي الى إنهاك اقتصادها , فالقضايا التي تحال على التحكيم الدولي فكل نزاع له خصوصيته مما يستلزم تدخل الخبراء في مجال القانون والاقتصاد . كما أن اللجوء الى جهاز تسوية المنازعات التابع لمنظمة التجارة العالمية يتطلب موارد مالية كبيرة لتغطية مصاريف التقاضي وهو مالا يتوافق مع ميزانية هذه الدول .

فمن بين الدول المتضررة من التحكيم التجاري فنجد أن مصر هي الدولة العربية الأكثر تضررا بحيث تأتي في المرتبة الثالثة من بين الدول الأكثر خسارة لقضايا التحكيم وفقا لتقرير الاستثمار الدولي لمنظمة " الاونكتاد" بنسبة 60% من القضايا يحكم بها لصالح المستثمر الأجنبي.[2]

ومن بين أهم الأسباب ضخامة التعويضات والجزاءات مما يستدعي وجوب وجود كوادر مؤهلة ودراسة دقيقة وشاملة لعقود الاستثمار.

مثال ذلك عقد مبرم بين وزارة الطيران المدني المصري وبين هيئة بريطانية لبناء مطار في مدينة "رأس سدر" ولمخالفة الجانب المصري للعقد تم اللجوء الى التحكيم الدولي ثم بموجب ذلك حجز 530 مليون دولار من أموال وزارة الطيران بالبنوك الخارجية لفائدة الهيئة البريطانية

---

1 – عدلي محمد عبد الكريم .**خصوصية التحكيم التجاري الدولي في إطار منظمة التجارة العالمية ومدى استفادة الدول النامية منه** – دراسة في أحكام مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات م ع م على Article/ //www.asjp.cerist.dz https :

2 –د/ محمد حسن حمو ومم رحان – عبد الله محمد – **التحكيم التجاري وأثره على اقتصاديات الدول النامية كأداة لجذب عقود الاستثمار الدولية –** جامعة نوروز– إقليم كردستان العراق متوفر على http://www italaw .com

[1] كما نجد كذلك شروط الاحتكار فحرص الدول المستثمرة على رؤوس الأموال بواسطة الاتفاقيات الدولية والتي تكون كغطاء قانوني لحماية مصالح رعاياها.

كذلك بالنسبة للاستثمارات في الدول النامية فغالبا ما تكون وفق للفترة الاستعمارية وبالتالي فالمزايا المتمثلة في الإعفاءات الضريبية والامتيازات الأخرى تنعكس بالضرورة على اقتصاديات الدول النامية .

مثال ففي الجزائر بالنسبة للاستثمار في قطاع المحروقات استفادت الشركات الأجنبية من مزايا تفضيلية وأعباء ضريبية منخفضة فعند بوادر منح الاستقلال للجزائر أقيمت عدة إجراءات احتياطية ضمنتها بنود اتفاقية " ايفيان" فبند خاص بالتعاون الاقتصادي والمالي بين الجزائر وفرنسا وتضمن مبدأين أهمهما مبدأ المشاركة الفرنسية في تنمية الجزائر , وهذا الشرط يضمن للشركات الفرنسية التمتع بالحرية [2]

الفرع الثاني : وجود أغلب مراكز التحكيم في دولة المستثمر الأجنبي

إن لجنة الاونسترال أعدت وأقرت وثيقتين أولها القواعد المتمثلة في قواعد التحكيم التجاري الدولي , والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي , فكلاهما عالجت وسيلة التحكيم لحل النزاعات التجارية وأرست فيهما مبادئ أساسية في مجال التحكيم[3] , إلا أن وجود أغلب مراكز التحكيم الدولية في الدول المتقدمة ,هذا ما يؤدي الى انحيازها خاصة إذا تعلق الأمر بالنزاع بين الطرف الأجنبي والدول النامية .

فبوجود معظم مراكز التحكيم في الدول المتقدمة يخدم مصالح الطرف الأجنبي ولذلك يتحفظ هذا الأخير تجاه الالتجاء الى المحاكم والأجهزة القضائية في الدول المضيفة للاستثمار.

---

1 – نفس المرجع

2 – أ– عجه الجيلالي – **الكامل في القانون الجزائري للاستثمار – الانشطة العادية وقطاع المحروقات**– دار الخلدونية القبة – الجزائر –2006– ص 165

3 –د/ عمر سعد الله – **قانون التجارة الدولية – النظرية المعاصرة**– ط1 دار هومه الجزائر 2007 ص 297

فانحياز مراكز التحكيم للطرف الاجنبي وذلك لان هذا الاخير يخدم مصالحه أفضل من القضاء الوطني ,فوجود أغلب مراكز يؤدي الى زيادة المصاريف من تنقلات تكاليف , اجراءات معقدة بالنسبة للدولة المضيفة .

إن السياسة الدولية الفاعلة والمؤثرة في على واقع التنمية على الساحة العالمية , هي سياسة الدول القوية من خلال تدخلاتها المباشرة أو من خلال امتلاءاتها على المنظمات الدولية أو تأثيرها بواسطة مجموعات الضغط الكبرى التي تمثلها الشركات العابرة للقارات[1] .

فنجد أن بعض المنظمات غير الحكومية ومنها منظمة " اوكسفام " Oxfam بأن مصالح الدول المتقدمة هي دائما التي تؤخذ بعين الاعتبار في مفاوضات منظمة التجارة العالمية فهي أداة أساسية لتكريس الفروق وعرقلة إعمال الحق في التنمية.[2]

المطلب الثاني : بطلان وانقضاء شرط التحكيم

يعتبر الاتفاق على التحكيم عقد من العقود الرضائية ولصحته وجب توفر مجموعة من الشروط وإلا عد باطلا فمنها ما هو متعلق بطبيعة الدفع ببطلانه ومنها ما يمس النظام العام وسنتناول ذلك من خلال فرعين الأول طبيعة الدفع ببطلان التحكيم وتعلق الدفع بالبطلان بالنظام العام .

الفرع الأول: طبيعة الدفع ببطلان شرط التحكيم

إذا أثير نزاع حول اتفاق التحكيم وجب حسمه من قبل الفصل في الدفع بالتحكيم ,لان النزاع حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم يعتبر مسألة أولية [3]

1 – د/ مقري – **مشكلات التنمية والبيئة** – مرجع سابق ص 156

3 – د/ الانصاري حسن النيداني – مرجع سابق ص 73

فلصحة اتفاق التحكيم يجب توفر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية فإذا انتفت بطل اتفاق التحكيم فسنتناول هذه الشروط كالآتي :

أولا: التحقق من الشروط الموضوعية و الشكلية

1- التحقق من الشروط الموضوعية

1_ 1 الشروط الموضوعية العامة : بما أن اتفاق التحكيم من العقود الرضائية فلنفاذه وجب توفر الرضا، الأهلية اللازمة ، محل ، سبب مشروع

أ_التحقق من رضا الأطراف : إن الرضا يعتبر جوهر العقد فهو اتفاق الأطراف أو تلاقي الإرادتين عن طريق الايجاب والقبول فالإيجاب هو التعبير البات عن ارادة شخص في التعاقد مع شخص آخر ويجب ان يكون نهائيا وباتا وجازما ويدل على اتجاه ارادة المتعاقدين الى تنحية القضاء بالفصل في النزاع ليحل محله التحكيم والقبول هو التعبير البات عن ارادة الطرف الذي وجه اليه الايجاب ويجب ان يكون مطابقا للإيجاب وان يرد قبل سقوط الايجاب خاصة اذا كان محدد المدة، فباقتران الايجاب والقبول يحدث اثر [1]قانوني عن طريق هيئة التحكيم فإذا انتفت هذه الارادة كان العقد باطلا اما اذا كانت معيبة بعيب من عيوب الرضا كالغلط والتدليس أو الاكراه فالعقد يكون قابلا للإبطال.[2] فالإرادة في اتفاق التحكيم توجد اذا اتجهت بشكل واضح وصريح الى فكرة التحكيم واختياره كنظام لحل المنازعات فيجب ات تكون جدية وحقيقية غير صورية ومن شخص يملك الارادة لا فاقدا لها .

ب_ التحقق من أهلية الأطراف :إن الاهلية هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات فهي شرط لصحة العقد فالرضى لا يكون صحيحا إلا اذا كان صادرا من ذي أهلية

1 _ عبد الباسط محمد الواسع الضراسي مرجع سايق ص 102

2 – أ– محمد قبايلي – **الاثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري** مرجع سابق ص 931

وهي نوعين أهلية وجوب وأهلية أداء فاتفاق التحكيم هو تصرف قانوني لذلك وجب أن يصدر على أشخاص مكتملي الأهلية يملكون الحق في اللجوء الى التحكيم أي سلطة التوقيع وإبرام العقود وبالتالي اكتساب الأحقية في التقاضي فإذا تم الإخلال بهذا الشرط ترتب عنه بطلان الشرط التحكيمي .[1] فالحكمة من اشتراط الاهلية هو ما يترتب عليه العقد من فقدان لحق كما يتضمن شرط التحكيم التنازل عن بعض الحقوق الاجرائية كالتنازل عن حق رفع الدعوى أمام القضاء او منعه .

فعد توافر أهلية التصرف لدى أطراف المتعاقدة يؤدي الى بطلانه .

الاهلية بالنسبة للشخص المعنوي او الاعتباري فإنه من المسلم به انه يجوز للشخص الاعتباري أن يبرم اتفاق التحكيم اذا كان مما يقتضيه الغرض من إنشائه ومزاولته لنشاطه ويتولى إبرام اتفاق التحكيم في هذه الحالة الممثل القانوني للشخص الاعتباري في حدود صلاحيته المبينة في النظام الاساسي او قرار إنشائه بالنسبة للشركات فإنه من المقرر أن الممثل القانوني للشركة أيا كان شكلها يملك ابرام اتفاق التحكيم بموجب سلطته في اجراء كافة التصرفات التي يقتضيها مزاولة الشركة لنشاطها .

فاتفاق التحكيم يشترط لإبرامه وكالة خاصة فالوكيل العام له أهلية الادارة ،فلا تكفي هاته الوكالة لإبرام لشرط التحكيم انما تتطلب وكالة خاصة يشترط فيها التفويض صراحة بإبرام اتفاق التحكيم .

كما يشترط في الوكالة أن تكون صريحة اي مكتوبة وإذا ابرم شرط التحكيم بدون وكالة خاصة فإن الاتفاق المبرم من قبل الوكيل وإذا خرج الوكيل عن حدود وكالته المخولة له فيكون باطلا .

1 – المرجع السابق ص 931

ج_ التحقق من مشروعية محل التحكيم : يقصد بمحل التحكيم هو النزاع او الخلاف الذي نشأ أو يمكن ان ينشأ بين الاطراف ويقصد بالنزاع تعارض مصلحتين قانونيتين او اكثر بسبب تعارض وجهات النظر القانونية حول وقائع النزاع او القواعد القانونية الواجبة التطبيق ويشترط أن يكون معلوما ومقدورا على تسليمه وان يكون مشروعا ففي اتفاق التحكيم وجب وجود المنازعة وتحديدها وان تكون مما يجوز فيها التحكيم وإلا عد باطلا.[1]

فمحل اتفاق التحكيم هو النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم فلذلك وجب أن يكون المحل غير مستحيل وان يكون مشروعا وأن يكون مما يجوز فيه التحكيم فعندما أجيز حق اللجوء الى التحكيم لم يسمح للجوء له في كل المنازعات وإنما اعترف بهذا الحق في مسائل معينة فقط كعدم التحكيم فير مسائل الاحوال الشخصية والمتعلقة بالنظام العام والآداب العامة

فإذا تم الاتفاق على التحكيم في منازعة لا يجوز فيها التحكيم نظرا لأنها تعتبر من المسائل التي لا يجب التحكيم فيها او في منازعة لم يحددها الاطراف فإن هذا الاتفاق يقع باطلا بطلانا مطلقا نظرا لافتقاره لركن المحل . [2]

فالمشرع الجزائري نص على ذلك في نص المادة 1006 :" ... المسائل المتعلقة بالنظام العام لا يجوز التحكيم فيها وكذا في حالة الأشخاص وأهليتهم ..." [3]

فإخراج مجموعة من المنازعات من دائرة التحكيم التجاري فمنها ما هو متعلق بالنظام العام والآداب العامة وكذا لحالات الأشخاص وأهليتهم .

كما تؤكد الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية نيويورك 1958 على عدم الاعتراف باتفاقيات التحكيم إلا إذا أن موضوع النزاع مما يجوز تسويته عن طريق التحكيم وذلك طبقا لنص المادة 2 من

1 _ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي مرجع سابق ص 126

2 _ نفس المرجع ص 141

3 – عبد الله مسعودي – **الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية** – مرجع سابق ص 310

الاتفاقية التي تنص على انه :" ...تعترف كل دولة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم [1].

د_ التحقق من مشروعية السبب: فيجب أن يكون السبب وراء إبرام اتفاق التحكيم سببا مشروعا أي لا يخالف النظام والعام والآداب العامة فإذا تخلف هذا العنصر الجوهري بطل اتفاق التحكيم .

1_2التحقق من الشروط الموضوعية الخاصة : وتتمثل هذه الشروط في وجوب تعيين المحكمين وتحديد موضوع النزاع .

ويعرف المحكم على انه الشخص الذي يعهد اليه بفض النزاع بين طرفين أو أكثر ويكون له الحق في النظر في النزاع وإصدار الحكم ويمكن أن تتكون من شخص أو عدة أشخاص بعدد فردي .

فطبقا لنص المادة 1012 من ق إم إ ج "... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ..."[2] يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام التحكيم تعيين محكم او محكمين وفي غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين او عزلهم او استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي :

رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر ،اذا كان التحكيم يجري في الجزائر .

رفع الامر الى رئيس محكمة الجزائر ، اذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الاطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر .

كما نص المشرع الجزائري في المادة 1017 من ق إ م إ ج:"تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"[3]

---

1 – د/ العرباوي نبيل صالح – **اتفاق التحكيم** – دفاتر السياسة والقانون – كلية الحقوق جامعة بشار العدد 15 الجزائر 2016 ص 366 م ع م على http://www.search.emarefa.net

[2] _ عبد الله مسعودي – **الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية** – مرجع سابق ص 312

[3] _ نفس المرجع ص 312

فالأطراف هم من يقومون بتعيين المحكمين لمحاولة تسوية النزاع إلا انه في حالة عدم الاتفاق على حول المحكمين تقوم محكمة العدل الدولية بتعيين محكمين لكلا الطرفين وهذا ما جاء في نموذج التحكيم والذي ينص على :" في حالة عدم تعيين الطرفين لأعضاء محكمة التحكيم يقوم رئيس محكمة العدل الدولية بناءا على طلب أي من الطرفين لمهمة التعيين [1]

فيجب أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية بالإضافة الى تمتعه بالحقوق المدنية ويتعين على المحكمين إعلان قبولهم بالمهمة المسندة إليهم كما يجب الكشف عن كل الملابسات التي تتشكل في حياده [2] فمن مساوئ التحكيم عدم حيادية واستقلالية المحكمين ويقصد بالاستقلالية ان لا يكون المحكم له صلة بموضوع النزاع ولا مصلحة مباشرة أو غير مباشرة فيه , والحيادية هي عدم انحيازه لأي من الاطراف المتنازعة وذلك بوجود حالات قرابة أو مصاهرة .[3] كما يجب المحكمين النظر بعناية في طبيعة العقد بشأن القضايا المهمة قبل الموافقة على تضمين شرط التحكيم في العقد قبل النزاع .فجمعية التحكيم الأمريكية لا توظف بالضرورة المحامين كمحكمين تجاريين بسبب عدم الإلمام بالقانون لتفادي اتخاذ القرارات غير الصحيحة .[4]

وقد تطرق المشرع الجزائري الى هذا في نص المادة 1015 من ق إ م إ ج :"محكمة التحكيم لا تعتبر مشكلة بصفة صحيحة إلا بعد قبول المحكم أو المحكمون بالمهمة المنوطة بهم ...."[5]

---

1 – حسان بقة – **الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي** – مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون– جامعة عبد الرحمان ميرة– بجاية 2010–ص 110 متوفر على http://www.univ.bejaia

2 – د/ العرباوي نبيل صالح – **اتفاق التحكيم** – مرجع سابق ص 365

3 _ابراهيم محمد شاكر **معالجة عيوب التحكيم التجاري في منازعات التجارة الدولية وعقود الاستثمار وتأثيرها على الاستثمار في الدول النامية** م ع م http //:www mle journals ekb eg

4 _ Jennifer Taffet klausner /DavisGilbert **considering arbitration;benefits.risks and recommendation 2004**

http://www. ccbjournal.com

5 – عبد الله مسعودي **– الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية** – مرجع سابق ص 312

أما بخصوص تحديد موضوع النزاع فانه يصعب تحديده في شرط التحكيم لأن هذا الأخير يتم ابرامه قبل نشوء النزاع وبين أطراف لا يأملون ولا يتوقعون حدوث نزاع أي نزاع محتملا فلا يحدد فيه النزاع بصورة كافية ويكتفي بتحديد المحل الذي يدور حوله النزاع اي نوعية المنازعة التي ستعرض على التحكيم . [1]

2_ التحقق من الشروط الشكلية : إن شرط التحكيم يعتبر من العقود الرضائية وبالتالي يتطلب إثباته شرط الكتابة فهي ركن جوهري لوجوده فيترتب على وجودها وجود الاتفاق وعلى عدمها انعدامه، فعدم مراعاة هذا الشكل عند الاتفاق يجعل من شرط التحكيم معيبا وغير قادر على انتاج آثاره القانونية وبالتالي بطلانه, فقد اشترطت الكتابة في القانون النموذجي والمادة الثانية من اتفاقية نيويورك .

فالمشرع الجزائري ألزم وجوب شرط الكتابة وإلا عد الشرط ألتحكيمي باطلا وذلك طبقا للمادة 1008 من ق إ م إ ج حيث نصت على : "شرط التحكيم يثبت بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تسند إليها تحت طائلة البطلان..."[2]

كذلك نص عليها المشرع في المادة 1040 من ق إ م إ أنه :"...اتفاقية التحكيم يجب من حيث الشكل أن تكون مكتوبة أو بأي وسيلة أخرى تسمح الإثبات من الكتابة وإلا كانت تحت طائلة البطلان...." .[3]

المشرع الجزائري وسع في مفهوم الكتابة ليشمل كل الوسائل الحديثة للاتصال كالرسائل الالكترونية والفاكس والتلكس او اي وسيلة أخرى تجيز الاثبات بالكتابة ،فالمشرع الجزائري اشترط الكتابة تحت طائلة البطلان لكنه اعتبر ابرام الاتفاق بالوسائل الحديثة التي تجيز الاثبات بالكتابة انها تقوم مقامها .

1 _ عبد الباسط محمد النظام القانوني لاتفاق التحكيم مرجع سابق ض 154
2 _ عبد الله مسعودي مرجع سابق ص 311
3 – عبد الله مسعودي – نفس المرجع ص 317

لقد اختلفت الآراء في اعتبار شرط الكتابة هو وجوب لشرط التحكيم ام وسيلة لإثباته[1] حيث ذهب رأي أول الى القول ان شرط الكتابة يعتبر شرط لصحة اتفاق التحكيم .

كما ان شرط الكتابة الوارد في اتفاقية نيويورك يعد قاعدة دولية تسمو على القواعد الواردة في التشريعات الداخلية كما ان شرط التحكيم يكون مستوفيا للشكل المطلوب بتوافر شرط الكتابة

فبالإضافة الى الكتابة يجب أن تكون الصياغة واضحة وخالية من أي غموض ولا تؤدي الى كثرة التأويلات وذلك تفاديا الى الخلافات التي تنتج عنها .

فإذا كان شرط التحكيم " شرطا معتلا " أي يشوبه عيب في التعبير ولا يمكن معرفة القصد منها فكذلك هنا يعتبر الشرط باطلا.[2] وسنوضح ذلك بعرضنا لوقائع قضية أثارت صياغة الشرط ألتحكيمي تأويلات عديدة مما شكل اللبس في القضية ومفادها بان عقد مبرم بين شركة تركية وأخرى سويسرية مفادها أن هذه الأخيرة تقوم بنقل التكنولوجيا والترخيص الصناعي الى الشركة التركية ، عند نشوب النزاع بينهما قامت الشركة السويسرية بطلب التحكيم ولم تنازع الشركة التركية في الاختصاص إلا انه اتضح بأن الشرط ألتحكيمي يحمل عبارة غامضة " القانون الدولي للتحكيم المعمول به حاليا" وعبارة "للطرفين حق اللجوء الى جهاتهما القضائية الخاصة."[3] فهذا اللبس أدى بمحكمة التحكيم الى تفسير العبارة الأولى الى اللجوء الى التحكيم بغرفة التجارة الدولية والعبارة تم تفسيرها على انه اذا وقع البطلان يتم اللجوء الى قضائهما فمن هذا المثال يتضح لنا أهمية الصياغة الجيدة للشرط التحكيمي لتجنب مشكلة تفسير النوايا .

ثانيا : مدى تعلق بطلان اتفاق التحكيم بالنظام العام :

1 _تعوينت كريم **فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي** اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو 2017

2 – د/ فوزي محمد سامي – **التحكيم التجاري الدولي** – مرجع سابق ص 215

3 – حسان بقة – مرجع سابق– ص 119

يشترط في اتفاق التحكيم ألا يكون مخالفا للنظام العام وقد وجد الفقهاء صعوبة في تحديد مفهوم له

إن فكرة النظام العام يقصد بها مجموعة القيم والمبادئ والأصول العامة التي تشكل كيان الدولة المعنوي في جميع نواحي الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية وتظهر بواسطة قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها.[1]

ففكرة النظام العام تعد واحدة من أهم المشاكل التي تعيق التحكيم الدولي والمتمثلة في اصطدام القوانين في تنفيذ القرارات , فليس لقواعد القانون الدولي العام سلطان مباشر على قواعد القانون الداخلي ,فلا يمكن أن تلغي قاعدة دولية بحكم وجودها قاعدة داخلية تتعارض معها.[2] كما أن فكرة النظام العام تتسم بالمرونة فهي تختلف من دولة لأخرى وحتى في الدولة نفسها من عهد لآخر ومن نظام سياسي لآخر[3] .

كما أنه تتسم فكرة النظام العام بالمرونة وذلك باختلاف الزمان والمكان ومن بلد لآخر

أشار المشرع الجزائري الى ذلك في المادة 1006 من ق إ م إ ج والمذكورة سابقا بأنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة فمتى كان شرط التحكيم يمس بالنظام العام يعد باطلا وهدف المشرع من ذلك هو المحافظة على التوازن داخل المجتمع

1 – د/ سامية كسال –**أعمال النظام العام في الرقابة القضائية على احكام التحكيم التجاري الدولي** – مجلة العلوم القانونية والسياسية – المجلد10 العدد2 جامعة تيزي وزو – الجزائر 2019 ص 1113 متوفر على http://www.asjp.cerist.dz

2 – د/ طلال ياسين العيسى – علي جبار الحسيناوي – **المحكمة الجنائية الدولية – دراسة قانونية تحديد صيغتها , اساسها القانوني ,تشكيلاتها, احكام العضوية فيها**– دار اليازوري للنشر والتوزيع– عمان –الاردن ص 76

3 – د/ حيثالة معمر – **تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي – شروطه واجراءاته** – مجلة القانون الدولي والتنمية المجلد 9 العدد 01 –2021– ص 92 متوفر على http://www.asjp.cerist.dz

وفرض مشروعية القاعدة القانونية وحث الأفراد على احترامها وتعدى ذلك الى القانون الدولي الخاص .[1]

الفرع الثاني : انقضاء شرط التحكيم

ان شرط التحكيم يخضع في الاصل للقواعد العامة في انهاء العقود غير أنه له طبيعة خاصة ومتميزة وهذا ما سنبينه في هذا الجزء

1_ النهاية الطبيعية لشرط التحكيم :

تتمثل النهاية الطبيعية لشرط التحكيم في صدور الحكم في النزاع موضوع التحكيم حيث تعتبر النهاية الطبيعية لانقضاء هذا الاخير في هذه الحالة ينقضي حتى لو كان الحكم الصادر قابلا للإبطال نظرا لاستنفاذ هيئة التحكيم لولايتها بالفصل في النزاع فإذا كان شرط التحكيم يشمل عدة منازعات فانه ينقضي في المنازعة التي تم الفصل فيها فقط .[2]

النهاية غير الطبيعية : بما ان الارادة هي أساس نظام التحكيم فهي المتحكمة في الشرط التحكيم من انعقاده وحتى انقضائه فهو يقضي ارادة الاطراف على ذلك ,ويكون الانقضاء صراحة في صورة محرر مكتوب أو على يد محضر أو عبر سائل الاتصال الحديثة كالانترنيت[3] , وقد يكون ضمنيا كلجوء الاطراف المتخاصمة الى القضاء للفصل في النزاع الذي سبق الاتفاق بشأنه على التحكيم .

أسباب أخرى :

1 –د/ تكوك شريفة .**شروط صحة اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري** المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية المجلد3 العدد6 الجزائر 2008 ص 141 متوفر على http://www.mandumah.com

2 _ شرط التحكيم في القانون البحريني 2015 مرجع سابق م على http :www lloc gov ,bh

3 _ نفس المرجع

ينقضي شرط التحكيم بإنهاء اجراءات التحكيم من قبل لجنة التحكيم وذلك لانتهاء الميعاد المتفق عليه لتسوية النزاع أو الميعاد الذي حدده القانون.

هيئة التحكيم تنهي اجراءات التحكيم في حالة استحالة تنفيذ شرط التحكيم .[1]

سبق وان تطرقنا الى تعيين المحكمين والذي يعتبر من الركائز الاساسية لشرط التحكيم ,فينتهي هذا الاخير بوفاة المحكم أو عزله أو تنحيه أو حصول مانع له ما لم يوجد شرط مخالف او اتفق الاطراف على استبداله من قبل المحكم او المحكمين الباقيين [2].

تشكيل هيئة التحكيم او الاجراء المتبع في التحكيم مخالفا لاتفاق الطرفين

ترك طالب التحكيم لدعواه أي يتنازل عنها .

بمجرد انقضاء شرط التحكيم ايا كان سبب ذلك سواء طبيعيا بصدور الحكم أو نية الاطراف او اي سبب آخر فتكون هيئة التحكيم قد استنفذت مدة ولايتها على النزاع .

1 _عبد الباسط محمد النظام القانوني لاتفاق التحكيم مرجع سابق ص 197

2 _د.عرباوي نبيل صالح .مرجع سابق

خلاصة الفصل

إن للتحكيم التجاري الدولي مزايا عديدة فهو يعد الوسيلة الأفضل لفض المنازعات في مجال عقود التجارة الدولية خاصة في عقود الاستثمار إلا انه لا يخلو من بعض الإشكالات التي تحول دون التطبيق السليم لقواعده ومن أهم هذه المشاكل الأثر السلبي المتمثل في سلب الاختصاص من القضاء الوطني وتأثير شرط التحكيم على سيادة الدولة وانعكاس ذلك على التأثير على حماية النشاط البيئي للدولة المضيفة للاستثمار كما تعتريه عدة اشكالات

في جانب عقود الاستثمار والمتمثلة عن عجز الدولة المضيفة للاستثمار عن التأثير في نظام التحكيم وخاصة الدول النامية لأن أغلب مراكز التحكيم موجودة في دولة الطرف الأجنبي .كما يتعرض لبعض المعوقات التي تؤدي الى بطلان الشرط التحكيمي وانقضائه.

الخاتمة

الخـاتمــة

نستخلص مما سبق بأن تطور التجارة الخارجية الدولية وزيادة حجم التبادلات بها هذا ما أدى الى بروز العديد من العقود الخاصة بالتجارة الدولية وأهمها في مجال الاستثمار فأخذت تتزايد معدلات نموها وتطورت اشكالها مما ترتب عنه بروز علاقات تعاقدية بأنماط مختلفة وحديثة لم تكن معروفة سابقا هذا ما اثار عدة تساؤلات وإشكالات وبالتالي حدوث نزاعات بين الدولة والطرف الاجنبي , مما استدعى اللجوء الى التحكيم التجاري والاهتمام بشرط التحكيم الذي يعد جوهر العقد فازدادت اهميته فأصبح فعالا وذلك لان الارادة هي أساس هذا الاتفاق كما تكمن فعاليته في استقلاله عن العقد الاصلي كما انه يتمتع بقوة الزامية متمثلة في عدم جواز تغيير المنازعة محل الاتفاق او تغير المحكمين بدون اتفاق على ذلك .

بالرغم ما يتمتع به الشرط التحكيمي من فعالية إلا انه له آثار سلبية ولعل ابرزها سلب الاختصاص من القضاء الوطني في النظر في النزاع بالإضافة الى الحد من دور الحماية اللازمة للبيئة , فالطرف الاجنبي والشركات العملاقة والتي تمثل طرف هاما في العقد تفرض شروطها المجحفة على الطرف الضعيف الذي لا يملك سوى الاذعان .

إن الآثار السلبية لشرط التحكيم جراء المحاباة واستغلال الدول الضعيفة إلا أنه لا توجد قطيعة بينه وبين القضاء الوطني ,فهناك علاقات تعاون بين النظامين فمثلا أثناء سير الخصومة وتتمثل في الاجراءات التحفظية والمساعدة على الوصول الى الأدلة .

النتائج

_ يعتبر شرط التحكيم التجاري الدولي وسيلة لتسوية النزاعات وذلك لمساهمته الفعالة في تسهيل عقود التجارة الدولية وتسوية منازعاتها بالطرق الودية .

_ أصبح من ا لمبادئ الاساسية للشرط التحكيم استقلاله عن العقد الاصلي وهذا ما يجعله يتمتع بالحصانة من اسباب بطلان العقد الاصلي .

_ إن شرط التحكيم التجاري الدولي له مميزات عديدة الا انه لا يخلو من العيوب والتي وجب التعامل معها بدقة .

_ افتقار الشرط التحكيم لصياغة دقيقة وواضحة ينجر عنه خلافات جراء التأولات العديدة له

_ بواسطة شرط التحكيم ازدهرت التجارة فاستفادت الدول المتقدمة منه عكس الدول النامية والتي تعتبر الطرف الأضعف

التوصيات

الخاتمـة

_ إن كثرة التبادلات التجارية وظهور العديد من العقود التجارية وخاصة في مجال الاستثمار ذا الاهمية البالغة وجب تكثيف الجهود الدولية من اجل توحيد وتنظيم هذه العقود .

_ تحقيق العدالة في هذا المجال وذلك بإقرار التوازن بين الدول النامية والطرف الأجنبي

_ يجب عدم تخلي الدول المضيفة للاستثمار عن حقها في الحماية اللازمة للبيئة وفرض الرقابة على الجانب البيئي حتى لا تصبح مركز تجارب أو مكبا للنفايات الضارة للبيئة تحت غطاء الاستثمار.

_ تعتبر الكتابة شرطا جوهريا في العقد لذلك وجبت أن تكون الصياغة وواضحة للشرط التحكيمي لا تحتمل التأويلات ولا يوجد بها اي غموض أو لبس مما يؤدي الى بطلانه

_ وجوب إعداد كوادر فنية متخصصة في مجال التحكيم الدولي والقيام بدورات تكوينية لهم لكسب الخبرة في هذا المجال

_ التفكير في إنشاء مراكز اقليمية وخاصة عربيا متخصصة في مجال التحكيم الدولي .

قائمة المراجع

Les Références

قائـمة المـراجع

المراجع باللغة العربية :

01 _ النصوص القانونية

الاتفاقيات والمعاهدات الدولية :

1_ اتفاقية نيويورك 1958 لاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية

2_ اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول1965

3_ القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي

4_ الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحصانة الدول الاجنبية 1972

5_ الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري 1961

القوانين :

1_ القانون رقم 09.08 المؤرخ في 25/فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية

2_ المرسوم رقم 88_233 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 هـ الموافق ل 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانظمام بتحفظ الى اتفاقية نيويورك

02: الكتب :

1. الانصاري حسن النيداني الأثر النسبي لاتفاق التحكيم دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2011.
2. بشار محمد الاسعد .الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية .دراسة في ضوء احكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية .منشورات الحلبي الحقوقية ط1 بيروت لبنان 2009

3. حفيظة السيد حداد ،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم دار المفكر الجامعي بالاسكندرية
4. خالد كمال عكاشة دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار .دار الثقافة .الاردن 2014
5. طلال ياسين العيسى علي جبار الحسيناوي المحكمة الجنائية الدولية دراسة قانونية .اساسها القانوني ،تشكيلاتها ، أحكام العضوية فيها ،دار اليازوري للنشر والتوزيع عمان الاردن
6. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،النظام القانوني لاتفاق التحكيم ،دراسة تحليلية مقارنة ط2 المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية 2008
7. عبد الرزاق مقري مشكلات التنمية والبيئة والعلاقات الدولية دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الدولي دار الخلدونية ط1 2008
8. عبد الله مسعودي الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية ط2 دار هومه الجزائر
9. عجة الجيلالي .الكامل في القانون الجزائري للاستثمار الانشطة العادية وقطاع المحروقات دار الخلدونية
10. عمر سعد الله ،قانون التجارة الدولية ،النظرية المعاصرة ط1 دار هومه الجزائر 2007
11. فوزي محمد سامي .التحكيم التجاري الدولي .دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي ط5 دار الثقافة للنشر والتوزيع الاردن 2010
12. مراد محمود المواجدة .التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي /دراسة مقارنة دار الثقافة ط1 الاردن 2010

المقالات والدراسات :

13. ابراهيم محمد شاكر .معالجة عيوب التحكيم التجاري في منازعات التجارة الدولية وعقود الاستثمار وتأثيرها على الاستثمار في الدول النامية www.mle.journals.ekb.eg http:// 2022/03/20 10:31
14. أمير حسن جاسم .ذنون يونس .انعكسات اللجوء الى التحكيم التجاري في منازعات العقود الاستثمارية بين الشركات الاجنبية والدولة المضيفة للاستثمار مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية المجلد 2 العدد19 53: 22 13/05/2022 http://www.italaw.com
15. بن قطاط خديجة .تسوية المنازعات البيئية .دراسة تطبيقية لدور محكمة العدل الدولية مجلة القانون .المجلد 7 العدد2 غليزان 2018 2022/03/21 17:10

16. تكوك شريفة .شروط صحة اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري .المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية المجلد3 العدد 6 الجزائر 2008 http://www.mandumah.com 00:21 2022/04/05

17. حسين حياة .لغش سليمة .دور التحكيم الدولي في حماية البيئة .المجلة الاكاديمية للبحث القانوني 2021 http://www.asjp.cerist 17:10 2022/03/21

18. حيثالة معمر .تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي .شروطه واجراءاته.مجلة القانون الدولي والتنمية المجلد 9 العدد1 .2021 http://www.asjp.cerist 10:46 2022/04/04

19. خصوصية التحكيم التجاري الدولي في إطار منظمة التجارة العالمية ومدى استفادة الدول النامية منه دراسة في احكام مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات http://www.asjp.cerist

20. رابحي قويدر ,المنازعات الدولية البيئية .المفهوم والتسوية مجلة الحقوق والعلوم الانسانية العدد 24 المجلد 2 غرداية http:// search.emarefa.net 20:30 2022/03/23

21. زهيرة كبسي .مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية العدد8 جامعة تمنراست الجزائر 2015 http://www.asjp.cerist 23:10 2022/05/05

22. سامية كسال .أعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري .مجلة العلوم القانونية والسياسية .العدد 2 تيزي وزو الجزائر 2019 http://www.asjp.cerist 10:12 2022/04/20

23. العرباوي نبيل صالح .اتفاق التحكيم .دفاتر السياسة والقانون .كلية الحقوق العدد 15 بشار الجزائر http:// search.emarefa.net 13:26 2022/03/25

24. علالي عبد الرحمان .الاثار الاجرائية لاتفاق التحكيم .مجلة الصوت العدد2 جامعة مولاي الطاهر سعيدة 2020. http://www.asjp.cerist 17:50 2022/04/20

25. علي طويل ،اتفاق التحكيم ،بحث ودراسة متميزة رام الله فلسطين 2016 http://www.justiceacademy

26. غسان علي ،عواطف صبح ،أثر شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة ،مجلة جامعة تشرين للعلوم القانونية والاقتصادية المجلد 43 العدد3 2021 http://www.journal.tishreen.edu.sy.10/04/202223:15

27. محمد حسن حمو .عبد الله محمد .التحكيم التجاري وأثره على اقتصاديات الدول النامية كأداة لجذب عقود الاستثمار الدولية .جامعة نوروز اقليم كردستان العراق 2022/04/06 09:43
28. محمد قبايلي .الاثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري .مجلة الحقوق والعلوم السياسية العدد8 المسيلة 2017 http://www.asjp.cerist 2022/03/20 15:14
29. مظفر ناصر حسين ،القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية ،مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية العدد 7 issues/ 197journal.iasj. www ://:http 2022/04/10 11:14
30. منار صبرينة . أحكام التحكيم التجاري الدولي .مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية العدد3 جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر http://www.asjp.cerist 2022/04/23 23:16
31. نادية اسماعيل محمد الجبلي .شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني .دراسة مقارنة .مجلة القانونية العدد9 .2015 http://www.lloc.gov.bh 2022/04/25 15:12
32. همام فتوح ،بحث قانوني حول أثر اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي في عقود الدولة ،قسم القانون كلية الحقوق حلب 2008 http://www.droitetentreprise.com 2022/02/20 19:45

الأطاريح والمذكرات :

33. اسامة أحمد حسين ابو قمصان .مدى استقلالية شرط ا لتحكيم عن العقد الاصلي .مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص جامعة الازهر فلسطين 2010
34. تعوينت كريم .فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي أطروحة لنيل الدكتوراة جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر 2017
35. حسان بقة . الامن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي .مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون جامعة عبد الرحمان ميرة .بجاية 2010
36. عيساوي محمد . فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الاجنبي في الجزائر أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون .جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر 2017
37. محمد السواط . التحكيم في حل النزاعات الدولية .مذكرة لنيل شهاد الماجستير تخصص قانون جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف الجزائر 2008

المراجع باللغة الاجنبية :

1. Jennifer taffet klausner/Davis gilbert.considing arbitration:benfits and recommendation 2004

الفهرس

الفهرس

الشكر والتقدير	
قائمة بأهم المختصرات	
مقدمة	أ
تمهيـد:	02
المبحث الأول: الطبيعة الإلزامية لشرط التحكيم.	03
المطلب الأول: القوة الإلزامية لشرط التحكيم	03
الفرع الأول: مفهوم مبدأ القوة الإلزامية لشرط التحكيم.	03
الفرع الثاني: نطاق القوة الملزمة لشرط التحكيم .	04
الفرع الثالث: نتائج المترتبة على مبدأ القوة الالزامية لاتفاق تحكيم.	05
المطلب الثاني: مبدأ استقلالية شرط تحكيم.	07
الفرع الأول : تعريف مبدأ استقلال شرط التحكيم	07
الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ استقلالية شرط التحكيم.	09
الفرع الثالث: مبررات استقلال شرط التحكيم	09
الفرع الرابع: تكريس مبدأ استقلال التحكيم	12
المبحث الثاني :الدور الوظيفي لشرط التحكيم	18
المطلب الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية	18
الفرع1 : مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار.	18
الفرع 2 : تمسك المستثمر الاجنبي بشرط التحكيم.	20
الفرع 3 : التحكيم ضمانة اجرائية لتشجيع الاستثمار	21
المطلب الثاني :مبدأ الاختصاص بالاختصاص	22
الفرع الأول :مفهوم مبدأ الاختصاص	22
الفرع 2:أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص :	23
الفرع 3: وظيفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص:	23
الفرع الرابع :مصادر مبدأ الاختصاص بالاختصاص وطنية عالمية دولية	24

الفهرس

المطلب الثالث: التزام الأطراف بإحالة النزاعات للتحكيم	30
الفرع الأول: مبدأ التزام الأطراف بإسناد النزاعات موضوع اتفاق التحكيم على المحكمين	30
الفرع الثاني: التنفيذ العيني للالتزام بإسناد النزاعات المحددة في اتفاق التحكيم للمحكمين.	31
الفرع 3 : اختصاص المحكمة التحكيمية بالفصل في النزاعات.	33
خلاصة الفصل:	36
تمهيد	38
المبحث الأول : أثر شرط التحكيم المرتبط بعقود الدولة المضيفة للاستثمار	39
المطلب الأول :الأثر السلبي لشرط التحكيم على سيادة الدولة	39
الفرع الأول : تعارض شرط التحكيم مع سيادة الدولة	39
الفرع الأول : سلب الاختصاص القضائي للدولة	40
المطلب الثاني : شرط التحكيم كقيد يحد من دور الدولة بالحماية اللازمة للبيئة	44
الفرع الأول : المنازعة البيئية وخصائصها :	45
الفرع الثاني : شرط التحكيم كأثر سلبي على حماية البيئة	47
المبحث الثاني : سلبيات ومعوقات شرط التحكيم التجاري الدولي	50
المطلب الأول : عجز الدولة المضيفة للاستثمار عن التأثير في التحكيم	50
الفرع الأول : فرض المستثمر الأجنبي لشروطه	50
الفرع الثاني : وجود أغلب مراكز التحكيم في دولة المستثمر الأجنبي	52
المطلب الثاني : بطلان وانقضاء شرط التحكيم	53
الفرع الأول: طبيعة الدفع ببطلان شرط التحكيم	54
الفرع الثاني : انقضاء شرط التحكيم	62
خلاصة الفصل	65
الخـاتمــة	67
قائـمة المـراجع	71
الفهرس	77
الملخص –	

الملخص

الملخص :

يعتبر شرط التحكيم التجاري الدولي من العقود الرضائية والملزمة للجانبين ،وتلعب إرادة الأطراف دور كبير ومهم في تكوينه كما يرتكز على مبادئ لضمان فاعليته كاستقلاله عن العقد الاصلي وتمتعه بالقوة الالزامية ، كما له أهمية كبيرة في عقود الاستثمار فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة منه لما يحمله من مزايا عديدة ،فرغم هذه الفعالية و الآثار الايجابية إلا أنه يواجه عدة معوقات و سلبيات خاصة على الدولة المضيفة للاستثمار وذلك لسلب الاختصاص من القضاء الوطني لهذه الدول بالإضافة الى تقييدها من دور الحماية على الجانب البيئي لفرض المستثمر الاجنبي لشروطه وذلك لوجود أغلب مراكز التحكيم في بلد الطرف الأجنبي وهذا خدمة لمصالحه.

فبالرغم من هذه السلبيات الا انه يحض بأهمية بالغة لما له من مميزات في جانب التعاملات التجارية وازدهارها.

كلمات مفتاحية : اختصاص , شرط , التحكيم , التجاري , العقود , الاستثمار ' الدولة المضيفة , القضاء .

Summary

The international commercial arbitration clause is one of the consensual and binding contracts for both sides, and the will of the parties plays a large and important role in its formation. It has many advantages, despite this effectiveness and positive effects, but it faces several obstacles and negatives, especially on the country hosting the investment, in order to deprive the national judiciary of these countries in addition to limiting it from its role , Environmental protection to impose conditions on the foreign investor for the presence of most arbitration centers in the foreign party's country, and this serves his interests**.**

Despite these negatives, it is of great importance due to its advantages in the aspect of commercial transactions and their prosperity.

Keywords: jurisdiction, condition, arbitration, commercial, contracts, investment, the host country, the judiciary.

Sommaire :

La clause d'arbitrage commercial international est l'un des contrats consensuels et contraignants pour les deux parties, et la volonté des parties joue un rôle important et important dans sa formation. Elle présente de nombreux avantages, malgré cette efficacité et ses effets positifs, mais elle se heurte à plusieurs obstacles et négatifs, en particulier sur le pays d'accueil pour l'investissement, afin de priver de la compétence de la justice nationale de ces pays en plus de les restreindre du rôle de protection du côté de l'environnement pour imposer les conditions de l'investisseur étranger en raison de la présence de la plupart centres d'arbitrage dans le pays La partie étrangère et cela sert ses intérêts.

Malgré ces inconvénients, il est d'une grande importance en raison de ses avantages dans l'aspect des transactions commerciales et de leur prospérité.

Mots-clés : juridiction, condition, arbitrage, commercial, contrats, investissement, pays d'accueil, pouvoir judiciaire.